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

İŞ HUKUKUNDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

DOKTORA TEZİ

Deniz UGAN ÇATALKAYA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. E. Murat ENGİN

MAYIS 2017

ÖNSÖZ

Ölçülülük ilkesi, hukuk normu ile bu normun gerçekleştirmeye çalıştığı adalet kavramlarının özünde yer almasına karşın; ilkenin, önce yargı kararlarına daha sonraları ise pozitif düzenlemelere konu olması oldukça yeni bir olgudur. Bununla birlikte, ölçülülük ilkesinin, hukukun her alanında ve bu arada iş hukukunda çok önemli bir işlev üstlendiği görülmektedir. Günümüzde toplumsal yaşamın karmaşık dinamiği, kaçınılmaz olarak hukuki ilişkiler ağında da yansımasını bulacaktır. Bu ise, hukuk normunun etki ve sınırlarını tartışma gündemine taşımakta, adaletin sağlanmasında, pozitif düzenlemeler yanında başka araçların varlığını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu araçlar arasında, günümüz demokratik toplumlarında ve hukuk sistemlerinde ölçülülük ilkesinin ön plana çıktığı ve özellikle iş hukukunda, iş ilişkisinin her aşamasında kaçınılmaz olarak başvurulan bir ilkeye dönüştüğü tespit edilmektedir. Anılan ilkenin doktora tez konusu olarak seçilmesi de, bu tespitin bir sonucu olmaktadır.

Bu konunun seçiminde ve konunun incelenmesi sürecinde, saygıdeğer Hocalarım, Prof. Dr. Murat Engin ile Prof. Dr. Ali Güzel, yakın ilgi ve desteklerini hiçbir zaman esirgememişlerdir. Gerçekten, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, iş hukuku ile beni buluşturan; iş hukukunun, yaşamımızın odağında yer aldığını, hepimiz için elle tutulur, gözle görülür etkileri olduğunu öğreten değerli Hocam Prof. Dr. Murat Engin'e, tereddüt yaşadığım noktalarda ufkumu açan yorumlarıyla beni aydınlattığı ve hatta kimi zaman, yönelttiği sorularla, önce aklımdakileri alt üst ettiği, sonra her şeyin berraklaşmasını sağladığı için, içtenlikle teşekkür ediyorum.

Kendisiyle geçirdiğim her dakikanın bana çok şey kattığı değerli Hocam Prof. Dr. Ali Güzel, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistanı olarak iş hukuku alanında çalışmaya başladığım andan itibaren, dakikalarını, saatlerini ve hatta yıllarını, yani tersine dönmesi olanaksız olan zamanın akışında en değerli olanı, zamanını, bana verdi. Bilimsel çalışmanın, içi özenle, özveriyle, çalışmayla, emekle doldurulması gereken bir süreç olduğunu, her sözüyle, her hareketiyle öğretti, hep

hatırlattı. Tezimin her satırı üzerinde defalarca durmuş ve belki benden daha fazla her ayrıntı üzerinde kafa yormuş olması karşısında, kendisine borçlu olduğum bu değerli, geri döndürülemez zamanı, hangi teşekkür yerine koyabilir? Bunun olanaksızlığının bilinciyle, değerli Hocama, bu vesileyle en derin şükranlarımı sunuyor, daha uzun yıllar kendisiyle birlikte, bizlere sağladığı eşsiz bilimsel ortamı paylaşabilme dileğimi dile getirmek istiyorum.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, o yıl sarı-kırmızı kapağıyla basılmış olan kitabı sayesinde iş hukukunu zevkle okuduğum, sayın Hocam Prof. Dr. Sarper Süzek'e de, İstanbul'a her gelişinde, bizleri üniversitede ziyarete geldiği ve her defasında tez konumun belirlenmesinden, planının oluşturulmasına; kaynakçadan, bölüm bölüm ilerlemesine, her aşamasını yakından izlediği, fikirler verdiği, yoluma ışık tuttuğu için teşekkür borçluyum.

Bu süreçte; akademinin, nesiller değişse de, usta – çırak ilişkisi olduğunun en güzel örneklerinden birini, bizzat yaşama onuruna da eriştim: Ali Güzel Hocamın, Sorbonne Üniversitesinde birlikte çalıştığı, ünlü İş Hukuku Profesörü Gérard Lyon-Caen'ın değerli oğlu Prof. Dr. Antoine Lyon-Caen, Paris'te araştırmalarımı yapabilmem için, olağanüstü misafirperverliğiyle, bana verimli bir çalışma ortamı sundu; hem IIPEC hem IRERP Enstitülerinin tüm olanaklarından yararlanmama; isimlerini eserlerinden tanıdığım Fransız iş hukuku öğretisinden çok değerli Hocalarla bağlantı kurmama; bazı derslere ve tezimle ilgili toplantılara katılmama olanak yarattı. Paris'teki bu eşsiz deneyimi yaşamamı sağlayan sayın Hocam Prof. Dr. A. Lyon-Caen'a teşekkürü, yerine getirilmesi gereken zevkli bir görev sayar; yurtdışındaki bu süre içinde, doktora sırası araştırma bursu ile çalışmamı destekleyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na teşekkürü bir borç bilirim.

Tezimi, zaman ayırarak, titizlikle değerlendiren; katkılarıyla bu çalışmanın gelişmesini sağlayan, tezimin savunmasında bulunmayı incelik göstererek kabul eden sayın Hocalarım, Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal, Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu ve Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey'e de şükranlarım sonsuzdur.

İş hukukunun en karmaşık sorunlarını birlikte tartıştığım ve her defasında bana ışık tutan değerli Hocam Doç. Dr. Ercüment Özkaraca'ya; destekleri ve tezin bir bölümünü değerlendirdiği için şükranlarımı sunarım.

Ölçülülük ilkesinin, kamu hukuku temellerini kavramama ve bizzat gönderdiği makalelerle çalışmama destek olan, sayın Hocam Doç. Dr. Burak Gemalmaz'a; akademik desteği yanında, -kendisinin de ifadesiyle- ömürlük dostluğunu esirgemeyen ve yanımda olduğu için kendimi çok şanslı hissettiğim değerli Hocam Yard. Doç. Dr. Nilay Arat Özkaya'ya ne kadar teşekkür etsem, yeterli olmaz. Destekleriyle, dostluklarıyla fakültedeki çalışma ortamımızın, samimi ve bir o kadar da verimli olmasını sağlayan değerli meslektaşlarım Ar. Gör. Aslı Topukcu, Yard. Doç. Dr. Ekin Ömeroğlu ve Ar. Gör. Atakan Uzun'a da teşekkür borçluyum.

Anabilim dalımızda, aramıza katılmasından bu yana, benim için, dayanışmanın simgesi haline gelen; meslektaş olmanın ötesinde, arkadaş olabildiğimiz için çok mutlu olduğum; Fakültedeki iş yükümü, aklımdaki soruları ve kimi zaman da kaçınılmaz olan içimdeki sıkıntıları hep hafifleten sevgili Ar. Gör. Hande Heper'e içtenlikle teşekkür ederim.

Yanımda olmasalar, hiçbir şeyin aynı olmayacağını bildiğim; tez çalışmamın yorucu sürecinde, benimle birlikte nefes alıp veren, kimi zaman da nefesi benimle birlikte daralan canım annem ve babama da, sevgileri, sıcaklıkları ve heyecanlarıyla hep bana destek oldukları için en derin şükranlarımı dile getirmek isterim.

Çocukluğumuzdan, Mekteb-i Sultani yıllarımızdan bu yana, dostluklarıyla, ayrılmaz bir parçam olan sevgili Verda Alpay ve Onur Eşin'in desteklerini her zaman hissetmek, hep bir arada olacağımızı bilmek benim için çok değerliydi; onlara da teşekkür borçluyum.

Bilimsel çalışmanın zorlu anlarında, her zaman bana moral veren ve güç kaynağım olan sevgili eşim Ali Kerim Çatalkaya'ya; çalışmalarımın yoğunluğuna ve çoğu zaman birlikte geçireceğimiz zamanların önüne geçmesine gösterdiği sabır ve özverisi için ise müteşekkirim.

İstanbul, Mayıs 2017

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **İİ**
İÇİNDEKİLER ..... **V**
KISALTMALAR ..... **X**
RÉSUMÉ ..... **Xİİ**
ABSTRACT ..... **XVİİİ**
ÖZET ..... **XXİİİ**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI VE HUKUKTA BİR DENETİM ARACI OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK

§1. ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI VE TERMİNOLOJİ **8**
I. Hukuki İlişkilerde Denge Arayışı ve Ölçülülük Kavramı 8
II. Terminoloji: Orantılılık - Ölçülülük 13
§2. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN TEMELİNDE GELİŞEN ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI **15**
I. Alman Hukukunun Ölçülülük İlkesi Yaklaşımı ve Diğer Avrupa Ülkeleri Hukuk Sistemlerine Etkileri 15
1. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ölçülülük yaklaşımı 15
2. ABAD ve AİHM kararlarını şekillendiren ölçülülük yaklaşımı 21
a) Avrupa Birliği Hukukunun genel bir ilkesi 21
b) AİHS sisteminde devletlerin takdir yetkisinin sınırı 24
II. Türk Hukukunda Ölçülülük Kavramına Yaklaşım ve Bunun Temellerine İlişkin Görüşler 27
§3. HUKUKİ İLİŞKİLERDE ÖLÇÜLÜLÜĞÜN UYGULANMA ALANI VE İŞLEVİ **30**
I. Devletin Tüm Eylem ve İşlemlerine Egemen Bir İlke Olarak Ölçülülük 30
1. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak: ölçülülük 30
a) Anayasal değerde bir ilke 32
b) İdarenin etkin denetimini sağlayan ilke 33

2. Temel hak ve özgürlüklerin "pratik uyuşumunun" sağlanmasının formülü olarak: ölçülülük 37

3. Türk Hukukunda anayasal pozitif temele kavuşan bir ilke olarak: ölçülülük..... 41

a) Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklik ile getirilen düzenleme öncesi ve sonrasında değişmeyen esas: "özgürlük kural, sınırlama istisnadır"... 41

b) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ölçülülük denetiminin panoraması: hakkın özünden önceki sınırlama alanının denetimi 45

c) Amaç - araç dengesinin sorgulanmasında hukukilik - yerindelik denetimi tartışması 49

II. Bireyler Arası İlişkilerde Yetkinin Sınırı Olarak Ölçülülük 53

1. Sözleşmeler hukukunda ölçülülüğün irade serbestisi ile sınavı..... 56

2. Bir sözleşme ve güç ilişkisi temeline yaslanan iş ilişkisinde ölçülülüğün yadsınamaz önemi 62

§4. ÖLÇÜLÜLÜK VE YARGISAL DENETİMDE SAĞLADIĞI DİNAMİK METOT 67

I. Amaç - Araç Dengesini Sorgulayan Üç Aşamalı Ölçülülük Denetimi 67

1. Elverişlilik 69

2. Gereklilik 71

3. Oranlılık (Dar anlamda ölçülülük) 76

II. AİHM'nin Demokratik Toplumda Gereklilik Odaklı Ölçülülük Denetimi .. 82

1. Ölçülülük denetimini tetikleyen müdahale ve uyuşmazlıkla ilişkili AİHS hükmünün içerdiği ölçülülük düşüncesi 83

2. Ölçülülük denetiminde değişmeyen bir unsur: Amaç..... 87

3. Müdahalenin ölçüsü: Demokratik bir toplumda gerekli olma 90

a) "Demokratik bir toplumda gerekli olma" kavramından anlaşılması gereken .. 91

b) "Demokratik bir toplumda gerekli olma" kriterinin bileşenlerinin ortak noktası: Mahkemeyi ikna etmek 92

c) Ölçülülük ilkesinin klasik alt ilkeleri yönünden AİHM'nin sistemi 97

III. ABAD'ın Elverişlilik ve Gereklilik Odaklı Ölçülülük Denetimi 100

1. Ekonomik kaygılardan, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına... 100

2. Adalet Divanının ölçülülük denetiminin aşamalarına farklı yaklaşımı 104

3. Adalet Divanının ölçülülük denetiminin tekniği ve içtihat bütünlüğü..... 109

IV. Ölçülülük Denetiminin Niteliği 111

1. Ölçülülük denetiminin yapısal niteliği: Diyalektik akıl yürütme yöntemi 111

2. Esnekliğine karşın homojen sonuçlara ulaşılmasını sağlayan bir denetim..... 114

3. Hukukun iki genel ilkesi ve sağladıkları denetim arasındaki ilişki: Dürüstlük ve ölçülülük 118

a) Kesişen noktalarına karşın farklı iki kavram 119

b) İş ilişkisinin sürekliliğinin korunması amacı doğrultusunda başvurulan iki farklı denetim aracı 123

İKİNCİ BÖLÜM

İŞVERENİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE EŞİTLİK İLKESİ İLİŞKİSİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

§5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI 129

I. Sözleşme Özgürlüğü ve Eşitlik Dengesinde Ölçülülüğün İşlevine Genel Bakış 129

II. Sözleşme Özgürlüğü ve İş İlişkisi Açısından Sınırları 130

1. İş ilişkisinde yetki ve yetkinin sınırlandırılması 133

2. İş ilişkisinde yetkinin sınırlandırılmasının ölçüsü 140

§6. EŞİTLİK KAVRAMI: İŞLEVLERİ VE TERMİNOLOJİ 146

I. Eşitliğin Çok Yönlü İşlevi 146

II. Uluslararası Belgelerde Eşitlik ve Kullanılan Terminoloji 150

1. UÇÖ ve BM belgelerinde eşitlik ve ayrım yasakları 150

2. AİHS ile ASŞ'de ayrımcılık, fırsat eşitliği ve eşit işlem 155

3. AB birincil ve ikincil hukuk kaynaklarında ayrımcılık yasakları, fırsat eşitliği ve eşit işlem ilkesi 157

4. Terminolojide çeşitlilik ve eşitlik-ayrım yasağı ilişkisi 163

III. Anayasada Öngörülen "Kanun Önünde Eşitlik" İlkesi 171

§7. EŞİTLİK İLKESİNİN İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ: İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU 175

I. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Kaynağı 175

II. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Kademelenmesi ve Ayrım Yasağı 180

§8. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU – SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ DENGESİ 188

I. İşverenin Eşit Davranma Borcu ile Sözleşme Özgürlüğü İlişkisine Genel Bakış 188

II. İşçi ve İşverenin Karşılıklı Menfaatlerinin Pratik Uyuşumu 190

III. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sözleşme Özgürlüğüne Müdahale Aracı Olarak Eşitlik 192

1. Ayrım yasaklarının ve eşit davranma borcunun doğduğu an 192

2. İşe alma aşamasında eşit davranma borcunun sınırları 199

IV. İş Sözleşmesinin Feshinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahale Aracı Olarak Eşitlik 206

1. İşverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının bir sınırı olarak ayrım yasakları 207

a) Ayrımcı feshin yaptırımı olarak tazminat ve iş güvencesi kapsamında olmaya bağlı olarak feshin geçersiz sayılması 208

b) Sendikal nedene dayalı feshe ilişkin özel düzenleme: sendikal tazminat ve iş güvencesine bağlı olmaksızın feshin geçersiz sayılması 209

c) Sendikal nedene dayanan fesihteki yaptırım, İşK. m. 5'teki diğer ayrım halleri için de, *de lege ferenda* olarak öngörülebilir mi? 214

2. İşverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının bir diğer sınırı olarak dar anlamda eşit davranma borcu 217

a) İş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcu 217

b) İş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı 228

§9. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA EŞİT DAVRANMA BORCU – YÖNETİM YETKİSİ DENGESİ 233

I. İşverenin İşçileri Arasında Farklı Uygulama Yapabilmesi 233

1. Mutlak eşitliğin, özünde eşitlik doğurmaması: farklı uygulamanın gerekçelendirilebilmesi 233

2. İş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği : Farklı uygulamanın temeli 235

II. İşverenin İşçileri Arasında Yaptığı Farklı Uygulamanın Eşit Davranma Borcuna Aykırı Sayılmamasının Ölçütü 236

1. Farklı uygulamanın meşru bir amaca dayanması 236

a) Esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik 236

b) Ücret konusunda farklı uygulamanın meşru sayılması 250

2. Farklı uygulamanın amaçla ölçülü olması 253

a) Farklı uygulamanın ölçülülüğü denetimi: objektif ve dinamik bir denetim 253

b) AİHM içtihadında AİHS m. 14 uyarınca izlenen ölçülülük denetimi 258

c) Adalet Divanı içtihadında eşitliğe en az müdahale eden uygulamanın tespitinde izlenen ölçülülük denetimi 266

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ İLİŞKİSİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

§10. İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE İŞVERENİN MÜDAHALE OLASILIĞI 278

I. Sözleşme Özgürlüğü ile İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri Dengesinde Ölçülülüğün İşlevine Genel Bakış 278

II. İşçinin Kişilik Değerlerinin İş Sözleşmesi ile Bütünleşmesi 281

1. Kişilik hakkı ve korunması: İşçinin kişilik değerleri 284

2. İşyeri dışında ve içinde işçinin kişisel yaşamı 294

3. İşçinin kişisel verileri 300

III. İşverenin denetim yetkisi ve teknolojinin denetime etkisi 309

§11. İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE MÜDAHALENİN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ 314

I. İşyerinde Özgürlükleri Savunma Aracı Olarak Ölçülülük 314

II. Ölçülülük Denetiminin Uygulanma Esasları 318
1. Genel olarak ölçülülüğün denetleme ve önleme işlevleri 318
2. Sözleşme görüşmelerinde, işe başvuran adayın kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük 322
a) İşe başvuran adayın kişisel verilerinin işlenmesinde ölçülülük 324
b) Somut olayın koşullarına göre, menfaatler arasında denge arayışı 326
3. Sözleşmenin devamı süresince işçinin kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük 335
a) İşyerinin meşru menfaatleri ile işçinin kişilik değerleri arasında denge arayışı 335
aa) İşyerinde sağlık ve güvenlik gerekçesiyle işçinin kişilik değerlerine müdahale 335
bb) Değişiklik yapma yetkisini saklı tutma kayıtlarının kullanılmasıyla işçinin kişilik değerlerine müdahale 343
b) Teknolojik araçlar kullanılarak işçinin kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük 353
aa) İletişimin gizliliği ve özellikle elektronik posta 355
bb) Teknolojik olanakların kişisel amaçlı kullanımı ve sınırları 358
cc) Cep telefonu ve mobil internet 362
dd) Görsel izleme 367
c) İşyerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasında ölçülülük 368
aa) İşyerinde din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanmasında ölçülülük 368
bb) İşyerinde ifade özgürlüğünün sınırlanmasında ölçülülük 377

§12. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH YETKİSİNİN SINIRININ BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK 381

I. İşçi ve İşverenin İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Karşılıklı Menfaatleri 381
II. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesinin Uygulanma Esasları 388
III. Farklı Fesih Türleri Açısından Ölçülülük Yaklaşımı 397
1. Geçerli nedenle fesihte ölçülülük denetimi 397
a) İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih 397
b) İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesih 408
aa) İşçinin davranışlarına dayanan fesihte ölçülülük denetimi 410
bb) İşçinin yetersizliğine dayanan fesihte ölçülülük denetimi 412
2. Haklı nedenle fesihte ölçülülük denetimi 415

SONUÇ 422

KAYNAKÇA 428

ÖZGEÇMİŞ 460

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA	: Actualité juridique droit administratif
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. no	: Başvuru no (Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
Bull.	: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	: Cilt
Cass. soc.	: Cour de cassation chambre sociale (Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi)
CAA	: Cour administrative d'appel (İdari İstinaf Mahkemesi)
CE	: Conseil d'Etat (Fransız Danıştayı)
CEACR	: Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komisyonu
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme
CIT	: Conférence Internationale du Travail
Cons. const.	: Conseil constitutionnel (Fransız Anayasa Konseyi)
D.	: Daire
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dr. soc.	: Droit social
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İşK.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JCP S	: Juris-Classeur périodique, La semaine juridique, édition sociale
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.	: Madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
OIT	: Organisation internationale du Travail

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses Universitaires de France
RDP : Revue du droit public
RDT : Revue de Droit du Travail
Rec. : Recueil de jurisprudence de CJCE/CJUE
Rec. D. : Recueil Dalloz
Rec. Lebon : Recueil Lebon (Conseil D'Etat)
Rép. civ. D. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. comm. D. : Répertoire de droit communautaire Dalloz
Rép. trav. D. : Répertoire de droit du travail Dalloz
RG. : Resmi Gazete
RTD civ. : Revue trimestrielle de Droit Civil
RTDH : Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
S. : Sayı
t. : Tarih
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK : Türk Dil Kurumu
TUE : Traité sur l'Union européenne
UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü
Vd. : Ve devamı
Yarg. : Yargıtay

RÉSUMÉ

Le principe de proportionnalité était déjà présent dans l'esprit des philosophes de l'Antiquité et des doctrines juridiques occidentales ; il était ainsi, dans les années 300 av. J.-C, une notion utilisée par Aristote, pour définir la justice. Ce principe qu'on vient de choisir comme sujet de notre thèse, devenu aujourd'hui un principe fondamental du droit, s'est révélé et a été admis d'abord en droit public, par les décisions des juridictions constitutionnelle et administrative, afin de protéger les droits et libertés fondamentaux des personnes envers l'État. Il s'est doté ensuite d'une fonction en droit privé, dans les relations entre les personnes privées, puisqu'il est aperçu que l'égalité hypothétique entre les parties d'un contrat n'existait pas toujours.

Le principe de proportionnalité constitue donc un instrument de contrôle important pour le juge, en vue de fournir une garantie aux droits et libértés fondamentaux, dans le fondement du principe de l'État de droit. Dans la vie sociale qui nécessite un apport des restrictions aux droits et libertés, le principe de proportionnalité sert à les rassurer d'une façon maximale, en limitant les restrictions apportées à ces derniers. Avec des termes plus simples, le principe de proportionnalité peut être considéré comme la clé de la coexistence des libertés contradictoires, sans une violation d'aucune d'entre elles.

Les intérêts du salarié et de l'employeur coexistant dans l'entreprise constituent sans doute, l'exemple le plus flagrant des intérêts opposés. La recherche d'un équilibre entre les intérêts en conflit et de cette façon, l'exigence de la protection du salarié forment ainsi l'objet du droit du travail ; car, la relation de travail n'est pas seulement une relation contractuelle mais aussi une relation de pouvoir dans laquelle l'employeur se trouve dans une position économiquement supérieure ; il possède un pouvoir de direction qui lui donne une potentialité d'ingérer les intérêts du salarié.

C'est pourquoi, resurgit une exigence d'encadrer le pouvoir de direction de l'employeur et de prévoir des instruments de contrôle pour délimiter l'exercice de ce pouvoir dans le cadre de la légalité. De cette manière, la proportionnalité fournit au juge, un rôle de protecteur des libertés dans l'entreprise et devient un des meilleurs moyens de la protection juridique du salarié.

Cette exigence d'encadrement et de contrôle du pouvoir de l'employeur, attribue au principe de proportionnalité, une place centrale en droit du travail. Même s'il est admis qu'à partir de la liberté d'entreprendre garantie par la constitution, l'employeur jouit d'un pouvoir de direction dans l'organisation de l'entreprise, ce pouvoir de direction sera restreint par le principe de proportionnalité, afin de protéger la dignité et les droits et libertés fondamentaux du salarié.

En effet, d'une façon analogue avec les autres domaines du droit, dans le droit du travail, ni le pouvoir, ni les libertés ne peuvent être perçus d'une façon absolue. La coexistence du pouvoir et des libertés exige une concession qu'on appelle un *compromis pratique* et ainsi qu'une détermination d'une limite à partir de laquelle cette concession deviendra une violation d'une liberté. Cette limite sera précisée sans doute, par la constatation du moment où l'ingérence sera considérée disproportionnée.

En raison de l'importance de ses fonctions décelées ci-dessus, le principe de proportionnalité, situé au centre du droit du travail, a été choisi comme l'objet d'étude de notre thèse et a été abordé en trois parties. La première partie est ainsi réservée à l'explication de la fonction du principe de proportionnalité en tant qu'instrument juridique de contrôle, d'équilibrer les intérêts en conflit et à la détermination de sa nature juridique.

Quand il s'agit de traiter une notion juridique, il est nécessaire de prendre en compte les causes et les faits concernant sa naissance et son développement, c'est à dire les motifs de son émergence puisque ces derniers vont affecter notre perspective actuelle à l'égard de cette notion. C'est pourquoi, dans la première partie, l'émergence de la notion de proportionnalité et ses fonctions, en tant qu'instrument juridique de contrôle ont été abordées en premier lieu en droit public; pour continuer ensuite dans le droit des relations privées. Dans cette première partie, afin de mettre en évidence les caractéristiques et la nature de ce principe, ainsi que de sa méthode de contrôle ; on s'est focalisé sur la démarche poursuivie par la Cour EDH et la

CJUE qui attribuent une grande importance au principe de proportionnalité dans leur jurisprudence. Dans ce contexte, il a été constaté que la nature structurelle du principe de proportionnalité n'est pas dogmatique mais un raisonnement dialectique. Ce constat est aussi la conséquence naturelle de la structure compliquée du processus juridictionnel.

Le principe de proportionnalité comporte d'une façon paradoxale, deux fonctions : D'une part, en tant que limite des restrictions apportées aux droits et libertés fondamentaux, délimite l'ingérence. D'autre part, il rend légitime une ingérence qui ne dépasse pas cette limite. Du reste, le contrôle de proportionnalité qui sert au juge à résoudre les conflits d'intérêts, constitue une méthode de contrôle flexible ou bien dynamique ainsi qu'objective.

Dans le cadre de ce contrôle, d'après le rapport de proportionnalité au sens étroit (*stricto sensu*) du terme, chaque litige est considéré dans les circonstances des faits (*in concreto*) ; pourtant ce sont les règles d'aptitude et de nécessité qui confèrent une objectivité à ce contrôle ; car d'après ces règles, il est obligé de choisir un moyen propre pour atteindre le but visé et qui porte une atteinte la moins grave aux droits et libertés fondamentaux parmi les autres moyens atteignant le même but. De même, suivant la jurisprudence de la Cour EDH, le juste équilibre en question ne peut être établi que si les restrictions apportées aux droits et libertés fondamentaux sont nécessaires dans une société démocratique.

La nature exceptionnelle de la relation de travail en tant que relation de contrat et de pouvoir ; crée des points communs avec une société démocratique. La notion de pouvoir constitue le premier point commun ; quant au deuxième point commun il est le résultat automatique du premier. Il s'agit d'une nécessité d'encadrer le pouvoir en vue de protéger le salarié en tant que "personne" et "citoyen" avant tout. Cette protection en cause s'étend sur deux axes : Égalité et Liberté. C'est pourquoi, les deux parties suivantes de notre thèse ont été rédigées à partir de ces deux valeurs. En effet, le principe de proportionnalité en droit du travail, répond à deux besoins fondamentaux : Premièrement, l'établissement de l'égalité et deuxièmement, le contrôle et la délimitation des restrictions apportées aux libertés dans l'entreprise.

Ainsi, dans la deuxième partie, on s'est focalisé sur la relation de proportionnalité entre le pouvoir et l'égalité, et notamment sur les limites apportées à la liberté contractuelle de l'employeur. D'après l'intérêt de l'entreprise, bien que

l'employeur ait la faculté soit de déterminer le candidat le plus apte pour employer soit de choisir, parmi les salariés, celui qu'il va licencier ; l'interdiction de discrimination et le principe de l'égalité de traitement encadrent cette liberté contractuelle de l'employeur.

En outre, pour que les différences de traitement opérées par l'employeur ne constituent pas une violation du principe de l'égalité ; il faut qu'elles soient justifiées par une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. À la suite du constat d'une justification légitime comme telle, il sera vérifié si les moyens utilisés sont proportionnés avec le but recherché par l'employeur ; c'est à dire, s'ils sont appropriés et nécessaires pour réaliser ce but et s'il ne s'agit pas d'une atteinte disproportionnée aux intérêts du salarié. De cette manière, la proportionnalité joue un rôle important pour la détermination du seuil d'admissibilité d'une ingérence, à propos de la relation entre le pouvoir et l'égalité.

Dans la troisième partie, on s'est rapproché de la relation de proportionnalité de la liberté contractuelle de l'employeur avec les droits et libertés fondamentaux du salarié, dans le cadre de l'établissement d'un juste équilibre entre le pouvoir et la liberté. Le caractère *intuitus personae* du contrat de travail, renforce le risque d'ingérence par l'employeur, aux droits de la personnalité du salarié. C'est pourquoi il est indispensable de protéger ce dernier, par l'intermédiaire du juge qui va encadrer cette ingérence.

L'exercice des libertés dans l'entreprise sera garanti à l'issue du contrôle de proportionnalité effectué par le juge : Soit la restriction disproportionnée sera considérée nulle, soit elle subira une réduction pour rester valable. Cette garantie se présente clairement dans la sécurité du travail et le principe de "*ultima ratio*" ; selon lequel, l'intérêt du salarié à l'égard de la continuité du contrat de travail devra être protégé et que le licenciement ne peut être qu'un recours ultime. Le moment du licenciement est sans doute, le moment où les intérêts du salarié et de l'employeur se heurtent d'une façon la plus vive.

Dans ce conflit des intérêts, même si le droit de licenciement de l'employeur ne peut pas être supprimé ; il est indispensable d'empêcher les licenciements arbitraires. Vu l'importance cruciale de la continuité du contrat de travail plutôt que sa signification économique pour le salarié ; il n'est pas surprenant dans la logique

du droit du travail contemporain, que la notion de sécurité de travail a resurgi et ainsi le principe de proportionnalité constitue un élément de base à ce système.

Par conséquent, le conflit entre les intérêts de l'employeur d'agir au profit de l'intérêt de l'entreprise et des intérêts du salarié dont la personnalité se mêle obligatoirement avec sa prestation de travail, existe depuis la conclusion du contrat, jusqu'à la fin. Ce conflit de ce fait, crée une exigence de compromis entre les intérêts contradictoires. Les pratiques en droit Turc et dans les systèmes de droit étrangers, nous montrent clairement que, face à cette exigence de compromis, le recours par le juge au principe de proportionnalité en tant qu'un instrument de juste équilibre, d'une façon implicite ou explicite, ne requiert pas nécessairement que ce principe ait un fondement dans une disposition positive.

Pourtant, il conviendrait qu'une disposition positive, conforme à la nature des relations de travail et fournissant une pertinence à la démarche suivie par le juge au cours du contrôle de proportionnalité, soit ajoutée à la législation de travail. À notre point de vue, le fait de prévoir dans une disposition de la Loi du travail, une obligation pour l'employeur de protéger la personnalité du salarié et les limites d'une restriction aux droits de la personnalité de ce dernier; servira à accentuer l'indépendance et l'intégralité du droit de travail, ainsi que le souci d'assurer une garantie aux droits et libertés fondamentaux du salarié.

Il pourrait donc être suggéré *de lege ferenda* qu'une disposition comme suit soit prévue dans la Loi du travail : "*L'employeur est tenu de protéger la personnalité du salarié. Une restriction ne peut être apportée aux droits et libertés fondamentaux du salarié que si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée avec le but recherché*".

Il est impossible de fournir une garantie puissante aux droits et libertés fondamentaux, uniquement avec un contrôle juridictionnel suite à l'ingérence. Avant la mise en place par l'employeur, d'une restriction aux libertés dans l'entreprise ou bien avant le recours au juge quand il s'agit d'une violation ; le fait que les délégués du personnel et l'employeur puissent négocier et parvenir à une solution, démontre que le juste équilibre peut être établi même avant le contrôle du juge.

Dans l'entreprise, puisqu'une structure démocratique l'exige, une telle approche accorderait à la proportionnalité, un caractère d'une mesure préventive et le

système de participation à la gestion de l'entreprise ne serait pas seulement avantageux à la fois pour les deux parties au contrat ; mais aussi contribuerait à la baisse de la charge des instances juridiques.

ABSTRACT

The subject of this thesis is the principle of proportionality, a concept present in the minds of the philosophers of antiquity, and appearing in Western legal doctrines. In 300 BC, it was used by Aristotle to define justice. This principle has become today a fundamental principle of law. It was first recognized in public law by the decisions of the constitutional and administrative courts in order to protect the fundamental rights and freedoms of persons against the State intervention. Proportionality then acquired a function in private law in the relations between private persons since hypothetical equality between the parties of a contract did not always exist.

The principle of proportionality is thus an important instrument of control for the judge for providing a guarantee of fundamental rights and freedoms on the basis of the Rule of Law. In social life, where restrictions on rights and freedoms are required, the principle of proportionality serves as a guarantee for fundamental rights and freedoms by limiting these restrictions. Put simply, the principle of proportionality can be regarded as the key to the coexistence of contradictory freedoms without the violation of any of them.

The interests of the employee and the employer coexisting in the workplace are undoubtedly the most obvious example of conflicting interests. The search for a balance between the interests in conflict and by doing so the protection of the employee together constitutes the subject of labour law, since the employment relationship is not only a contractual relationship but also a power relationship in which the employer has an economically superior position and possesses a managerial power with the potential to interfere with the interests of the employee.

That is why there is a need to control the employer's managerial power and to provide control instruments to keep this power within the framework of legality. In this sense, proportionality – the best means of legal protection for the employee – provides judges a function to serve as the protector of freedoms in workplace.

Requirement of supervision and control of the employer's power puts the principle of proportionality in the heart of labour law. As the extension of freedom of enterprise guaranteed in the Constitution; the power to organise the enterprise undoubtedly exists for the employer. Such a power can be limited by the principle of proportionality for the sake of workers' fundamental rights and freedoms, and human dignity.

As similar to the other areas of law, neither power nor freedoms are absolute in Labour Law. The coexistence of power and freedoms requires a concession called practical *compromise* and the determination of a limit indicating where this concession might evolve into a violation of a freedom. This limitation will undoubtedly be precise by establishing when the interference will be considered disproportionate.

Due to the importance of its functions outlined above, the principle of proportionality with labour law focus is chosen as the subject of our thesis and discussed in three parts. The first part is on the explanation of the function of the principle of proportionality as a legal instrument of control to balance conflicting interests and to determine its legal nature.

Dealing with a legal notion, it is necessary to consider the causes and facts concerning its generation and development as well as the reasons for its emergence since these will affect our present perspective regarding this concept.

Therefore, in the first chapter, the emergence of the notion of proportionality and its functions, as a legal instrument of control, are first addressed in public law and then within the law of private relations.

In this chapter, to highlight the characteristics and nature of this principle, as well as its method of control; the approach taken by the ECtHR and the ECJ, attributing great importance to the principle of proportionality in their case-law is scrutinized. In this context, it is found out that the structural nature of the principle of proportionality is not dogmatic: it relies on dialectical reasoning. This is also the natural consequence of the complicated structure of the judicial process.

The principle of proportionality involves, paradoxically, two functions: On the one hand, as a limit of restrictions on fundamental rights and freedoms it delimits the interference. On the other hand, it makes legitimate an interference that does not

exceed this limit. Moreover, the proportionality test used by the judge to resolve conflicts of interest constitutes a flexible or dynamic as well as objective control method.

In the context of this review, according to the proportionality in the narrow sense (*stricto sensu*) of the term, each dispute is considered in the circumstances of the case (*in concreto*). However, it is the rules of suitability and necessity which bring objectivity to this control. Choosing a suitable measure to reach the objective based on these rules is needed. This measure must be the least restrictive among other measures with the same aim.

Similarly, according to the case-law of the ECtHR, the right balance can only be established if restrictions on fundamental rights and freedoms are necessary in a democratic society.

The exceptional nature of employment relationship being based on contract as well as power is its common ground with democratic society. The first common point is the notion of power. The second is the result of the first. It is a necessity to restrict power to protect the employee as a "person" and "citizen" above all. This protection covers two axes: Equality and Freedom. Therefore, the following two parts of the thesis is written within the framework of these values.

The principle of proportionality in labour law responds to two basic needs: first, the establishment of equality. Second, the control and delimitation of restrictions on freedoms in the workplace.

Thus, in the second chapter, the relationship of proportionality between power and equality, and the limits placed on the employer's contractual freedom is analysed. For the interest of the enterprise the employer has the right to choose the best candidate to employ, or to dismiss. However; the prohibition of discrimination and the principle of equal treatment delimits this contractual freedom of the employer.

In order to refrain from the breach of the principle of equality, such treatments must be justified by a professional, essential and decisive requirement. With such a legitimate justification, whether the means used are proportionate to the aim sought by the employer can be checked. It would also enable us to seeif they are suitable and necessary for the aim and whether or not this is a disproportionate intervention

of the interests of the employee. In this way, proportionality plays an important role in determining the threshold of admissibility of interference, about the relationship between power and equality.

In the third chapter the proportionality between the contractual freedom of the employer and the fundamental rights and freedoms of the employee is examined within the context of the establishment of a fair balance between power and freedom. The *intuitus personae* character of the employment contract reinforces the employer's risk of interference with the employee's personal rights. Therefore, it is essential to protect the employee's personal rights through the intermediary of the judge who will restrict this interference.

The exercise of freedoms in the workplace will be guaranteed at the end of the proportionality test carried out by the judge: either the disproportionate restriction will be considered null and void, or it will be reduced to remain valid. This guarantee is clearly expressed as job security and the principle of "*ultima ratio*"; according to which, the employee's interest in the continuity of the employment contract must be protected and that dismissal can only be an ultimate remedy. The dismissal is, no doubt, the moment when the interests of the employee and the employer are in conflict in the strongest terms.

In cases of conflict of interests, even if the employer's right of dismissal cannot be abolished, it is essential to prevent arbitrary dismissals. The continuity of the employment contract means more than economic significance for the employee, it is fundamental. Therefore, it is not surprising that the notion of job security has emerged in contemporary labour law, and the principle of proportionality is an essential element for it.

Consequently, the conflict between the interests of the employer whose priority is the workplace, and the employee whose personality is integrated with his work is a fact from the beginning to the end of the work contract. This conflict requires a compromise between contradictory interests.

Practices in Turkish law and in foreign legal systems make it clear that, due to the requirement of compromise, the judge applying the principle of proportionality as an instrument of fair balance, implicitly or explicitly, does not necessarily need a legal provision of this principle.

However, a legal provision in line with the nature of the employment relationship and providing relevance to the approach taken by the judge during the proportionality test shall be included in the labour legislation. Providing a provision of an obligation for the employer to protect the employee's personality and the limits of the restriction on the employee's personal rights in the Labor Act will serve to accentuate the independence and integrity of the labour law, as well as the concern to ensure a guarantee of the fundamental rights and freedoms of the employee.

It may, therefore, be suggested by *de lege ferenda* that a provision as follows should be provided in the Labour Law: "*The employer shall protect the personality of the employee. The fundamental rights and freedoms of the employee may not be restricted unless it is justified by the nature of the task to be performed and proportionate to the aim sought*".

It is impossible to provide a powerful guarantee for fundamental rights and freedoms only with judicial control following the interference. If employee delegates and the employer can negotiate and reach a solution before the employer introduces a restriction on the freedoms in the workplace, or before a court case on violation the balance can be established even before the control of the judge.

In the workplace, as a requirement of the democratic structure, such an approach would give proportionality a preventive character. The system of participation in the management of the workplace would not only have positive outcomes for the two parties of the contract but also contribute to the reduction of workload on the judicial authorities.

ÖZET

Ölçülülük ilkesi, antik çağdan bu yana filozofların ve sonra batı hukuk doktrinlerinin üzerine düşündüğü, M.Ö. 300'lü yıllarda, *Aristo*'nun, adalet tanımında kullandığı bir ilkedir. İnceleme konusu yaptığımız ve bugün temel bir hukuk ilkesi haline gelen ölçülülük ilkesi; bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin, devlete karşı korunması ihtiyacı doğrultusunda, öncelikle kamu hukukunda, anayasa yargısı ile idari yargı kararlarıyla ortaya çıkmış ve benimsenmiştir. Bireyler arası ilişkilerde de, taraflar arasındaki varsayımsal eşitliğin her zaman gerçekten var olmadığı fark edildiğinde; özel hukuk alanında da ölçülülük ilkesi önemli bir işlev üstlenmeye başlamıştır.

Gerçekten, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin temelinde, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulabilmesi için yargıcın gerçekleştireceği denetimin en önemli aracıdır. Dolayısıyla, ölçülülük, toplum halinde yaşamanın bir yansıması olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması gereği karşısında; bu sınırlamaların sınırını çizerek, temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde güvence sağlanabilmesine hizmet eder. En yalın ifadeyle, birbiriyle çatışan özgürlüklerin, ihlal edilmeksizin, birlikte var olabilmesinin anahtarı, ölçülülük olmaktadır.

Çatışma halindeki değerlerin birlikte varlığını sürdürmesine en iyi örneklerden biri, kuşkusuz, işyerinin çatısı altındaki işçi ve işveren menfaatleridir. Gerçekten; sınırlı sayıda olmayan pek çok menfaat çatışmasının dengelenmesi ve bu sayede işçinin korunması gerekliliği, iş hukukunun konusu olmaktadır. Bunun gerekçesi ise, bu ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olmasına karşın; aynı zamanda bir güç ilişkisi olmasıdır. Çünkü işveren, bu sözleşme ilişkisinde, sahip olduğu ekonomik üstünlük ve yönetim yetkisi ile işçinin menfaat alanına müdahale edebilecek konumda bulunmaktadır.

Bu nedenle, işçinin tabi olduğu ve işverenin sahip olduğu yönetim yetkisinin çerçevesini çizmek; hukuki sınırlar içinde kalmasını sağlayacak araçları oluşturmak ve böylece yetkinin kullanılmasını denetlemek ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle ölçülülük, yargıca, işyerindeki özgürlüklerin koruyucusu olma işlevini

vermiş ve böylece, işçiye sağlanan hukuki korumanın en çarpıcı araçlarından biri haline gelmiştir.

Sözü edilen sınırlama ve denetim ihtiyacı, menfaatler arasında adil denge kurulmasını sağlama özelliğine sahip ölçülülük ilkesini, iş hukukunun merkezine oturtur. İşverenin anayasa ile güvenceye kavuşturulan girişim özgürlüğünün uzantısı olarak, işletmesinin organizasyonunu yönetim yetkisinin bulunduğunda kuşku olmamakla birlikte; bu yetki, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin ve insan onurunun korunması karşısında, ölçülülük ilkesi sayesinde sınırlanacaktır.

Gerçekten, hukukun diğer dallarında olduğu gibi, iş hukukunda da, ne yetki ne de özgürlükler mutlaktır. Yetki ve özgürlüklerin bir arada var olması ise, karşılıklı ödün vermeyi, diğer bir ifadeyle *pratik uyuşumu* ve bu ödünün, hangi andan itibaren ihlal teşkil edeceğinin belirlenmesini gerektirir. Bunun yanıtı, kuşkusuz, müdahalenin ölçülü sayılamayacağı anın tespitinin ardında yatar.

İş hukukunun odağında yer alan ölçülülük ilkesi, sözü edilen işlevlerinin önemi nedeniyle, inceleme konusu yapılmak üzere seçilmiş ve konu, tezimizde, üç bölümde ele alınmaya çalışılmıştır. İlk bölüm, bir yargısal denetim aracı olarak ölçülülüğün, zıt menfaatleri dengeleme işlevine ve niteliğinin tespitine ayrılmıştır.

Hukuki bir kavram inceleme konusu yapılırken, öncelikle onun doğuşu ve yerleşmesi sürecindeki olguları ve nedenleri göz önünde bulundurmak gerekir. Diğer bir deyişle, hangi sorulara aranan yanıtlar bu kavramın ortaya çıkmasına neden olmuştur, bunun bilinmesi, bu kavrama şimdiki bakış açımızı şekillendirecektir.

Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde, hukukta bir denetim aracı olarak ölçülülük kavramının, başta Alman Hukuku olmak üzere, kamu hukukunda ortaya çıkışı ve izleyen süreçte, özel hukuk ilişkilerinde de uygulanma alanı bulmasına ve işlevlerine değinilmiştir.

Bu ilk bölümde, ölçülülük ilkesinin ve denetim yönteminin özelliklerinin ve niteliğinin ortaya konabilmesi için, bu ilkeyi içtihadının merkezi haline getirmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanının izlediği yöntem inceleme konusu yapılmış; bu bağlamda, ölçülülük denetiminin yapısal niteliğinin dogmatik değil; diyalektik bir akıl yürütme olduğu saptanmıştır. Bu saptama, yargıcın gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin karmaşık yapısının da doğal sonucudur.

Ölçülülük ilkesi, kendi içinde bir paradoksu andıran ikili bir işleve sahip bulunmaktadır: Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak, hem müdahalenin sınırını çizer, hem de bu sınırlar içinde kalan müdahaleye meşruiyet kazandırmış olur. Üstelik, yargıcın, menfaat çatışmalarını çözüme kavuşturmasını sağlayan ölçülülük denetimi, esnek veya diğer bir ifadeyle dinamik olduğu kadar objektif bir denetim metodudur.

Gerçekten, ölçülülük denetimi kapsamında; oranlılık (dar anlamda ölçülülük) değerlendirmesinde, her somut olay, kendi koşulları içinde değerlendiriliyor (*in concreto*) olsa da; ölçülülük denetimine objektif niteliğini kazandıran, elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleridir: Buna göre, temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile izlenen amaca ulaşmayı sağlayan uygun/elverişli ve amacın gerektirdiği müdahale düzeyini aşmayan bir aracın seçilmesi gerekecektir.

Nitekim AİHM içtihadına göre, sözü edilen adil dengenin kurulması, temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların, sadece demokratik bir toplumda gerekli olabilecek sınırlamalar olmasına bağlı bulunmaktadır.

İş ilişkisinin hem bir sözleşme, hem de bir güç ilişkisi olması biçimindeki benzersiz yapısı ise, işte bu demokratik toplum yapısı ile ortak noktalara sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Bu ortak noktalardan ilki, yetki/otorite kavramı olup; ikincisi de bunun doğal uzantısı olarak, işçinin her şeyden önce bir "insan" ve "yurttaş" olarak korunması için, yetkinin sınırlarının çizilmesi gerekliliği olacaktır. Bu koruma, demokrasinin geliştiği iki eksende ortaya çıkmaktadır: Eşitlik ve özgürlük. Bu nedenle çalışmamızın izleyen iki bölümü, bu iki değer çerçevesinde kaleme alınmıştır.

Gerçekten, iş hukukunda ölçülülük ilkesi, bu iki temel beklentiye yanıt vermektedir: İlki, eşitliğin sağlanması; ikincisi ise, işyerinde özgürlüklere yapılabilecek müdahalenin sınırlanması ve denetlenmesi yönündeki beklenti.

Bu tespitlerden hareketle, tezimizin ikinci bölümünde, yetki – eşitlik arasındaki ölçülülük ilişkisi, özellikle işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlar açısından inceleme konusu yapılmıştır. İşveren, işletmesinin menfaatleri doğrultusunda istihdam etmek için en uygun kişiyi seçme ve yine aynı menfaat doğrultusunda, iş sözleşmesini feshedeceği işçileri belirleme özgürlüğüne sahip

bulunmakla birlikte; hem ayrım yasakları, hem de belli koşullarla dar anlamda eşit davranma borcu, işverenin bu özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir.

Bunun yanında, işverenin, işçileri arasında yapacağı farklı uygulamaların, eşitlik ilkesinin ihlali sayılmaması; öncelikle, bu uygulamanın, esaslı ve belirleyici bir mesleki gerekliliğe dayanmasına bağlıdır. Buna ek olarak, böyle bir meşru gerekçenin varlığına karşın, işverenin, başvurduğu aracın, izlediği amaçla ölçülü olup olmadığı denetlenecektir. Bu yönüyle başvurulan aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olması aranacağı gibi; işçinin menfaatlerine, amaçla oransız, aşırı bir müdahale yapılmamış olması gerekecektir. Böylece ölçülülük, yetki - eşitlik ilişkisinde, müdahalenin kabul edilebilir eşiğinin tespitinde önemli bir işleve sahip olmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, yetki ile özgürlük arasında adil bir dengenin kurulması bağlamında, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki ölçülülük ilişkisi üzerinde durulmuştur. İş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği; işverenin, bu kişilik değerlerine müdahalesi olasılığını güçlendirmektedir. Sözü edilen olasılığın karşısında, işçinin korunması gerekliliği açık olup; bu korumanın sağlanması için, müdahalenin sınırlanması gerekecek; müdahalenin sınırları ise yargıç tarafından çizilecektir.

Yargıcın gerçekleştireceği ölçülülük denetimi sonunda, ölçüsüz müdahalenin geçersiz sayılması ya da geçerli görülebilecek düzeye indirgenmesi ile işçinin, işyerinde özgürlüklerini kullanabilmesi, güvence altına alınmaktadır. Bu güvence, belki de en çarpıcı biçimde, işverenin feshe son çare olarak başvurması ve böylece işçinin iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaatinin korunmasında, iş güvencesiyle ortaya çıkmaktadır. Zira, işçi ve işverenin menfaatlerinin en keskin biçimde çatıştığı an, kuşkusuz iş sözleşmesinin feshi anıdır.

Bu menfaat çatışmasında, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı tümüyle ortadan kaldırılamasa da; sözleşmenin keyfi biçimde sonra erdirilmesine de engel olunmalıdır. Çağdaş iş hukukunda, iş sözleşmesinin sürekliliğinin, işçi açısından ekonomik bir anlam ifade etmekten öte, yaşamsal bir öneme sahip olduğu gerçeği karşısında; iş güvencesinin geliştirilmesi ve ölçülülük ilkesinin ise, bu sistemin ana unsuru olması şaşırtıcı değildir.

Sonuç itibariyle, işletmesinin menfaati yönünde hareket etmek isteyen işveren ile iş görme edimiyle kişiliğini, ister istemez adeta bir bütün haline getiren işçinin menfaatleri arasındaki çelişki ve çatışma, iş sözleşmesinin kurulmasından, sona erdiği ana dek varlığını sürdürmekte olduğundan, tarafların zıt yöndeki menfaatlerinin uyumlaştırılması ihtiyacı doğmaktadır.

Bu ihtiyaç karşısında, adil dengeyi kurmada belirleyici olan ölçülülük esasına başvurulabilmesi için; ölçülülüğün, pozitif bir temele kavuşmuş olmasının ise zorunlu olmadığı; Türk hukuku ve yabancı hukuk uygulamalarında, yargıcın pozitif bir normda ifadesini bulmasa dahi, örtülü ya da açık biçimde, ölçülülükten yararlandığı görülmektedir.

Ne var ki, yargıcın ölçülülük denetiminde izleyeceği yöntemin belirginlik kazanmasını sağlayacak ve iş ilişkilerinin niteliğine uygun bir pozitif düzenlemenin, iş mevzuatına eklenmesi yerinde olabilecektir. Özellikle, işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcunu ve işçinin kişilik hakkına müdahalenin sınırlarını öngören bir hükmün İş Yasasında düzenlenmesinin, iş hukukunun bağımsızlığı, bütünlüğü ve işçinin temel hak ve özgürlüklerine güvence sağlama isteğinin en ön planda tutulduğunun vurgulanması açısından isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Bu bağlamda, "*İşveren, işçinin kişiliğini koruma borcu altındadır. İşçinin temel hak ve özgürlükleri, iş görme ediminin niteliği gereği meşru bir gerekçe bulunmadıkça ve müdahale, izlenen amaçla ölçülü olmadıkça, sınırlamaya konu olamaz.*" yönündeki bir düzenlemenin İş Yasasında yer alması, *de lege ferenda* olarak önerilebilecektir.

Temel hak ve özgürlüklerin gerçek bir güvenceye kavuşturulabilmesi, yalnızca müdahale sonrası bir yargı denetimi ile olanaklı olamayacaktır. İşyerinde özgürlüklere müdahale teşkil edebilecek bir uygulamanın, işveren tarafından yürürlüğe konulmasından önce veya bir ihlal söz konusu olduğunda, yargıca başvurmadan önce; işçi temsilcileri ile işverenin karşılıklı görüşmeleriyle ortak bir sonuca varılabilmesi; yargı denetimine gitmeden önce, menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanması olasılığını gündeme getirebilecektir.

Böyle bir yaklaşım, demokratik bir yapının gereği olarak, işyerinde, ölçülülüğün, müdahale öncesine, önleyici bir tedbir olarak taşınmasına hizmet edecek ve yönetime katılma sistemi, kuşkusuz, sözleşmenin her iki tarafı için de

olumlu sonuçlar doğurmakla kalmayacak, yargının da iş yükünün azaltılmasına önemli bir katkı sağlayacaktır.

GİRİŞ

Demokratik, modern toplumun ve çağdaş iş hukukunun dayandığı temel ilkelerin doğal sonucu olarak, günümüzde, emek, bir meta olarak algılanmamaktadır; çünkü iş sözleşmesinin konusu olarak emek; işçinin, kişiliğinin, bir bütün olarak bedeninin ve zihninin ürünüdür. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaç ve hedeflerini ortaya koyan, 10 Mayıs 1944'te kabul edilen Filadelfiya Bildirgesi'nin de, bu anlama gelen "*le travail n'est pas une marchandise*" cümlesiyle başlaması, bir rastlantı değildir. Emek veya iş gücü, bedeni ve ruhuyla, insanın bizzat kendisi olduğu için, hiçbir klasik özel hukuk sözleşmesine konu olamaz. İş ilişkisinin, kendine özgü bir hukuk dalı yaratmış olmasının nedeni de budur.

Söz konusu bu ilişkiyi konu alan iş hukuku, temel esasları pozitif düzenleme konusu edilmiş ve yargı içtihadıyla çağın gelişen, değişen ve dönüşen yapısına, yaşayan bir hukuk dalı olarak uyum sağlayan bir alan olmuştur. Gerek iş hukuku normlarının, gerek bu normların düzenlediği iş ilişkilerinin tarihsel gelişim sürecinin yaratıcısı olduğu bazı temel esaslar, hatta ilkeler, bu nedenle yargıç tarafından benimsenmiş, geliştirilmiş ve iş hukukuna kendine özgü bir perspektif kazandırılmıştır. Böylece bağımsız bir hukuk dalı olarak iş hukuku ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

"*Neden iş hukuku?*" sorusuna verilecek yanıt; iş ilişkilerinde, sözleşmeler hukuku araçlarıyla, özellikle de irade ve sözleşme serbestisi ilkeleriyle kurulması olanaklı olmayan *adil dengenin* sağlanabilmesi için; işçinin onuru, kişiliği ile temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği olacaktır. İşçinin onurunun ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşturulabilmesi, ekonomik olanla sosyal olan arasında; yetkinin her çeşit görünümü ile özgürlük arasında; işletme menfaati ile işçinin onurunun korunması arasında ve sözleşme özgürlüğü ile eşitlik arasında adil dengenin kurulmasına bağlı bulunmaktadır.

İş ilişkisine, işçinin korunması ihtiyacının damga vurmasının temel gerekçesi ise, bu ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olmasına karşın; aynı zamanda, işverenin, ekonomik üstünlüğü ve işçinin menfaat alanına müdahale edebilecek yetkilere sahip

olması nedeniyle, baskın konumda olduğu bir güç ilişkisi olmasıdır. İş ilişkisinin, sözleşme tarafları arasındaki varsayımsal eşitliği alt üst eden karma niteliği, iş hukukunun, işçiyi koruma yönündeki başlıca varlık nedene işaret eder: İşçinin tabi olduğu ve işverenin sahip olduğu yetkilerin çerçevesini çizmek; hukuki sınırlar içinde kalmasını sağlayacak araçları oluşturmak, yetkinin kullanılmasını denetlemek ve böylece işçiyi korumak.

"*Yetki, insanın gerçek yüzünü ortaya çıkarır*" diyen Antik Yunan'ın Yedi Bilgesinden biri sayılan *Prieneli Bias*'a hak vermemek olanaklı değildir. *Bias*, bu sözüyle, bir kişinin, ne derece adil olabileceğinin anlaşılması için kendisine yetkiler verilmesi gerektiğini; ancak bu yetkilerini kullanmasıyla o kişinin erdemli biri olup olmadığını anlayabileceğimizi söyler. Hukuk devletinin ise, yetkinin kullanılmasını, yetki sahibinin erdemlerine terk ederek, bunun denetimi konusunda sessiz kalması elbette beklenemeyecektir.

Bu kapsamda, çağdaş iş hukukunda, işverenin yönetim yetkisinin sınırlarını çizmeye yönelik araçlar, diğer hukuk dallarının etkisiyle yararlanılan, örneğin sözleşmeler hukuku araçları olabileceği gibi; güç ilişkilerine özgü, kamu hukukundan kaynaklanan araçlar da olabilecektir. Özellikle, pozitif hukuk normunun, hayatın akışı içinde ortaya çıkabilecek her uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilecek nitelik taşıyamayacak olması nedeniyle; bu araçlar, hukuk sisteminin bütününe hakim olan, kimi zaman hukuk normunun yorumlanmasında işlev üstlenen, kimi zaman ise uyuşmazlığı çözecek pozitif düzenleme yokluğu nedeniyle bizzat çözümün anahtarı olan bazı ilkeler olarak ortaya çıkmaktadır.

Söz gelimi, M.Ö. 3. yüzyıldan itibaren Roma Hukukunda benimsenen, kaynağını *Tanrıça Fides*'ten alan, hukukun en eski ve köklü kavramlarından biri olan *bona fides*, diğer bir ifadeyle herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymak zorunda olduğu *dürüstlük ilkesi*, bu ilkelerden biridir. Doktora tez konusu olarak seçtiğimiz *ölçülülük ilkesi* de, antik çağdan bu yana filozofların ve sonra batı hukuk doktrinlerinin üzerine düşündüğü, henüz M.Ö. 300'lü yıllarda, *Aristo*'nun, adalet tanımında kullandığı ve insanların toplum içinde yaşayışlarını denge içinde sürdürebilmelerinden söz edilirken, dün olduğu gibi, bugün de gündeme gelen bir ilke olma özelliği taşımaktadır.

Bu köklü kavramların ortak noktası, yaşam koşullarının doğurabileceği sonsuz çeşitlilik arz edebilecek ve öngörülemeyecek hukuki uyuşmazlıkların çözümünde bir

anahtar olabilmektir. Kavramların bu özelliği kuşkusuz, bir diğer ortak noktaya işaret eder: Yargıcın, uyuşmazlıkların çözümünde, taraflar arasında adil dengenin sağlanmasındaki rolünün güçlenmesi.

İşte, ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinin temelinde gelişen, kaynağını temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi düşüncesinden alan, yargıcın sahip olduğu bir denetim aracıdır. Dolayısıyla, ölçülülük, toplum halinde yaşamanın bir yansıması olarak, temel hak ve özgürlüklerin düzenlemelere konu olması ve sınırlanması gereği karşısında; bu sınırlamaların sınırını çizerek, temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde güvence sağlanabilmesine hizmet eder. En yalın ifadeyle, birbiriyle çelişen özgürlüklerin, ihlal edilmeksizin, birlikte var olabilmesinin anahtarıdır.

Menfaatler arasında denge kurulmasını sağlama özelliği, ölçülülük ilkesini, iş hukukunun merkezine oturtur. İş ilişkisinde de, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü ile işçinin, bağımlılık ilişkisine karşın, öncelikle insan olmaktan dolayı sahip olduğu hak ve özgürlükleri, ölçülülük ilkesinin kuracağı adil denge içinde birlikte varlıklarını sürdürebilecektir. İşverenin anayasa ile güvenceye kavuşturulan girişim ve sözleşme özgürlüğünün uzantısı olarak, işletmesinin organizasyonunu yönetim yetkisinin bulunduğunda kuşku olmamakla birlikte; bu yetki, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin ve insan onurunun korunması karşısında sınırlanacaktır. Zira, mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü gibi kurumlar, insanların yazgısı söz konusu olduğunda, varlıklarını aynı şekilde sürdüremeyeceklerdir.

Bu nedenledir ki, ölçülülük, özellikle işçinin kişiliğinin, onurunun korunabilmesi ve sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri işyerinde de kullanabilmesi ile doğrudan bir bağlantı içindedir.

Bu gerekçeyle de, iş hukukunun odağında yer alan ölçülülük ilkesi ve sağladığı denetim metodu, tezimizde, üç bölümde ele alınmaya çalışılmıştır. İlk bölüm, bir yargısal denetim aracı olarak ölçülülüğün, zıt menfaatleri dengeleme işlevine ve niteliğinin tespitine ayrılmış; sonraki iki bölümde ise, bu kez işçi ve işverenin zıt menfaatlerinin dengelenmesi değerlendirilmiş; bu kapsamda ikinci bölümde, işverenin sözleşme özgürlüğü karşısında eşitlik ilkesi; üçüncü bölümde ise, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin temel hak ve özgürlükleri ilişkisi üzerinde durulmuştur.

Bir kavram inceleme konusu yapılırken, öncelikle onun doğuşu ve olgunlaşması sırasındaki olguları ve nedenleri göz önünde bulundurmak gerekir. Diğer bir deyişle, hangi sorulara aranan yanıtlar bu kavramın ortaya çıkmasına neden olmuştur, bunun bilinmesi, bu kavrama şimdiki bakış açımızı şekillendirecektir.

Bu nedenle BİRİNCİ BÖLÜM, hukukta bir denetim aracı olarak ölçülülük kavramının ve sağladığı denetim yönteminin, başta Alman Hukuku olmak üzere, devlet-birey ilişkisinden kaynağını almış olması; izleyen süreçte, özel hukuk ilişkilerinde de, özellikle tarafların eşit olmayabileceğinin kabul edilmesi üzerine, uygulanma alanı bulması ve işlevlerinin incelenmesine ayrılmıştır.

Bu ilk bölümde, ölçülülük ilkesinin, yargıca sağladığı denetim olanağının özelliklerinin ve niteliğinin ortaya konabilmesi için, bu ilkeyi içtihadının merkezi haline getirmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanının izlediği yöntem inceleme konusu yapılmış; bu bağlamda, ölçülülük denetiminin yapısal niteliğinin dogmatik değil; diyalektik bir akıl yürütme olduğu saptanmıştır. Bu saptama, yargıcın gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin karmaşık yapısının da doğal sonucudur. Zira, ölçülülüğün diyalektik niteliği gereği, uyuşmazlığın çözümünde, yargıç tarafından referans alınan hukuk kuralı, yargıcın, kendisini çevreleyen koşullar içinde ve bu kural ile yarışan diğer kurallarla birlikte ele alınacak ve somut olayın koşullarıyla, kurallar arasındaki etkileşimin neticesinde aranan adil denge, yargıç tarafından kurulacaktır.

Nitekim AİHM içtihadına göre, sözü edilen adil dengenin kurulması, temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların, sadece demokratik bir toplumda gerekli olabilecek sınırlamalar olmasına bağlı bulunmaktadır. Demokratik toplum yapısı, bir temel hak ve özgürlüğün tümüyle ortadan kaldırılması ya da özünün zedelenmesine izin vermeyecek ancak özgürlüklerin bir arada var olabilmesi ve uygulanabilmesi için gerekli olan düzeyi aşmamak kaydıyla, bu özgürlüklerin bazı sınırlamalara tabi olması kaçınılmaz olacaktır. İş ilişkisinin hem bir sözleşme, hem de bir güç ilişkisi olması biçimindeki benzersiz yapısı ise, işte bu demokratik toplum yapısı ile ortak noktalara sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Bu ortak noktalardan ilki, yetki/otorite kavramı olup; ikincisi de bunun doğal uzantısı olarak, işçinin her şeyden önce bir "insan" ve "yurttaş" olarak korunması için, yetkinin sınırlarının çizilmesi gerekliliği olacaktır. Bu koruma, demokrasinin geliştiği iki

eksende ortaya çıkmaktadır: Eşitlik ve özgürlük. Bu nedenle çalışmamızın izleyen iki bölümü, bu iki değer çerçevesinde kaleme alınmıştır.

Gerçekten, iş hukukunda ölçülülük ilkesi, bu iki temel beklentiye yanıt vermektedir: İlki, eşitliğin sağlanması; ikincisi ise, işyerinde özgürlüklere yapılabilecek müdahalenin sınırlanması ve denetlenmesi yönündeki beklenti. Nitekim iş hukukunda ölçülülüğün yaygınlaşmasının nedeni, yargıç tarafından işveren yetkisinin sınırlanması isteğidir. Bu yönüyle ölçülülük, işveren yetkilerinin yargıç tarafından denetlenmesini sağlayarak; yargıca, işyerindeki özgürlüklerin koruyucusu olma rolünü vermiş; böylece ölçülülük, işçiye sağlanan hukuki korumanın en çarpıcı hukuki araçlarından biri haline gelmiştir.

Bu tespitlerden hareketle, İKİNCİ BÖLÜM, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak, sona ermesine dek; işverenin sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak eşitlik ilkesi ve yetkiyle eşitlik arasındaki dengenin incelenmesine ayrılmıştır. Bu noktada da dengeden söz edilmesinin temel nedeni, ne eşitliğin, ne de yetkinin mutlak olarak algılanmasıdır. Gerçekten işveren, işçileri arasında, koşulsuz biçimde mutlak bir eşitlik sağlamakla yükümlü olmadığı gibi; haklı gerekçeleri bulunmaksızın, salt yönetim yetkisine dayanarak, işçileri arasında keyfi farklı uygulamalar da yapamayacaktır.

Dolayısıyla eşitlik ilkesi ile işverenin sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilirken; işverenin, haklı gerekçelerini ortaya koyduğu ve bu gerekçelerle ölçülü araçlara başvurduğu sürece, eşitlik ilkesini ihlal etmediği yönündeki tespit, ölçülülük denetimi sonucunda yapılabilecektir. Ölçülülük ilkesi, hem işverenin sözleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırı, hem de işverenin işlem ve kararlarının hukuka uygunluğunun denetim aracı olarak ikili bir işlev kazanacaktır.

Tezimizin ÜÇÜNCÜ BÖLÜMÜNDE ise, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki ölçülülük ilişkisi; yetki-özgürlük dengesinin kurulması bağlamında inceleme konusu yapılmıştır. İş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği ve işçinin kişilik değerlerinin iş görme edimiyle bir anlamda bütünleşmesi; işverenin, bu kişilik değerlerine müdahalesi olasılığını güçlendirmektedir. Sözü edilen olasılığın karşısında, işçinin korunması gerekliliği açık olup; bu korumanın sağlanması için, müdahalenin sınırlanması gerekecek; müdahalenin sınırları ise yargıç tarafından çizilecektir.

İşçinin kişilik değerlerine müdahale nedenleri ve yöntemlerinin çeşitlilik arz etmesi nedeniyle; her defasında karşı karşıya gelen menfaatler arasında denge kurmak için, her somut olayın koşullarına uyum sağlayabilecek ve somut olay adaletini tesis edebilecek bir araç olarak ölçülülük, yargıcın sahip olduğu en önemli denetim aracı olacaktır. Zira, iş sözleşmesinin kurulmasından itibaren başlamak üzere, işverenin, işçinin kişilik değerlerine müdahale olasılığı gündeme gelmektedir. Sınırsız sayıdaki bu olasılıkların ise, yalnızca; sözleşme öncesi görüşmelerde işe başvuran aday hakkında bilgi edinme; adayın tabi tutulabileceği sınav ve testler; işçinin kişisel verilerinin işlenmesi; işyerinde, işçinin kişisel yaşamının gizliliğinin ne oranda korunabileceği; işyerinde izleme ve gözetleme yöntemlerinin işçinin kişiliğine ne derece müdahale edebileceği; teknolojik gelişmelerin bu müdahaleyi ne kadar tehlikeli düzeylere taşıyabileceği; işçinin işyerinde veya çalışma saatlerinde inanç özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve hatta grev hakkını kullanmasının sınırlanıp sınırlanamayacağı ve benzeri biçimde örneklendirilmesi mümkün olacaktır.

İşçi ve işverenin menfaatlerinin en son ve en keskin biçimde çatıştığı an, kuşkusuz iş sözleşmesinin feshi anıdır. İşverenin sözleşme özgürlüğü gereği iş sözleşmesini feshedebilme hakkı, açıkça, işçinin, yaşamını sürdürmesi, geçimini sağlaması, hatta kişiliğini geliştirmesi ve toplum içinde kendini ifade eden bir statüye sahip olabilmesini sağlayan işinin sürekliliğinin korunması yönündeki menfaati ve çalışma hakkıyla karşı karşıya gelir.

Bu menfaat çatışmasında, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı tümüyle ortadan kaldırılamayacağı gibi; işçinin iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaatinin ihlal edilmemesi için, sözleşmenin keyfi biçimde sonra erdirilmesine de engel olunmalıdır. Çağdaş iş hukukunda, iş sözleşmesinin sürekliliğinin, işçi açısından ekonomik bir anlam ifade etmekten öte, yaşamsal bir öneme sahip olduğu gerçeği karşısında; iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin sınırlanması yönünde mekanizmalar geliştirilmesi; bir denge aracı olarak ölçülülük ilkesinin ise, bu sistemin ana unsuru olması şaşırtıcı değildir. Zira fesih, iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanması yönündeki menfaatin bütünüyle ortadan kalkması anlamına geldiğinden; en ağır sonucu doğuran bu araca, ancak daha hafif müdahale teşkil eden araçlar denendikten sonra, son çare olarak başvurulabilecek olması; ölçülülük ilkesinin somut bir ifadesidir.

İşte, tezimizde, işverenin işyerinin menfaati yönünde kullandığı yetkileri ile işçinin, kişiliğinin, hak ve özgürlüklerinin korunması arasındaki çelişki ve çatışma; iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine dek sürmekte olduğundan; bu menfaatlerin *pratik uyuşumunun sağlanması* ve bunlar arasında adil dengenin arayışı gibi kapsamlı bir konunun, önemli ve günümüzde ön plana çıkan yönleri üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

İZLENEN YÖNTEM olarak ise, konuya ilişkin ulusal ve uluslarüstü hukuk kurallarının; ulusal ve uluslarüstü yargı organlarının içtihadının ve karşılaştırmalı hukukun dikkate alınmasının, yol gösterici olacağı düşüncesiyle; her üç bölümde de, ulusal mevzuatımız ve içtihadımızın yanında, özellikle AİHS ve AİHM'nin konuya yaklaşımını ortaya koyan içtihadının temel noktaları; AB normları ve Adalet Divanının başlıca kararları ile hukuk sistemimize örnek teşkil edebilecek noktalarıyla Fransız Hukukundan yararlanılmıştır.

Kant, gerçek bir gözleme dayanmayan kavramın boş olduğunu ifade eder. Ölçülülük kavramının hukuki boyutunu incelerken, bu incelemenin alt yapısını oluşturabilecek gözlemin konusu ise yargı kararlarıydı. Ölçülülük kavram ve denetiminin kapsamının genişliği dikkate alındığında, kavrama ilişkin yargı kararlarının enginliği karşısında, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararlarının yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları, Fransız yargı kararlarından ve Alman yargı kararları hakkında öğretide yapılmış incelemelerden mümkün olduğu kadar yararlanılmaya çalışılmıştır.

Önemle vurgulayalım ki, ölçülülük denetiminin niteliği gereği; bu denetime konu olabilecek menfaat uyuşmazlıklarının sınırsız sayıda olması nedeniyle, çalışmamızın hedefinin, ölçülülük denetimine konu olabilecek hukuki uyuşmazlıkların sayılarak tüketilmesi olamayacaktır. Bu yöndeki bir çaba, hukukun, iş ilişkilerinin, işverenin işçi hak ve özgürlüklerine müdahale araçlarının, her geçen gün değişen ve gelişen yapısı karşısında sonuçsuz kalmaya mahkumdur. Bu nedenle, gerek ölçülülük ilkesinin kaynağı ve ölçülülük denetiminin niteliğinin tespit edilmeye çalışıldığı ilk bölümde, gerekse iş hukukunda yetki-eşitlik ve yetki-özgürlük arasındaki ölçülülük ilişkisinin irdelendiği izleyen bölümlerde, bu çalışma ile izlenen amaç, ölçülülük ilkesinin anlamı, işlevi ve sonuçlarına ışık tutacak biçimde, ölçülülük denetiminin dinamik metodunu ortaya koyabilmektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI VE HUKUKTA BİR DENETİM ARACI OLARAK ÖLÇÜLÜLÜK

§1. ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI VE TERMİNOLOJİ

I. Hukuki İlişkilerde Denge Arayışı ve Ölçülülük Kavramı

Ölçülülük kavramı, antik çağdan bu yana felsefenin ve batı hukuk doktrinlerinin odağında yer almış bir kavramdır. Geçmişten günümüze güncelliğini yitirmeyen, toplum, kişi hak ve özgürlükleri ile devlet konularının merkezindeki konumu nedeniyle, denge arayışı ve ölçülülük, toplum düzeni içinde yaşayan insanların temel hak ve özgürlüklerinin kapsamı, birlikte var oluşu ve sınırı söz konusu olduğunda hep gündeme gelmiştir.

Gerçekten, daha M.Ö. 300'lü yıllarda, Aristo, *Nikomak'a Etik* eserinde, adaleti, bizleri adil davranmaya, adil olanı istemeye iten bir erdem olarak tanımlamış[1], geniş anlamda adaleti, erdem; dar anlamda adaleti ise, "ölçülü olma" (*proportionnel*), "orta ölçü" (*milieu*) biçiminde ifade etmiştir. Aristo'ya göre, ölçülü olmayan, adil olmayandır. Bu nedenle Yunan dilinde adalet, "*dikaion*"; yargıç ise "*dikhastès*" sözcüğüyle ifade edilir, ki bu sözcük, "iki"ye bölme anlamına gelen "*dicha*" sözcüğünden gelmektedir[2].

Epikür ise, sosyal ve siyasal görüşlerini, mutluluk ve "ölçülü olma" üzerine kurmuştur. Hayatın en üstün amacı olan haz, onun için, beden alanında acı çekmemek, ruh alanında da hiçbir huzursuzluk duymamaktır[3]. Bunun anahtarını ise Epikür, *Menoikeus'a Mektup*'unda, "ölçülülük" olarak nitelendirmiştir. Her şeyin başında, en büyük zenginliğimiz olarak adlandırdığı ölçülülük, Epikür için bütün erdemlerin kaynağıdır ve ölçülülük, bizlere, akıllı, namuslu ve doğru yaşamadıkça

---

[1] Aristote, **Éthique à Nicomaque**, Livre V Sur la justice, (trad. par Richard Bodéüs), Paris, GF Flammarion, 2008, 33, 36.
[2] Aristote, **Éthique à Nicomaque**, 56-57. Ayrıca bkz. Michel Villey, **La formation de la pensée juridique moderne**, Paris, PUF, 2009, 80 vd.
[3] Epikür, **Mektuplar ve Maksimler**, (çeviren: Hayrullah Örs), Ankara, Remzi Kitabevi, 1993, 37-38; Ayferi Göze, **Siyasal Düşünce Tarihi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982, 62.

mutlu olmanın, mutlu olmadıkça da akıllı, namuslu ve doğru yaşamının imkansız olduğunu öğretir[4].

M.Ö. 3. yüzyılda kurulan okullardan bir diğeri olan Stoa Okulu da, temel amaç olan mutluluğa ulaşmanın yolunun, doğaya uygun davranmak olduğunu, bunun ise, akla uygun davranış anlamına geldiğini savunur[5]. Dolayısıyla doğa ve akılla uyum halindeki erdemli kişi, hem kendisiyle hem de evrenle uyum halindedir. Bu erdeme erişmenin dört koşulundan biri ise, Stoacılara göre, "ölçülü olmak"tır.

Ölçülülük düşüncesine, Yunan, ardından da Romalı filozof ve hukukçular başvurmuş[6]; Justinianus Kanunlarında dahi adalet, herkese hak ettiğinin verilmesi yönünde sabit ve sürekli bir niyet[7] olarak tanımlanmıştır. Romalı hukukçu Ulpianus ise tabii hukuk kurallarını, üç temelde toplamaktadır: *honeste vivere* (dürüst yaşamak), *alterum non laedere* (kimseye zarar vermemek), *suum cuique tribuere* (herkese hak ettiğini vermek)[8]. Felsefe ve hukuk alanında ölçülülüğe olan ilgi, sonraki yüzyıllarda da azalmamış; M.S. 18. yüzyılda, Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* eserinde, demokrasi, aristokrasi, monarşi ve despotizm olarak sıraladığı farklı yönetimlerden aristokrasiyi incelerken, aristokrasinin temel ilkesinin siyasal erdem olduğunu; azınlığın çoğunluğu ezmemesi için "ölçülü hareket" ilkesinin ve yasaların zengin azınlığı ölçülü davranmaya yöneltmesi gerekliliğini belirtmiştir[9].

Tarih boyunca düşünürlerin, ölçülülüğü, adil olmanın, hayatın amacı olan mutluluğa erişmenin, akıl ve doğa ile uyumlu olmanın, adaleti sağlamak adına herkese hak ettiğini vermenin ya da siyasal erdeme sahip olmanın anahtarı gibi görmüş olmaları, insanlığın, çeşitli nedenlerle, denge aracı olarak ölçülülüğe başvurduğunun, bu kavrama hiç de yabancı olmadığının ve ölçülülük kavramının köklerinin derinliğinin bir göstergesidir.

---

[4] Epikür, **Mektuplar ve Maksimler**, 38.
[5] Göze, **Siyasal Düşünce Tarihi**, 65.
[6] Georges Xynopoulos, **Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre**, Paris, LGDJ, 1995, 1.
[7] "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens", Institutes de Justinien, I, I, I.
[8] Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, (güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, 78; Petr Muzny, **La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique**, Aix-en-Provence, PUAM, 2005 (Tome I), 27.
[9] Charles Louis Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, (çeviren: F. Baldaş), İstanbul, Seç Yayın, 2004, 69. Ayrıca bkz. Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, İstanbul, XII Levha, 2014, 234-235; Göze, **Siyasal Düşünce Tarihi**, 213.

Gerçekten, ölçülülüğün kaynağı hangi felsefi yaklaşım içinde değerlendirilirse değerlendirilsin, tereddütten uzak biçimde şu tespit yapılabilecektir: Farklı ilkelerin, sistemlerin, kişilerin bir arada var oluşu, bir denge arayışını gerektirir; denge sağlanamadığında, uyuşmazlık ve son noktada kaos meydana gelir[10]. Diğer bir deyişle farklı menfaatlerin, uyuşmazlık olmaksızın, bir arada varlığını koruyabilmesi, bu menfaatler arasında dengenin sağlanması ile olanaklıdır.

Bu dengeyi sağlama işlevini yüklediğimiz, denge ve ölçünün sık sık referans alındığı hukuk sisteminde, yargılamanın en eski simgesinin "terazi" olması tesadüf değildir. İşte, ölçülülük kavramı, bu terazinin dengelenmesinde işlev kazanır. Ölçülülük bu yönüyle, hukukun taşıdığı amaçlarla uyumlu bir kavramdır[11]. O halde, hukukun kendisi kadar eski olan, hukuki ilişkilerin adaletli ve dengeli bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturur. Bu nedenle, hukukta ölçülülük ilkesinin; hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, adalet gibi kavramların gelişimine dayandığı kabul edilmektedir[12].

İnsan doğasının, daha genel olarak toplumun ve özellikle demokrasinin çeşitli yönlerini yansıtan dengeleme işlemi, hukukun "ya hep, ya hiç" kuralından uzak olduğunun bir ifadesidir[13]. Nitekim, öğretide, ölçülülük, iktidarı ılımlaştırma[14] ve bu yönüyle demokratik dengeyi sağlama aracı olarak ifade edilmiştir[15]. Ölçülülük kavramına, günümüz hukuk sistemlerinde atfedilen bu işlevi tespit ederken, Montesquieu'ye kulak vermek yerinde olabilir. Montesquieu, öteden beri, kendisine yetki verilen her insanın, bu yetkiyi kötüye kullanmaya meyilli olduğunun bilindiğini ve bu kötüye kullanmanın, bir sınırla karşılaşıncaya kadar devam edeceğini ifade

---

[10] Françoise Bousez, "La proportionnalité en droit du travail", **Standards, principes et méthodes en droit du travail**, Bernard Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, 121.

[11] Isabelle Cornesse, **La proportionnalité en droit du travail**, Paris, Litec, 2001, 9.

[12] Bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982, 117 vd.; O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, İstanbul, Beta, 2000, 162 vd.; Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin, 2002, 19; Yücel Oğurlu, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Ankara, Seçkin, 2002, 19; Erhan Birben, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi**, yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2006, 5.

[13] Aharon Barak, **Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations**, Cambridge University Press, 2012, 345-346.

[14] İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Afa, 1998, 105.

[15] Paul Martens, "L'irresistible ascension du principe de proportionnalité", **Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu**, Tome premier, Bruxelles, Bruylant 1992, 66.

etmiş[16]; kötüye kullanılmaması için, iktidarın, bizzat iktidar tarafından sınırlanması gerektiğine vurgu yaparak, çağımıza ışık tutmuştur.

İşte, devletin bireyle olan ilişkisinde, yasama ve yürütme erklerinin yetkilerinin (ya da benzer biçimde işçi-işveren ilişkisinde işveren yetkilerinin) sınırsız olduğunu düşünmek olanaksızdır. Bu yetkilerin, sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi ise hukuk devletinin bir gereği olarak karşımıza çıkacaktır.

Hukuk devletinin varlığı, hukuk devleti düşüncesinin tüm gerekleriyle uygulanmasına ve dolayısıyla, devletin her türlü faaliyetinin bağımsız yargıçlar tarafından etkin bir yargısal denetime tabi tutulmasına doğrudan bağlıdır[17]. Yargıcın elindeki en etkili araçlardan biri ise ölçülülük denetimidir. Bu denetimde, somut olarak ölçülülük, devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine getirebileceği sınırlamanın sınırını çizmekte, devletin başvurduğu aracın, taşıdığı amacı aşan ağırlıkta olup olmadığını tespite yaramaktadır. Öğretide, *Braibant* tarafından belirtildiği gibi, "*Bir sineği ezmek için çekiç kullanmamak gerekir*" [18]. O halde aracın amaçla ölçülü olması ifade edilirken, salt aracın etkinliği söz konusu olmamakta; aksine, amacı gerçekleştirmek için elverişli olan aracın, gerekli olduğu oranda kullanılması anlatılmak istenmektedir.

İşte böylece, yargıca, bir uyuşmazlıkta, akla uygun ve ölçülü olanı belirleme yetkisi tanıdığımızda, kendisine normatif düzenlemelerin anlamını, kapsamını yeniden belirlemesini (*recalibrer*) sağlayacak aracı da sunmuş oluruz[19].

Gerçekten ölçülülüğün önemi, yerine getirdiği işlev ile ortaya çıkmaktadır: Ölçülülük, normların uygulanması sonucunda ortaya çıkacak sonuçların, bu normların taşıdığı amaç ile ölçülü olup olmadığının tespitinde ve kimi zaman iki farklı menfaati düzenleyen iki farklı normun, birlikte var olmasını sağlamak amacıyla uyumlaştırılmasında, yorum ölçütü işlevini gösteren önemli bir araç olmaktadır.

Bu aracın, ölçülülük denetimi yapacak yargıca sunulmuş olması ise, bu kez mutlak yetkinin (gücün) yargıcın elinde olması gibi bir sonucu beraberinde getirmez.

---

[16] Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine**, 155.
[17] Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, Kavram, 1996, 81.
[18] Guy Braibant, "Le principe de proportionnalité", **Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline**, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, 298.
[19] Martens, "**L'irresistible ascension**", 50.

Dolayısıyla, yargıca verilen, hassas demokratik dengenin sağlanması yönündeki görevin kolay olmadığını da vurgulamak gerekir[20]. Yargıç, bunun için, çoğu zaman, eşit değerdeki menfaatlerden birine üstünlük tanırken, politik tercihler yapmak durumunda kalacaktır[21]. Yargıcın hem hukuk kurallarını uygulama hem de hukuk yaratma rolünü üstlendiği yargılama faaliyeti sırasında ölçülülük, bu her iki açıdan da yargıcın, tutarlı ve mantıksal sonuçlara varmasının aracıdır. Ölçülülük, açıkça ifade edilmediğinde dahi, yargı organının, karara varma sürecinin içinde, aslında kararın gerekçelendirilmesinin merkezinde yer alır; yargıcın elindeki bir teknik olarak, yargılama faaliyetinin kendisine gösterdiği hedefe ulaşmasını sağlar.

Ölçülülük denetimi dendiğinde, bunun kaynağı ve işleyişini açıklamak aynı anda hem basit, hem de güçtür. Bir yandan, günlük dilde kullanılış biçimi nedeniyle ölçülülük düşüncesini açıklamak ve ayrıntılandırmak basit ve hatta gereksiz gibi görünebilir. Diğer yandan hukuk alanında, makul ve dengeli olanın tespiti, matematiksel iki değer arasındaki oranın tespiti gibi bariz ve belki tartışmasız olamayacağından, ölçülülük anahtarının her olayın somut koşulları içinde ne şekilde kullanılacağını sistemleştirmek bir o kadar da güçlük arz eder. Ne var ki, ölçülülük denetimi, elbette, yargıcın, bir illüzyonist gibi, kaynağı belirsiz biçimde ortaya çıkardığı bir araç değildir. Ölçülülük, esasında, birden fazla unsurun dengelenmesini gerektiren her normun içeriğinde ve normlar hiyerarşisinde aynı değerdeki menfaatleri düzenleyen normlar arasında sağlanması gereken dengede kaynağını bulur. Bu yönüyle normun içeriğindeki ya da normlar arası dengeden yola çıkılarak tespit edilebilecek olan ölçülülük, esasında hukuk normunun somutlaştırılması sürecinin önemli bir parçasını oluşturmakta; dolayısıyla, her hukuk sisteminin doğasında yer alan denge arayışından doğmaktadır.

Özde, bir amaca ulaşmak için başvurulan aracın, amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olmasını, ayrıca araç ile amacın ölçüsüz bir ilişki içinde olmamasını ifade eden[22] ölçülülüğe ve bunun sağladığı yargısal denetime, özellikle, birey ile devlet arasındaki ilişkilerde başvurulduğu gibi; aynı ilke, inceleme konusu yapacağımız iş ilişkilerinde de, işverenin, işçinin hak ve özgürlüklerine

[20] Martens, "**L'irresistible ascension**", 67; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 82.
[21] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 246.
[22] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 5-6; Michel Fromont, "Le principe de proportionnalité", **AJDA**, 1995, 156 vd.

yönelebilecek müdahalelerinin sınırını çizmeyi sağlayan en etkili ve önemli araç olarak ortaya çıkacaktır.

II. Terminoloji: Orantılılık - Ölçülülük

Fransızcadaki "*proportionnalité*" ve İngilizcedeki "*proportionality*" sözcüklerinin karşılığı olarak dilimizde, "*orantılılık*" ya da "*ölçülülük*"[23] sözcükleri kullanılmaktadır. İncelememizin konusunu oluşturan ve "ölçülülük" olarak ifade etmeyi tercih ettiğimiz bu sözcüğün, hukuk dilinde ne anlamlar taşıdığı ve niçin "ölçülülük" sözcüğünün tercih edildiğinin ortaya konabilmesi için, her şeyden önce sözcüğün anlamından hareket etmek gerekir.

Dilimizde, oran sözcüğünden orantı ve orantılı sözcükleri türemiştir: Oran, "büyüklük, nicelik, derece bakımından iki şey arasında veya parça ile bütün arasında bulunan bağıntı, nispet, rasyo"; orantı, "bir şeyi oluşturan parçaların kendi aralarında ve parçalarla bütün arasında bulunan uygunluk, oran, tenasüp"; orantılı ise, "orantılı olan, mütenasip" anlamı taşımaktadır[24].

Bir niceliği, o nicelik için kabul edilmiş birimlerden birine göre oranlayarak değerlendirme ya da bu değerlendirmede kullanılan ölçme birimi anlamına gelen, mecazen ise aşırı olmama anlamında kullanılan ölçü sözcüğünden türeyen ölçülülük, sözlükte, "ölçülü, dengeli olma durumu, ılımlı, itidal" olarak tanımlanmaktadır[25].

Dolayısıyla orantılı ya da ölçülü olmaktan bahsedilirken, karşılaştırılan değerler arasındaki bağıntıya göndermede bulunulduğu ve bu kavramın iki bileşeni olduğundan söz edilebilecektir: değişkenler arasındaki ilişki ve bu ilişkinin boyutu[26].

Bu aşamada, dikkat çekilmesi gereken nokta, doğrudan ölçülebilir, tespit edilebilir cebirsel değerler arasındaki matematiksel bir denklem anlamındaki orantı ile nitelikleri gereği birbirinden farklı şeylerin arasındaki bağıntı ya da denge anlamındaki ölçülülük arasında ayrım yapılması gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, matematiksel değerlerin –örneğin 8 ile 3'ün- bir denklem içinde birbirine oranı -8/3-, doğrudan sonuca ulaşılması olanaklı, şekli bir ölçülendirme iken; niteliği farklı

---

[23] Ölçülülük ifadesi yerine, "aşırıya kaçma yasağı" ifadesinin de kullanılabileceği belirtilmiştir (Mustafa Alp, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-", **Yasa Hukuk Dergisi**, C.17, S.205, Ocak 1999/12, 1519).

[24] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

[25] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.

[26] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 23.

şeyler –söz gelimi temel bir hak ile yasa koyucunun, idarenin ya da işverenin buna müdahalesi- arasındaki bağıntıda çok yönlü bir ölçülendirme söz konusu olmaktadır.

Dolayısıyla ilk halde, aynı nitelikte, kolay ve araçsız karşılaştırılabilen değişkenler söz konusu iken; ikinci halde, karşılaştırma konusu yapılan değerlerin nitelik farkı, bunlar arasında bir bağıntı kurulmasını karmaşık ve dolaylı hale getirmekte; aralarında sağlanması gereken doğru denge dikkate alınarak değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır[27].

Gerçekten, karşılıklı hukuki menfaatlerin, bu konuda önceden belirlenmiş bir ölçek bulunamayacağından, matematiksel değerler ya da kesirler gibi doğrudan, kolayca karşılaştırılması mümkün olmayıp; matematiksel bir orantı kurulmasından daha karmaşık ölçütlerle bunlar arasındaki dengenin sağlanması söz konusu olabilecektir. İnceleme konumuzu oluşturan ve ölçülülük olarak ifade ettiğimiz kavram işte bu yönüyle basit bir matematiksel orantıdan ayrılmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, hem orantı hem de ölçülülük karşılığı olarak kullanılabilecek "*proportionnalité*" ve "*proportionality*" kavramının, inceleme konusu yaptığımız biçimiyle, niteliği farklı değerlerin birbiri ile olan bağıntısı olarak anlaşılması gerektiğinden; bu kavramın Türkçe karşılığı olarak -*orantı* ya da *orantılılık* yerine- "*ölçülülük*" sözcüğünü kullanmayı daha isabetli bulmaktayız.

Terminoloji açısından yapılan bu açıklamalar, esasında inceleme konumuzun sınırlarının da çizilmesine yardımcı olmaktadır. Buna göre öncelikle, cebirsel değerler arasında bağıntı kurulması anlamındaki orantının, hukuk dilindeki ölçülülüğün kapsamı dışında kaldığı tespit edilebilir. İkinci olarak ise inceleme konusu yaptığımız anlamıyla ölçülülük, karşılaştırılan hukuki değerler arasında dengenin sağlanması işlevini görürken, önceden belirlenmiş bir ölçekten hareket

---

[27] Fransızcada bu ilk hal için, örneğin iki kesrin birbiriyle orantılı olduğu durumda "proportionnel" terimi kullanılırken; ikinci halde örneğin devletin bir temel hakka müdahalesinin aşırı olması ya da olmaması değerlendirilirken müdahalenin ölçülü "proportionné" olmasından söz edilmektedir (Ayrıntı için bkz. Benoit Géniaut, **La proportionnalité dans les relations du travail**, Paris, Dalloz, 2009, 2 vd.; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 25; Mustapha Mekki, **L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé**, Paris, LGDJ, 2004, 428; Martine Behar-Touchais, "Rapport intoductif", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 2 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811701). Aynı kelime köküne eklenen eklerle bu farkın ortaya konduğu Fransızcaya benzer biçimde dilimizde de kanımızca ilk hal için kesirler arasındaki orantıdan; ikinci halde ise müdahalenin ölçülülüğünden bahsetmek, bu ayrımın daha iyi bir biçimde açıklığa kavuşmasını sağlayabilecektir.

etmemektedir. Bu nedenle ölçülülük kavramının, görece[28] bir kavram olduğu söylenebilir. Her somut olayın özellikleri, kabul edilebilir ölçülülük eşiğini değiştirebilecek ancak bu ilke sayesinde aranan dengenin bozulup bozulmadığı tespit edilebilecektir.

§2. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN TEMELİNDE GELİŞEN ÖLÇÜLÜLÜK KAVRAMI

Ölçülülük, her şeyden önce, ölçülü olma durumu, bir karakter, bir özelliktir[29]. İnsanın, yaşamın her aşamasında, adeta içgüdüsel biçimde makul, dengeli olana ihtiyaç duyması ve ona yönelmesinin olağanlığı karşısında, ölçülü olma durumunu anlamak, onu unsurlarına ayırarak tanımlamaktan daha kolaydır. Tanımlamanın zorluğu aynı zamanda, yakın pek çok kavramın da benzer durumlarda kullanılıyor olmasından kaynaklanır. Gerçekten, akla uygun, rasyonel, gerekli, normal, uyumlu, dengeli ya da olumsuz biçimiyle aşırı gibi kavramların arka planında ölçülülük düşüncesini keşfetmek hiç de zor değildir.

Ölçülülük kavramının çok fazla inceleme konusu yapılmamış olması da, kavramın aslında son derece genel ve belirgin bir özellik taşımasına bağlanmıştır[30]. Görünürdeki bu belirginliğe rağmen, hukuksal düzlemde kavramın anlam ve işlevinin belirlenebilmesi için, tarihsel olarak kavramın çeşitli hukuk sistemlerindeki gelişim çizgisini izlemek, doğru bir yaklaşım olacaktır.

I. Alman Hukukunun Ölçülülük İlkesi Yaklaşımı ve Diğer Avrupa Ülkeleri Hukuk Sistemlerine Etkileri

1. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ölçülülük yaklaşımı

Hukuki boyutuyla ölçülülük ilkesinin doğduğu ve gelişim seyrinin en görkemli olduğu ülke, hiç kuşkusuz Almanya'dır. Çünkü söz konusu ilke çok erken tarihlerde Prusya Yüksek İdare Mahkemesi içtihadında yer almıştır[31]. İkinci Dünya Savaşından

---

[28] Bir şeye göre olan, varlığı başka bir şeyin varlığına bağlı olan, kesin olmayıp kişiden kişiye, zamandan zamana, yerden yere değişebilen, bağıl (Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük).

[29] Xavier Philippe, **Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises**, Paris, Économica, 1990, 7.

[30] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 107.

[31] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 156 vd.; Sophie Le Gac-Pech, **La proportionnalité en droit privé des contrats**, Paris, LGDJ, 2000, 15 vd.; Georges Katrougalos / Daphe Akoumianaki, "**L'application du principe de la proportionnalité dans le champ des droits sociaux**" (http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/155.pdf), 3; Cornesse, **Proportionnalité**, 14 vd.;

sonra ise, özellikle yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi mekanizması ile giderek geliştirilmiş ve nihayet anayasal düzeyde bir ilke olduğu kabul edilmiştir[32].

O. Mayer, daha 1925 yılında, Alman İdare Hukuku konulu eserinde bu konuda yasada hüküm bulunmasa dahi, kolluk tarafından kullanılan gücün kabul edilebilir düzeyde olup olmadığını belirlemede ölçülülük esasının uygulanacağını; daha hafif bir araçla düzenin korunmasının olanaklı olmasına karşın idarenin daha sert bir yönteme başvurmasının, yetkinin aşılması sayılacağını belirtmiş ve hatta bu durumu, mecazen, "*ayrık otlarıyla birlikte buğdayın da koparılmaması gerekir*" biçiminde ifade etmiştir[33]. *W. Jellinek* de, benzer biçimde, normal düzenin sağlanması için gerekli olandan fazlasının yapılması durumunda, kolluğun yetkisini aşmış sayılacağını vurgulamıştır[34]. Bu doğrultuda örneğin, yıkılma riski nedeniyle tehlike arz eden bir yapının, bu tehlikenin tamirat ile önüne geçilebilmesi olanağına rağmen yıkılmasına karar verilmesi, ölçülü olmayacaktır.

Alman Hukukunda, ölçülülük ilkesinin, hukuk devleti ilkesinin maddi unsurlarından biri olduğu ve bireyin temel haklarının yalnızca zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın tatmin edilmesinin gerekli olduğu halde ve bu kapsam dahilinde sınırlanabileceği kabul edilmektedir[35]. Buna göre, kamu özgürlüklerine yapılan devlet müdahalesini sınırlarken, hukuk devleti olgusu ve bundan kaynağını alan ölçülülük ilkesinden yararlanılarak, yasa koyucu ve idarenin takdir yetkisi sınırlanacak ve yargısal denetime tabi tutulacaktır[36].

Alman Hukukunda, ilkenin kaynağının, hukuk devleti olduğu yönünde ileri sürülen görüş yanında; bu ilkeyi, bağımsız bir ilke olarak ya da temel haklar konusunda anayasal yorum ilkesi biçiminde nitelendiren ya da eşitlik ve keyfiyet

---

Fabrice Fevrier, **Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet, Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise**, Memoire DEA de Droit Social et Droit Syndical, sous la direction de M. Frédéric Guiomard, 2003, 48; Jülide Gül Erdem, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", **AÜHFD**, 62 (4) 2013, 974.

[32] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 117 vd.; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 44; Mekki, **L'intérêt général**, 433.

[33] Otto Mayer, **Deutsches Verwaltungsrecht**, 3e édition, T.I, 1925, 222 (aktaran: Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 157); ayrıca bkz. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 113.

[34] Walter Jellinek, **Verwaltungsrecht**, 3e édition, 440 (aktaran: Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 157).

[35] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 157; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını no: 3762, 1993, 285; Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, 259.

[36] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 82; Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1993, C.10, 35; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 975; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 259.

yasağından, öz güvencesinden, temel hakların doğasından, adalet kavramından, özgürlük ilkesinden hareketle temellendiren görüşler de bulunmaktadır[37].

Ölçülülük ilkesinin kaynağını, bazı kararlarında "temel hakların özü"nde bulan Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, ilkenin, esasında hukuk devleti kavramından kaynak aldığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, ölçülülük ilkesi olmaksızın, temel hakların kullanılması düşünülemeyecektir. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de, "*ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değer sahibidir*"[38]. Gerçekten, devlete karşı yurttaşın sahip olduğu özgürlükler, ancak kamu düzeninin korunması amacıyla, zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilecektir[39].

Rumpf'a göre, ölçülülük ilkesinin, demokrasi ya da hukuk devleti ilkelerine dayandırılması olanaklıdır, çünkü söz konusu ilke, bireysel menfaatler ile kamu menfaati arasında makul dengenin sağlanmasına hizmet ettiği için, demokratik hukuk devletinin bir ürünüdür; demokratik hukuk devleti anlayışı egemen olduğu sürece, ölçülülük ilkesi de evrensel bir ilke olarak görülebilecektir [40]. Bununla birlikte, yazara göre, hukuk devleti ilkesi, somutlaştırılabilir bir norm olmayıp, adalet ve insan onuru gibi ilkelerin hukuksal olarak var olmasına olanak yaratan bir çerçevedir. Bu nedenle, adalet ve insan onuru ilkeleri, aynı zamanda ölçülülük ilkesinin kaynakları olarak görülebilir[41]. *Rumpf*, kendisine özgü bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların yorumunda anahtar rolü oynayan ilkeyi, genel bir hukuk ilkesi olarak nitelendirmiştir. Ölçülülük ilkesi, bireye sübjektif bir hukuki konum sağlamadığı gibi, idare veya kanun koyucuya, bireyin hukuk alanına müdahale yetkisi de tanımamaktadır; ne var ki ilkenin, çatışan norm unsurlarını uzlaştırması nedeniyle normatifliğinden söz edilebilecektir [42].

---

[37] Ayrıntı için bkz. Rumpf, "**Ölçülülük**", 34; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 117 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 11 vd.; Atakan, **Sınırlama**, 82 vd.; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 976; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu", **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2010, 181 vd.; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 45; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 144 vd.

[38] BVerfGE 19, 342 vd. (aktaran: Rumpf, "**Ölçülülük**", 34). Ayrıntı için bkz. Xynopoulus, **Proportionnalité**, 113 vd.

[39] Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 146; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 246 vd.

[40] Rumpf, "**Ölçülülük**", 44.

[41] Rumpf, "**Ölçülülük**", 44.

[42] Rumpf, "**Ölçülülük**", 46-47.

Ölçülülük ilkesinin esasen, kamusal özgürlükler ve özellikle ekonomik özgürlükler kısıtlandığında, yasa koyucuya sınırlar getiren bir ilke olduğu kabul edilen İsviçre Hukukunda ise, bu ilkenin uygulaması, daha sonra kolluk, idari yaptırımlar, idare tarafından verilen izinler, yapılan yardımlar ve hatta takdir yetkisine dayanan idare kararlarının denetimine kadar genişlemiştir[43]. Bu açıdan İsviçre Federal Mahkemesinin geliştirdiği keyfilik yasağı kuramı, Avrupa Devletlerinin özgürlükler anlayışı üzerinde etkili olmuş[44]; ölçülülük ilkesi, kamu yararı ilkesinin zorunlu bir tamamlayıcısı olarak nitelendirilmiştir.

Avusturya Hukukunda ise AİHS'nin, 1964 yılında Anayasa Mahkemesince, anayasa yargısı açısından anayasallık bloğuna dahil edilmesiyle birlikte, ölçülülük ilkesi anayasa yargısında uygulama alanı bulmaya başlamıştır[45]. Avusturya Anayasa Mahkemesi, önceleri söz konusu ilkenin benimsenmesi açısından çekingen davranmış olmakla birlikte, 1985'ten itibaren, yasa tarafından, menfaatlerin dengelenmesi ilkelerinin ve ölçülülüğün gözetilmesi gerektiğine hükmetmiş, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık (dar anlamda ölçülülük) kriterlerini uygulamıştır[46].

Fransız Hukukunda da ilke, yasama ve yürütme erkini sınırlayan bir ilke olarak ortaya konulmuş[47]; ölçülülüğün Fransız yargı organları tarafından uygulanması, yabancı hukukların benimsediği bazı yöntem ve çözümlerin izlenmesi ve benimsenmesinin bir sonucu olmuştur[48].

Fransız Hukukunda ilkenin ilk izleri, ceza hukuku alanında, 1789 Bildirgesinin 8. maddesiyle belirmiştir[49]. Buna göre yasa, yalnızca, kesin ve açık biçimde gerekli olan cezaları öngörülebilecektir. Bu düzenleme ile yasa koyucunun yetkisine bir sınır çizilmiştir. Bu doğrultuda yasa koyucu, ceza yasalarında cezaların alt ve üst sınırlarını öngörmüş, yargıç da, işlenen suç ile orantılı olmak üzere, bu sınırlar içinde kalan bir cezaya hükmedebilmiştir (*contrôle de proportionnalité interne – "iç"*

---

[43] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 158; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 17-18.
[44] Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 147.
[45] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 159.
[46] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", aynı yer; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 18; Cornesse, **Proportionnalité**, 14.
[47] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 165. Fransız anayasa yargısında, yargıcın, anayasallık bloku olarak adlandırdığı denetim mekanizmasının içinde yer alan unsurların, ölçülülüğe referans vermesine ilişkin olarak bkz. Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 90.
[48] Örneğin "common law" sistemi nedeniyle tümüyle farklı bir hukuk sistemi olduğu düşünülen Birleşik Devletler ve Büyük Britanya hukuklarında, idare yargıcının "reasonableness" kavramına başvuru yönteminin aslında Fransız idare yargıcının ölçülülük denetiminde izlediği yöntemi etkilediğine ilişkin bkz. Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 32 vd.
[49] Martens, "**L'irresistible ascension**", 51; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 91.

ölçülülük denetimi). Yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi söz konusu olduğunda ise, yargıcın bu kez, yasa koyucu tarafından belirlenen sınırların bizzat kendisinin ölçüsüz olup olmadığını denetleme yetkisi ortaya çıkmıştır (*contrôle de proportionnalité externe – "dış" ölçülülük denetimi*).

Ölçülülük ilkesinin, 5.7.1929 tarihli bir Danıştay kararı üzerine yaptığı değerlendirmede, ilk kez *Latournerie* tarafından açıkça ortaya konduğu ve geliştirildiği kabul edilmektedir[50]. Araç-amaç ilişkisinin ve bu ilişkideki uyumun önemine dikkat çeken *Latournerie*, her kamu otoritesinin, kamu menfaati doğrultusundaki amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli yetkilere sahip olduğunu ve bu yetkilerin, söz konusu otoritenin faaliyetini, hem yönlendirdiğini hem de sınırlarını çizdiğini vurgulamıştır. Diğer bir ifadeyle, amaç ve gereklilik esasları doğrultusunda, kamu otoritelerinin faaliyetlerinin taşıdığı amaç, kendilerine verilen yetkilerin hem dayanağını hem de sınırını oluşturmaktadır. *Xynopoulos* ise bu doğrultuda, ölçülülük denetimini, hukuken korunan ve kamu otoritesinin hukuka uygun bir kararı üzerine birbiriyle çatışan menfaatlerin uyumlaştırılması olarak ifade etmiştir[51]. Buna göre ölçülülük denetiminin tetikleyicisi, hukuka uygun fakat temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir kamu otoritesi kararı olup; yargıç, bunu izleyen süreçte, birbirleriyle çatışan menfaatleri dikkate alacaktır.

Braibant ise, daha sonra, ölçülülük değerlendirmesinde amaç-araç ilişkisine, üçüncü bir unsuru eklemiştir: Somut durum[52]. Sözü edilen üçlü unsur ((*trilogie - üçlem*), idare hukuku öğretimizde de, "idari karar", "idari karardan beklenen amaç" ve "idari kararın dayandığı olgu" biçiminde benimsenmiştir[53].

Alman Hukukunda olduğu gibi, Fransız Hukukunda da, hak ve özgürlüklerin yalnızca birer niyet açıklaması olarak kalmalarına engel olunması için sınırlarının belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Gerçekten, hak ve özgürlüklerden yararlanılmasının ve bunların kullanılmasının, ölçülülük ilkesine bağlı olmasından dolayı, hak ve özgürlüklerin ölçülülüğü içerdiği ileri sürülmüştür[54]: Örneğin, çatışan normlar biçimindeki grev hakkı ve kamu hizmetlerinin sürekliliğinin, bir arada var

---

[50] CE, 5 juillet 1929, (*ministre du travail*), RDP 1931, 319, conc. R. Latournerie (aktaran: Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 62).
[51] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 3.
[52] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 298; daha sonra bu üçlü yapı, *Costa* ve *Philippe* tarafından da benimsenmiştir (Jean Paul Costa, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", **AJDA** 1988, 434; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 161).
[53] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 107.
[54] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 82-83.

olabilmeleri, her ikisinin de ölçülü sınırlandırmalara tabi tutulmalarına bağlı bulunmaktadır.

Daha yalın bir ifadeyle ölçülülük, iki ya da daha fazla unsur arasında bulunması gereken, akla uygun ve uyumlu ilişki biçiminde ifade edilmiş; adil ve makul olmakla bağlantılı olduğu için de, bütünüyle sübjektiflikten arındırılmasının güç olduğu vurgulanmıştır[55].

Ölçülülük, Fransız öğretisinde, *Fromont* tarafından ise, kişilerin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine neden olan önlemlerin gerekliliğinin yargı denetiminde, hedeflenen amaç ile başvurulan önlem arasındaki uygunluk olarak tanımlanmış[56]; bunun yanında amacın, gerekçenin ardında gizli olduğu ve esasında ölçülülük ilişkisinin gerekçe ile araç arasında kurulduğu da ifade edilmiştir. Ayrıca yazar, ölçülülük ilkesinin hukuki niteliğinin, uygulandığı her hukuk sisteminde, özde aynı ve objektif bir hukuk kuralı olduğunu ileri sürmüş ve ilkenin yalnızca ülkeden ülkeye, sistemden sisteme, normlar hiyerarşindeki yerinin değişiklik gösterdiğini belirtmiştir[57].

Marzal Yetano ise, ölçülülük ilkesini, normativist temellerden hareket eden pozitif hukuk incelemeleri açısından, bir "*anomali*" olarak değerlendirmiştir[58]. Bu yönüyle ölçülülük, bir yandan her tür hukuk sistemi içinde yer bulabilen, "sıradan" bir ilke olarak nitelendirilebilecekken, diğer yandan bu sistemlerin alt üst olmasının kaynağı da sayılabilecektir[59]. Yazar, ilkenin hukuki temellerinin ise, hukukun, artık soyut ve gerçeklerden kopuk bir yapı olarak değil, çatışan menfaatleri uyumlaştırma işlevine sahip bir araç olarak algılanmaya başladığı 20. yüzyıla dayandığını da belirtmektedir[60].

---

[55] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 8.
[56] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 163.
[57] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 161; aynı yönde, Katarzyna Grabarczyk, **Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme**, Aix-En-Provence, PUAM, 2008, 228.
[58] Antonio Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne**, Thèse de doctorat en droit soutenue publiquement le 7 octobre 2013, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, École doctorale de droit international et européen, 1.
[59] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 44.
[60] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 18-19. Bu görüşü destekler nitelikte, *Villey*, hukuk mesleğinin amacının, belli bir kimsenin, sınıfın ya da topluluğun mutluluğuna hizmet etmek olmadığını, ancak bu farklı menfaatler arasında en adil dağılımı sağlamak olduğunu belirtmektedir (Michel Villey, **Philosophie du droit**, Paris, Dalloz, 2001, § 153).

Alman Hukukundan kaynağını alan ölçülülük ilkesi, yalnızca diğer Avrupa ülkelerinin hukuklarını etkilememiş, uluslarüstü iki yargı organının da içtihadında ölçülülük belirginlik kazanmıştır. Gerçekten, ölçülülük denetimini açıkça uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanının ölçülülük yaklaşımları[61] ve bunun nedenleri, gerçekleştirdikleri denetimi de şekillendirmiştir.

2. ABAD ve AİHM kararlarını şekillendiren ölçülülük yaklaşımı

a) Avrupa Birliği Hukukunun genel bir ilkesi

Avrupa Birliği Hukukunda ölçülülük ilkesi, önceleri pozitif düzenleme konusu yapılmamış olmakla birlikte, Adalet Divanı[62] tarafından hem bireyi koruyan, hem de sübjektif bir hak teşkil etmeyen genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir[63]. Hukukun genel ilkesi olarak nitelendirilmenin sonucu ise, ilkenin ulusal ve uluslararası tüm hukuk sistemlerinde var olan bir ilke sayılması biçiminde ortaya çıkmaktadır[64]. Adalet Divanı, bir ilkeyi, hukukun genel ilkesi olarak nitelendirirken, üye devlet hukuklarındaki anayasal gelenekler ve ortak genel ilkelerden hareket ettiği gibi, AİHS gibi uluslararası kaynakları, buna bağlı olarak AİHM içtihadını da esas almaktadır[65]. Nitekim ölçülülük ilkesi de Adalet Divanı tarafından, Alman Hukukundan hareketle kabul edilmiş[66] ve başlarda örtülü olarak; başvurulan bir aracın, aynı anda gerekli ve elverişli olması biçiminde ifade edilmiştir[67]. Adalet Divanı kararlarıyla ulusal yargı organlarının kararlarının karşılıklı bir etkileşim

---

[61] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 247.

[62] Önceden "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı" olarak adlandırılan ve "ATAD" kısaltmasıyla ifade edilen Adalet Divanı, 1 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren, "Avrupa Birliği Adalet Divanı" adı ve "ABAD" kısaltmasıyla anılacaktır.

[63] Rumpf, "**Ölçülülük**", 28; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 18; Joël Molinier, **Principes Généraux**, Rép. de droit européen, Dalloz, mars 2011 (actualisation juin 2016), § 120; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 160; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 56; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 263; Mekki, **L'intérêt général**, 430; Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **DEÜHFD**, C. 15, Özel Sayı, **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, 2013, 683.

[64] Adalet Divanı kimi zaman bir ilkeyi, hukukun sadece belli bir alanına ilişkin olarak da hukukun genel ilkesi sayabilmektedir. Örneğin sendika özgürlüğü ilkesinin, iş hukukunun genel bir ilkesi sayılmasına ilişkin bkz. ATAD, 18.1.1990, *Maurissen et Union syndicale c. Cour des comptes*, aff. jointes C-193/87, 194/87, Rec. I-95. AB Hukukunda bir ilkenin hukukun genel ilkesi sayılmasının koşulları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Molinier, **Principes Généraux**, §8 vd.; Rémy Hernu, **Principe d'égalité et Principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes**, Paris, LGDJ, 2003, 31 vd.

[65] Gerçekten Adalet Divanı, AİHS'de ifadesini bulan genel bir ilke olarak ölçülülüğe, kararlarında doğrudan yer vermektedir. Örneğin *Rutili* kararında ATAD, güvence altına alınan haklara, kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle getirilebilecek sınırlamaların, demokratik bir toplumda düzen ve güvenliğin sağlanması için gerekli olan düzeyi aşamayacağına hükmetmiştir (ATAD, 28.10.1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. 1220, §32).

[66] ATAD, 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, Rec. 01125.

[67] Molinier, **Principes Généraux**, §13.

içinde olduğunun bir göstergesi olarak, İtalyan Hukukunda ölçülülük ilkesine ilişkin tartışmaların da ATAD içtihadını etkilediği belirtilmektedir[68].

Ölçülülük ilkesinin, AB Hukukunun genel bir ilkesi sayılmasının doğal sonucu ise, sözü edilen ilkenin, hem Birlik ve üye devlet kurumları, hem de Birlik ve üye devlet yargı organları tarafından uyulması ve uygulanması gereken bir ilke sayılmasıdır. Gerçekten, ölçülülük ilkesi hem Birlik organlarının işlemlerinin, hem de üye devletlerin temel hakları kısıtlayabilecek düzenlemelerinin denetlenmesi işlevi göstermektedir[69].

Avrupa Birliği Anlaşmasının 5. maddesi ise, ölçülülük (*proportionnalité*) ilkesini, katmanlı yetki (*subsidiarité*) ilkesi[70] ile birlikte, Birliğin yetkilerinin kullanılmasını düzenleyen ilkelerden biri olarak öngörmüştür[71]. Lizbon Anlaşması ile son halini alan Avrupa Birliği Anlaşmasının sözü edilen hükmü nedeniyle ölçülülük ilkesinin ve katmanlı yetki ilkesinin, AB Hukukunun merkezinde yer aldığı vurgulanmıştır[72]. Gerçekten, katmanlı yetki ilkesi, belli bir konuda Birliğin müdahalesinin gerekli olup olmadığını; ölçülülük ilkesi ise bu müdahalenin derecesini belirlemektedir[73]. Öğretide de bu nedenle ölçülülük ilkesi, AB Hukukunun yapısal (*structurel*) ilkelerinden biri olarak nitelendirilmektedir[74].

Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, ölçülülük ilkesi gereğince Birlik eyleminin içeriği ve şeklinin, Anlaşmaların amacını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamayacağı hükmü getirilmiştir[75]. Bu yönde, Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmaya ek 2 numaralı Protokol ile, katmanlı yetki ve ölçülülük ilkelerinin uygulanması konusunun düzenlenmesi gereği ortaya çıkmış;

---

[68] Rumpf, "**Ölçülülük**", 28; İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Danıştayının ilkeyi, örtülü biçimde uygulama yöntemi ve ilkenin, İtalyan Hukukunda gizli bir gerçek olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 48 vd.

[69] Mekki, **L'intérêt général**, 431; Géniaut, **Proportionnalité**, 390.

[70] Ayrıntı için bkz. Franck Dintilhac, **Subsidiarité**, Rép. de droit européen, Dalloz, décembre 1999 (actualisation septembre 2012); Jean-Michel Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, 38 vd., 42.; Marianne Dony, **Droit de l'Union européenne**, 4e édition revue et augmentée, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, 88-92.

[71] Art. 5/1 TUE : "*Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences*". Ayrıca bkz. Dony, **Droit de l'Union européenne**, 93; Géniaut, **Proportionnalité**, 391.

[72] Marc Feix, "Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne, Essai de généalogie des principes", **Revue d'éthique et de théologie morale**, 4/2011, no 267, 59-70 (www.cairn.info/revue-d-ethique-et-de-theologie-morale-2011-4-page-59.htm); Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 14.

[73] Dintilhac, **Subsidiarité**, §21; Géniaut, **Proportionnalité**, 391.

[74] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 40.

[75] Art. 5/4 TUE: "En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités". Ayrıca bkz. Dony, **Droit de l'Union européenne**, 93.

bu Protokolde, Birliğin her kurumunun, sürekli olarak, bu iki ilkeye uyumlu hareket edeceği pozitif düzenlemeye konu olmuştur[76]. Bununla hedeflenen, Birliğin, üye devlet hükümetlerinin, bölgesel ve yerel makamların, finansal ve idari yüklerinin, amaçları ölçüsünde olmasını sağlamak ve bunları olabilecek en alt düzeye indirmektir[77].

Bu yönüyle ölçülülük ilkesinin, Birlik ve üye devletler arasında, yetkilerin paylaşımının temelini oluşturduğu ve Birliğin öngördüğü kurallara istisnalar getirilmesini sağlayarak bir anlamda üye devletlerin yetkilerini güçlendirdiği ifade edilebilecektir[78]. Aynı yönde, sözü edilen ilke, Avrupa Birliği Adalet Divanının, Birliğin, üye devletler üzerinde sahip olduğu yetkileri yeniden tanımlamasını sağlamaktadır[79]. Buna göre, ulusal makamlar, Birlik Hukukunun bir düzenlemesinin uygulamaya konması konusunda takdir hakkına sahip olduğunda, bu hakkı, genel ilkelere ve özellikle ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır[80]. Gerçekten, Adalet Divanı tarafından yapılan ölçülülük denetimi ne derece sıkı olursa, üye devletlerin sahip olduğu takdir marjı da o oranda azalacaktır.

Önemle vurgulayalım ki, Birlik Hukukunda ölçülülük, sadece Birliğin işlemlerinin bir sınırını teşkil etmemekte; temel hakların sınırlanmasının sınırı olarak ikinci bir görünüm de kazanmaktadır. Gerçekten ölçülülük ilkesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da, bu Şart ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanılması konusunda getirilebilecek sınırlamaların sınırı biçiminde düzenleme konusu da yapılmıştır.

Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin ilk fıkrasına göre, hak ve özgürlüklere getirilebilecek tüm sınırlamaların, yasa ile düzenlenmesi ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygılı olması gerekmektedir. Aynı fıkranın devamında ise, ölçülülük ilkesi uyarınca, bu sınırlamaların, yalnızca gerekli olduğu durumda ve Birlik tarafından

---

[76] Molinier, **Principes généraux**, §121.
[77] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 43.
[78] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 14; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 92-94; Feix, "**Subsidiarité, proportionnalité**", (www.cairn.info/revue-d-ethique-et-de-theologie-morale-2011-4-page-59.htm).
[79] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 17; Molinier, **Principes Généraux**, §132.
[80] ATAD, 25.3.2004, *Cooperativa Lattepiù arl c. Azienda Agricola Marcello Balestreri e Maura Lena*, aff. jointes C-231/00 et autres, Rec. I-2869. Ayrıca bkz. Molinier, **Principes Généraux**, §37.

tanınan, genel menfaate dayalı amaçlara veya bir başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacına cevap vermesi koşuluyla getirilebileceği düzenlenmiştir[81].

b) AİHS sisteminde devletlerin takdir yetkisinin sınırı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ise, ölçülülük ilkesinin AİHM kararlarına, Alman Hukukunun etkisiyle girdiğini ve şimdi ise Sözleşmenin güvence sisteminin vazgeçilmez bir referansı konumuna geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır[82].

AİHS sisteminde ölçülülük, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yapılabilecek müdahaleler konusunda, bir anlamda Taraf Devletlere tanınan takdir yetkisinin karşıt kavramı olarak karşımıza çıkar. Bizzat AİHS'de, hak ve özgürlüklere ilişkin bazı kısıtlamalar ya da istisnalar öngörüldüğünde, bu konuda ulusal makamlara belli düzeyde bir takdir yetkisinin tanınması gerekliliği ortaya çıkmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla da, devletlerin, sınırsız olmamakla birlikte, somut olayın koşullarına göre değişiklik arz edecek düzeyde takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir[83]. Zira AİHS normları, tek boyutlu olarak algılanamayacaktır; bunlar somut olayın koşulları içinde bir hareket alanı belirleyen, çok boyutlu kurallardır[84]. Devletlere tanınan takdir yetkisi de, bu hareket alanı içinde belirecektir.

Bu çerçevede AİHM, devletleri, bazı haklara getirilebilecek sınırlamalar açısından uygun olduğunu düşündükleri araçları seçmede serbest bırakmaktadır[85]. Diğer yandan ise devletlerin sadece meşru bir amaçla hareket etmelerinin yeterli

---

[81] Art. 52/1: "Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui." Ayrıca bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 62 vd.

[82] Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 976; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 286 vd.; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 103; Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi", **Çankaya University Journal of Law**, S. 8/2, Kasım 2011, 94-95; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 32; Géniaut, **Proportionnalité**, 383 vd.

[83] Ayrıntı için bkz. Pierre Lambert, "Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité", **L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme**, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Frédéric Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant 1998, 63 vd.; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 236; Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul, XII Levha, 2015, 137 vd.; Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 92.

[84] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 141.

[85] AİHM, "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal), n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.7.1968.

olmadığını vurgulayarak, başvurulacak araçlarla amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi aramaktadır. İşte bu son durum, ölçülülüğün, sözü edilen takdir yetkisinin "*panzehri*"[86] olarak görülmesinin nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme, Sözleşme ile korunan haklara müdahale konusunda gerçekleştirdiği denetimde, devletlerin takdir yetkisi ile ölçülülük ilkesi arasında denge kurma çabası göstermekte; ölçülülük, takdir yetkisinin aşırı kullanımı karşısındaki en güçlü koruma olarak ifade edilmektedir[87]. Dolayısıyla takdir yetkisi, AİHM denetimine tabi bulunmakta[88]; takdir yetkisinin en dar kabul edildiği konularda ölçülülük denetimi de daha sıkı yapılmaktadır[89].

AİHM, temel haklar konusunda sağladığı koruma mekanizmasının, ikincil nitelikte olduğunu, her somut olay kapsamında ulusal makamların, getirilen sınırlamanın demokratik toplumda gerekliliğini daha iyi tespit edebilecek bir konumda olduğunu kabul etse de[90]; devletin başvurduğu araçların, somut olayın gerektirdiği düzeyi aşıp aşmadığını, diğer bir ifadeyle araçların ölçüsüz olup olmadığını denetleme konusunda yetkili olduğunu vurgulamaktadır[91].

Gerçekten, AİHM ilk kez, ayrımcılık yasağına ilişkin m. 14 hakkındaki Belçika Dil Davasında[92] ölçülülük ilkesini uygulamış ve kararında şu sonuca ulaşmıştır:

---

[86] Lambert, "**Marge nationale d'appréciation**", 67, 83. Yazar, devletlere tanınan takdir yetkisinin çok fazla geniş algılanmasının, AİHS ile sağlanan sisteme zarar verebileceği görüşünde olduğundan, takdir yetkisinin sınırlarını çizen ölçülülük kavramı ve denetimini, bunun "*panzehri*" ve "*emniyet supabı*" olarak ifade etmiştir. Yazara göre, AİHS, ulusal farklılıklar nedeniyle, "*geometrisi değişken*" bir araca dönüşme eğilimi gösteremeyecektir.

[87] Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 96; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 131, 152; Perraki, **La vie personnelle**, 368; Géniaut, **Proportionnalité**, 285. *Muzny*, AİHS sisteminde bu iki kavramı açıklarken, Sözleşme hükmünün bağlayıcılığını bir çizgiye benzetmiş; bu çizgi üzerinde takdir yetkisi ve ölçülülüğün iki ayrı uçta yer aldığı imgesinden yararlanarak; Mahkemenin her defasında bu çizginin iki ucu arasındaki bir noktayı belirlediğini belirtmiştir (Muzny, **La technique de proportionnalité**, 141). Aynı yönde *Grabarczyk*, ölçülülüğün, ulusal takdir marjı teorisini dengelediğini belirtmektedir (Grabarczyk, **Les principes généraux**, 236, 237).

[88] H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", **İÜHFM**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 653.

[89] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 240.

[90] Sébastien Van Drooghenbroeck, "Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme", **L'accélération du temps juridique**, Philippe Gérard/François Ost/Michel Van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications de Facultés universitaires Saint Louis, 2000, 341; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 109; Gemalmaz, "**Adil Denge**", 653. Belirtelim ki, AİHM tarafından Taraf Devletlere takdir marjı tanınmasının ve bunun sık ve temelsiz biçimde kullanılmasının, Sözleşme ile güvence altına alınan hakların korunması açısından olumsuz etki doğurması eleştiri konusu yapılmaktadır. Ayrıntı için bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 143 vd.

[91] AİHM, "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique, §10; Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72, 7.9.1976, §48-49; Irlande c. Royaume-Uni, n° 5310/71, 18.1.1978, §207; Brannigan et McBride c. Royaume-Uni, n° 14554/89, 26.5.1993, §43; Fernández Martínez c. Espagne, n° 56030/07, 12.6.2014, §125.

[92] Yukarıda anılan 23.7.1968 tarihli "*Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique* kararı. Bkz. Drooghenbroeck, "**Le temps, la**

AİHS tarafından tanınan bir hak açısından, m.14'e aykırılık olmaksızın farklı bir uygulamaya gidilmesinde yalnızca meşru bir amaç izlenmesi yeterli değildir. AİHS m.14'ün ihlal edilmemesi ve uygulamanın ayrımcılık sayılmaması için, söz konusu amaç ile başvurulan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi de bulunmalıdır. Mahkeme, anılan bu ilkeyi, kamu yararı ile bireyin özgürlüğü arasındaki denge kavramı ile açıklamakta; ilkenin hukuki dayanağı açısından ise Sözleşmenin değişik maddelerindeki ölçütleri göstermektedir[93].

Esasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ölçülülük ilkesi, doğrudan sözleşme metni içinde yer almamakla birlikte, ölçülülük düşüncesinin, özellikle 8 ila 11. maddelerin düzenlenme biçimine hakim olduğu söylenebilir[94]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ölçülülük ilkesini, özellikle AİHS'nin 8 ila 11. maddelerinin ikinci fıkralarına dayanan içtihadında kabul etmiş; bir taraftan bir insan hakkının güvence altına alınmasında, diğer taraftan bu hakların norm alanlarının tespitinde ilkeden yararlanmıştır[95]. Gerçekten sözü edilen dört maddenin de yapısı benzerlik taşımaktadır: İlk fıkrada güvence altına alınan bir hak ve özgürlük; ikinci fıkrada ise, bu hak ve özgürlüğe getirilebilecek sınırlamaların ve yapılabilecek müdahalelerin hukuka uygun olması için aranan koşullar[96]. Bu koşullar ise, müdahalenin yasayla öngörülmesi, maddede sıralanan meşru amaçlara yönelik olması ve demokratik toplumda gerekli olması biçiminde düzenlenmiştir. Bu son koşul, hak ve özgürlüğe yapılacak müdahalenin, demokrasinin "standartları"[97] uyarınca, güdülen meşru amacın gerektirdiği düzeyi aşmaması biçiminde; diğer bir ifadeyle müdahalenin

---

proportionnalité...", 346 vd.; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 231; Géniaut, **Proportionnalité**, 285, 383 vd.

[93] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 261-262.

[94] Dengeleme düşüncesi tüm Sözleşmeye hakim kabul edilse de, ölçülülük, daha çok, mutlak kabul edilmeyen, belirli gerekçelerle ve koşullarla sınırlanması olanaklı görülen haklar açısından söz konusu olmaktadır (Grabarczyk, **Les principes généraux**, 228-229). Ayrıca bkz. Marc-André Eissen, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", **La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article**, Louis-Edmond Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, 65; Géniaut, **Proportionnalité**, 386; Jean Paul Costa, "Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: De l'influence de différentes traditions nationales", **RTDH**, 57/2004, 102; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 32; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 49; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 123; Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 94.

[95] Rumpf, "**Ölçülülük**", 30; Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 66.

[96] Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 66; Costa, "**Concepts juridiques**", 102; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 104-105.

[97] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 19. Yazar, ölçülülük denetiminin, gerçek bir demokratik siyasal rejimin kurulduğu bir toplumsal yapıya uygun davranış standardını belirleme amacı taşıması nedeniyle, demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

amaç ile ölçülülüğü olarak anlaşılmaktadır[98]. AİHS sisteminde, ölçülülük düşüncesine ihtiyaç duyulmasının gerekçesi ise, Sözleşme ile düzenlenen, AİHM yargıcı sayesinde de korunan bu sistemin dengeli biçimde işleyişi olarak ifade edilmiştir[99].

II. Türk Hukukunda Ölçülülük Kavramına Yaklaşım ve Bunun Temellerine İlişkin Görüşler

Hukukumuzda da ölçülülük ilkesinin hukuki temelini açıklayan farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa Hukuku öğretisinde *Sağlam* tarafından savunulan görüşe göre, ilkenin geçerliliğini açıklayan en uygun pozitif temel, hukuk devleti olup; ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinden hareketle, içtihat ve öğretinin işbirliği ile somutlaşacak olan, yön verici bir temel ilkedir[100]. Yazara göre, somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasındaki ilişkiyi denetleyerek, keyfi sınırlamaları önleyici fonksiyona sahip olan ölçülülük ilkesi, bu denetimi hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlamaktadır[101]. Bunun sonucunda, sadece bu kapsamdaki bir temel hak sınırlamasının, toplum içinde gerekli konsensüsü sağlayabileceği, yine aynı yazar tarafından vurgulanmaktadır. Bununla bağlantılı olarak, ölçülülük ilkesinin, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olması mantığına dayandığı da öğretide ifade edilmektedir[102].

Ölçülülük ilkesinin, bazı temel hukuk ilkelerinden ve Anayasada tanınan hak ve özgürlüklerin "temel hak" olma niteliğinden hareketle açıklanabileceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır[103]. *Uygun*, ölçülülüğün, hem temel hak niteliğinin kendisinden kaynaklandığını vurgulamakta, hem de Anayasa m.13/2 ve m.15 hükümlerinde bu ilkenin somut pozitif dayanaklarının yer aldığını belirtmektedir[104]. Yazara göre, Anayasa m.13/2'de yer verilen, sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaması kuralı, bir açıdan nedene bağlılığın, diğer açıdan da

---

[98] Costa, "**Concepts juridiques**", 102; Eissen, "**Jurisprudence de la CourEDH**", 66; Géniaut, **Proportionnalité**, 386.
[99] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 227.
[100] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 118.
[101] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 128.
[102] Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta, 2013, 154.
[103] Oktay Uygun, 1982 **Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı, 1992, 162-163; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 104; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 17-19.
[104] Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162. Ekleyelim ki yazarın bu görüşü ileri sürdüğü eseri, 1992 tarihlidir. Dolayısıyla yazar, Anayasada 2001 değişiklikleri öncesinde, ölçülülük ilkesinin, Anayasa m.13/2'nin ifadesinden çıkarılabileceği görüşündedir.

ölçülülük ilkesinin ifadesidir. *Uygun*, belirtilen görüşün sonucu olarak, ölçülülük ilkesini, yasa koyucunun, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasında mantıksal bir bağ ve denge kurmasını sağlamaya yönelik ve onu bu noktada denetlemeye yarayan bir ilke olarak tanımlamıştır[105].

Kaboğlu da, ilkenin temel hakların kendi doğasından kaynağını aldığını ve aynı zamanda anayasal değerdeki bu ilkenin, hukuk devletinin bir sonucu olduğunu kabul etmekte, ilkeyi, özgürlüklerin güvencesi olarak hukukun genel bir ilkesi olarak nitelendirmektedir[106]. İlkenin, bizatihi temel hakların kendisinden (varlığından) kaynağını almakta olduğu görüşüne katılan *Birben,* Alman Hukukunda ölçülülük ilkesinin temelini açıklamak için ileri sürülen görüşlerin -az ya da çok- haklılık payı bulunduğunu, meşru olan her amacın, devletin temel hakları ölçüsüz sınırlandırma gerekçesine dönüşemeyeceği gerçeği karşısında, temel hakkın bizzat kendisinin ölçüsüz bir müdahaleyi engellediğini ifade etmektedir[107]. *Batum* ise, ilkeyi, AİHM'nin denetimi kapsamında, "demokratik toplumda gerekli olan" kavramının, denetleme ölçütlerinden biri olarak nitelendirmiştir[108].

Buna karşın, Anayasamızda 2001 değişiklikleri öncesinde, ilkenin pozitif temelinin bulunmadığını belirten *Gözler*, 2000 tarihli eserinde, anayasa normlarının geçerliliğinin birinci ön koşulu olan maddi varlık koşulunu yerine getiremediğinden, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması sisteminde, ölçülülük ilkesine uygunluk diye bir koşulun bulunmadığını ileri sürmüştür[109]. Yazar'a göre, neyin ölçülü (diğer bir ifadeyle elverişli, gerekli ve orantılı) olduğunun takdiri hukuki değil, siyasal bir sorun olduğundan, bunu yalnızca yasama organı takdir edebilecektir; aksi halde ölçülülüğün kabulü ile Anayasa Mahkemesinin iptal edemeyeceği bir kanun kalmayacaktır[110]. Yazar 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında ise, ölçülülük ilkesinin Anayasanın 13. maddesine eklenmesini yerinde bulduğunu ifade etmiştir[111]. Buna karşın ölçülülük ilkesinin maddeye ekleniş

---

[105] Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162.
[106] Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 104; aynı yazar, **Anayasa Yargısı**, 3. Baskı, İstanbul, İmge, 2000, 146.
[107] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 17-19.
[108] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 259.
[109] Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin, 2000, 251, (www.anayasa.gen.tr/tah.pdf) Erişim: 2.7.2016.
[110] Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 251.
[111] Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/4, 60 vd.

biçimini eleştiren *Gözler*, maddede açıkça "ölçülülük" ifadesine yer verilmesinin isabetli olmadığını, ilkenin içeriğinin ortaya konulması için, "durumun gerektirdiği ölçüde" biçimindeki bir ifadenin kullanılmasının yerinde olacağını belirtmiştir[112].

Oğurlu'ya göre ise, ilkenin hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığının kabul edilmesi, ilkenin pozitif dayanağı olmaksızın da uygulanabileceği anlamını taşır. İlkenin, hukuk devletinde kaynağını bulması ya da adalet, iyilik ve insan haysiyeti gibi felsefi bir dayanağa sahip olması; ilkenin uygulanabilirliği ve etkisini değiştirmeyecek olup, hukukumuz açısından Anayasanın 13. maddesinde ölçülülüğün pozitif ifadesini bulması karşısında, ilkenin hukuki dayanağının tartışılmasına gerek kalmamış bulunmaktadır[113].

Sonuç olarak, ölçülülük ilkesinin, temel hakların kamu yararı ile bağdaştırılmasında temel bir işlev üstlendiğini ve her ikisinin de en iyi biçimde geçerliliğinin sağlanmasına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacak; ancak öğretide de belirtildiği gibi[114], ilkenin bu rolünün, demokratik hukuk devletinin tam olarak yerleşmesinden uzun bir süre sonra anlaşıldığının da vurgulanması gerekecektir.

Kanımızca ölçülülük, bir normun içeriğinde açıkça yer alabileceği gibi, normun düzenleniş biçimi ya da düzenleme konusu da ölçülülüğe uygulama alanı yaratabilir. Ancak ölçülülük, bir yorum ölçütü olarak, pozitif düzenleme konusu olmaksızın dahi, özgürlüklerin bir arada var olabilmesinin ve özellikle kullanılabilmelerinin anahtarıdır. Toplumsal yaşamda, menfaatlerin sıkça karşı karşıya gelmesi ve bunun çözümünde ölçülülüğün vazgeçilmez rolü, ilkenin hem devlet-birey, hem de bireyler arası ilişkilerdeki uygulanma alanına bakıldığında, daha da belirgin biçimde gözler önüne serilecektir.

---

[112] Gözler, "**Anayasa Değişikliği**", 60 vd.
[113] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 26; ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 181.
[114] Rumpf, "**Ölçülülük**", 27.

§3. HUKUKİ İLİŞKİLERDE ÖLÇÜLÜLÜĞÜN UYGULANMA ALANI VE İŞLEVİ

I. Devletin Tüm Eylem ve İşlemlerine Egemen Bir İlke Olarak Ölçülülük

1. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak: ölçülülük

Uygulanması açısından ilke, adeta bir paradoksa konu olmaktadır: Özde ölçülülük, pek çok hukuki tartışmanın odağında varlığını hissettirmesine karşın, çoğunlukla örtülü biçimde uygulama alanı bulur. İlkenin esas uygulama alanının temel hak ve özgürlükler alanı olduğunu söylemek hatalı olmaz. Zira ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında "sınırlamanın sınırı"nı oluşturur[115]. Hatta bu nedenle ilkenin, kendi içinde çelişir gibi görünen ikili işlevinin de bir diğer paradoksu doğurduğundan söz edilebilir: İlke bir yandan temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin sınırlarını çizer, diğer yandan bu müdahaleye meşruiyet kazandırır[116]. İşte, sınırlama olarak da ifade ettiğimiz, bir hakkın anayasa tarafından belirlenen norm alanına yasa yoluyla dışarıdan yapılan ve böylece kişiye bu hakkın sağladığı olanakları daraltan müdahaleye[117], ancak ölçülü olması koşuluyla geçerlilik tanınacaktır.

---

[115] Rumpf, "**Ölçülülük**", 30; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa, 2002, 538; Gemalmaz, **Genel Teori**, 1635 vd., 1638; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 7 vd.; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 162; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 20; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 17 vd.; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 284; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 147 vd.; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**, 1. Baskı, İstanbul, Ekin, 2011, 548; Mehmet Turhan, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1991, C. 8, 401; Arda Atakan, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006; 41 vd.; Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2016, 307 vd.; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 972; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 105; Rhita Bousta, "Contrôle constitutionnel de proportionnalité: La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes", **VIIIème Congrès Mondial de l'AIDC "La constitutuion et les principes"**, Mexico 6-10 décembre 2010, Atelier N^{o} 9 "La proportionnalité en tant que principe" sous la dir. des professeurs Mathieu et Uprimny, 5 (http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/159.pdf); Xynopoulos, **Proportionnalité**, 101; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 229 vd.

[116] Gerçekten, temel bir hakkın mutlak niteliğinin zedelenmesine neden olduğu gerekçesiyle ilkenin eleştirilmesi de söz konusu olmakla birlikte; özgürlüklerin kullanılabilmesi ve birlikte var olabilmesi için karşılıklı olarak uyumlaştırılmaları zorunluluğu karşısında, bu eleştirinin çok da isabetli olmadığı; ilkenin çelişir gibi görünen iki işlevinin de aslında özgürlüklere yapılacak müdahalenin en aza indirgenebilmesi yönünde olduğu ifade edilmelidir. (Ayrıntı için bkz. Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 46; Antoine Lyon-Caen/Isabelle Vacarie, "Droits fondamentaux et droit du travail", **Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{e} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier**, Paris, Dalloz 2001, 440-441; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 51-52).

[117] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 23.

Temel hak ve özgürlüklere müdahalenin kaynağı, öncelikle, anayasa tarafından kendisine yetki tanınan yasa koyucu olabileceği gibi; bu kuralları uygulayan idare de olabilecektir. Kuşkusuz, yasa koyucunun da, idarenin de bu konudaki yetkisi sınırsız olamayacaktır. İşte, temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla ve keyfi biçimde sınırlanmasının önüne geçilmesi adına, ölçülülük ilkesinin sadece hukuk normlarının konulması aşamasında değil, bu normların uygulanması aşamasında da dikkate alınması gerekmektedir. İlkenin, Devlet ve Devletin tüm organları tarafından uyulması gereken bir ilke olduğu, gerek yasama sürecinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında; gerek yürütme aşamasında, idarenin faaliyetlerinde; gerekse yargılama sürecinde denetim aracı olarak ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği öğretide de vurgulanmıştır[118]. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucu ya da idare, taşıdığı amaca uygun bir yöntem izleyerek, bu açıdan etkin ve makul araçlara başvurmakla yükümlüdür. Öğretide bu nedenle, amaca ulaşmak için başvurulabilecek her aracın meşru olduğu yönündeki kurala, yasa koyucu ve idare için son derece temkinle yaklaşılması gerektiği, isabetle vurgulanmıştır[119].

Dolayısıyla hem yasaları yapan yasa koyucu, hem de yasaların kendisine verdiği yetkiye dayanarak işlemler tesis eden idare, ölçülülük denetimine tabi olacaktır. Yargıç ise özgürlüklerin tanınması ile kullanılmasının uyumlaştırılması gerekliliği karşısında, ölçülülük ilkesine başvuracak; ayrıca, hiçbir somut olaya konu özgürlük aynı içerikte olmayacağından, gerekli koruma düzeyini tespit ederken, ölçülülük ilkesine her başvurusunda, giderek bir özgürlükler teorisi oluşturacaktır[120].

İşte, bu teorinin temelindeki ölçülülük ilkesi, bir denetim ve yorum ölçütü olarak kabul edildiği hukuk sistemlerinde, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacına hizmet eden anayasal bir ilke olma özelliği taşımakta ve bu yönüyle de idarenin etkin biçimde denetlenmesini sağlamaktadır.

---

[118] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 156 vd.; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 21; Feix, "**Subsidiarité, proportionnalité**", (www.cairn.info/revue-d-ethique-et-de-theologie-morale-2011-4-page-59.htm); Rumpf, "**Ölçülülük**", 27; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 31, 63; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 20; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 972, 990 vd.; Atakan, **Sınırlama**, 41 vd.; Dilşat Yılmaz, "Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", **İÜHFM**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 1022 vd.; Zuhal Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Ankara, Yetkin, 1996, 169.

[119] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 134.

[120] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 105.

a) Anayasal değerde bir ilke

Ölçülülük ilkesi ile hedeflenen, kamu gücünün sınırlanmasıyla, temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde güvence sağlanabilmesidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı ve bazı hallerde sınırlamanın gerekli olduğu kabul edilmekle birlikte[121], temel haklara müdahale gerçekleştirilirken, yalnızca ulaşılmak istenen amaca katkı sağlayan ve mümkün olan en az yükümlülüğü getiren elverişli ve gerekli araçlar kullanılmalı; sınırlamada oranlılık korunmalıdır. Nitekim bu noktada, makul oranı tespit edebilmek için konunun anahtarları, "en iyi" ve "en etkili" sözcükleri olarak nitelendirilmiştir[122].

Ölçülülük ilkesi, Alman ve İsviçre Hukukunda, devletin bütün faaliyetlerine egemen olan anayasal değerde bir ilke niteliği taşır[123]. Belirtelim ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, bu ilkeyi, hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi saymakla kalmayıp, bunu doğrudan temel hakların varlığında mündemiç kabul eden yaklaşımı, Anayasa Hukuku öğretisinde de isabetli bulunmuştur[124]. Gerçekten, ölçülülük ilkesinin, bir yandan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirici fonksiyonunun, temel hakların somut olarak sınırlanmasını rasyonel ilkelere bağlamasıyla ortaya çıktığı; öte yandan, temel hak ve özgürlükleri koruyarak, devlete karşı temel hak ve özgürlükler düşüncesinin somutlaşmasını sağladığı ifade edilmiştir[125]. Alman Anayasasında insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı temel haklar yapısının ana sütununu oluşturduğundan, bu hakların sınırlamaya konu olması halinde yapılan ölçülülük denetimi, özel bir hassasiyet taşımaktadır[126].

İsviçre Anayasasının, temel hakların sınırlanması başlıklı 36. madde hükmüne göre ise, temel hakların özü ihlal edilemez; ciddi, doğrudan ve yakın tehlike halleri saklı kalmak kaydıyla, temel haklara getirilecek her sınırlamanın yasal bir dayanağı olmalı; ciddi sınırlamalar mutlaka yasa ile öngörülmüş olmalıdır. Ayrıca temel bir

---

[121] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 17 vd.; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 303; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 284; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 147 vd.; Atakan, **Sınırlama**, 41 vd.; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 244 vd.

[122] Rumpf, "**Ölçülülük**", 27.

[123] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 43 vd., 47 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 14; Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 297; Rumpf, "**Ölçülülük**", 34; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 156 vd.; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 113; Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 3; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 161 vd.; Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 147; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 17; Atakan, **Sınırlama**, 87; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 975.

[124] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 118; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162-163.

[125] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, aynı yer.

[126] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 175.

hakkın sınırlanması, mutlaka kamu yararı ya da bir başkasının temel hakkının korunması gerekçesine dayanmalıdır. Maddenin üçüncü fıkrası ise, temel hakka getirilen sınırlamanın, bu sınırlamanın amacıyla ölçülü olması gerektiğini öngörmektedir. Önemle vurgulayalım ki, İsviçre Anayasası, ölçülülük ilkesinin uygulamasını, sadece temel hakların sınırlanması konusuna özgülememiş, Anayasanın 5. maddesinde, devletin tüm faaliyetlerinin kamu yararına cevap verir nitelikte olmasını ararken, bu faaliyetlerin güdülen amaç ile ölçülü olması gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Gerçekten, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ilkeyi, çok açık biçimde uygulayan İsviçre Federal Mahkemesi, bunu, özgürlüklerin güvencesi olarak nitelendirmektedir[127].

Fransız Anayasa Konseyi de, Alman anayasa yargısı ve daha sonra AB Hukuku etkisiyle, özellikle 1990 yılından bu yana ölçülülük denetimi gerçekleştirmektedir[128].

b) İdarenin etkin denetimini sağlayan ilke

Ölçülülük, idarenin yetkilerini kullanırken takınacağı tavrın, sadece varılmak istenen sonuca ulaşmaya yetecek kadar olmasını öngörmekte, fazlasının ise geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır[129].

İdareye ve yetkilerine sınır çizen ölçülülük ilkesi, idari yaptırımlar, kolluk faaliyetleri ve özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda uygulama alanı bulacaktır. İdare, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayabilecek yetkilere sahip olmakla birlikte, bu yetkileri yalnızca gerekli olduğu oranda kullanabilecek; idarenin işleminin amacına kıyasla aşırı sınırlamalar, hukuka aykırı sayılacaktır[130]. Ayrıca, idare tarafından bir idari işlemin tesis edilmesine yön veren ilke, işlemin yargısal denetiminde de bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır[131]. İdare hukuku öğretisinde ölçülülük, "*kolluk tedbirlerinin uygulanışındaki nazik sorumluluk*"

---

[127] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 47.

[128] Valérie Goesel-Le Bihan, "Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: Figures récentes", **Revue française de droit constitutionnel**, 2007/2, n° 70, 269 vd., 287; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 104; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 20; Géniaut, **Proportionnalité**, 409-412.

[129] Özay, **Günışığında Yönetim**, 511; A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan, 2008, 819.

[130] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 298.

[131] Nilay Arat Özkaya, **Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi, "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul, Beta, 2015, 138; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 973 vd.

biçiminde ifade edilmiştir[132]. Bununla kast edilen, kolluk tedbirlerinin, çatışabilen hürriyetler arasındaki dengenin ve adaletin korunmasını gözetmesi, değişen ihtiyaçlara uyarlanması, kamu düzenini ihlal eden eylemlerin şiddeti ve eylemcilerin sahip olduğu araçlarla orantılı olması gerektiği ve hepsinden önemlisi, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına son çare olarak başvurulması gerektiğidir. Gerçekten idare, hiçbir alanda, kolluk alanında olduğu kadar temel hak ve özgürlüklere karışma yetkisi ile donatılmış olmadığından, bu konudaki tutum ve davranışlarının, çok daha sıkı bir denetime tabi tutulması zorunludur[133].

Ölçülülük ilkesi ile güdülen amaç, idarenin sınırlayıcı kararı ile temel hak ve özgürlükler arasında dengenin kurulmasıdır[134]. Bu denge, korunmak istenen hak ve özgürlüğün güvence altına alınması gerekliliği ile bir diğer yararın korunması için söz konusu hak veya özgürlüğün sınırlandırılması ihtiyacı arasında sağlanmak istenmektedir[135]. Ancak ölçülülük ilkesi uygulanırken sadece araç ve amaç olarak adlandırılan iki unsurun değerlendirilmesi tek başına yeterli olmayabilir. Somut koşullar altında ölçülülük ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin denetiminde, idarenin kararının ya da işleminin uygulandığı somut durumun da dikkate alınması gerektiği, bu açıdan ölçülülük değerlendirmesinin üç unsura (*trilogie*) dayandığı öğretide savunulmuştur: idarenin karar almasını gerektiren somut olay; idarenin kararı (araç) ve bu karar ile güdülen amaç[136]. O halde ölçülülük, durum-karar-amaç bütününü esas alan bir denetim olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fransız İdare Hukukunda ise, ilkenin, 20. yüzyılın başlarından itibaren, *Grassin*[137] kararına kadar, örtülü biçimde uygulandığı kabul edilmekte, özellikle, idarenin, yasa tarafından tanınan ve korunan bir temel hakka müdahalesinin ölçülü sayılıp sayılmama denetiminde devreye girmektedir[138]. Gerçekten idarenin daha

---

[132] Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010, 61.
[133] Özay, **Günışığında Yönetim**, 510.
[134] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 35; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 201; Atakan, **Sınırlama**, 114.
[135] Rumpf, "**Ölçülülük**", 41; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 22.
[136] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 298.
[137] CE, 26.10.1973, (*Grassin*), N° 83261, (www.legifrance.gouv.fr).
[138] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 299. Karş. Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 161, 163, yazar, temel hak ve özgürlükler konusundaki Danıştay içtihadında örtülü olarak ölçülülük ilkesinin uygulandığını, buna karşın, 1970'li yılların başında kamu yararı açısından bir idare kararının avantaj ve dezavantajlarının tartıldığı kararlarda ölçülülüğün uygulandığını savunmanın güç olduğunu belirtmektedir. Buna karşın *Xynopoulos*, tam aksine, bilanço esasına başvurulması ya da açık değerlendirme hatası denetimi yapılmasının, ölçülülük denetimi yapıldığının göstergesi olduğunu belirtmektedir (Xynopoulos, **Proportionnalité**, 49). Gerçekten, Fransız Hukukunda, Danıştayın, açık değerlendirme hatası (*erreur manifeste d'appréciation*) ve

etkin biçimde denetimi yönünde içtihat geliştiren Fransız Danıştayı, idari işlemin gerekçesinin yargıca bildirilmesi zorunluluğu, açık değerlendirme hatası kriterlerinin yetersiz kaldığı düşüncesiyle ölçülülük ve bilanço (*bilan coût-avantages*)[139] ilkelerini Fransız idare hukuku literatürüne dahil etmiştir[140].

Nitekim daha 1909 yılında, *Abbé Olivier* kararında, Fransız Danıştayı, yasa koyucunun getirdiği düzenlemedeki amacının, yerel gelenek ve alışkanlıklara mümkün olduğu kadar saygılı olunması ve bunlara düzenin korunması amacıyla, yalnızca, kesinlikle gerekli olduğu düzeyde müdahale edilmesi yönünde olduğunu belirtmiştir[141].

Daha sonraki kararlarında Fransız Danıştayının, yasa koyucunun muhtemel amacını dahi araştırmaya gerek duymadığı dikkat çekmektedir. Nitekim, Fransız Danıştayı, yankı uyandıran *Benjamin* kararında[142], kamu düzeni ile temel bir hak arasındaki dengenin sağlanması açısından, somut olaydaki muhtemel protestoların,

---

bilanço (*bilan coût-avantages*) ölçütlerine başvurmasının, örtülü bir ölçülülük değerlendirmesi olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin *Mekki*, bilanço esasının uygulanmasıyla daha öngörülebilir ve istikrarlı kararlar verilebilmesini sağlayan kriterin, bununla birlikte uygulanan ölçülülük ilkesi olduğu görüşündedir (Mekki, **L'intérêt général**, 427). Bu nedenle Danıştay tarafından geliştirilen bu mekanizmaların niteliğini kesin olarak ifade etmek olanaklı olmasa da, aşağıda, ölçülülük denetiminin aşamalarına değinilen bölümde Fransız Danıştayı kararları arasından verilen örneklerde görüleceği gibi, Yüksek Mahkeme, aşırı, makul ölçü, makul denge gibi ifadelere yer vermek suretiyle, esasında İdare tarafından bir temel hakka müdahale edilmesi durumunda bu müdahalenin ölçülülüğünü kararlarında tartmaktadır. Ayrıca bkz. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 38 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 77-78; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 103 vd.

[139] Bilanço (*bilan coût-avantages*) esası, Fransız idare hukukunda, kamulaştırma işlemlerinin denetimi noktasında ortaya çıkmıştır. Bu kural, devletin hayata geçireceği her projede, bu projenin, çevreye ve özel mülkiyete verebileceği zarar, finansal ve sosyal maliyeti ile sağlayacağı fayda arasında bir karşılaştırma yapılmasını gerektirmektedir. Bir projenin uygulanması, maliyetinin ve neden olacağı zararın, getireceği faydadan fazla olmamasına bağlı kılınmaktadır. Ayrıntı için bkz. Jeanne Lemasurier, "Vers un nouveau principe général de droit? Le principe 'bilan coût-avantages'", **Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline**, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, 551 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 383 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 78-81; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 103 vd.; Arat Özkaya, **Takdir Yetkisi ve Bunun Sınırları**, 143-145; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 180 vd.

[140] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 103.

[141] CE, 19 février 1909, (*Abbé Olivier*), N° 27355, publié au recueil Lebon. Karara konu somut olayda, Sens Belediye Başkanı, tüm dini törenlerin, özellikle de cenazelerin defnedilmesi sırasında kamusal alanda yapılan törenlerin yasaklanmasına yönelik bir karar almış; Fransız Danıştayı ise, bu kararın, yasa koyucunun bu konudaki amacına aykırı bir karar olduğu gerekçesiyle iptaline hükmetmiştir. Zira yerel gelenek ve alışkanlıklara, ancak kesinlikle gerekli olduğu düzeyde bir müdahale gerçekleştirilebilecektir.

[142] CE, 19 mai 1933, (*Benjamin*), N° 17413 17520, publié au recueil Lebon. Karara konu somut uyuşmazlıkta, anti-laik fikirler savunduğu gerekçesiyle, bir yazarın düzenlemek istediği konferansa karşı bir derneğin gösteri yapacağını Belediye'ye bildirmesi üzerine, Belediye başkanınca konferans yasaklanmıştır. Bu yasağın ardından yazar, afişlerle, kamuya açık değil, özel bir konferans yapacağını duyurmuş ise de Belediye, muhtemel protestoları gerekçe göstererek, bu özel konferansı da yasaklama yoluna gitmiştir. Danıştay ise, açıklanan gerekçelerle, yasaklama kararının iptali yönünde hüküm kurmuştur. Ayrıca bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 44 vd.

bir toplantıyı yasaklamayı haklı gösterecek derecede bir ağırlığa (*degré de gravité*) sahip olmadığına karar vermiştir. Fransız Danıştayı, kararında, düzenin korunması amacının gerçekleştirilmesi için daha hafif önlemlere başvurulabileceğini vurgulamıştır. Bu kararından sonra ise Danıştay'ın durum-işlem-amaç üçlü ilişkisine sayısız kez başvurduğu belirtilmektedir[143]. Fransız Danıştayının izlediği bu yöntem, idarenin bir eylem ya da işleminin, somut olayın koşullarına göre haklı olup olmadığının denetlenmesiyle yetinilmeyip, alınan bu tedbirin, kamu düzenine yönelik tehlike ile uyumlu ve ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi anlamı taşımaktadır.

Fransız Danıştayının, açıkça, oran (*proportion*) sözcüğüne yer verdiği *Grassin* kararına[144] göre ise, idare tarafından gerçekleştirilmek istenen bir projenin, sosyal ve finansal maliyeti ile işlevselliği arasında makul bir oran bulunmalıdır. Somut olayda, ilgili projenin yapımı, pek çok tarım alanının bölünmesi gibi bir maliyete neden olacağından ve projenin finansal maliyeti, ilgili ilçenin gelirleri ile orantısız olduğundan, projenin gerçekleştirilmesinde kamusal bir menfaat bulunmadığına karar verilmiştir. Eklemek gerekir ki, Fransız idare hukukunda *Braibant*, ölçülülük ilkesine, bu döneme kadar başka araçlarca, ölçülülüğün rolünün kısmen yerine getirilmesinden dolayı ihtiyaç duyulmamasına karşın; idarenin keyfi işlem ya da eylemlerinin başka menfaatleri ihlal etmesi riskinin artmasıyla birlikte yargıç tarafından bu keyfiyetin sınırlanması ve denetlenmesi zorunluluğu doğduğunu, bu nedenle de ölçülülüğün göstereceği işleve ihtiyaç duyulacağını, adeta günümüzdeki işlevini öngörerek, vurgulamıştır[145].

Üstelik ölçülülüğün temel rolü, yalnızca temel hak ve özgürlüklere yasa koyucu veya idare tarafından yapılacak müdahalenin sınırı biçimindeki işleviyle sınırlı kalmamakta; bu hak ve özgürlüklerin, birbirleriyle olan ilişkilerinde de bazı sınırlamalara uğramaları gerçeği karşısında, bunların yorumunu ve birbirleriyle olan uyumunu sağlama işlevi de kaçınılmaz ve vazgeçilmez olarak ortaya çıkmaktadır.

---

[143] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 299; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 162; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 55-56; Cornesse, **Proportionnalité**, 76; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 49; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 106; Analyse, Conseil d'État: Présentation des grands arrêts, 19 mai 1933 –Benjamin, 2 (http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=1289).

[144] CE, 26.10.1973, (*Grassin*), N° 83261, publié au recueil Lebon.

[145] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 306.

2. Temel hak ve özgürlüklerin "pratik uyuşumunun" sağlanmasının formülü olarak: ölçülülük

Toplumsal yaşam, özgürlüklerin kullanılabilmesi ve soyut kurallar olmaktan çıkabilmeleri için, bazı düzenlemelere konu olmalarını gerektirdiğinden[146], özgürlükler alanının sınırsız olamayacağı gerçeği karşımıza çıkar[147]. *Rousseau*'ya göre de, birey, özgür doğduğu halde, her tarafta, kanun denen zincirlerle bağlı bulunmaktadır. Sınırsız özgürlük, anarşi anlamına geleceğinden, tabii haklardan özgürlüğün sınırı, başkalarının özgürlüklerinin sınırları olacaktır[148]. *Hobbes* da, ilk üç doğa yasasını formüle ederken, doğa durumundaki her şeyi yapma hakkından vazgeçerek devleti kurmayı, haklardan feragat etmek olarak ifade etmiştir[149]. Dolayısıyla toplum halinde yaşama, insana güvenceler sağlarken, diğer yandan bazı özgürlüklerinin de sınırlanması sonucunu doğurmaktadır.

Bu nedenledir ki, özgürlüklerden, toplumsal yaşamda barış içinde yararlanılabilmesi ve bunların güvenceye kavuşması için, özgürlüklere yapılabilecek olan müdahalenin sınırının da belirlenmiş olması önemli olduğu kadar, hassasiyet de taşıyan bir konudur. İşte, anayasal normlar arasında biçimsel bir hiyerarşi olmaması ve bu nedenle birbirlerine aykırı olamayacaklarından hareketle, bu normların, birbirleriyle çelişki yaratmayacak şekilde yorumlanması; her birinin belli bir sınırlamaya uğramasına karşın, her iki anayasal norma da optimal etki tanınması anlamında pratik uyuşum ilkesi bu noktada karşımıza çıkmaktadır[150].

Nitekim, temel hak ve özgürlüklerin, soyut ve içeriksiz olduğunu söylemek olanaklı değildir[151]. Öğretide, normun nesnel alanını, ilgili olduğu yaşam kesiti içinde, güvence altına aldığı insan tutum ve davranışlarının oluşturduğu ve yalnızca

---

[146] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 82-83, 105, 342; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 245; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 88 vd.; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 205.

[147] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 46, 245 vd.

[148] Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi**, 121; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 245; ayrıca bkz. Akad/Vural Dinçkol/Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 145 vd.; M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, İstanbul, Legal, 2010, 1633 vd.

[149] Uygun, **Devlet Teorisi**, 212.

[150] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 38 vd., 136-137; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 166; Rumpf, "**Ölçülülük**", 45; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 195; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 258; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 86; Clémentine Caumes, **L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux**, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université d'Avignon et de pays de Vaucluse, 2010, 31 vd. Bu konuda Fransız Danıştayı ve Anayasa Konseyinin bu yöndeki yaklaşımı için ayrıca bkz. Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 98; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 50.

[151] Sağlam, "**2001 Anayasa Değişikliği**", 290.

norm alanı ile nesnel bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımlarının o hakkın koruma alanı içinde yer aldığı ifade edilmektedir[152]. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler, sözü edilen norm alanları üzerinde normatif koruyucu etkiye sahip olup, bu durum *nesnel sınırlılık* biçiminde ifade edilmektedir. Bu konuda, temel hak ve özgürlüklerin, norm alanlarından kaynaklanan nesnel sınırlarının bulunduğu, bu hakların sahip olduğu korumanın, norm alanları ile sınırlı olduğu, Alman öğretisinden hareketle öğretimizce de benimsenmiş bulunmaktadır[153]. Anayasal, üstün ilkeler olmakla birlikte, temel hak ve özgürlükler, her zaman diğer temel hak ve özgürlüklerle, kimi zaman da kamu yararı ile dengelenen ilkelerdir[154].

Gerçekten hukuk, karmaşık değerler ve ilkeler bütünü olarak kabul edilecek olursa; bu değerler ve ilkelerin kimi zaman birbiriyle uyumlu biçimde, aynı sonuca yöneldiği; kimi zaman ise, birbirleriyle çelişir nitelikte olduğu ve bu halde bir çözümlemeyi (ya da dengelemeyi) gerektirdikleri görülecektir[155]. Dolayısıyla bu değer ve ilkeler, nihai etkilerine, ancak yargıç tarafından gerçekleştirilen dengeleme işlemi sonucunda kavuşacaktır.

İşte, temel hak ve özgürlükler, nesnelliklerine bağlı sınırlar içermekteyken, farklı temel hak ve özgürlüklerin norm alanları ile de çatışabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma açık olmasının yanında, kimi zaman anayasa ile güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlüklerin alanıyla çatıştığı oranda, bir diğer sınırlamaya maruz kalması söz konusu olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sözü edilen norm alanlarının çatışması halinde, hangisine ne oranda koruma sağlanacağı sorusu gündeme geldiğinde de, ölçülülük ilkesi -yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak kalmayacak- yorum ölçütü biçiminde de rol oynayarak, çatışan bu menfaatlerin norm alanlarının somutlaşmasına hizmet edecektir[156].

---

[152] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 50; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 54; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 257.

[153] Rumpf, "**Ölçülülük**", 26 vd.; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 47 vd., 129 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 54 vd.; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 255 vd.

[154] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 101; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 245; Gemalmaz, **Genel Teori**, 1634.

[155] Barak, **Proportionality**, 346. Bu denge arayışı, bireysel yarar ile toplumsal yarar ve düzen arasında olup; temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütlerinin de kaynağını oluşturur (Gemalmaz, **Genel Teori**, 1634).

[156] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 38 vd.; Rumpf, "**Ölçülülük**", 34, 45; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 194-195; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 23; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 259; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519; Xynopoulos, **Proportionnalité**,

Ölçülülük ilkesini, anayasal bir ilke seviyesinde kabul eden ve geliştiren Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ilkenin, yorum ölçütü olarak kullanılmasının da öncüsü olmuş; birbiri ile çatışan temel haklar söz konusu olduğunda, bunların yorumlanması ve her birine optimum etki tanınabilmesi için ölçülülüğe başvurmuştur[157].

Ölçülülük ilkesinin, temel hak ya da özgürlüğün korunması ile bunun karşısındaki hukuki menfaatin sınırlayıcı fonksiyonu arasında dengeyi sağlaması açısından, dengeleyici işlevi bu noktada ortaya çıkmaktadır[158]. Çünkü özgürlük kavramı, "bireysel" bağımsızlık olmaktan çok, bireylerin karşılıklı "bağımlılığı"nı ifade eder[159].

Dolayısıyla ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesinin ve bir arada var olabilmesinin, doğal aracıdır[160]. Temel hak ve özgürlükler ile ölçülülük ilkesi arasındaki bu sıkı bağın nasıl kurulduğunu ortaya koymak ise güçlük arz etmez: Bir temel hakkın nesnel alanı, esasında diğer temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisinin sonucunda belirginlik kazanır. Bu hakkın kapsamını, kendisini çevreleyen koşullardan soyutlayarak düşünmek olanaklı değildir[161]. Toplumsal yaşam ağında kurulan sosyal ilişkiler, bazı hak ve özgürlüklerin karşı karşıya gelmesine neden olduğunda, doğan bir uyuşmazlıkta, yalnızca tek tarafın menfaatinin dikkate alınması, uyuşmazlığın çözümü için yeterli sayılamayacağı gibi; tehlikeli de olabilir. Uyuşmazlığın adil biçimde çözümü, kuşkusuz, karşı karşıya gelen ve çatışan menfaatlerin, her ikisinin birden dikkate alınması ve aralarında -Aristo'nun ifadesiyle- adil orta noktanın (*juste milieu*)[162], adil dengenin bulunmasında yatmaktadır. İşte bu noktada ölçülülüğe ihtiyaç çarpıcı hale gelmektedir. Yukarıda ölçülülük terminolojisinden söz edilirken ortaya konmaya çalışıldığı üzere, ölçülülük, aynı birimle ölçülmesi ve haklarında önceden bir ölçek oluşturulması

144; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 45; Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 101.

[157] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 45; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 144.

[158] Rumpf, "**Ölçülülük**", 45.

[159] B. Pacteau, **Cours des libertés publiques**, 1991-1992, Amicales Corporative de Droit, Université Bordeaux I, 8,9,10 (aktaran: Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 11). Bu durum, kanımızca, Rousseau tarafından ifade edilen, özgür insanın toplumsal zincirlerle bağlı olması ve özgürlüğün sınırının, başkalarının özgürlüğünün sınırları olmasına karşılık gelmektedir (Rousseau'nun düşünceleri için bkz. Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi**, 120 vd.).

[160] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 89.

[161] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 93.

[162] Aristote, **Éthique à Nicomaque**, 33.

olanaklı olmayan değerlerin tartılmasını ve dengelenmesini sağlayan araç olarak karşımıza çıkmaktadır[163].

Bu nedenle somut bir uyuşmazlıkta –üstelik her defasında farklı koşullar altında- farklı menfaatler arasında ortaya çıkan çatışmanın çözümünde ölçülülük mekanizması, yargıç tarafından, bu menfaatlerin somutlaştırılması ve sınırlarının belirlenmesi için başvurulan teknik olacaktır. Hangi aşamadan sonra uyuşmazlık tarafları, menfaatlerini gerçekleştirme noktasında tatmin olmuş sayılacaktır? Hangi aşamada her iki menfaat de, gereğinden fazla bir sınırlamaya konu olmaksızın ve gereğinden fazla sınırlamaya sebep olmaksızın gerçekleşmiş kabul edilebilecektir? Ölçülülük, bu yaklaşımla, her iki menfaatin de, olabildiği ölçüde gerçekleşmesine olanak verecek "*optimal*" çözümün üretilmesini sağlayacağı için; ölçülülüğü, temel hak ve özgürlüklerin birlikte var olmasının aracı olarak nitelendirmek, bizce de isabetli olacaktır.

O halde özetle, çatışan anayasa normları, anayasanın bütünlüğü ilkesi gereği, aralarında çelişki yaratılmayacak biçimde yorumlanmalıdır. İşte bu noktada, norm alanları çatışan temel hak ve özgürlüklere, optimum etki tanınabilmesi için, aralarında pratik uyuşumun sağlanması gereklidir[164]. Temel bir hak, referans alınan bir normdan hareketle, bir bireyin sahip olduğu varsayılan özgürlüklerinin, diğer bireylerinkiyle olan ilişkisi sonucunda şekillenir[165]. Bu şekillenme, bir dengenin kurulması anlamını taşır. Sözü edilen denge ise, ölçülülük tekniği ile kurulmaktadır. Bu teknik, Türk Hukukunda da göz ardı edilmiş bir teknik değildir. İşlevleri ve uygulama alanı, genel olarak, özgürlüklere yapılacak müdahalelerin sınırının tespiti ve birbiriyle çatışan menfaatleri dengeleme biçiminde ortaya çıkan ölçülülük ilkesine, hukukumuzda da, ilkenin pozitif düzenlemeye konu olmasının öncesinde ve sonrasında, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından başvurulmuştur.

---

[163] Öğretide de, anayasal değerler arasında yapılan tartımın, ölçülü bir değerlendirme olduğu ancak her somut olaydaki değerler farklılık arz edeceğinden, tartım için mutlak bir ölçüt bulunmasının olanaksız olduğu isabetli olarak belirtilmektedir (Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 167). Aynı yönde Fransız öğretisinde de, temel hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi oluşturacak biçimde, önceden bir katalog oluşturulmasının olanaksızlığı ve hatta tehlikesi vurgulanmıştır. Somut bir uyuşmazlıkta karşı karşıya gelebilecek bu hak ve özgürlüklerin ancak somut olayın koşulları içinde değerlendirilebileceği, isabetle belirtilmiştir (Muzny, **La technique de proportionnalité**, 93-94; Mekki, **L'intérêt général**, 373).

[164] Ayrıntı için bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 38 vd.; Sağlam, "**2001 Anayasa Değişikliği**", 290 vd.; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 258-259; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 23; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 96 vd.

[165] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 90.

3. Türk Hukukunda anayasal pozitif temele kavuşan bir ilke olarak: ölçülülük

a) Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklik ile getirilen düzenleme öncesi ve sonrasında değişmeyen esas: "özgürlük kural, sınırlama istisnadır"...

Ölçülülük ilkesi, hukukumuzda, ilk önce Anayasa Yargısı kararlarında benimsenmiş, daha sonra idare hukukunda yaygınlaşarak uygulama alanı bulmuş[166]; anayasada pozitif düzenlemesi olsun ya da olmasın, özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna sayılmasının bir güvencesi olarak varlık kazanmıştır.

Anayasamızda ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan değişiklik ile, 13. maddede açıkça ifadesini bulmuş, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında temel bir ilke olarak belirtilmiştir[167]. Hatta 2001 yılında yapılan değişiklikle maddede bu ilkenin açıkça yer alması sonucunda, 13. maddenin, bir "sınırlama maddesi" olmaktan çıkarak, bir "özgürlük maddesi"ne dönüşeceği, ayrıca ölçülülüğün, amaç-araç dengesi, elverişlilik ve gereklilik koşullarını taşıması gerektiği, söz konusu anayasa değişikliklerinin TBMM genel kurulunda görüşülmesi esnasında ifade edilmiş[168]; böylece 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılıp, her bir özgürlüğe ilişkin maddede, bunların özelliklerine göre farklılaşmış sınırlama (kademeli sınırlama) rejimine geçildiği öğretide de vurgulanmıştır[169,170].

---

[166] Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 161 vd.; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 33; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 980.

[167] Ömer Adil Atasoy, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, 128; Özay, **Günışığında Yönetim**, 540; Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, 295; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 17, 209 vd.; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 308; Atakan, **Sınırlama**, 302 vd.

[168] TBMM Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem, 3. Yasama Yılı, 132. Birleşim, 25 Eylül 2001 Salı, 17-18.

[169] Fazıl Sağlam, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 288 vd.; Mehmet Sağlam, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 233 vd.; Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, 326 vd.; H. Tahsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY Md 13", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 111 vd.; Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 154 vd; İsmet Giritli, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 88 vd.; Mehmet Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2003, C. 20, 215 vd.; Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C. 19, 139 vd.; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 43 vd.

[170] Eklemek gerekir ki, maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması, bu incelemelerde, öğretinin çoğunluğu tarafından, bazı yeni sorunlar doğurabilecek nitelikte bulunmakla birlikte, olumlu

Anayasamızın, 13. maddesinin ilk cümlesi, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasada belirtilen nedenlerle ve kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, yasa koyucunun, bir temel hak veya özgürlüğe, yasa yoluyla ve Anayasada sayılan nedenlere dayanarak yapabileceği müdahale, temel hak veya özgürlüğün özüne dokunma yasağı ile karşı karşıyadır[171]. Burada akla gelen soru, yasa koyucunun, belli bir temel hakkı, buna dayanarak, özüne varıncaya kadar sınırlamakta serbest olup olmayacağıdır.

Bu noktada, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirten 13. maddenin ikinci cümlesi, bu soruya yanıt getirmektedir. Diğer bir ifadeyle, temel hakkın özüne dokunmayan, Anayasada belirtilen bir nedene dayanan ve yasayla yapılan müdahale, aynı zamanda, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması koşuluyla Anayasaya aykırı olmayan bir müdahale sayılacaktır[172].

---

karşılanırken; *Gözler* tarafından, genel sınırlama nedenlerinin 13. maddeden çıkarılmasının, çok büyük sakıncaları beraberinde getireceği, düzenlendiği maddede sınırlama nedeni gösterilmeyen bazı özgürlüklerin tamamen sınırsız hale geleceği, bunlardan en önemlilerinden birinin de Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti olduğu ve bu nedenle yasal düzenlemelerimizde sözleşme hürriyetini kısıtlayan her hükmün Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceği belirtilmiştir (Gözler, "**Abesle İştigal**", 348 vd.). Buna karşılık günümüzde, doğal hukuka dayalı sınırsız özgürlük anlayışının terk edilmiş olması karşısında, bu hak ve özgürlüklerin niteliğinden kaynaklanan doğal sınırlarının olduğunun kabul edilmesi ve Federal Alman Bonn Anayasasının uygulamasıyla ilgili olarak geliştirilen temel hakların nesnel sınırlılığı ölçütü ile anayasal normların birbiriyle çatışması halinde ortaya çıkan anayasal sınırların bu durumda dikkate alınması gerektiği, kanımızca isabetli olarak vurgulanmıştır (Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 17 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 54 vd.; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 253 vd.). Nitekim, AİHM de, sınırsız hak anlayışını reddetmektedir. Mahkeme, bir hükümlünün, cezaevinde meydana gelen olaylar nedeniyle, mahkemeye başvurma hakkına ilişkin olarak, bu hakkın kendine tanınmamasını, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali biçiminde değerlendirdiği *Golder* kararında, 6. maddede öngörülen mahkeme önünde hak arama özgürlüğünün, maddede açıkça tanımlanmamasına karşın, sınırsız olmadığına da işaret etmiş bulunmaktadır (*Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, 21.2.1975, §37-38).

[171] Ayrıntı için bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 141 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 153 vd.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2002, 105 vd.; Gözler, **Genel Teori**, 552 vd. Atakan, **Sınırlama**, 242 vd.; Aliefendioğlu, "**2001 Anayasa Değişiklikleri**", 152 vd. 2001 değişiklikleri öncesi ve 1961 Anayasası dönemindeki sınırlama rejimi için ayrıca bkz. Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 58 vd.; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 210 vd.; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 179 vd.

[172] Bu esas, AYM kararlarında da ifadesini bulmuştur: *"(...) ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*" (AYM, 27.3.2014, E. 2013/99, K. 2014/61, RG. 24.12.2014, 29215).

Temel hakka yasa ile yapılan müdahalenin, salt temel hakkın özüne dokunmaması tek başına yeterli olmayacak; getirilen sınırlamanın, ölçülü olması da aranacaktır.

Sınırlamanın ölçülülük açısından değerlendirilmesinden önce denetlenmesi gereken husus ise, sınırlama ile güdülen amacın meşruiyetidir[173]. Ölçülülük denetimi, ancak sınırlama ile güdülen amacın meşru olması, diğer bir ifadeyle sınırlama nedeninin anayasaya aykırı olmaması olasılığında, bir sonraki aşama olarak devreye girecektir. Amacın, her şeyden önce, sınırlanacak olan temel hakka ilişkin yasal düzenlemelerde yer alan sınırlama nedenleri olması gereklidir[174].

Ölçülülük ilkesi, Anayasanın bir diğer maddesi olan "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı 15. maddesinde de, bu kez, "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesiyle kendini göstermektedir. Bu hüküm uyarınca; savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. "Durumun gerektirdiği ölçü", 13. maddede "ölçülülük ilkesi" olarak öngörülen sınırlamanın sınırını, daha açıklayıcı biçimde ortaya koymaktadır.

Önemle ekleyelim ki, sözü edilen anayasa hükümleri, günümüzdeki şeklini henüz almadan önce, Anayasa hukuku öğretisinde, *Sağlam*, 1961 Anayasasının 11. maddesinin 2. fıkrası gereğince sınırlamanın varabileceği son noktanın temel hakkın özü olduğu ancak öze varıncaya kadar yapılacak sınırlamanın serbest olup olmadığı sorusunun, "Anayasanın bütünlüğü" içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde tespitlerde bulunmuştur[175]. Yazar, 1961 Anayasasının 11. maddesindeki, sınırlamanın "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun" olması gerektiği yönündeki ilke uyarınca, sınırlamanın yalnızca m.11/I veya diğer maddelerde yer alan neden ve amaçlara dayalı olmasının yeterli olmadığını; aynı zamanda başka Anayasa kurallarına da aykırı düşmemesi gerektiğini vurgulamış; Anayasanın hukuk devleti ilkesinin somutlaşmış bir ifadesi olarak ölçülülük ilkesinin de temel hakların sınırlanmasında göz önünde tutulan ilkelerin başında geldiği sonucuna varmıştır[176].

1982 Anayasası döneminde, 2001 yılındaki değişiklik öncesinde de, ölçülülüğün, maddede yer alan "sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında

---

[173] Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 163; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 21; Atakan, **Sınırlama**, 46; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 62.
[174] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 113.
[175] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 111 vd.
[176] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, aynı yer.

kullanılamaması" kuralından yola çıkarak varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[177]. Benzer biçimde, Anayasanın 15. maddesinde, olağanüstü durumlarda dahi sınırlamanın ölçülülüğe tabi olması nedeniyle, olağan durumlarda da bu ilkenin uygulanmasının gerekliliğinin tespit edilebileceği öğretide ileri sürülmüştür[178]. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de, 2001 değişikliği öncesindeki kararlarında, ilkeyi açıkça zikretmemekle birlikte, bu ilkeyi oluşturan gereklilik, elverişlilik ve oranlılık unsurlarına kararlarında yer vermiş[179]; öğretide de 2001'de maddeye dahil edilen ölçülülük ilkesinin, Anayasa Mahkemesi için yeni bir kavram olmadığı vurgulanmıştır[180].

Nitekim, 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki maddenin gerekçesinde de, " *Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır*" ifadelerine yer verilmiştir[181]. 4709 sayılı Kanun ile 2001 yılında 13. maddeye, temel hakların sınırlanmasında bir kriter olarak açıkça ölçülülük ilkesinin eklenmesinin gerekçesi ise, Avrupa İnsan Hakları

---

[177] Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 154; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, 307; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 290; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 163; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 200; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 167; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 104; aynı yazar, **Anayasa Yargısı**, 147; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 115; Aliefendioğlu, "**2001 Anayasa Değişiklikleri**", 160; Fendoğlu, "**2001 Anayasa Değişikliği**", 131 vd.; Mümtaz Soysal, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1986, C. 3, 46; Turhan, "**Demokratik Toplum Düzeni**", 401; Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri**, 171. Aksi görüşteki *Gözler*, maddenin bu haliyle yalnızca yetki saptırmasını yasakladığını belirtmektedir (Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 249). *Teziç* ise, 1982 Anayasasının ilk biçiminde, yalnızca olağanüstü durumlar açısından (m.15/I, 121/II, 122/II) ölçülülüğe yer verildiği görüşündedir (Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, Beta, 2014, 235).

[178] Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 104; Özay, **Günışığında Yönetim**, 540.

[179] Aşağıda alt ilkelerin ele alınacağı bölümde de değinilen AYM kararı için bkz.: AYM, 23.6.1989, E. 1988/50, K. 1989/27, RG. 4.10.1989, 20302.

[180] 1961 Anayasası döneminde dahi, Anayasa Mahkemesinin bu kavrama yabancı olmadığına ilişkin bkz. Teziç, **Anayasa Hukuku**, 235; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 288 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 165 vd.; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 201; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 155; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 104-105; ayrıca bkz. Aliefendioğlu, "**2001 Anayasa Değişiklikleri**", 161; Giritli, "**2001 Anayasa Değişiklikleri**", 91; Fendoğlu, "**2001 Anayasa Değişikliği**", 131; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 43, 55 vd.; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 104; Rumpf, "**Ölçülülük**", 37; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 980; Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri**, 170.

[181] Osman Selim Kocahanoğlu, **Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa – Bir Anayasa Hikayesi**, İstanbul, Temel, 1993, 47.

Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenleme yapıldığı biçiminde ifade edilmiştir[182].

b) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ölçülülük denetiminin panoraması: hakkın özünden önceki sınırlama alanının denetimi

Ölçülülük ilkesi, hakkın özüne dokunmama kuralından veya demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama aşamasından önceki sınırlama alanının denetlenmesine hizmet eder[183]. Ulaşılmak istenen amaç için gereken sınırlamanın ölçüsünün aşılmaması ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlanmaması bu şekilde sağlanır. Bu işlevin ortaya konması açısından öğretide *Sağlam* tarafından yaratılan imge, dikkat çekicidir: hakkın özü ile kendisini iç içe iki daire şeklinde düşündüğümüzde, temel hak ile yasa koyucu arasındaki ilişki bakımından asıl aktif ve dinamik alan her iki daire arasındaki alan olmaktadır. Hakkın özüne yapılacak herhangi bir müdahale, siyasal tepkiler ve hukuki yaptırımları harekete geçirecektir. Ancak yasa koyucunun, esasında geniş bir faaliyet serbestisine sahip olduğu, özden önceki, iki daire arasında kalan alandaki faaliyetleri, temel hak açısından yapıcı ya da daraltıcı olabilecektir -ki sorunların çoğu bu alana yapılan müdahalelerden kaynaklanmaktadır-[184]. İşte, ölçülülük ilkesi, sınırlamanın, hakkın özünden önceki alanda denetlenmesini sağlayarak, temel hakların korunmasını tamamlar[185]. Alman doktrini ve Alman Anayasa Mahkemesi içtihadında da, ölçülülük ilkesi, özden önceki alanda uygulanmakta ve *düşmanın son hatta değil, ilk hatta durdurulması* olarak nitelendirilmektedir[186].

---

[182] https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf

[183] Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 167; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 284, 290; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 155; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 116; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 16; Atakan, **Sınırlama**, 291. Belirtmek gerekir ki, hakkın özü ile ölçülülüğün örtüştüğü yönünde bir teori de mevcut olup; bu teoriye göre hakkın özünün tespit edilmesi, ancak bu hakkın diğer haklarla karşılıklı dengelenmesi sonucunda olanaklı sayılmaktadır. Bu konuda ayrıntı için bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 280 vd. Ayrıca, öğretimizde, *Oğurlu*, ölçülülük ilkesi ile hakkın özü ilkelerinin bağımsız uygulanması gerektiği düşüncesinde ise de, bu kavramların bir alanda kesişmekte olduğunu ve ölçülü olmayan sınırlandırmaların, aynı zamanda hakkın özüne dokunmuş olması ihtimalinin bulunduğunu belirtmektedir (Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 53-54). Kanımızca, hakkın özünü zedelememekle birlikte hakkı sınırlandıran uygulamaların denetimi işlevini yerine getiren bir ilke olarak ölçülülük ilkesinin, hakkın özünün ihlal edilmesi halinde uygulanmasına ihtiyaç bulunmadığından, bu noktada *Oğurlu*'nun görüşünü isabetli bulamadığımızı belirtmek gerekir.

[184] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 3-4.

[185] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 110; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 167; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 284, 290; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 169; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 16.

[186] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 144; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 155; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 60.

Ölçülülük ilkesinin, Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına paralel biçimde, Anayasa Mahkememiz kararlarına yansımış olmasına karşın; özellikle 2001 yılına dek, temel hakların sınırlanması konusunda Anayasada yalnızca öze dokunma yasağının var olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini kimi zaman, özden önceki alan açısından bir denetim aracı olarak görmediği de anlaşılmakta ve bu durum, öğretide eleştiri konusu olmaktaydı[187]. Anayasa Mahkemesi, örneğin, seçilme hakkının özüne dokunulduğunu kabul ettiği bir kararda, aynı zamanda sınırlamada makul ölçünün aşıldığına da değinmiştir[188]; oysa, ölçülülük ilkesinin işlevi, esasında, öze dokunma yasağından önceki alanda söz konusu olmakta; temel bir hakkın özünün ihlal edildiği bir noktada, ölçülülük denetimine başvurulması gereği zaten ortadan kalkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin daha yeni tarihli kararlarında, öze dokunma yasağı ile hakkın özünün ihlalinden önceki denetim arasındaki fark vurgulanmaktadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, "*Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük*

---

[187] Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 166-167; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 219-220; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 169. Ayrıca, *Sağlam*, 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra AYM'nin, yasa ile sınırlama, nedene bağlı sınırlama ve ölçülülük ilkelerini kullanarak koruma alanını hakkın özünden önceki alana taşıma yönündeki tercihini isabetli bulmakla birlikte, bu çizginin tutarlı sürdürülebilmesi için, Mahkemenin, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile hakkın özü ölçütlerini birbirinin yerine kullanma eğilimini bırakması gerektiği yönünde de eleştiri getirmektedir (Sağlam, **Anayasa Hukuku**, 314).

[188] "*Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kimi zaman Anayasakoyucu tarafından, kimi zaman Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanılarak yasama organı tarafından belirlenen sınırlı haklardır. Düzenlemenin, yasakoyucunun takdiri dışında bırakılan anayasal ilkeleri zedelememesi ve demokratik toplum düzeninin esaslarına aykırı olmaması gerekir. Hakkın özüne dokunan düzenlemeler gerçek anlamda bir seçme ve seçilme hakkını ortadan kaldırır. Seçime katılabilmeyi salt örgütlenme gücüne bağlamak uygun değildir. (...) Demokrasinin vazgeçilmez öğesinin bu ölçüde sınırlanması, siyasi partilerle gerçekleşecek düzenin olabildiğince engellere bağlı tutulması, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bulunmamaktadır. "Makul", kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur. Böyle bir ortamda seçme ve seçilme hakkının zarar göreceği açıktır. Makûl ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir. (...) Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır.*" (AYM, 22.5.1987, E. 1986/17, K.1987/11, RG. 18.9.1987, 19578).

ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir." ifadeleriyle öze dokunma yasağı öncesindeki sınırlamaların sınırına vurgu yapmaktadır[189].

Anayasada açıkça yer almadığı dönemde dahi Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesine başvurmasında olduğu gibi, Danıştay'ın da uzun bir süredir ilkenin alt unsurlarını, dolaylı da olsa kullandığı belirtilmektedir[190]. Bu durum, Fransız Danıştayının, başlarda, -1933'ten itibaren- ilkeyi açıkça ifade etmeksizin, örtülü biçimde uygulaması ile benzerlik taşımakta olup; Anayasa Mahkememizin yaptığı denetim de, Fransız Danıştayınca benimsenen kriterlere göre yapılan, bununla eşit değerde bir ölçülülük denetimi olarak değerlendirilmiştir[191].

İdari yargı, ölçülülük ilkesinden, idarenin takdir yetkisi ve disiplin hukuku alanlarında, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konularında yararlanmaktadır[192]. Ne var ki, bazı kararlarda açıkça ilkeden söz edilmeyerek, içerik olarak ilkenin uygulanması ya da sadece bazı alt ilkelere değinilmesi, öğretimizde, Danıştay tarafından yapılan denetimin, eksik ölçülülük denetimi olarak adlandırılmasına neden olmuştur[193].

Danıştay'ın ilkeyi ilk kez kullandığı ifade edilen kararı, Belediye encümeni tarafından elektrik abonelerinden alınması gereken depozito miktarı hakkındaki idari işlemin iptaline ilişkin kararıdır[194]. Danıştay, depozito miktarının, işletmenin teslim ettiği demirbaş bedelini karşılayacak nesnel ölçüler içinde tespit edilmesi gerektiğini belirterek, somut olayda bedelin "çok yüksek ve ölçüsüz" olduğu yönünde karar vermiştir.

Hukukumuzda, Danıştay, çoğu kez, uygulanan idari yaptırım ile ihlal arasındaki adil dengenin gözetilmesi kapsamında, disiplin cezaları ile ilgili olarak ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Danıştay Dairesi, " (...) *kuşkusuz ki, her vatandaşın anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat özgürlüğü çerçevesinde düşünce ve gözlemlerini dile getirmek ve başkalarına iletmek hakkı vardır. Ancak bu hakkın toplumun tüm bireylerince eşit olarak ve aynı yoğunlukta kullanılmasına olanak yoktur. Devlet memuru olan kişilerin amirleri ve kamu*

[189] AYM, 28.1.2016, E. 2014/92, K. 2016/6, RG. 3.3.2016, 29642.
[190] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 123.
[191] Ayrıca bkz. Braibant, "Le principe de proportionnalité", 299; Erkut, Hukuka Uygunluk Bloku, 117.
[192] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 120; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 125; konuya ilişkin Fransız idare hukukundaki yaklaşım için bkz. Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 134 vd.
[193] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 135.
[194] Danıştay 11. D., 24.12.1970, 2401/3088 (Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 124).

görevleri hakkındaki açıklamalarında bu hak ve özgürlükleri, daha ölçülü ve daha özenli kullanmaları gerekir" ifadeleriyle, devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesini yerinde olarak nitelendirse de, suçla verilen ceza arasında "*adil bir denge bulunması*" gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasının hakkaniyet gereği olduğu sonucuna varmıştır[195]. Devlet memurlarının disiplin cezalarına ilişkin bir diğer kararında[196] Danıştay, "*Devlet Memuru statüsünde öğretmen olarak görev yapan davacıya, siyasi ve ideolojik amaçlı beyan olarak yorumlanabilecek ve görevinin niteliğine uygun düşmeyen beyanları nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de, disiplin hukuku ilkelerine göre eylem ile verilen ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi zorunludur*." ifadelerine yer vererek, yine "*adil denge*" kriteriyle esasında, ceza ile ihlal arasında ölçülülük ilişkisini kurmuştur.

Danıştay kararlarında da, temel bir hakkın sınırlanmasına ilişkin yapılan değerlendirmede, hakkın özünün ihlal edildiğinin tespit edilmesine karşın, bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine de aykırılık taşıdığının vurgulanması, kanımızca eleştiri konusu olabilecektir. Örneğin, basın mensuplarının emniyet binalarına girmelerinin yasaklanmasına ilişkin olarak Valiliklere gönderilen Emniyet Genel Müdürlüğü'nün genelgesinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada[197], Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, basın özgürlüğünün kapsam ve çerçevesinin Anayasanın 90. maddesinin bir gereği olarak AİHM'nin konuya ilişkin içtihadı yönüyle irdelenmesi gerektiğini belirttikten ve bu içtihada ayrıntılı olarak değindikten sonra, "*Anayasa'nın 13 ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması suretiyle dar bir alanda yapılabilecek sınırlamalar yerine, bireylerin haber alma özgürlüğünün sağlanmasına yönelik en önemli araçlardan olan basın organ ve mensuplarının, herhangi bir ayrım yapılmaksızın birer kamu kurumu olan emniyet binalarına girişinin doğrudan yasaklanması, demokratik bir toplumda gerekli olmayan, hakkın özüne dokunan,*

[195] Danıştay 8. D., 14.12.1993, 1617/4214 (Kazancı İçtihat Bankası). Karara konu somut uyuşmazlık, yerel bir gazeteye sendika temsilcisi sıfatıyla yaptığı açıklamada, sendikalarının faaliyete geçmesi nedeniyle valiliğin haklarında suç duyurusunda bulunduğunu belirterek, Valilik makamını eleştiren davacı öğretmen hakkında verilen bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması yönündeki cezanın iptaline ilişkin bulunmaktadır.
[196] Danıştay 8. D., 17.11.1994, 740/3027 (Kazancı İçtihat Bankası).
[197] Danıştay İDDGK, 5.3.2015, E. 2015/202 (Kazancı İçtihat Bankası).

hukuken kabul edilebilir bir zorlayıcı sebebe dayanmayan ve ölçülü olmaktan uzak bir müdahale niteliğindedir." ifadelerine yer vererek, yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Ancak görüldüğü gibi müdahalenin bir ihlal oluşturduğunu tespit eden Danıştay, isabetsiz biçimde, kararının gerekçesi olarak, bu müdahalenin, hem hakkın özüne dokunduğunu, hem de ölçülü olmaktan uzak olduğunu ifade etmiş; hakkın özünün zedelenmiş olduğunun tespiti halinde ölçülülük denetimine başvurulmasının gerekli olmadığı gerçeğini göz ardı etmiştir.

Gerçekten, özgürlükleri, yasama organına ve idareye karşı korumanın etkin güvencesi, sınırlama ölçüsü ve sınırlamanın sınırına ilişkin anayasada gösterilen ilkelerdir[198]. Hukukumuz açısından söz konusu ilkeler, öze dokunmama, anayasada sayılan nedenlerle ve kanunla sınırlama, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyetin gereklerine, ölçülülüğe aykırı olmama biçiminde anayasada düzenlenmiştir. Sınırlamanın sınırını çizen güvenceler arasında ölçülülük ise, sınırlamanın daha fazla mümkün olmadığı noktaya yani hakkın özüne gelinceye kadarki sınırlama alanının denetimini sağlayacaktır.

c) Amaç - araç dengesinin sorgulanmasında hukukilik - yerindelik denetimi tartışması

Ölçülülük ilkesinden hareketle yapılacak olan denetimin, esasında hukukilik denetiminin bir aşaması niteliğinde olmasına karşın, yargıcın bu ilkeden yararlanarak gerçekleştireceği denetimin, idari yargı açısından yerindelik denetimine yaklaşabileceğine ilişkin öğretideki tartışmalar, ölçülülük denetiminin niteliğinin irdelenmesi açısından önem taşımaktadır.

Gerçekten amaç-araç dengesinin sorgulanmasında, ölçülülüğün sağladığı denetim olanağının, yargıcın denetim yapabileceği alanı aşarak, yerindelik denetimi sınırlarına taştığına ilişkin, özellikle Fransız Hukukundan hareketle yapılan tartışmalar bulunmaktadır[199].

İdare hukukunda, yerindelik ve hukukilik denetimi arasında, belirgin bir çizginin varlığından ya da rasyonel bir bölünmeden söz edilememektedir[200]. Bu

[198] Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 284; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 14.
[199] Bkz. Mekki, **L'intérêt général**, 458 vd.
[200] Martens, "**L'irresistible ascension**", 59.

halde yerindelik, yargıcın elinde, denetleme ihtiyacı hissetmediği hususları bu kapsamda değerlendirdiği pragmatik bir kavrama dönüşmektedir[201].

Yerindelik, Fransız idare hukukunda, bir idarenin, bir işlem yapmasını ya da kendisine başvurulması halinde bir çözüm üretmesini sağlayan, menfaatler, fayda ve adalet düşüncelerinin toplamı olarak tanımlanmaktadır[202].

Gerçekten, idare hukukunda, idareye takdir yetkisi tanınan, idarenin serbestçe hareket edebileceği alandaki işlemlerinin yerindeliği denetlenemeyecektir. Ne var ki, bu kuralın uygulanması aşamasında, hukukilik ile yerindelik kavramları arasındaki sınırın belirsizliği ve serbest olanla olmayanı ayırt etmenin güçlüğü nedeniyle bazı zorlukların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. İşte bu noktada, ölçülülük ilkesi, takdir yetkisi üzerinde denetimin yapılmasına olanak tanımamakta ancak bu yetkinin sınırlarının belirlenmesinde ağırlıklı bir rol oynamaktadır[203]. Gerçekten, idarenin seçme hakkının kabul edilebilir sınırları aşıp aşmadığını, yargıç, seçimi yapan idarenin dikkate aldığı esasları inceleyerek tespit edebilecektir.

Yargıç, yasama ve yürütme erklerinin düzenleme işlevleri nedeniyle sahip olduğu takdir yetkisini, hukuk devleti olgusunun gerçekleştirilmesi aracı ve mekanizması olarak değerlendirdiği ölçülülük denetimine tabi tuttuğunda, hukukilik ve yerindelik kıskacında, yasa koyucu ve idarenin hareket alanını belirlemeye çalışmaktadır[204]. Nitekim, *Guibal* tarafından, idare hukuku alanında, ölçülülük perspektifinden bakıldığında, hukuka uygunluk ve yerindelik alanının birbirlerinden net olarak ayrılmadığı fakat birbirleriyle çatışma halinde de olmadıkları belirtilmiş; idari kararın ölçülülük denetiminde, bir yandan kararın maddi yönü, diğer yandan ise hukuki içeriğinin denetlendiği vurgulanmıştır[205].

İdarenin kararının yerindeliğinin, kararın somut olaya uygun olup olmamasına göre belirlenmesi ve ölçülülüğün de birden fazla unsur arasındaki ilişkiyi konu alması nedeniyle, kavramlar arasında benzer noktalar bulunması şaşırtıcı değildir. Ayrıca, ölçülülük denetiminde, somut olayın koşullarının dikkate alınması, soyut bir denetim yöntemi olmadığına işaret eder ve yine yerindelik denetimini çağrıştırabilir.

---

[201] Martens, "**L'irresistible ascension**", 62.
[202] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 150.
[203] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 138.
[204] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 82. Ayrıca, *Mekki*, bu yönüyle, ölçülülük denetiminin, hukukilik-yerindelik denetimi sınırını esneten, mutlak anlamda hukukilik denetiminin katılığını gideren bir meşruiyet denetimi olduğunu belirtmektedir (Mekki, **L'intérêt général**, 459).
[205] Guibal, "**De la proportionnalité**", 479.

Buna karşın, yerindelik, somut olayın koşullarına en uygun düşen kararın ne olduğunu araştırmak anlamına gelirken; ölçülülük, somut olayın koşullarında, kabul edilemez ve aşırı olanın sınırlanması sonucunu doğurur[206]. Ne var ki, öğretide, ölçülülüğün, yerindelikle bağlantılı olduğu ve idare tarafından takınılacak olan tavrın, sadece varılmak istenen sonuca ulaştırmaya yetecek kadarının geçerli olması anlamı taşıdığı da belirtilmiş[207]; ölçülülüğün, yerindelikle örtüşmeyen bir kavram olmasına karşın, yerindeliğin bir unsuru olabileceği de savunulmuştur[208].

Ölçülülük denetiminin, bir idari kararın yerindeliğinin denetlenmesi anlamına geldiği de, öğretimizde ileri sürülmüştür[209]. Bu görüşe göre bir idari kararın, elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığını denetlemek, zaman, mekan, olayın şartları ve gelişimi gibi hususların denetlenmesi anlamı taşıyacağından, ölçülülük denetimi, bir yerindelik denetimi sayılmalı, Fransız idari yargısının kabul ettiğinin aksine, bu kapsamda yapılan denetimin, hukuka uygunluk içinde değerlendirilmesi olanaklı olmamalıdır[210]. Bu yönde, hukuka uygunluk denetiminin, yerindelik denetimine doğru genişlediğinin kabul edilmesi yerine, yapılacak bir yasal düzenleme ile ölçülülük denetiminin, yerindelik denetimi yasağının açık bir istisnası olarak ya da hukuka uygunluk denetimi araçlarından biri olarak öngörülmesinin isabetli olacağı savunulmuştur[211].

Oğurlu'ya göre, idare hukukunda "açık değerlendirilme hatası" (diğer bir deyimle, Fransız Danıştayının maddi bir vakıaya ilişkin idari bir kararı denetlerken, hukukilik denetiminin sınırlı kalması nedeniyle başvurduğu *erreur manifeste d'appréciation*), yargı denetimi dışında kalan alan üzerinde denetimin genişletilmesi anlamına geldiğinden, oranlılık denetimine yaklaşmaktadır[212].

Erkut ise, *Guibal*'in tespitlerine katılmak suretiyle, idarenin, hukukun çizdiği ve biçimlendirdiği alan içinde ölçüsüzlüğe kaçması halinde, bunun denetiminin, hukuka uygunluk denetimi içinde değerlendirileceği görüşünde olup; idarenin bakış açısında bir ölçüsüzlüğün bulunması halinde ise bunun denetlenemeyeceğini

---

[206] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 152.
[207] Özay, **Günışığında Yönetim**, 511.
[208] Cornesse, **Proportionnalité**, 371 vd.; Cédric Jacquelet, **La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail**, Paris, PUAM, 2008, 177.
[209] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**,108 vd.
[210] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 110.
[211] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 113.
[212] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 113, 116.

belirtmektedir[213]. Dolayısıyla yazar, Fransız Danıştayının gerek açık değerlendirme gerekse de bilanço ilkesini uygulayarak yapmış olduğu denetimin, hukuka uygunluk sınırları içinde kalan, yoğun bir ölçülülük denetimi olduğu sonucuna varmaktadır[214].

Fransız idari yargısında, hukukumuzda olduğu gibi, yerindelik, idari yargıcın denetim yetkisinin kapsamı dışında kalmaktadır[215]. Bu noktada bir tereddüt bulunmamakla birlikte, idare yargıcının, somut bir olayda idarenin açık bir değerlendirme hatası nedeniyle uygulamada ağır sonuçların doğacak olması gerekçesiyle buna müdahale edebilmesi gerektiği düşünülerek, bu denetimin yolunu açan "açık değerlendirme hatası" (*erreur manifeste d'appréciation*) kavramı, ilk kez Fransız Danıştayının *Lagrange* kararı[216] ile benimsenmiştir. Sendikaların temsil kabiliyeti ile ilgili kararlarda, Fransız Danıştayının bu yöntemi benimsemesinin etkisi kendini açıkça göstermekte olduğundan, son derece dikkat çekicidir: Eşit temsil esasıyla kurulan işletme komitelerinde, bu komitelere temsilci gönderebilecek kuruluşların, komitedeki sandalye sayısına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İşkolunda temsil gücü en yüksek olan her bir sendikal örgütün, bu komitelerde sahip olacağı sandalye sayısının takdiri ise bakanlığa bırakılmıştır. Bu nedenle, Fransız Danıştayı, önceki kararlarında, kuruluşların üye sayısı ile orantılı olmayacak biçimde sandalyeye sahip olmaları konusunun, yargıcın yetkisini aşan, yerindelik denetimi kapsamında kalmakta olduğuna karar vermiştir[217]. Buna karşın, Danıştay, daha sonra, bakanlığa bu konuda takdir hakkı verilmiş dahi olsa; sandalye dağılımı kararında açık bir değerlendirme hatası bulunması halinde, idari yargıcın, bu kararı iptal etmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur[218]. Fransız Danıştayının bu yöndeki denetimi ve değerlendirmesi, bir yerindelik denetimi olarak değil, açık değerlendirme hatası denetimi biçiminde, hukuka uygunluk denetimi kapsamında kabul edilmiştir[219]. Gerçekten, Fransız Danıştayının, idarenin kararına temel oluşturan maddi olayların değerlendirmesine girmediği, sadece idarenin bu karar ile güttüğü amacı araştırmakta olduğu belirtilmektedir[220].

---

[213] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 109.
[214] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 114.
[215] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 303.
[216] CE, 15 février 1961, (*Lagrange*), N^{os} 42259-42260, Rec. Lebon, 121.
[217] CE, 21 juillet 1972, (Fédération syndicale chrétienne des postes et télécommunications), Rec. Lebon, 1134.
[218] CE, 15 février 1974, (Fédération nationale des syndicats de fonctionnaires de l'agriculture), N^{o} 80772 80814, publié au Rec. Lebon.
[219] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 303; Guibal, "**De la proportionnalité**", 485.
[220] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 111.

Dolayısıyla, yerindelik ve ölçülülük kavramlarının, özellikle açık değerlendirme hatası yöntemine başvurulduğu durumlarda, yakınlaştığı noktaların bulunduğu gerçeğine karşın, bu kavramların örtüştüğünü söylemek de olanaklı görünmemektedir.

Açık değerlendirme hatasının, idare hukuku anlamında bir yerindelik denetimi sayılması gerekip gerekmediği tartışmasını yapmak, çalışmamızın kapsamını aşan bir değerlendirme olacaktır[221]. Ne var ki, açık değerlendirme hatasının yerindelik denetimine yaklaşması gibi bir noktadan hareketle ölçülülük denetiminin de bir yerindelik denetimi olduğu sonucuna varılması, bizce isabetli görünmemektedir.

Ölçülülük ilkesi, hukuka uygunluğun tespitinde, somut olayın koşulları kapsamında denetim yapılabilmesini sağlayan bir standart olup; içerdiği kıstaslar sayesinde, keyfi olmayan, objektif bir değerlendirme yapılmasını sağlamaktadır[222].

Özellikle, devlet-birey ilişkilerinin dışında, bireyler arası ilişkilerde ölçülülüğün fonksiyonu konusuna eğildiğimizde, aslında ölçülülüğün, bu ilişkilerde de varlığı yadsınamayacak olan gücün/yetkinin sınırlarının tespiti açısından son derece objektif ve sistematik bir denetim aracı olduğu dikkat çekecek; takdir yetkisine sahip bireyin kararlarının yerindeliğinin değil, hukukiliğinin tartışma konusu yapıldığı, yargıcın, denetim konusu kararı veren gerçek veya tüzel kişinin yerine geçerek hüküm kurmadığı görülecektir. Bunun en çarpıcı örneği, ileride ele alınacağı üzere, kuşkusuz, işletme gereklerine dayanan feshin ölçülülüğü denetiminde, yargıcın, işverenin işletmesel kararlarının yerindeliğini sorgulayamamasına karşın; feshin ölçülü olup olmadığını ve böylece geçerliliğini denetleyebilmesi olacaktır.

II. Bireyler Arası İlişkilerde Yetkinin Sınırı Olarak Ölçülülük

Devlet ve birey arasındaki ilişkilerde, yasa koyucu ya da idarenin yetkilerinin sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında varlığı tartışmasız olan ölçülülük ilkesi ve denetiminin, bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulmasında belki de ilk sorulması gereken soru şudur: Takdir yetkisine sahip olan

[221] Belirtelim ki, Fransız İdare Hukukunda, bir görüşe göre, somut olayın koşullarının idare tarafından bariz biçimde, tartışmasız yanlış değerlendirilmesine dayanan "*erreur manifeste d'appréciation*" yönteminin, ölçülülük denetiminin örtülü uygulandığı bir hal olmadığı kabul edilmektedir (Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 164).
[222] Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 178-181.

yasa koyucu ya da idare değil de, bireyler arası ilişkilerde bir gerçek veya tüzel kişi ya da bu türde bir grup kişi olduğunda, bu yetkinin amacını aşan biçimde uygulanmasını sınırlamak yine gerekli değil midir? Kişilerin sözleşmeden doğan menfaatlerinden yararlanırken de ölçülü davranmalarını beklemek olanaklı ve hatta gerekli sayılamaz mı?

Bu soruya yanıt verebilmek, kuşkusuz, bir başka çalışmanın konusu olacak derecede kapsamlı bir araştırmayı gerektirecektir. Fransız öğretisinde, sözleşmeler hukukunda, mevcut araçların, ölçüsüzlükle mücadele etmek için yeterli olduğu, bu nedenle ölçülülük kavramına ilke niteliğinin tanınması için erken olduğu[223]; Alman öğretisinde ise ilke nedeniyle irade serbestisinin aşınacağı ileri sürüldüğü[224] gibi; ilkenin aslında özel hukukun pek çok alanında zaten uygulandığı, bu nedenle bunun aslında belli bir sisteme kavuşturulması gerektiği de çoğunlukla benimsenmekte[225]; hatta kullanım alanının çeşitliliği ve düzensizliğine karşın, sözleşmeler hukukuna damgasını vurduğu, hükmettiği dahi ifade edilmektedir[226]. Ayrıca Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin, tüm hukuk düzeninde, hem devletin, hem de bireylerin hukuki tasarrufları için geçerli olduğuna[227] ve hatta özel hukuk normlarının yorumu ve uygulamasında her zaman dikkate alınmasının zorunluluğuna[228] hükmetmiştir. Gerçekten, ölçülülük ilkesinin en çarpıcı

---

[223] Mazeaud, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 2.

[224] Özel hukuk alanında ilkenin uygulanması konusunda Alman öğretisinde, ölçülülüğün kaynağını doğruluk ve güven kuralında ya da anayasaya uygun yorum ilkesinde bulan görüşler ve diğerleri için bkz. Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1524 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 27 ve dn. 89'da anılan yazarlar.

[225] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 11 vd.; Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 2; aynı yazar, "Conclusion", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 1; Vatinet, "**... en droit des sociétés**", 6. Sözleşmeler hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanma alanı konusunda oluşturulan bir sistematik için bkz. Mekki, **L'intérêt général**, 379 vd.; Geneviève Helleringer, **Les clauses du contrat, Essai de typologie**, Paris, LGDJ, 2012, 139 vd.

[226] Nicolas Molfessis, "Le principe de proportionnalité et l'éxecution du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 1 vd. Sözleşmenin sona ermesi aşamasında da, ister örtülü, ister açıkça uygulansın, ölçülülüğün, her zaman var olduğuna ve hukuki ilişkilerde makul olanın ifadesi olduğu için, sözleşmesel ilişkilere de hükmettiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Hervé Lecuyer, "Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 6; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 50-51.

[227] BVerfGE, 35, 202, 221 (Aktaran: Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519).

[228] BVerfGE, 43, 101, 106 (Aktaran: Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520).

özelliklerinden biri, hukukun belli bir alanının sınırları içinde kalmaması olarak ifade edilmiştir[229]. Türk öğretisinde de, ölçülülük ilkesinin barındırdığı denkleştirici adalet düşüncesinin, özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulmaması için bir gerekçe olmadığı belirtilmiş; bir menfaatin, her koşulda, amacının gerektirdiğinden ve çatıştığı menfaatlere kıyasla, uygun düştüğü dereceden daha fazla korunmaması gerektiği isabetle vurgulanmıştır[230]. Hatta eklemek gerekir ki, özel hukuk ilişkilerinde ölçülülüğün, anayasada düzenlenen temel hakların koruma işlevi üzerinden geçerlilik kazanacağı belirtilmiştir[231]. Gerçekten, ölçülülük ilkesinin, yasa koyucunun temel haklara müdahalesinden yola çıkarak benimsendiği kabul edilmekle birlikte, bireyler arası ilişkilerde de uygulanması gereken genel bir ilke olduğu vurgulanmaktadır[232].

Özel hukuk ilişkilerinde, tarafların eşit olduğu varsayımıyla, irade özerkliği ilkesinin hakim olduğu kabul edildiğinden, ölçülülük ilkesinin uygulanışına daha dikkatle yaklaşılması[233] aslında yadırganmamalıdır. Ne var ki, tarihsel gelişim sürecinde, ölçülülüğün kaynağını aldığı hukuki ilişkiler, devletle birey arasındaki ilişkiler olsa dahi; ortaya koymaya çalıştığımız üzere, aslında kavramın temelleri, çok daha eskiye dayanmakta ve esasında kişi temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan bağlantılı bulunmaktadır.

Tartışmalı olan hususlar bir kenara bırakılacak olursa, yapılabilecek ilk temel tespit şu yönde olacaktır: Ölçülülük, devlet-birey ilişkilerinde kamu yararı ile kişi temel hak ve özgürlükleri arasında dengenin kurulmasını sağlayan bir ilke olarak, amaç-işlem-somut durum üçgeninde sonuç doğurur iken; bireyler arası ilişkilerde, iki değer arasındaki dengenin aracıdır[234]. Zira, devlet ile birey arasındaki ilişkide, idarenin bir kararının, somut olayın koşulları karşısında ölçülülüğü değerlendirilirken; bireyler arası ilişkide, daha çok, iki tarafın menfaatlerinin

---

[229] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 20-21; Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 35.
[230] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 28.
[231] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 47-50; aynı yönde *Mekki*, sözleşmelerin de temel haklara kaynaklık edebileceğinden veya sözleşme özgürlüğünün temel haklara dayanmasından ötürü, ölçülülük ilkesinin, sözleşmeler hukukunda uygulanması gerektiğine işaret etmektedir (Mekki, **L'intérêt général**, 463 vd.)
[232] E. Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi**, İstanbul, Beta, 2003, 50; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1525.
[233] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 27. Gerçekten, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde, kanuna ve ahlaka aykırı olmama koşuluyla, orantısız yükümlülükler yükleyen sözleşmelerin dahi kurulmasına izin verildiğinden, ölçülülük ilkesinin, ilk bakışta, kural olarak, bu ilişkilerde reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 182).
[234] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 21.

dengesinin sağlanması amacıyla, başvurulan aracın izlenen amaçla ölçülülüğü dikkate alınmaktadır[235]. O halde ölçülülüğün uygulama alanı açısından kamu hukuku, özel hukuk ayrımı yapılması isabetli olmayıp; sorun, ilkenin kapsamı ve uygulama biçimi olacaktır[236].

1. Sözleşmeler hukukunda ölçülülüğün irade serbestisi ile sınavı

Sözleşmeler hukukunda ilkeye temkinle yaklaşılmasının temel nedeni kuşkusuz, bu hukuka, irade özerkliği ilkesinin hakim olduğunun[237] belirtilmesidir. Herkesin, kendi menfaatlerini en iyi şekilde bileceği ve gözeteceği, menfaatleri aleyhine bir sözleşmeye taraf olmayacağı düşüncesinden hareketle, bu alanda, rıza gösterene haksızlık yapılmış sayılmayacağı ilkesi (*volenti non fit injuria*) benimsenmiştir. Zira, irade özerkliğinin en açık örneği olan sözleşmenin, çatışan çıkarların, özgür pazarlıklar sonucunda uygun görülen noktada dengelenmesini sağlama işlevi ön plandadır ve kendi içinde bir doğruluk güvencesi taşıdığı varsayılır[238]. Ancak, bireyler arası sözleşme ilişkilerinde, ekonomik olarak güçlü olan tarafın, karşı tarafa bazı koşulları empoze/dikte[239] edebilmesi, sözleşmeler hukukunda da yetkinin/gücün varlığının bir göstergesi değil midir[240]? Gerçekten günümüzde, sözleşme ilişkisinin, salt birbirine uygun serbest iradelerin bir araya gelmesi olarak anlaşıldığı dönemin geçmişte kaldığı; bireyler arası ilişkilerde de gücün/yetkinin hukukunun etki doğurduğu[241], irade serbestisi kuralının temellerinin, tüketici hukuku, rekabet hukuku gibi alanların da etkisiyle sarsıldığı[242] kabul edilmelidir.

---

[235] Génaiut, **Proportionnalité**, 269.
[236] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 30; Mekki, **L'intérêt général**, 479 vd.
[237] Laurence Fin-Langer, **L'équilibre contractuel**, Paris, LGDJ, 2002, 30 vd.; Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014, 10-11.
[238] Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, 1987, 136; aynı yazar, "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, 264.
[239] Soyer, **Genel İş Koşulları**, 137-138; aynı yazar, "**İçerik Denetimi**", 265.
[240] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 288; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 105; Mekki, **L'intérêt général**, 429 vd.
[241] Pascal Lokiec, **Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels**, Paris, LGDJ, 2004, 1 vd.
[242] Catherine Thibierge-Guelfucci, "Libre propos sur la transformation du droit des contrats", **RTD civ.** (2), avr.-juin 1997, 357 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 18 vd.; Fin-Langer, **L'équilibre contractuel**, 51 vd.

Bu etkinin ise, üç açıdan kendini gösterdiği söylenebilir[243]: İlki, bazı sözleşme tiplerinde, tarafların eşit konumda olmaması gerçeği ve bu nedenle zayıf tarafın korunması ihtiyacı[244]. İkincisi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sonucu olarak, serbest iradenin ürünü olan sözleşmeden doğan hakların da belli sınırlarının olması. Üçüncüsü ise, devlet-birey ilişkilerinden alışık olduğumuz tek taraflı kararların sınırlarının belirlenmesi -ki bu son durum daha çok yenilik doğuran hakların kullanımının sonuçlarının ölçülülük ilkesi ile sınırlanması biçiminde karşımıza çıkıyor[245]-. Gerçekten, en temel özelliği, tek taraflı bir hukuki işlemle, karşı tarafın hukuk alanında değişiklik yapma yetkisi biçiminde ortaya çıkan yenilik doğuran hakkın[246], bu yönüyle idari bir işleme yaklaştığını söylemek olanaklıdır[247]. Bu kez bu yetkinin kaynağı ise, bir yasa ya da sözleşme olabilmektedir. Ancak yine de, yapılan işlem, muhatabın menfaatlerini benzer biçimde etkileme olanağına sahip olduğundan, ölçülülük denetimi, menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak üzere devreye girmelidir. Yenilik doğuran hakkın kullanılması, karşı tarafın hukuk alanında ne derece ağır bir müdahale doğuruyorsa, bu müdahalenin hukuka uygun olması için, yenilik doğuran hak sahibinin menfaatinin o derece önemli ve ağır basması gereklidir[248].

Özde, sözleşmeye ve ölçülülüğe ilişkin iki farklı yaklaşım söz konusu olabilir[249]: Sübjektif bakış açısıyla, taraf iradelerinin karşılıklı uyuşması sonucunda oluşan sözleşme, taraflar arasında adaleti sağlar. Bu yaklaşıma göre, iradelerin karşılıklı olarak birbirine uygun olduğu andaki koşullar, kristalleşir ve artık müdahale edilemez hale gelir. Ne var ki, objektif yaklaşım, sözleşmeye farklı bir bakış açısını doğurur. Buna göre sözleşme, bir hakimiyet, dengesizlik aracı olup; salt

---

[243] Bkz. Lokiec, **Contrat et pouvoir**, 2-3.
[244] Bkz. Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 11 vd.
[245] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1525; Yıldız, "**Orantılılık**", 683; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 182; Mekki, **L'intérêt général**, 429.
[246] Ayrıntı için bkz. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 22. Bası, İstanbul, Vedat, 2016, 164 vd.; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016, 61 vd.; Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, 55 vd.; Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, 44 vd.
[247] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1525.
[248] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 183.
[249] Ayrıntı için bkz. Molfessis, "**... l'exécution du contrat**", 2; Thibierge-Guelfucci, "**Transformation du droit des contrats**", 359 vd.

taraf iradeleri ile sağlanamayan denge, belli noktalarda bu iradelerin yerine geçmesi gereken objektif kriterler aracılığıyla kurulabilecektir[250].

Sözleşme, baştaki koşulların sonradan öngörülemez biçimde değişmesi ya da taraflar arasında en başta var olan eşitsizlik gibi unsurların etkisiyle artık, tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda, dış etkilerden mutlak anlamda korunaklı bir alan olarak algılanamayacaktır[251].

Taraflar arasında güç dengesi bulunmadığı sürece, tarafların yararlarını sadece sözleşme ile denkleştirmek olanaklı olamayacaktır[252]. Aslında bu noktada ölçülülük, taraf iradelerinin kurmakta yetersiz kaldığı sözleşmesel dengeye katkı sağlamaktadır. Kaldı ki, tarafları arasında bir güç dengesi bulunmayan sözleşmesel ilişkilerde, sözleşmenin, çatışan çıkarları dengeleme işlevini tam anlamıyla gerçekleştiremeyeceği de açıktır[253]. Sözleşmede taraflar arasındaki ilişkideki aşırılık, sözleşmenin ayakta kalmasını tehlikeye atan bir fonksiyon bozukluğunun kaynağı olduğundan, bunun, sistemli biçimde önüne geçilmesi gerekir; ölçülülük, bu noktada hem dengesizliği tespit eden, hem de sarsılan dengeyi tesis etmeye yarayan bir araç olup, esasında sözleşmenin devamlılığının sağlanmasına hizmet eder[254]. O halde ölçülülük, yalnızca devlet-birey ilişkilerine özgü değil; bir tarafın, diğer taraf üzerinde yetki kullanmasının olanaklı olduğu veya güç dengesizliği bulunan özel hukuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulacaktır[255]. İrade özerkliğinden yararlanılarak temel hakların ihlal edilmesi, böylece önlenecektir[256].

Örneğin Fransa'da, günümüzde şirketler hukuku alanında, şirket ortaklarının farklı niteliklere sahip olabilmeleri, yeni menkul değerlerin ortaya çıkışı ve şirketlerin "sözleşmeselleşmesi" sonucunda önceden kabul edilen matematiksel eşitlik anlayışının zayıflamakta olduğu; bu çeşitlilik içinde herkese hak ettiğini

---

[250] Fin-Langer, **L'équilibre contractuel**, 216 vd., objektif kriterler arasında özellikle ölçülülük kriterine ilişkin olarak bkz. 223-227.
[251] Thibierge-Guelfucci, "**Transformation du droit des contrats**", 359.
[252] Ertürk, **Temel Haklar**, 51.
[253] Soyer, **Genel İş Koşulları**, 137; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 106.
[254] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 7, 8, 29. Yazar, aynı zamanda, sözleşmesel dengenin sağlanması yoluyla, sözleşmenin devamını sağlama arayışına en çarpıcı örneklerden birinin de, uluslararası satışlara uygulanacak kuralların yeknesaklığını sağlamayı amaçlayan Viyana Sözleşmesi ve Unidroit ilkeleri olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca ölçülülük ilkesi ile irade özerkliğinin çatışmadığı hakkında bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 33.
[255] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 105, 106; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519.
[256] Ertürk, **Temel Haklar**, 41.

verebilmek için, yeni dengelerin arayışına girildiği belirtilmektedir[257]. Bu kapsamda uyumu, orta ölçüyü, menfaatler dengesini ifade eden ölçülülük ilkesinin, bu arayışa yanıt verebilecek, kendisini karakterize eden esneklik sayesinde, şirketler hukukunun yeni yapısına uyum sağlayacak, şirketlerde yetkilerin paylaşımında asgari bir dengenin kurulmasında, düzeltici bir ilke olabileceği kabul edilmiştir[258].

Şirketler hukukunda, ortak çıkar, ortaklık anlaşmasının çimentosu sayıldığından, sadece belli bir kesimin çıkarlarını gözeten hükümler getirilmesi olanaklı değildir[259]. İşte, sözleşme hukukunda da, sözleşmenin yalnızca alacaklının hizmetindeki, tek taraflı, soyut yararlılık aracı sayılmaktan çıkıp, karşılıklı hizmetlerin ve değerlerin değişimi biçiminde algılanması, somut ve karşılıklı yararlılık arayışını doğurmuştur. Her sözleşme, ortak çıkarların gözetildiği bir mikro kozmos değil midir[260]? Sözleşme serbestisinin gerekçesini, salt tarafların iradeleri ile değil de, dayanışma, karşılıklı güven, işbirliği ile açıklamaya çalıştığımızda, bu durum, sözleşmeler hukukunun pozitif yapısına da doğrudan etki etmekte; sözleşmenin, taraflarca öngörülenlerin yanında başka yükümlülüklerle beslenmesi sonucunu doğurmaktadır[261]. Sözleşmede, alacaklının hakkı ve borçlunun menfaatlerinin yerini bir tür birlikteliğe terk etmesi, bunun temelinde bir denge arayışını tetikler. Üstelik ölçülülük ile sağlanmak istenen denge, mutlak bir denklik değil; adil olanı bulmaya yönelik bir dengedir[262]. Adil olanı bulmaya yönelik denge vurgusu son derece önemlidir. Zira, ölçülülük, bireyler arasındaki hukuki ilişkilerde, taraflardan birinin, ölçüsüz müdahalelere uğramasına engel olurken, diğer tarafın da sahip olduğu yasal hakkı ortadan kaldırmamayı hedefler.

AİHM'nin ölçülülük ilkesine ilişkin uygulaması da bu konuda aydınlatıcıdır. Aşağıda ayrıntılı biçimde ele alınacağı üzere, temel hak ve özgürlüklere müdahalede, demokratik toplumda gereklilik kriterinden hareket eden AİHM, birey menfaati ile genel bir menfaat çatışmasını aramaktadır. Bu iki menfaatin karşı karşıya geldiği

---

[257] Vatinet, Raymonde, "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés?", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n° 117, 30 septembre 1998, 1.

[258] Şirketler hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanması hakkında ayrıntı için bkz. Mekki, **L'intérêt général**, 417 vd.

[259] Molfessis, "**... l'exécution du contrat**", 5.

[260] Molfessis, "**... l'exécution du contrat**", 6.

[261] Lokiec, **Contrat et pouvoir**, 5; Thibierge-Guelfucci, "**Transformation du droit des contrats**", 361.

[262] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 7.

durumda, birey menfaatine yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığını denetlerken AİHM, bu müdahalenin kaynağının mutlaka bir kamu otoritesi olmasının zorunlu olmadığını vurgular[263]. Zira AİHM, bu denetimde demokratik toplumu hareket noktası olarak belirlerken, demokrasiyi, her türlü hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi biçiminde yorumlar[264]. Öğretide de, AİHM yargıcı tarafından, ölçülülüğün, hem devlet-birey ilişkisinde, hem de bireyler arası ilişkilerde, bu ilişkilerin niteliğine uygun hale getirilerek uygulandığı vurgulanmaktadır[265].

Ne var ki, devlet-birey ilişkisindeki menfaat çatışmasının kaynağı, her zaman üstün güç olan devletin müdahalesi biçiminde ortaya çıkarken, özel hukuk ilişkilerinde ise, kişilerin yetkilerinin kaynağı heterojen bir görünüm sunmaktadır[266]. Bu da, bireyler arası ilişkilerin çeşitliliği kapsamında, ölçülülük arayışının, her alanda aynı ölçülülüğe mi karşılık geldiği sorusunu akla getirebilecektir.

Öğretide, bireyler arası ilişkilerde, ölçülülüğün, gereklilik kriterinin uygulanmasını sadece belli hallerde zorunlu kıldığı belirtilmektedir[267]: Temel değerlerin, menfaatlerin çatışması durumunda, gerçek bir ölçülülük aranacakken; cezai şartın indirimi, malın bedelinin indirimi, rekabet hukukundaki yaptırımlar[268] gibi konularda dengesizliğin giderilmesinde, gereklilik kriteri uygulanmayacak ve görece bir ölçülülük gözetilecektir. Böylece, ölçülülük ilkesinin, özel hukuk ilişkilerinde ikili bir işleve sahip olduğu belirtilebilir: Öncelikle, kamu düzeni[269] ve

---

[263] Örneğin, birey menfaati ile çatışan menfaat, işletme menfaati biçiminde karşımıza çıkabilir. Bu halde işçinin bireysel menfaatine müdahalede bulunan bir kamu otoritesi değil de, bireysel iş sözleşmesinin karşı tarafı olan işveren olabilir (Muzny, **La technique de proportionnalité**, 106-107). Ancak AİHS sistemi içinde, bir AİHS hükmünün bir birey tarafından ihlali söz konusu olduğunda, ölçülülüğün ve Sözleşmenin yatay etkisinin devreye girebilmesi için, Taraf Devlet tarafından bu bireye, ihlali gerçekleştirme konusunda olanak sağlanmış olması aranmalıdır (Grabarczyk, **Les principes généraux**, 242).

[264] Diğer pekçok karar arasından bkz. *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, §63; *Chassagnou et autres c. France*, n^{os} 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.4.1999, §112.

[265] Caumes, **Droits fondamentaux**, 61 vd.

[266] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 37.

[267] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 5.

[268] Bkz. Boutard-Labarde, Marie-Chantal, "Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., **Petites affiches**, n^{o} 117, 30 septembre 1998, 44 vd.

[269] Günümüzde kamu düzeni kavramı, ortak değerlerden oluşan birlikte yaşamın gereklerini ifade etmektedir. Ortak değerlerin ölçüsünü ise, -AİHM tarafından da demokratik toplumun gerekleri biçiminde vurgulanan- demokrasinin gereği olan değerler ve insan onuru oluşturmaktadır (Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 248).

eşitlik kapsamında, geçerlilik kazandıran (*proportionnalité validante*) işlevi[270]; ikinci olarak ise, açık oransızlıkları giderme işlevi.

Geçerlilik kazandıran ölçülülük olarak adlandırılan ilk işlevi kapsamında, bir yandan kamu düzeni çatısı altında ölçülülük, bir temel hak veya özgürlüğe, rıza doğrultusunda yapılacak müdahalelerin geçerliliğinin tespitinde; diğer yandan, eşitlik çatısı altında, farklı bir uygulamanın ayrımcılık sayılmamasında rol oynar[271]. İlk işlevi doğrultusunda örneğin, kişinin vücut bütünlüğünün ihlali, rızası dahi olsa, kural olarak yasaklanmış olmakla birlikte, müdahalenin, gözetilen menfaat ile ölçülü olması durumunda ölçülülük, müdahaleyi hukuka uygun addetmeye hizmet edecektir. Benzer biçimde, işveren, sosyal kamu düzeni gereği, işçilerin bireysel ve kolektif özgürlüklerini ihlal edemeyecektir; ne var ki, işverenin bu özgürlüklere müdahalesi meşru gerekçelere dayanıyor ve müdahale, amacıyla ölçülü ise geçerli sayılabilecektir. Önemle vurgulanmalıdır ki, müdahaleyi geçerli kılmanın aracı gibi görünen ölçülülüğün, kamu düzenine ilişkin tüm kuralları bertaraf etmenin aracı gibi algılanması elbette mümkün değildir. Zira ölçülülük, kamu düzeninin yerine geçmez, aksine kamu düzenini tamamlayıcı etki gösterir. İlkenin uygulanma alanı ve işlevi irdelenirken, en başta altını çizdiğimiz gibi, ölçülülük ilkesinin görünürde paradoksal ikili işlevi söz konusudur: Bir yandan temel hak ve özgürlüklere müdahaleye meşruiyet kazandırırken, diğer yandan bu müdahalenin sınırlarını belirlemektedir. Ki aslında bu sınırlar içinde kalması sayesinde temel hak ve özgürlüğe müdahale olanaklı hale gelmektedir.

Özel hukuk ilişkilerinde ölçülülüğün ikinci işlevi ise, aslında, yasa koyucunun, yasal düzenlemelerle, sözleşmedeki taraf iradelerine tanınan gücü sınırlayarak, kabul edilebilir eşikler öngörmesi ya da bunun takdirini yargıca bırakması biçiminde ortaya çıkar. Sözleşmede dengenin sağlanması yönündeki bu yaklaşımın yanında, özel hukuk ilişkilerindeki yaptırımların da -örneğin işverenin işçilere uygulayacağı disiplin yaptırımlarının- ölçülülüğe tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[272].

İşte, ölçülülük ilkesinin, bireyler arasındaki ilişkilerde de, denge aracı olarak uygulandığının tespiti üzerine; denilebilir ki, ölçülülük ilkesi, iş ilişkilerinde, bu ilişkinin kendine özgü niteliği ve doğal olarak içerdiği menfaatler zıtlığı nedeniyle, çok daha açık ve aslında zorunlu bir uygulanma alanı bulacaktır.

---

[270] Ayrıntı için bkz. Mekki, **L'intérêt général**, 534 vd.
[271] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 7.
[272] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 9.

2. Bir sözleşme ve güç ilişkisi temeline yaslanan iş ilişkisinde ölçülülüğün yadsınamaz önemi

İş hukukunun iki gerekliliğin kıskacında doğmuş ve bunun üzerine inşa edilmiş olduğu ifade edilmektedir: ekonomik etkinlik ve işçinin korunması[273]. Bu iki gereklilik arasındaki çelişki, esasında sadece görünürdedir[274]. Olması gereken, kuşkusuz, "sosyal olan" ile "ekonomik olan" arasındaki dengenin kurulmasıdır[275].

Aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, iş ilişkilerinde de, işverenin -işçilerin menfaat alanlarına müdahale olanağı tanıyan ve üstün bir hukuki gücü kullanma biçiminde ortaya çıkan- yetkilerinin[276] varlığı tartışmasız olup, tıpkı, yasa koyucunun ve idarenin bu yetkisini hukuk düzeninin korunması amacına yönelik kullanabilmesi gibi, işverenin de iş ilişkisi kapsamındaki yetkisini, meşru amaçlar doğrultusunda kullanabileceği kabul edilmelidir[277]. Alman Hukukunda, iş hukukunda ölçülülük ilkesinin uygulanma alanı bulmasının temel nedeninin de yenilik doğuran

---

[273] Gérard Courturier /Adalberto Perulli, "Droit des contrats et droit du travail (2e partie)", **RDT**, 2007.407.

[274] Ali Güzel/ Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, C.20, S.1, Özel Sayı, 24.

[275] Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta, İstanbul 2016, 18.

[276] İşverenin yönetim yetkisi ve bunun hukuki dayanağı hakkında bkz. Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, Met-er Matbaası, 1981, 29 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 29. Bası, Beta, İstanbul 2016, 199 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 90 vd.; aynı yazar, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1998, 225 vd.; Öner Eyrenci/ Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, 21 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan, 2014, 530 vd.; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme", **Legal İHSGHD**, Özel Sayı **Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan**, İstanbul, 2016, 151 vd.; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, S.1, Ocak 2016, Seçkin Yayınevi, 93 vd.; E. Murat Engin, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, İstanbul, BASİSEN yayını, 1993, 70; aynı yazar, **İşletme Gerekleri**, 4 vd.; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 94 vd.; Zehra Gönül Balkır, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", **Sicil**, Aralık 2008, 73; Fevzi Şahlanan, "İş sözleşmesinin ayırt edici unsuru – Bağımlılık ilişkisi", **Tekstil İşveren**, Hukuk Eki 65, S. 380, Aralık 2011, 2 vd.; Aydın Başbuğ, **İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik**, Ankara, İlksan Matbaası, 2008, 5 vd.; Baycık, **Yenilik Doğuran Haklar**, 101 vd.; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 44 vd.; Elsa Peskine/ Cyril Wolmark, **Droit du travail**, 11e édition, Paris, Dalloz, 2017, 161 vd.; Gilles Auzero/ Emmanuel Dockès, **Droit du travail**, 30e édition, Paris, Dalloz, 2016, 664 vd.; Françoise Favennec-Héry/Pierre-Yves Verkindt, **Droit du travail**, 4e édition, Paris, LGDJ, 2014, 237 vd.; Pascal Lokiec, **Droit du travail**, Tome I, Les relations individuelles de travail, PUF, Paris 2011, 175 vd.

[277] İdare hukukundaki devlet-birey ilişkisinin paralelinde, işverenin de, işletme menfaatine uygun biçimde kullanması beklenen tek taraflı yetkileri bulunduğuna ilişkin ayrıntı için bkz. Cornesse, **Proportionnalité**, 83-85.

haklar olduğu ileri sürülmektedir[278]. İşverenin takdir yetkisinin bulunması, bunu somutlaştıracak kararlar alırken keyfi davranabilmesi anlamına gelemeyecektir. Ölçülülük denetimi, işverenin karar ve uygulamalarının sahip olması gereken tutarlılığın denetimi anlamına gelecek, bunların işçilerin temel hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlamalar açısından irrasyonel olmasına engel teşkil edecektir.

İşçinin, taraf olduğu iş sözleşmesinin koşullarını pazarlık konusu yapma olanağından yoksun olması, sözleşme serbestisinin en temel uzantısı olan sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünden yeteri kadar yararlanamaması, saptanan koşullara rıza gösterme zorunluluğu nedeniyle, irade özerkliği ve sözleşmesel dengenin sadece görünürde kalması karşısında hukuk düzeninin sessiz kalması elbette beklenemeyecektir[279]. İş hukuku, bizzat, taraflar arasındaki kuramsal eşitliğin neden olduğu haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden doğmuştur[280]. Gerçekten, çalışma ilişkilerinin kendi doğal akışına bırakılabilmesi, bazı kaçınılmaz koşulların varlığına bağlıdır. Bunlardan biri, işçi ve işverenin eşit ekonomik güce sahip olması biçiminde karşımıza çıkar, ki bu koşulun sağlanmadığı ve hiçbir zaman sağlanmayacağı bir gerçektir[281].

Özde dengesizliği ve eşitsizliği barındıran bu sözleşme ilişkisi, bu nedenle aynı zamanda, işverenin ekonomik üstünlüğü ve tek taraflı yetkileri sonucunda baskın konumda olduğu bir güç ilişkisidir[282]. Ve bu güç ilişkisinde ölçülülük, işverenin yetkilerinin denetiminin güçlenmesi anlamına gelecektir[283]. Tıpkı karar sahibi konumundaki yasa koyucu ya da idarenin, kararında ölçülülüğü esas aldığının her zaman açıkça görünür olmaması, karar sahibinin sübjektif niyetinin gizli olabilmesi gibi[284], işverenin de kararına şekil vermesi gereken ilke, pek çok durumda örtülü olabilecek ancak buna rağmen yargıcın denetiminden muaf tutulamayacaktır.

İş ilişkilerinde ölçülülük, bizatihi bir amaç olmamakla birlikte; istihdamın, eşitliğin, özgürlüklere ve insan onuruna saygının hizmetinde araçsallaştırılmıştır[285]. İşte, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi, özgürlüklerin sınırlanması ve fakat

---

[278] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1526.
[279] Soyer, **Genel İş Koşulları**, 138-140.
[280] Süzek, **İş Hukuku**, 39.
[281] Ali Güzel, "3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, İstanbul, S. 35-36, 1986, 169.
[282] Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 20.
[283] Mazeaud, "**Proportionnalité en droit social**", 2.
[284] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 31-32.
[285] Mazeaud, "**Proportionnalité en droit social**", 3.

bunlara optimum etki sağlanmasının aracı olan ölçülülük, işveren ve işçinin karşılıklı menfaatleri söz konusu olduğunda da önemli bir işleve sahip olacaktır. Karşılıklı menfaatler ifadesi, bu noktada son derece önem taşımaktadır. Zira, ölçülülük, ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, tek taraflı işleyen bir mekanizma olmaktan çok, kurulacak olan menfaat tartısında, adil olan dengenin bulunması için her iki tarafın da gerekli ödünler vermesi, ancak bunun yanında her iki tarafın da menfaatinin gereken düzeyden fazla zedelenmemesi anlamına gelmektedir[286].

Dolayısıyla işçi ve işverenin menfaatlerine, karşılıklı olarak, optimum etki tanınması, her ikisinin de gereken düzeyde sınırlanması ve gereken düzeyde korunması biçiminde söz konusu olmaktadır. Bu dengenin kurulması ve temel bir hakka aşırı bir müdahalenin önlenmesi ihtiyacının ise, çoğu zaman, işçinin korunması gerekçesiyle ortaya çıkması şaşırtıcı olmayacaktır. Zira bu ilişkide iş ve gelir güvencesi karşılığında, bağımsızlığından ödün vermeyi kabul ederek, temel haklarına müdahale edilmesi tehlikesi artan tarafın işçi olduğu gerçeği ortadadır[287]. Burada karşı karşıya gelen temel haklar, karşılıklı olarak birbirlerinin varlığını ve içeriğini şekillendirecektir. Kuşkusuz, işçinin, yaşamı ve kişiliği ile doğrudan bağlantılı menfaatleri karşısında, işverenin salt ekonomik menfaatlerinin sınırlarla karşılaşması, bu sürecin doğal bir sonucu olacaktır. Öğretide isabetle ifade edildiği gibi, mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü gibi kurumlar, insanların yazgısı söz konusu olduğunda, varlıklarını aynı şekilde sürdüremeyeceklerdir[288]. Ancak kuşkusuz, işverenin hak ve özgürlükleri de bütünüyle ortadan kaldırılmayacak, ölçülülük ilkesi ile kabul edilebilir denge sağlanacaktır.

İş hukuku öğretisinde de ölçülülük ilkesi, bir yorum ölçütü ve aynı zamanda genel bir hukuk ilkesi olarak nitelendirilmiştir[289]. İş Hukukunda, işverenin yönetim

---

[286] Gerçekten, ölçülülüğün, sadece işçi lehine uygulanmadığının en açık göstergesi olarak, iş mücadelesi araçlarına başvurma özgürlüğünün, ölçülülük ile sınırlanması gösterilmiştir (Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1526.

[287] Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 19.

[288] Gérard Lyon-Caen, "Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)", (çeviren: Doç. Dr. Ali Güzel), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, İstanbul, S. 33, 1984, 265.

[289] İş hukuku öğretimizde de ölçülülük, inceleme konusu yapılmıştır. Bkz. Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 50, 65 vd., 90 vd.; Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", **Çalışma ve Toplum**, 2005/1, 159 vd.; Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, 57 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 1 vd.; Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İHSGHD**, 7/2005, 974 vd.; Öner Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", **İş Güvencesi ve İşe**

hakkının kullanılmasında, takdir yetkisinin sınırlanması işlevi olan ölçülülük ilkesi, bu nedenle dar yorumlanması gereken her kuralın denetiminde karşımıza çıkar[290].

Dolayısıyla iş hukukunda ölçülülük ilkesinin varlığı ve genelleştirilmesi gerekliliği tartışmasız olmakla birlikte, bunun "dikkatli kullanılması[291]" gerektiği ifade edilebilir.

Ölçülülük ilkesinin varlığı ve bu ilkeye başvurma ihtiyacının göz ardı edilmediği Fransız İş Hukukunda, sözü edilen ilkenin pozitif temele kavuşması, işçilerin işletmede hak ve özgürlüklerinin korunması ve işverenin yetkileri karşısında güvenceye kavuşmalarına yeni ve çok önemli bir boyut kazandırmıştır[292].

1 Şubat 1980 tarihli *Peintures Corona*[293] davasında Fransız Danıştayı, işyeri iç yönetmeliğinin kişi hakları ile bireysel ve kolektif özgürlükler açısından hukuka uygunluk denetimi yapılması gerekliliğinden söz etmiş; işyeri iç yönetmeliğiyle, kişinin haklarına getirilebilecek sınırlamaların, sağlık ve güvenliği sağlama amacının gerçekleşmesi için gereken düzeyi aşamayacağını vurgulamıştır[294]. Konunun daha sonra yasa koyucu ve öğretinin[295] de dikkatini çekmesi üzerine Fransız Hukukunda, iş hukuku anlayışının ve özellikle işverenin yönetim yetkisine bakış açısının bir dönüm noktasına geldiği kabul edilmekte, işçilerin işyeri dışında sahip oldukları hakların, kişinin haklarının işyerinin kapılarını zorladığı ve böylece işverenin o döneme kadar "kutsal" kabul edilen yönetim yetkisini sınırladığı belirtilmektedir[296]. Bu bakış açısı, İş Kodu'nda öngörülen L.1121-1 hükmü ile pozitif düzenlemeye

---

İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 34 vd.; Bektaş Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", **Sicil**, Eylül 09, S.15, 60; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 181 vd.; Yıldız, "**Orantılılık**", 681 vd. Fransız iş hukuku öğretisindeki başlıca incelemeler için bkz. Isabelle Cornesse, **La proportionnalité en droit du travail**, Paris, Litec, 2001; Benoit Géniaut, **La proportionnalité dans les relations du travail**, Paris, Dalloz, 2009; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 121 vd.; Mazeaud, "**Proportionnalité en droit social**", 64 vd.

[290] Kar, "**Ölçülülük"**, 60; Yıldız, "**Orantılılık**", 687.

[291] Mazeaud, "**Proportionnalité en droit social**", 1.

[292] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 162.

[293] CE, 1er février 1980, No 06361, kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Dr. soc.**, 1980.310, conclusion A. Baquet.

[294] Gérard Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, Paris, La documentation française, 1992, 138; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222; Alexandre Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, Paris, LGDJ, 2010, 149 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 49; Cornesse, **Proportionnalité**, 88-89.

[295] Prof. Dr. Gérard Lyon-Caen tarafından hazırlanarak Çalışma Bakanlığı'na sunulan rapor (Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, La documentation française, Paris 1992), ilkenin pozitif düzenlemeye kavuşmasında büyük etkiye sahiptir.

[296] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222.

kavuşmuş bulunmaktadır. Bu hükme göre, hiç kimse, kişi hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve amaç ile ölçülü olmayan sınırlamalar getiremez[297].

Sözü edilen hükme aykırı biçimde bir sınırlama olup olmadığının denetiminde ise, üç aşamalı bir metot uygulanmaktadır[298]. Buna göre ilk aşamada, işçinin bireysel ya da kolektif bir hakkı söz konusu olmalıdır. Bu konuda Fransız Yargıtayının, L.1121-1 maddesini geniş yorumladığı, temel bir hak olmamakla birlikte örneğin dilediği gibi giyinme özgürlüğünü de bu kapsamda değerlendirdiği görülmektedir[299]. Denetimin ikinci aşamasında ise, söz konusu kişi hakkına müdahalenin haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığı değerlendirilmektedir[300]. İşverenin, işçilerin bazı temel haklarını sınırlandırmada ileri sürebileceği nedenler çeşitlilik gösterebilecektir –örneğin hijyen ya da güvenlik- ancak, ileri sürülen gerekçe haklı ve yapılan iş ve ortam ile uyumlu bir gerekçe olmalıdır. Buna göre bir bankada işveren, bankacılık işlemlerinin güvenliği için işçilerin başka bankalarda hesaplarının olup olmadığını bildirmelerini zorunlu kılamayacaktır. İşlem güvenliği için yalnızca işlemlerin takibini yapabilecektir. Üçüncü olarak ve en önemlisi[301], işçinin sahip olduğu kişi hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının denetimi yapılacaktır. Fransız Hukukunda uygulanan bu ölçülülük denetiminin iki tip denetimi içerdiği belirtilmektedir: Öncelikle, aynı amaca ulaşmak için işçinin haklarına daha az müdahale eden araçların var olup olmadığının; sonra da başvurulan aracın işçinin haklarını aşırı derecede kısıtlayıp kısıtlamadığının denetimi[302]. Böylece işveren, öncelikle hedeflediği amacın meşru olması ön koşuluyla, amaca ulaşmanın, başvurduğu yöntemlerden daha hafif, daha az müdahaleci bir yöntemle olanaklı olmadığını ve bu yöntemle işçinin haklarına yapılan kısıtlamanın amaçla orantısız olmadığını ortaya koymak durumundadır.

---

[297] Ayrıntı için bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 63 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 141 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 240; Jean-Maurice Verdier/Alain Coeuret/ Marie-Armelle Souriac, **Droit du travail**, Volume 2, Rapports invidividuels, 16e édition, Paris, Dalloz, 2011, 93 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 443.

[298] Bu yöntemin, L. 1121-1 maddesinin lafzıyla doğrudan uyumlu olup olmadığı tartışıldığı gibi, Fransız Yargıtayının bu yöntemi uygularken kimi zaman sınırlamanın gerekçelendirilmesi ile sınırlamanın ölçüsüz olması arasındaki ayrımı öne çıkarmaması eleştirilmektedir (Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222).

[299] Cass. soc. 28 mai 2003, no 1507 (02-40.273).

[300] Géniaut, **Proportionnalité**, 135.

[301] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 223; Géniaut, **Proportionnalité**, 59 vd.

[302] Bu ikili denetim, aslında, ileride ele alacağımız, ölçülülüğün alt ilkeleri olan gereklilik ve oranlılığın sağladığı denetime karşılık gelmektedir.

Ölçülülük tekniğini, iş hukukunda gerekli kılan, ölçülülüğün, karşı karşıya gelen menfaatleri dengeleme işlevine, iş ilişkisinde her zaman ihtiyaç duyulmasıdır. Özellikle, işverenin, bağımlı çalışmayı kabul eden işçinin hukuk alanına müdahale olasılığının yüksek olması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin ihlali tehlikesinin ortadan kalkması için ölçülülük, iş hukukunda vazgeçilmez bir teknik olarak karşımıza çıkar. Yargıç ölçülülük denetimine, iş ilişkisinin yapısında adil dengenin kurulması ve insan onuruna yakışır çalışma koşullarının sağlanması için başvuracaktır.

Yargıcın devlet-birey ilişkilerinde ya da bireyler arası ilişkilerde gerçekleştireceği ölçülülük denetiminin, yukarıda sözü edilen dengeleme işlevini yerine getirmesi, bir sistematiğin sonucudur. Bu sistematiğin incelenmesi, ölçülülük denetiminin dinamizmini ve buna bağlı işlevselliğini ortaya koyacaktır.

§4. ÖLÇÜLÜLÜK VE YARGISAL DENETİMDE SAĞLADIĞI DİNAMİK METOT

I. Amaç - Araç Dengesini Sorgulayan Üç Aşamalı Ölçülülük Denetimi

Ölçülülük yaklaşımı, son derece analitik bir denetim mekanizması sağlar. Bu mekanizmanın, amaç ve araç arasındaki dengenin kurulup kurulmadığını tespitte işlerlik kazanmasını sağlayan bileşenleri, ilk olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin "*Apothekenurteil*" kararında[303] ortaya konmuş, giderek bu bileşenler ya da kriterlerin içerikleri belirginleşmiştir.

Amaç-araç ilişkisinde, başvurulan aracın, amacı gerçekleştirme açısından gerekli, elverişli ve oranlı olması biçiminde özü ortaya konabilecek olan ölçülülüğün, birinin olumlu değerlendirilmesi sonrası diğerinin uygulanabildiği, birbirinden bağımsız[304] üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir[305]. Bu üç alt ilke açısından

---

[303] 11.6.1958, BverfGE 7, 377 (aktaran: Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 4, 9).

[304] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 52.

[305] Bkz. Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 156 vd.; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 44 vd.; Géniaut, **Proportionnalité**, 250 vd.; Rumpf, "**Ölçülülük**", 29; Goesel-Le Bihan, "**Contrôle de proportionnalité**", 287; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 160 vd.; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 17; Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 50 vd.; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 4 vd.; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 114; aynı yazar, **Anayasa Hukuku**, 307 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 161 vd.; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 163 vd.; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 286; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 104; aynı yazar, **Anayasa Yargısı**, 147; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası**, 155; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 307;

yapılacak değerlendirmenin birbirinden bağımsız olarak görülmesine karşın, bunların oluşturduğu bir bütün olarak ölçülülük ilkesi, birlikçi (*unitaire*) bir yapıya sahiptir[306]. Zira bu ilkenin sağladığı denetim, son aşamada, amaç-araç ilişkisinin ölçülü olup olmadığını tespite yönelik bulunmaktadır.

Amaç-araç ilişkisinden bahsedilirken, amaç ile kast edilen, anayasada belirtilen temel hakkı sınırlama nedenlerinden biridir. Esasında, amaç-araç ilişkisinin öneminin belirginlik kazandığı nokta, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak, başvurulan araçların denetlenmesinin sağlanmasıdır[307]. Sözü edilen araçlar, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan normlar, idari işlemler ya da mahkeme kararları olarak varlık kazanır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, geniş anlamda kullandığı "*Verhaeltnismaessigkeit*" (ölçülülük) teriminin içeriğini, elverişlilik (*Geeignetheit*), gereklilik (*Erforderlichkeit*) ve oranlılık (ya da dar anlamda ölçülülük) (*Verhaeltnismaesigkeit im engeren Sinne*) ilkeleri ile doldurmakta; böylece amaca ulaşmada yararlanılan sınırlamanın, ölçülülük ilkesine göre geçerli sayılabilmesi için; bu aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmasını; araç ile amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını aramaktadır[308].

Gerçekten, her üç alt ilkenin ortak yanı, sınırlamanın amacı ile bu amaca ulaşmak için başvurulan araç arasındaki ilişkiyi esas almalarıdır[309]. Dolayısıyla bir

---

Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 21, 36 vd.; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 21, 187 vd.; Atakan, **Sınırlama**, 45 vd., 290 vd.; Aliefendioğlu, "**2001 Anayasa Değişiklikleri**", 160; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 986 vd.; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 6. Baskı, Bursa, Ekin, 2015, 421-422; aynı yazar, **Genel Teori**, 549 vd.; Gözübüyük/Tan, **İdare Hukuku**, 819; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 184 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 124 vd.

[306] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 249-250.

[307] Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 25; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 81; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 162.

[308] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 44; Géniaut, **Proportionnalité**, 251 vd. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 113, 114; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 26 vd.; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 163 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 161.

[309] Belirtelim ki, oranlılık alt ilkesinin uygulanması, gereklilik ve elverişlilik alt ilkelerinden farklı olarak, kimi zaman amaç-araç ilişkisinden bağımsız olarak söz konusu olabilmektedir. Gerçekten, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, amaç-araç ilişkisi bulunmayabilecek hallerde dahi, ölçülülük denetiminin alt ilkelerinden olan oranlılık ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu durum, kendini ceza hukuku alanında, isnat edilen suçun ağırlığı doğrultusunda verilen müsadere kararında kendini göstermektedir. Zira burada, failin gelecekteki tehlikelilik durumu değil, geçmişte işlediği fiil dikkate alınırken, geçmişe yönelik yapılan oranlılık değerlendirmesinde, müsadere kararının, hedeflenen bir amaçla ilişkisi söz konusu olmamaktadır. Elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerinin uygulanmasında ise, başvurulan aracın, belli bir amacı gerçekleştirmek için uygun ve gerekli olup olmadığı değerlendirildiğinden, burada zorunlu bir amaç-araç ilişkisi bulunmaktadır (Bkz. Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 25-26).

bütün olarak ölçülülük ilkesi, bu amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını arar.

Anayasa Mahkememiz de, benzer biçimde, ölçülülük ilkesinin, üç alt ilkeden oluştuğunu belirtmektedir: "*Ölçülülük ilkesi, "**elverişlilik**", "**gereklilik**" ve "**orantılılık**" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür*" [310].

1. Elverişlilik

Sözlük anlamı, "uygun olma, işe yarama"[311] olan elverişlilik terimi, ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak, hedeflenen amaca ulaşmak için başvurulan işlem ya da eylemlerin, söz konusu amacı gerçekleştirmeye uygun olması biçiminde anlaşılmalıdır.

Elverişlilik ilkesi açısından önemli olan nokta, başvurulan önlemin, karşı tarafın hukuk alanında doğuracağı sonuç değil; söz konusu önlemin, amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmamasıdır[312].

Bir aracın, hedeflenen sonucu sağlamaya ne derece elverişli olduğunun baştan tespit edilebilmesi güçlük arz etmektedir. Bu nedenle, aracın amaca ulaşma

---

[310] AYM, 27.3.2014, E.2013/99, K. 2014/61, RG. 24.12.2014, 29215, ilkeyi aynı biçimde açıklayan kararlar için ayrıca bkz. AYM, 27.3.2014, E. 2013/148, K. 2014/62, RG. 23.5.2014, 29008; 18.2.2015, E. 2015/19, K. 2015/17, RG. 10.7.2015, 29412. Belirtelim ki AYM, daha eski kararlarında da bu alt ilkeleri esas almakta, ancak son dönem kararlarında "orantılılık" olarak adlandırdığı alt ilkeyi, "oranlılık" biçiminde ifade etmekteydi (AYM, 23.6.1989, E. 1988/50, K. 1989/27, RG. 4.10.1989, 20302). Anayasa Mahkemesinin, ölçülülük ilkesini ilk kez açıkça tanımladığı 1989 tarihli bu kararda, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık alt ilkeleri ortaya konulmuştur: "*İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik" sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk-gereklilik", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır*".

[311] TDK, Büyük Türkçe Sözlük, (www.tdk.gov.tr).

[312] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 114; aynı yazar, **Anayasa Hukuku**, 308; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 161; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 163-164; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 36; Metin; **Ölçülülük İlkesi**, 26; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 6; Géniaut, **Proportionnalité**, 272 vd.; Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 9; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 4.

konusunda elverişliliğinin tespiti için, söz konusu araca başvurulan anda yapılabilecek olan değerlendirme esas alınacaktır. Diğer bir deyişle burada, amaca yönelik işlem ya da eylemi gerçekleştirecek olanın, geleceğe ilişkin bir tahmini söz konusu olacaktır[313].

Alman Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, temel bir hak veya özgürlüğü sınırlayan yasal bir düzenleme, hedeflenen sonuca yönelik katkı getirdiği takdirde, sınırlama amacı açısından elverişli sayılabilecektir[314]. Söz konusu katkının varlığının denetiminde, hangi andaki elverişliliğin esas alınması gerektiği hususunda ise, yasanın hazırlık aşamasında, yasa koyucu tarafından yapılabilecek değerlendirmeye göre, bu sınırlamanın amaca ulaşmaya elverişli görünmesinin yeterli olduğu sonucuna varılmıştır[315].

Ayrıca, aracın, amacı tek başına ve bütünüyle gerçekleştirmesi de aranmamaktadır; bunu kısmen gerçekleştirmeye elverişli olması da yeterlidir[316].

1961 Anayasasında ölçülülük ilkesini açıkça düzenleyen bir hükme yer verilmemiş olmasına ve temel hakların sınırlanmasında ölçüt olarak yalnızca öze dokunma yasağının düzenlenmiş olmasına karşın bu dönemde Anayasa Mahkemesi, yukarıda da değinilen kararlarında, ölçülülük denetiminin işaretlerini vermiş[317]; bazı kararlarında da özellikle elverişlilik kriterine dayanmıştır.

Gerçekten, 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiası üzerine Anayasa Mahkemesince, bir işçi sendikasının Türkiye çapında faaliyet gösterebilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı

---

[313] Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 28; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 6; Atakan, **Sınırlama**, 47.

[314] BVerfGE, 30, 292 vd. (aktaran: Rumpf, "**Ölçülülük**", 33). Ayrıca bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 114; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 286; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 27; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 7; Atakan, **Sınırlama**, 46; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 986; Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 9. Örneğin Mahkeme, şehirlerarası yolculuklarda, özel araba sahibiyle, aynı yönde yolculuk yapmak isteyen kişiler arasında aracılık yapan merkezlerin kurulmasının yasaklanmasının, kara ulaşımının güvenliği ve birlikte yolculuk edecek kişinin korunması amacını gerçekleştirme açısından uygun/elverişli olmadığına karar vermiştir (BVerfGE 17, 306, 315, Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 164).

[315] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 161; Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 114; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 28.

[316] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 114; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 164; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 36-37; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 27; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 186; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 161; Goesel-Le Bihan, "**Contrôle de proportionnalité**", 287.

[317] Bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 121 vd.; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 165 vd.; Atakan, **Sınırlama**, 293.

işçilerin en az 1/3'ünü temsil etmesi gerektiği yönündeki m. 9/2, (a) hükmünün, sendikaların serbestçe kurulması hakkının özüne dokunan bir sınırlama olması ve getirilen sınırlamanın, güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olmaması gerekçeleriyle iptaline karar verilmiştir[318]. Anayasa Mahkemesi, getirilen sınırlamanın, yasanın amacının gerçekleştirilmesi açısından elverişsiz olduğunu, "*Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.*" ifadeleriyle açıklamıştır[319].

2. Gereklilik

Fleiner, bireysel özgürlüklerin sınırlanmasının, hiçbir zaman mutlak olarak gerekli düzeyi aşmaması gerektiğine, daha 1930'lu yıllarda dikkat çekmiş ve "*serçelerin üzerine top ile ateş edilmemesi*" gerektiğini vurgulamıştır[320]. Gereklilik,

---

[318] AYM, 8-9.2.1972, E. 1970/48, K. 1972/3, RG. 19.10.1972, 14341.

[319] AYM, iptal gerekçelerini, hem öze dokunma yasağı, hem de elverişlilik kriterine dayandığı şu ifadelerle açıklamaktadır: *"(...) 9 uncu maddenin 2 sayılı bendinin (a) fıkrası kuralı ilk bakışta sendikanın kurulmasına ilişkin bir kural olmayıp işçi sendikasının Türkiye çapında görev yapabilmesi için konulmuş bir kuraldır. Bu kurala göre belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklanmaktadır. (...) Türkiye çapında çalışma olanağı sağlanmayan sendika, Yasanın aradığı 1/3 sigortalı işçi sayısını üye yazma koşulunu gerçekleştiremeyecektir ve böylece tartışma konusu koşul yüzünden, Türkiye çapında çalışan sendikalar kurulması önlenmiş olacaktır. Bir temel hakkın kullanılması olanağını kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını olağanüstü güçleştiren sınırlandırmalar, Anayasa'nın değişik 11 inci maddesi uyarınca o hakkın özüne dokunuyor demektir; bundan ötürü buradaki kural, sendikaların serbestçe kurulması özgürlüğünü tanıyan Anayasa'nın 46 ncı maddesine aykırıdır ve bu bakımdan iptali gerekir. (...) Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasa'mızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasa'nın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. (...) Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdırlar. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2 nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasa'ya uygunluğu savunulamaz*."

[320] Fritz Fleiner, **Les principes généraux du droit administratif allemand** (traduction Eisenmann), 1933, 246 (aktaran: Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 156 vd., dn.9).

esasında, en ağır sonuçları olan, diğer bir deyimle en sert aracın ya da yöntemin son çare (*ultima ratio*) olması anlamına gelmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, bu alt ilkeyi, "Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa, araç gereklidir." biçiminde ifade etmektedir[321].

Gereklilik ilkesi, sınırlama ile hedeflenen amaca ulaşmak için aynı derece etkili araçlar arasında, en yumuşak ya da en az sınırlayıcı aracın tercih edilmesi gerekliliğini ortaya koyar[322]. Bu nedenle, daha az sınırlayıcı bir araç ile aynı sonucun elde edilebilmesi mümkün ise, tercih edilen aracın gereksiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Bu yönüyle gereklilik kriteri, hem müdahale niteliğindeki aracın kullanılmasını olanaklı kılmakta, hem de gereksiz düzeyde müdahaleci araçlara başvurulmasına engel olarak muhatabı korumaktadır.

Örneğin, yasa koyucunun, amacına ulaşmasında, temel hakkı daha az sınırlayan bir düzenleme getirme olanağı bulunmasına karşın, temel hak açısından daha kısıtlayıcı nitelikteki önleme başvurması; sınırlandırmanın ölçüsüz olduğuna işaret edecektir. Amaca ulaşmakta başvurulabilecek araçlar arasında bu yönde bir tercih yapılabilmesi için, araçlar arasında bir karşılaştırmaya gidilmektedir ve bu açıdan araçların amaca yönelik eşit etkiye sahip olması gerekir[323]. Ayrıca, işlemi gerçekleştirenin taşıdığı amacın meşru olması nedeniyle, aynı etkiyi taşımayan, kendisini bu amaca ulaştırmayan bir aracı tercih etmesi de kendisinden beklenmemelidir[324]. Hangi durumda elverişli olarak nitelendirilen araçların eşit etkiye sahip olduğu ise, her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir[325].

Bu durum, ilk bakışta, bir belirsizliği ya da yargıca tanınan geniş bir takdir yetkisini beraberinde getirir gibi görünebilir. Oysa aksine, gereklilik ilkesinin

---

[321] BVerfGE 30, 292 vd. (aktaran: Rumpf, "**Ölçülülük**", 33). Ayrıca bkz. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 163-164; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1522 vd.

[322] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**,115; aynı yazar, **Anayasa Hukuku**, 308; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 286; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 164; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 37; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 30; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1522; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 187; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 7; Atakan, **Sınırlama**, 53 vd.; Géniaut, **Proportionnalité**, 275 vd.; Goesel-Le Bihan, "**Contrôle de proportionnalité**", 287; Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 9; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 5.

[323] Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 32, 34, 227.

[324] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1522.

[325] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 115; Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 34.

uygulanması, yargıcın, akla gelebilecek her alternatif aracı, işlem sahibine dayatmasına engel, somut kriterler getirmektedir. Bunlardan en önemlisi de eşit etkiye sahip olma kriteridir. Meşru amaç taşıyan müdahale sonucu hak ve özgürlükleri kısıtlamaya uğrayan tarafın, müdahalenin gerekli olmadığını ortaya koyabilmesinin tek yolu, aynı amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, daha az kısıtlayıcı başka bir aracın varlığını ispat etmesidir[326].

Bu arada, yasa koyucu (idare ya da işveren) tarafından başvurulan aracın (pozitif düzenleme ile getirilen sınırlama veya idarenin/işverenin sınırlayıcı işlem ya da eylemi), amacı gerçekleştirmek açısından gerekli olup olmadığını tespit ederken, öncelikle bu sınırlamanın amacının doğru tespit edilmesi önem taşımaktadır. Başvurulan aracın, amacı gerçekleştirme açısından elverişli, gerekli ve oranlı olup olmadığı yönündeki denetim, bundan sonra yapılabilecektir.

Örneğin, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un (Basın İş Kanunu) 20. maddesi uyarınca Şeker ve Kurban Bayramlarının belirlenmiş günlerinde günlük gazetelerin yayımlarının yasaklanmasının, Anayasanın 26. maddesinde yer alan, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan iptal başvurusunda, Anayasa Mahkemesi, öncelikle Anayasanın 26. maddesinde öngörülen özgürlüğe getirilen söz konusu sınırlamanın amacını tespit etmiştir[327]. Buna göre, Ramazan ve Kurban Bayramı günlerinde çoğu özel işyerlerinin kendi istekleriyle kapandıkları, 5953 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesine kadar, günlük gazetelerin de genellikle bu yolda hareket ettikleri, böylece, bu bayramların kimi günlerinde günlük gazetelerin yayımlanmayarak bunun yerine o günlerde bir dernek yararına gazete çıkarılmasının "gelenek" halini aldığı belirtilmiş; ancak zamanla, gazete sahipleri arasındaki yarışma nedeniyle gazetecilerin bir bölümünün bu tatillerden yararlanamamasının, 5953 sayılı Yasa ile bu yönde bir düzenleme getirilmesi ihtiyacını doğurduğu tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu tespit üzerine, iptali istenen düzenlemede, gazetecilerin de her yurttaş gibi anılan bayramların ikinci gününden itibaren tatillerden yararlanmaları düşüncesinin egemen olduğu sonucuna varmıştır. Bu tespitin ardından, Anayasa Mahkemesi, getirilen bu yasaklamanın, basın özgürlüğünün, süreli yayın hakkının, haber alma ve düşünceyi açıklama ve yayma

[326] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1523.
[327] AYM, 20.1.1993, E. 1992/36, K.1993/4, RG. 19.3.1993, 21529.

özgürlüğünün sınırlanması olmayıp, bunların durdurulması niteliğinde olduğuna ve bunun, 15. madde uyarınca, anayasaya aykırılığına hükmetmiş bulunmaktadır.

Ne var ki Mahkeme kararının sonucu itibariyle isabetli olmasına karşın, kararda, ölçülülük veya en azından gereklilik denetiminden söz edilmemesi bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. Esasında, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine getirilen bu sınırlamanın ya da durdurmanın anayasaya aykırılığının tespitinde, ilk aşamada, bayram tatilinin belli günlerinde günlük gazetelerin yayımlanmasının yasaklanması, gazete çalışanlarının bu günlerde dinlenme hakkından yararlanmasının sağlanması için elverişli olarak nitelendirilebilecekken; ikinci aşamada, bu amacın gerçekleşmesi için başvurulan yasağın, aslında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne gereğinden fazla bir sınırlama getirdiği ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, gazete çalışanlarının dinlenmelerinin sağlanması, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne daha az müdahale eden başka bir araç ile olanaklı olabilecek iken; burada yasa koyucunun, amacı gerçekleştirmeye elverişli araçlar arasından, özgürlüklere en az müdahale eden aracı seçmemiş olması, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve düzenlemenin iptali gerekçesi bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, ilgili tarihlerde günlük gazetelerin yayımlanmasının yasaklanması yerine, basın çalışanlarının çalışma saatleri ya da yıllık ücretli izin haklarına ilişkin düzenlemeler aracılığıyla, dinlenmelerinin sağlanması olanaklı olabilecektir[328].

Danıştay da, mülkiyet hakkına ilişkin olarak verdiği bir kararında[329], AİHM'nin, kamu yararı konusunda devletlerin takdir yetkisini kabul ettiğine, bununla beraber kamu yararı konusunda *amaçla kullanılan araçlar arasında makul bir orantı* kurulması ve mülkiyet hakkından mahrum edilen bireye *aşırı yük* yüklenip yüklenmediği konusunun, karar verirken belirleyici olduğuna ve böylece AİHM'nin mülkiyet hakkının ihlali ile ilgili kararlarında, alınan *tedbirlerin takip edilen amaçla ölçülü* olup olmadığı hususlarının değerlendirildiğine dikkat çekmiş; uyuşmazlık konusu olayda, davacıların satın aldıkları mülk üzerinde üçüncü bir şahsın borcundan dolayı konulan haczin, mülkiyet hakkının özünü zedelediğini ve hakkı kullanılamaz hale getirdiğini tespit etmiştir.

---

[328] Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 234.
[329] Danıştay 4. D., 12.2.2013, E. 2012/1851, K. 2013/632 (kazancı içtihat bankası).

Karara göre, "*Söz konusu haczin dayanağı amme alacağı için tahsil zaman aşımı süresinin dolduğu iddiası ve haczin üçüncü şahsın borcundan dolayı olması göz önünde bulundurularak kamu yararı ile davacıların temel hakkı olan mülkiyet hakkı kıyaslandığında kamu yararı adına temel hakkın ihlal edilmesi ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü ileri sürülen kamu yararı, kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum arz etmemekte, sadece devlete başkasının mülkü üzerinde sebepsiz yere tasarruf etme hakkı vermektedir. Bunun karşısında kişinin temel hakkı ihlal edilmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkı kullanılamaz hale getirilerek kişi yararı ile kamu yararı arasındaki denge kişi aleyhine bozulmaktadır*".

Görüldüğü gibi Danıştay Dairesi, kişinin mülkiyet hakkının kamu yararı gerekçesiyle sınırlanması durumunda, kamu ile kişi yararı arasında sağlanması gereken dengeyi, ölçülülük ilkesi ile kurmakta; kişinin mülkiyet hakkının kamu yararı nedeniyle sınırlanabilmesi için, öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durumu aramaktadır. Bu değerlendirmeyi, kamu hizmetinin sürdürülmesi için gerekli bir müdahale olup olmadığı biçiminde, diğer bir ifadeyle gereklilik ölçütünün kullanılması olarak anlamak yanlış olmayacaktır. Yapılan müdahalenin gerekli olmaması halinde, bu müdahale, aşırı ve ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Fransız Danıştayı da, mülkiyet hakkına ilişkin olarak, özellikle kamulaştırma konusunda, bu kapsamda ortaya çıkan menfaatlerin en doğru biçimde dengelenebilmesi için, kamulaştırma biçiminde ortaya çıkan mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamusal yararı ve işlevinin bulunduğunun tespit edilmesi gerektiğine, fayda-zarar analizi yaparak karar vermektedir[330]. Bu tespit yapılırken de, kamulaştırma işleminin sağlayacağı menfaate oranla, özel mülkiyet hakkına yönelik ihlalin, finansal maliyetin ve sosyal düzen açısından yaşanabilecek olumsuzlukların aşırı olmaması aranmaktadır[331].

---

[330] Braibant, "**Le principe de proportionnalité**", 301; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 111.

[331] CE, 28 mai 1971, (Ministre de l'Equipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle-Est"), N° 78825, publié au recueil Lebon; aynı yönde, CE, 26 octobre 1973, (Grassin), N° 83261, publié au recueil Lebon.

3. Oranlılık (Dar anlamda ölçülülük)

Oranlılık ilkesi, iki değişkenin birbiri ile olan ilişkisini dikkate almakta ve aslında nisbi bir ölçüt sağlamaktadır[332]. Dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılan oranlılık, kullanılan aracın, izlenen amaçla oranlı bir ilişki içinde olması biçiminde açıklanabilir[333]. Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bu alt ilke açısından değerlendirme yapıldığında, tedbirin, ilgililere "ölçüsüz yükümlülükler getirmemesi" ve onlar için bu durumun "katlanılmaz olmaması"nın esas alındığı ifade edilmektedir[334]. Çatışan iki unsurun ağırlığının, akla uygun biçimde dengelenmesinden de söz edilebilir[335]. Katlanılabilirliğin değerlendirilmesi, aslında ölçülülük denetiminin somutlaşmasına hizmet etmekte ve ölçülülük ilkesinin belki de en önemli işlevi, oranlılık olarak adlandırdığımız son kriter ile ortaya çıkmaktadır.

Bunun tespiti amacıyla, araç ve araca başvurulmasıyla ortaya çıkacak sakıncalar ile hedeflenen amaç, bir değer sistemi içinde karşılaştırılır[336]; sakıncaların hedeflenen sonuca oranla baskın olması durumunda, söz konusu aracın, amaç ile oranlı olmadığı kanaatine ulaşılır. İdare hukukunda da bu durum, idare tarafından kararın verilmesine neden olan olguların ağırlığı ile kişilerin bu karar sonucunda maruz kaldıkları ya da kalacakları sıkıntı ve sınırlamalar arasındaki denge olarak ifade edilmiştir[337].

Görüldüğü gibi, elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerinin değerlendirilmesinde amaç ile araç arasında yapılan karşılaştırmadan farklı olarak, oranlılık denetiminde, başvurulan tedbirin somut sonuçları ile amaç arasındaki denge gözetilmekte, bu açıdan objektif değil, somut olayın koşullarının dikkate alındığı sübjektif bir değerlendirme yapılmaktadır. Gerçekten bu değerlendirme açısından somut bir kriter getirilmesinin olanaksızlığı karşısında, oranlılık değerlendirmesi, somut uyuşmazlığın tüm koşullarını dikkate alarak hakkaniyete uygun karar vermeyi

---

[332] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 116; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 37; Atakan, **Sınırlama**, 61.
[333] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 116; aynı yazar, **Anayasa Hukuku**, 308; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 165; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 286; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 38; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 36; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 8; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 188; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 166; Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 10. Öğretide, bunun, amaç ile aracın ölçülü olması biçiminde değil de, alınan önlemin ölçüsüz olmaması biçiminde anlaşılması gerektiği de belirtilmiştir (Uygun, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, 162).
[334] Rumpf, "**Ölçülülük**", 33-34; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 37.
[335] Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 10.
[336] Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 38; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 8; Atakan, **Sınırlama**, 62.
[337] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 107; Oğurlu, **İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 38.

gerektirmektedir[338]. Fransız Hukukunda da bu durum, başvurulan aracın doğurduğu olumsuz sonuçların, amacın taşıdığı öneme karşılık gelmesi gerektiği biçiminde ifade edilmiştir[339]. Ancak ölçülülük denetiminin Fransız anayasa yargısı uygulamasında, oranlılık (ya da dar anlamda ölçülülük) ile gereklilik kriterlerinin birbirinden çok ayırt edilmeden uygulandığı ve bu nedenle esasında anayasa yargıcının iki aşamalı bir ölçülülük denetimi yaptığı da belirtilmelidir[340]. Bu yönüyle Fransız anayasa yargısı, Alman sisteminden de ayrılmaktadır[341].

Anayasa Mahkemesi, bir kararında, 4447 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen ve 8.9.1999 tarihinde yürürlüğe giren geçici 81. maddenin B bendine ilişkin iptal istemini incelemiştir[342]. İlgili madde, bu tarihteki sigortalılık sürelerine göre sigortalıların emekliliğe hak kazanmasına ilişkin olarak, kadın ve erkek sigortalıların yeni sistemle yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda kademeli bir düzenleme getirmiştir. Mahkeme, aşağıda belirtilen gerekçelerle bu düzenlemeyi anayasaya aykırı bulurken, ilgili düzenleme ile getirilen külfet ve güdülen amaç arasında adil, makul ve ölçülü bir denge bulunmadığına işaret etmiştir.

Gerçekten Anayasa Mahkemesine göre, "*Aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalıdan birisinin 18 yıl öncesine ait bir günlük sigortalılığı olması durumunda 43 yaşında, diğeri ise ancak 56 yaşında emekli olabilecektir. Ya da 20 yıl sürekli çalışmış 7200 gün prim ödemiş bir sigortalı 50 yaşında emekli olabilecek iken, 23 yıl sigortalılık süresi olan ancak 14 yıl çalışmış bir sigortalı 43 yaşında emekli olabilecektir. Sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapılmıştır. (...)Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan*

[338] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1523.
[339] Bousta, "**Contrôle constitutionnel de proportionnalité**", 3.
[340] Goesel-Le Bihan, "**Contrôle de proportionnalité**", 287.
[341] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 167-168.
[342] AYM, 23.2.2001, E. 1999/2, K. 2001/41, RG. 23.11.2001, 24592. Kararın değerlendirmesi ve konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul, Beta, 2014, 581 vd.

değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur. Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için, sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda (B) bendinde yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme, makul, adil ve ölçülü olmadığından Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır".

Benzer biçimde, aynı kararda, 4447 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte sigortalı olanlardan emekliliğine 2 yıldan daha fazla kalmış olanların sigortalılık süresine göre emekli olabilecekleri yaş ve prim ödeme sürelerinin gösterildiği, 4447 sayılı Yasanın 22. maddesi ile 506 sayılı Yasaya eklenen geçici 2. maddenin (B) bendine ilişkin olarak yapılan değerlendirmede, "*Önceki kurala göre, 18 yaşında sigortalı olan erkek iştirakçi 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödemesi koşuluyla 33 yaşında emekli olabilecek iken, yeni düzenlemeye göre, emekliliğine 2 yıldan bir gün fazla kalmış aynı iştirakçi 45 yaşında emekli olabileceğinden (45-33) 12 yıl daha beklemek zorunda bırakılmaktadır. Aynı konumda olan kadın iştirakçi ise 41 yaşında emekli olabileceğinden (41-33) 8 yıl daha bekleyecektir. Yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalılık süresi ve öngörülen yaş dilimleri arasındaki geçişin makûl, adil ve ölçülü olmadığı görülmüştür*." denilerek, kuralın anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali yönünde hüküm kurulmuştur.

Aynı kararda, bu kez 4447 sayılı Yasanın 6. maddesi ile 506 sayılı Yasanın 60. maddesinde yapılan değişiklik hakkında değerlendirme yapılırken, "*Sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemez*." denilerek, ilgili hükmün iptali yönündeki talep reddedilmiştir.

Yaşlılık aylığına hak kazanma açısından koşullarda kademeli geçiş öngören düzenlemelerin, "makul, adil ve ölçülü" olması aranmaktadır. Bir gün daha geç ya da erken sigortalı olmanın doğurduğu sonuçların ağırlığı karşısında, bu kademelenme, Anayasaya aykırı bulunmuştur. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından, emeklilik yaşı ve prim ödeme koşulunun "belirli bir ölçü ve denge" içinde yükseltilmesi, sosyal güvenlik hakkını kullanılmaz hale getiren bir düzenleme olarak değerlendirilmemiştir. Karardan şu sonucun çıkarılması olanaklıdır: Koşulların ağırlaştırılması, sosyal güvenlik kurumlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri

amacına yönelik olsa dahi, bu ağırlaştırmanın "belirli bir ölçü ve denge" gözetilmeksizin yapıldığı ya da ağırlaşan koşullara tabi olma açısından getirilen kademelenmede "makul, adil ve ölçülü" olunmadığı takdirde, yapılan düzenleme, ölçüsüz ve Anayasaya aykırı kabul edilecektir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından, yayın yasağına ilişkin verilen bir kararda[343] ise, yalnızca konuya ilişkin Anayasal hükümler ve özellikle 13. madde ile uluslararası normlara atıf verilmekle yetinilmemiş, iptal istemine konu yayın yasağının yasaya dayalı olması, yasada öngörülen amacı taşıması gerektiği ifade edilmiş; amaç ile bu amaca varmak için öngörülen araç arasında makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğu vurgulanarak, ölçülülük ilkesinin işlevi ve anlamı da ortaya konulmuştur.

Genel Kurul kararı uyarınca, "*Bu itibarla, Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan "yayınların yasaklanması" konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve "ölçülülük" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Öte yandan; temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, dava konusu 23/10/2007 günlü, 116 sayılı kararın, getirilen yayın yasağına ilişkin belirli bir süreyi de içermediği, dolayısıyla söz konusu yasağın süresiz olduğu anlaşılmıştır. Oysa, uygulanan yasağın yayın öncesi sansür niteliğinde olduğu göz önünde bulundurularak söz konusu yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belli edilmesi zorunludur. Aksi takdirde, sınırsız bir süre ile yayın yasağının uygulanması gibi hukuka uygun olmayan bir durumun ortaya çıkacağı, diğer koşullar yönünden hukuka uygunluk sağlansa dahi yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belirtilmemiş olmasının tek başına iptal sebebi oluşturacağı kuşkusuzdur*".

Kararda, uyuşmazlık konusu menfaatler olan "kamu düzenini ve halkın moral değerlerini olumsuz etkileyen, güvenlik güçlerine dönük zaaf imajı yayan, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen radyo ve televizyon yayınlarının" yayın durdurma kapsamına alınması ile halkın bilgi edinme hakkı arasında dengenin sağlanması

[343] Danıştay İDDGK, 1.4.2013, E. 2009/1637, K. 2013/1160 (Kazancı İçtihat Bankası). Danıştay 10. Dairesinin, bir radyo kanalının yayının 30 gün süreyle durdurulması işleminin iptali talebine ilişkin bir kararında ise, işleme esas alınan yayınlarda yer alan ifadelerin ağırlığı ve yayın kuruluşunun bahsi geçen ihlali birden çok kez gerçekleştirmesi nedeniyle, yayın durdurma süresinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki davacı iddiası yerinde görülmemiştir (Danıştay 10. D., 5.12.2003, E. 2002/6116, K. 2003/4808, Kazancı İçtihat Bankası).

amaçlanmaktadır. Karardan anlaşıldığı üzere, ölçülülük denetimi yapılırken, yasağın hangi tür yayınları kapsadığının ve süresinin belirsizliği gibi kriterlerden hareket edilmektedir. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.25/I uyarınca, kural olarak, yargı kararları saklı kalmak kaydıyla, yayınlar önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı için; milli güvenliğin gerekli kılması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması riski karşısında yayının durdurulması hali istisna sayılmalıdır. Bu nedenle, yasaklama niteliği taşıyan uygulamanın kapsam ve sınırlarının açık ve somut bir biçimde durdurma kararında belirlenmesinin zorunlu olduğu vurgulanmaktadır. Aksi halde, yasaklama ile güdülen amaç meşru dahi olsa, süresi sınırlı olmayan bir yasağın iptal edilmesi gerekeceği tartışma dışıdır.

Ölçülülük ilkesinin en yaygın kullanım alanı olan temel hak ve özgürlükler konusunda Danıştay'ın yeni tarihli bir kararında[344] ise, açıkça Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama koşullarına ve dolayısıyla ölçülülük ilkesine dayanılarak hüküm kurulduğu görülmektedir. Somut uyuşmazlıkta, Çorum İdare Mahkemesince, kamera takip sistemi kurulan Çorum Vergi Dairesi Müdürlüğünde insan sirkülasyonunun yoğun olduğu, hırsızlık olma ihtimalinin bulunduğu, söz konusu kameraların güvenlik açısından gerekli olduğu ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği gerekçesiyle talep reddedilmiştir. Bunun üzerine Danıştay Dairesi ise, öncelikle, Anayasanın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği" başlıklı 12. maddesine, "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesine, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesine, ayrıca AİHS'nin özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddesine ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin "Mahremiyet Hakkı" başlıklı 17. maddesine atıfta bulunmuştur.

Daire kararına göre, "*Gelişen teknolojinin, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlanılmasını doğal karşılamak gerekir. Ancak; teknoloji kullanılarak kişisel görüntülerin kayıt altına alınması uygulamasının, yukarda belirtilen hükümlere uygun olması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır*". Ayrıca Daire, sözü edilen nedenlere dayanarak kamu çalışanlarının faaliyet yürüttüğü servislerde kameralı takip sisteminin uygulanması ve kişisel görüntülerinin alınmasının, özel hayatın gizliliği ve *ölçülülük ilkesi* içinde değerlendirilmesi

[344] Danıştay 10. D., 8.6.2015, E. 2014/3950, K. 2015/2774 (Kazancı İçtihat Bankası).

gerektiğini belirtmiş ve " (...) *Kameralı takip sistemi ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama(nın), anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmekte*" olduğuna karar vermiş ve davaya konu işlemin iptal edilmesi gerektiği sonucuna, kanımızca da isabetli olarak, varmıştır.

Disiplin hukukuna ilişkin kararlarında ise Danıştay'ın, ihlal ile ceza arasındaki dengeyi dile getirdiği ve bunu "*orantılılık*" olarak adlandırdığı dikkat çekmektedir. Bir kararda[345], "*Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yaratacağı olumsuzlukların ağırlığına göre disiplin cezası verilmesi; diğer bir deyişle cezanın suç ile orantılı olması gerekmektedir*." ifadelerine yer verildikten sonra, orantılılığın iki sonucuna işaret edilmiştir. Buna göre, orantılılığın, diğer bir ifadeyle "*eylemin ağırlığına göre cezalandırmanın*", bir yandan eylem ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması ve böylece benzer hukuksal değerleri korumaya yönelik suçlar için öngörülen cezalar arasında mantıklı bir dengenin olması; diğer yandan ise farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması şeklinde sonuçları bulunmaktadır.

Ölçülülük denetimi, yalnızca ulusal mahkemelerce uygulanan bir mekanizma olmayıp, ölçülülük kavramının temellerine ilişkin başlıkta ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, özellikle AİHM ve ATAD/ABAD tarafından, devletlerin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak benimsenmiş bir ilke ve denetim yöntemidir. Esasında ulusal mahkemelerin ve özellikle hukukumuzda Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay'ın son yıllarda bu denetime tereddütsüz ve belli bir sistematik içinde başvurmasının temel nedenlerinden biri, AİHM ve ABAD'ın ölçülülüğü, hukukun genel bir ilkesi olarak kabul etmiş olması ve bu denetimi aktif biçimde gerçekleştirmeleridir.

AİHM ve ABAD, ilkeyi Alman Hukukundan, Avrupa Hukuku alanına taşımıştır[346]. Her iki mahkeme de, ölçülülük denetimine, bunu açıkça zikrederek, özellikle özgürlüklerin korunması ekseninde başvurmakta[347], kararları, ulusal yargı organlarının kararları ile karşılıklı etkileşim içinde bulunmaktadır.

---

[345] Danıştay 12. D., 26.12.2006, E. 2003/3174, K. 2006/6690 (Kazancı İçtihat Bankası).
[346] Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 82; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 249 vd.
[347] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 250.

II. AİHM'nin Demokratik Toplumda Gereklilik Odaklı Ölçülülük Denetimi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS ile korunan bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiası üzerine gerçekleştirdiği denetimde, öncelikle, ihlal iddiasının, ilgili madde kapsamında olup olmadığı ve ihlalin bulunup bulunmadığı sorularına yanıt aramaktadır. Bu sorulara olumlu yanıt verildiği takdirde, müdahalenin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi aşamasına geçilecektir. Müdahalenin bir ihlal mi olduğu yoksa hukuka uygun mu sayılacağı olgusunu tespit için, Mahkemenin yaptığı denetimde, müdahalenin yasayla öngörülmesi[348], meşru bir amaç taşıması[349] ve demokratik toplumda gerekli olması koşullarını aradığı görülmektedir[350]. İşte, demokratik toplumda gereklilik koşulu, bu noktada, müdahalenin ölçüsü ile ilgili bulunmaktadır.

Gerçekten, ölçülülük, en başından bu yana, AİHM içtihadının merkezinde yer almıştır. Sözleşmenin, demokrasiyi siyasi model olarak kabul etmesinin doğal sonucu olarak, hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin denetiminde demokratik toplum düzeninin esas alınması şaşırtıcı değildir[351]. Şaşırtıcı olmayan bir diğer husus ise, AİHS ile kurulan sistemin, Devletlere karşı bireylerin haklarının korunması

---

[348] Müdahalenin yasal bir düzenlemeye dayandığının kabul edilmesi için Mahkeme, yasa kavramını, şekli anlamda değil, maddi anlamda yasa olarak değerlendirmekte, bu konuda devletlerin hukuk düzenlerindeki farklılığı da göz önünde bulundurarak, bu kavramı geniş yorumlamaktadır. Örneğin, doğrudan konuya ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamasına karşın, ulusal mahkemelerin yasal düzenlemeleri dikkate alarak oluşturduğu içtihat, yasal dayanağın varlığına işaret edebilmektedir (AİHM, *Köpke v. Germany*, n° 420/07, 5.10.2010). Önemle vurgulamak gerekir ki, genel nitelikteki yasal düzenlemeler esas alınarak işveren tarafından oluşturulan işyeri iç yönetmeliği dahi, bu koşulun sağlanması için yeterli görülebilmektedir (AİHM, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.5.2013, §92). Yasallık ilkesi açısından değerlendirilen diğer noktalar ise, yasanın ulaşılabilirliği ve öngörülebilirliğidir. Yasal düzenlemenin içeriği, konusu, kişiler açısından kapsamı ise öngörülebilirlik seviyesi açısından önem taşımaktadır (AİHM, *Özpınar c. Turquie*, 20999/04, 19.10.2010, §53-54; *Kayasu c. Turquie*, 64119/00, 76292/01, 13.11.2008, §83-86). Ayrıntı için bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 237 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 106-107; Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 85 vd.; Gemalmaz, "**Adil Denge**", 652-653; Grabarczyk, **Les principes généraux**,105-106; Panagiota Perraki, **La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen (étude comparative des droits français, hellénique, britanique et européen)**, thèse soutenue le 20 septembre 2013 pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Strasbourg, Spécialité Droit social, 365.

[349] Meşru amaç olarak nitelendirilebilecek sınırlama nedenleri ise ilgili maddelerde, maddede düzenlenen hakkın taşıdığı özelliklere uygun olarak sınırlı sayıda sayılmış bulunmaktadır. Buna ek olarak, AİHS m. 18 hükmü de, hak ve özgürlüklere, bu Sözleşme ile izin verilen kısıtlamaların, öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacaklarını düzenlemektedir. Ayrıntı için bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 253 vd.; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 232-233; Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 88 vd.

[350] Örneğin, AİHM, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (No.1), n° 6538/74, 26.4.1979, §45.

[351] Çetin, **Çalışanların Hakları**, 119; Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 92.

amacını taşıması nedeniyle, Sözleşmede ölçülülüğe yapılan atıflar ve Mahkemenin bu ilkeyi aktif biçimde kullanmasıdır[352].

İşte AİHM'nin denetiminin en önemli unsurlarından biri olan ölçülülüğün, bu denetimdeki yeri ve uygulanış biçiminin belirlenmesi, hukukumuz açısından, yetki/güç karşısında temel hakların korunmasının sağlanması konusunda son derece yol gösterici olacaktır[353].

AİHM içtihadında yadsınamaz bir önem taşıyan ölçülülüğün, belirleyici üç unsurdan oluştuğu söylenebilir: İlki, her somut uyuşmazlıkta menfaatlerin karşı karşıya gelmesine neden olan müdahale; ikincisi AİHM'nin ölçülülük denetiminde amaç unsurunun ikili bir nitelik taşıması ve üçüncüsü, müdahale ve bu müdahalenin amacı arasındaki ilişki değerlendirilirken, amaç unsurunun etkisiyle belirginlik kazanan demokratik toplumda gereklilik koşulunun önem kazanması. Görüleceği gibi, özellikle bu son iki unsur, AİHM'nin ölçülülük denetimine kanımızca kendine özgü niteliği kazandıran unsurlardır: AİHM, araç-amaç ilişkisinin yoğunluk derecesinin tespitinde, aynı zamanda aracın AİHS'ne uygun olup olmadığını da değerlendirdiği için, hem müdahale ile güdülen amaçtan, hem de bizzat AİHS'nin içerdiği amaçtan yola çıkmaktadır.

Belirleyici nitelikte olduğunu düşündüğümüz bu üç unsuru sırayla açıklamaya çalışalım.

1. Ölçülülük denetimini tetikleyen müdahale ve uyuşmazlıkla ilişkili AİHS hükmünün içerdiği ölçülülük düşüncesi

AİHS'de, Anayasamızın 13. maddesindeki gibi genel bir sınırlama maddesi yer almamasına karşın, ilgili maddelerde ayrıca öngörülen sınırlama nedenleri ışığında, bazı maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin[354], belirli nedenlerle

[352] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 54; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 19.

[353] Gerçekten, örneğin *Handyside* kararında AİHM, ulusal yargı organlarına örnek niteliğinde olmak üzere, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin nasıl bir denetimi gerekli kıldığını açıklarken, ölçülülük ilkesinin uygulanmasının, bu noktada kaçınılmazlığına dikkat çekmiştir. Karara konu somut olayda, bir kitabın gençler için zararlı olup olmadığı ve yayınlanıp yayınlanamayacağı sorusuna yanıt arayan İngiliz mahkemeleri, buna olumlu yanıt verdikten sonra, başkaca bir değerlendirme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Oysa AİHM, somut olaya uygulanacak olan 10. maddenin yapısının bir gereği olarak, başvurulabilecek önlemlerin gerekliliği konusunda karar verebilmenin, ölçülülük denetimini kaçınılmaz kıldığını belirtmiştir (*Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7.9.1976).

[354] Bunun yanında yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı ve cezaların kanuniliği gibi hakların sınırlanamayacağı kabul edilmektedir. Sınırlamaya konu olabilecek haklara, konumuzla bağlantılı biçimde, örnek olarak, 8 ila 11. maddeler arasında düzenlenen haklar verilebilecektir. İlgili maddelerde belirtilen koşullara uygun olarak yetkili makamların bu haklara müdahalesi olanaklıdır.

sınırlanabileceği kabul edilmektedir[355]. Sözleşme, bu sınırlamaların da sınırını çizmiş bulunmaktadır: Sınırlamalar, haklı ve meşru bir nedene ve yasal bir temele dayanmalı, ayrıca demokratik toplumun gereklerine uygun olmalı, diğer bir ifadeyle ölçülü olmalıdır[356]. Bu son kriter olan demokratik toplumda gereklilik kriterinin, AİHM denetiminin en önemli aşaması olduğunu söylemek ise hatalı olmayacaktır.

Sözleşmenin 18. maddesinde, anılan hak ve özgürlüklere, Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamaların, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacakları yönündeki düzenlemenin, ölçülülük denetimine kısmen açık bir atıf yaptığı da kabul edilmektedir[357]. AİHS'nin m. 8, 9, 10, 11 hükümlerinin ikinci fıkraları ve 4. Protokolün m. 2 hükmünün üçüncü fıkrası da, ölçülülüğü ifade eden bir formül içermektedir[358]. Bu formül, AİHM'yi gerçek bir ölçülülük denetimi yapmaya sevk etmiştir[359] ve ilke, devletlere tanınan takdir yetkisi ve devletlerin yasa koyucularının yetkisi üzerindeki denetimi şekillendiren genel bir ilke halini almıştır[360].

Buna ek olarak, Sözleşme ve protokollerinde ölçülülüğün açıkça ifade edilmediği durumlarda dahi AİHM, yorumlaması gereken normun arka planında, örtülü olarak ölçülülük düşüncesini tespit ederek uygulayabilmektedir[361]. Diğer bir ifadeyle, devletin bir temel hakka müdahalesinin koşullarının, Sözleşmede açıkça ifade edilmemesi, ölçülülük denetiminin uygulanmasına engel oluşturmamaktadır[362]. Ölçülülüğün bu tip uygulamasına örnek, Mahkemenin, somut olayın koşullarında zorla ve zorunlu olarak bir çalışmanın bulunup bulunmadığını tespit etmek için ölçülülüğe başvurduğu *Van der Mussele* kararıdır: AİHS m. 4 hükmü, çalışmanın

---

Ayrıntı için bkz. Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 81 vd. Buna karşın, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı müdahaleye tabi tutulamayacağına ilişkin, mutlak kabul edilen m. 3 hükmünün dahi uygulamasında AİHM, ölçülülük değerlendirmesi yapmaktadır. Bu değerlendirmenin, hakkın mutlak olma niteliğini sarsmadığı ve aslında müdahale ihtimalinin dahi ihlal sayılabilmesinin yolunu açtığına ilişkin olarak bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 261 vd. Ayrıca bkz. AİHM, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, 7.7.1989; *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15.11.1996; *Caloc c. France*, n° 33951/96, 20.7.2000; *Rivas c. France*, n° 59584/00, 1.4.2004.

[355] Géniaut, **Proportionnalité**, 383 vd.; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 6, 216; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 111-112.

[356] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 216; Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 66; Costa, "**Concepts juridiques**", 102; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 118 vd.

[357] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 32; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 252; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 46 vd.; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 10; Cornesse, **Proportionnalité**, 72.

[358] Martens, "**L'irresistible ascension**", 57; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 159; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 229; Mekki, **L'intérêt général**, 438.

[359] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 159; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 251.

[360] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 54 vd.; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 160; Rumpf, "**Ölçülülük**", 30-31; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 148 vd.

[361] Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 69; Perraki, **La vie personnelle**, 368.

[362] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 255; Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 69, 75.

zorla ve zorunlu çalışma olarak nitelendirilmesi için ölçülülük kriterini açıkça öngörmemesine karşın AİHM, kararında, baroya kayıt olabilmek için (amaç), stajyerlerin yerine getirmesi beklenen çalışmaların (araçlar), bu amaç ile makul olmayan bir dengesizlik içinde olması halinde zorunlu çalışma sayılacağını açıkça ifade ederek ölçülülüğe başvurmuştur[363].

Aynı mekanizmaya, ek protokolle düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin olarak dahi, maddede sınırlamanın sınırı ölçütü getirilmemiş olmasına karşın başvurulmaktadır[364]. Hatta, mülkiyet hakkına ilişkin AİHM içtihadında, ihlal kararlarının çoğunluğunun, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olmasına dayandığı ifade edilmektedir[365].

Ölçülülük ilkesi, yalnızca öğreti tarafından AİHM içtihadının altın kuralı[366]olarak değerlendirilmekle kalmayıp, bizzat AİHM tarafından pek çok kararda benzer biçimde ifade edilmiştir[367]. Kararlarında AİHM açıkça, toplumun

---

[363] AİHM, *Van der Mussele c. Belgique*, n° 8919/80, 23.11.1983, §37-40. Karara konu somut uyuşmazlıkta, davalı Devletin, AİHS'nin, hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağı ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağı yönündeki m. 4/2 hükmünü ihlal edip etmediği tartışılmaktadır. Belçika'da, Baro'ya kayıtlı bir avukat olmadan önce, tamamlanması gereken üç yıllık staj süresince, Baro, stajyer avukatları, ceza davalarında, avukat tutabilecek mali güce sahip olmayanlar için görevlendirmektedir. Stajın tamamlanabilmesi için Baro'nun belirlediği sayıda davada görev yapmış olmak aranmaktadır. Ne var ki bu görevlendirmelerin çok azında stajyer avukatlara, masraflarını karşılayacak biçimde ödeme yapılmakta; genellikle stajyerler bu davalarda hiç ödeme almamaktadır. Belçika hükumeti, bu çalışmayı, m. 4/3, d anlamında, olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren bir çalışma veya hizmet olarak nitelendirmekle birlikte, başvurucu, bu çalışmanın m. 4/2'ye aykırılığını ileri sürmüştür. AİHM, başvurucunun Baro tarafından görevlendirildiği davada, yargılanan kişi açısından yerine getirdiği hizmetleri, öncelikle m. 4/2 anlamında bir çalışma olarak nitelendirmiştir. Bu çalışmanın, zorla çalışma olarak görülüp görülemeyeceğinin tespitinde ise AİHM, madde hükmünde böyle bir gereklilik aranmıyorsa da, aşırılık ya da ölçülülük diyebileceğimiz bir değerlendirme yapmıştır: Acaba yapılması beklenen çalışma, bir mesleğe giriş için gerçekleştirilmesi beklenebilecek bir hizmete kıyasla ölçüsüz nitelikte bir çalışma mıdır? Somut olayın koşullarını, yapılan masrafa karşın ücret alınamaması, ancak yapılan hizmet sonucunda başvurucunun avukat olmadan önce kazandığı deneyim ve bir dava için 17-18 saat kadar çalışmanın gerekmesi gibi unsurlar açısından değerlendiren AİHM, başvurucunun ölçüsüz bir yük (*fardeau disproportionné*) altında olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, ücret, harcanan zaman ve yerine getirilen görevin kazandırdığı deneyim gibi esaslardan, çalışmanın zorla çalışma sayılıp sayılamayacağı konusunda, ölçülülük değerlendirmesinin birer kriteri olarak yararlanmıştır. Ayrıca bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 338 vd.

[364] AİHM, *Les saints monastères c. Grèce*, n° 13092/87, 13984/88, 9.12.1994, §70; *Wittek c. Allemagne*, §53; *Jahn et autres c. Allemagne*, n°s 46720/99, 72203/01, 72552/01, 30.6.2005, §93; *Strain et autres c. Roumanie*, n° 57001/00, 21.7.2005, §51; *Zacharakis c. Grèce*, n° 17305/02, 13.7.2006, §30. Bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, 519 vd.; Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 71-72; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 234.

[365] Gemalmaz, "**Adil Denge**", 650.

[366] Louis-Edmond Pettiti, "Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention" **La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article**, Louis-Edmond Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, 33.

[367] AİHM, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, 6.9.1978, §59; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75, 7152/75, 23.9.1982, §69; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, n° 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29.11.1988, §48; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n°

genel menfaati ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin sağlanması gerekliliğinin, Sözleşmenin bütününe hakim bir düşünce, ayrılamaz (*inhérente à l'ensemble de la Convention*) bir parçası olduğunu belirtmektedir.

AİHM'nin ölçülülük denetimini tetikleyen müdahaleler ise, kural olarak bir kamu otoritesinin, temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan nitelikteki eylemleridir. Bu eylemler, Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri arasında, "kamu makamının müdahalesi", "gerekli bir tedbir", "gerekli sınırlamalar", "formaliteler, koşullar, sınırlar veya yaptırımlar", "meşru sınırlamalar" ifadeleriyle ortaya konulmuştur. Ancak eylem terimini, dar anlamamak gerekir. Zira müdahalenin öznesi Taraf Devlet, ihmalde bulunarak yani hareketsiz kalarak da bir temel hak ve özgürlüğe müdahale etmiş sayılabilecektir. Dolayısıyla AİHM'nin ölçülülük denetimini gerçekleştirmesi için müdahalenin mutlaka bir eylemin sonucu olması gerekli görülemez[368]. Şu halde, hareketsiz kalma ya da ihmalin, amaç ile ölçülülüğünün değerlendirilmesinin nasıl olacağı sorusu akla gelebilir. İşte bu durum, aslında AİHM'nin, ölçülülük değerlendirmesinde, müdahalenin kaynağı -eylem ya da ihmal- ne olursa olsun, bunun etkileriyle ilgilendiğinin bir göstergesi olarak karşımıza çıkar. Ölçülülük denetimine tabi tutulacak olan müdahaleyi oluşturan eylem ya da ihmal değil, bu müdahalenin, temel hak ve özgürlük üzerindeki etkileridir.

Bu noktada, Devletin belli bir konuda yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin belirlenmesi, diğer bir ifadeyle, devletten beklenebileceklerin düzeyi tespit edilirken de AİHM, ölçülülükten yararlanmaktadır[369]. Mahkeme, ulusal makamlara, aşırı ve tahammül edilemez bir yük getirilip getirilmediğini belirlemektedir. Zira bir temel hak ve özgürlükten yararlanılabilmesi için Devletin üstlendiği görevin de, amaç ile ölçülü olması gerekir. Dolayısıyla, AİHM değerlendirmesinde, Devletin eylem ya da ihmalleri, bir bütün teşkil ederek, Devletin tutumunu oluşturmakta; ölçülülük denetimine ise bu tutumun yarattığı sonuçlar tabi tutulmaktadır[370].

133/1996/752/951, 30.1.1998, § 32; *Brumarescu c. Romanie*, n° 28342/95, 28.10.1999, §78; *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, 12.5.2005, §88.

[368] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 108 vd.

[369] AİHM, *Osman c. Royaume-Uni*, n° 87/1997/871/1083, 28.10.1998, §116; *Akkoç c. Turquie*, n°s 22947/93, 22948/03, 10.10.2000, §78; *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, n° 44306/99, 6.5.2003, §40. Ayrıca bkz. Grabarczyk, **Les principes généraux**, 241; Mekki, **L'intérêt général**, 439.

[370] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 116.

Devletin pozitif yükümlülüğünün içeriği, ölçülülük ilkesi aracılığıyla belirlenirken, somut olayın koşulları ve esas alınan AİHS hükmü doğrultusunda, Devletin almasının beklenebileceği makul önlemler tespit edilecektir. Böylece ölçülülük terazisinde, somut uyuşmazlıkta Devletin aldığı tutumun sonuçları ile alması beklenebilecek örnek tutum karşılıklı değerlendirilecektir.

AİHM'nin, Devletin bir eylemi ya da ihmali sonucunda yaptığı müdahale nedeniyle temel bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiği iddiası üzerine gerçekleştirdiği ölçülülük denetimi, aynı zamanda mutlaka AİHS'nin bir hükmü ile ilişkilendirilmektedir. Zira bu hüküm, Devlet tarafından başvurulan aracın amaç ile ölçülülüğü denetiminde, amacın ne olduğuna işaret edecektir.

2. Ölçülülük denetiminde değişmeyen bir unsur: Amaç

AİHM'nin ölçülülük denetimi yaptığı kararlarında sürekli olarak tekrar ettiği "*izlenen amaçla ölçülü/ölçüsüz*", "*güdülen meşru amaçla ölçülü/ölçüsüz*" ifadeleri[371], ölçülülük değerlendirmesinin olmazsa olmaz unsuru olan "amaç" unsurunun AİHM tarafından da zorunlu olarak ve önemle dikkate alındığının bir göstergesidir.

Klasik anlamda ölçülülük denetiminde olduğu gibi, AİHM sisteminde de, müdahalenin ölçülü sayılması gerekip gerekmediğine karar verilirken terazinin kefelerine konarak dengesi test edilecek olan, müdahale (ya da müdahalenin sonuçları) ve bu müdahale ile izlenen amaç olacaktır. Taraf bir devletin, hangi amaçla, AİHS tarafından güvence altına alınan ve sınırlanabilir nitelikteki bir hakka müdahale edebileceği konusunda, esasında, AİHS yol gösterici nitelikte düzenlemeler getirmektedir. AİHS m. 8 ile 11 arasında düzenlenen bu haklar açısından, Taraf Devletin müdahalesinin dayanabileceği meşru amaçlar, demokratik toplumda, ulusal güvenlik (m. 8, 10, 11), kamu güvenliği (m. 8, 9, 10, 11), ülkenin ekonomik refahı (m. 8), düzenin korunması (m. 8, 9, 10, 11), suç işlenmesinin önlenmesi (m. 8, 10, 11), sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması (m. 8, 9, 10, 11), toprak bütünlüğü (m.10), başkalarının

[371] Fransızca metinlerinde "(dis)proportionnée à l'objectif recherché" veya "(dis)proportionnée au but légitime poursuivi" ifadelerine yer verilen pek çok karar arasından bkz. *Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26.3.1987, §67; *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, n° 13470/87, 20.9.1994, §57; Vogt c. Allemagne, n° 17851/91, 26.9.1995, §52; *Özgürlük ve Dayanışma Partisi c. Turquie*, n° 7819/03, 10.5.2012, §47; *Sindicatul "Pastarul Cel Bun" c. Roumanie*, n° 2330/09, 9.7.2013, §86; *Khoroshenko c. Russie*, n° 41418/04, 30.6.2015, §146; *Baka c. Hongrie*, n° 20261/12, 23.6.2016, §162.

şöhret ve haklarının korunması (m.10), gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi (m.10), yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması (m.10) biçiminde sıralanmıştır[372].

Dolayısıyla devlet müdahalesinin öncelikle bu meşru sayılan amaçlardan birine dayanıyor olması zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak bu kavramların soyut ve genel niteliği, her somut olayda yeniden değerlendirilmesi gerekliliği tartışmasızdır. İşte AİHM'nin, bu soyut kavramların içeriğini şekillendirmeksizin, devlet müdahalesinin, amacını aşıp aşmadığını, diğer bir ifadeyle güdülen amaçla ölçülü olup olmadığını tespit etmesi olanaksızdır. Bu nedenle AİHM yargıcı, ölçülülük denetiminin niteliğinin[373] doğal bir sonucu olarak, bu normların içeriğini belirlerken, kendisini çevreleyen hukuk sisteminin değerlerinden hareket etmektedir. Bu hareket noktası ise, AİHS sisteminin bizzat kendisinin taşıdığı amaçtan başkası olmayacaktır.

Bu nedenle müdahalenin ölçülülüğü denetlenirken referans alınması zorunlu olan amaç unsuru, AİHM açısından, ikili bir nitelik arz etmektedir: Bir yanda AİHS ile güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğe müdahalede bulunan Taraf Devletin, bu müdahaleyi yaparken izlediği amaç; diğer yanda bunun doğru değerlendirilebilmesi için, AİHS'nin taşıdığı ve aslında korunması, yerine getirilmesi için AİHM'nin görevlendirildiği amaç.

Bu son amacı, öncelikle, AİHS'nin giriş bölümünde, Avrupa Konseyi'nin, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik oluşturma yönündeki hedefine ulaşmanın yollarından biri olarak, insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ifadesinde görebiliyoruz. AİHM tarafından ölçülülük denetiminin ilk kez uygulandığı kabul edilen *Belçika Dil Davasında* da[374], AİHS aracılığıyla, Taraf Devletlerin erişmeyi hedeflediği amacın, temel insan haklarının etkili koruması olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre, Sözleşme, temel insan haklarına özel bir değer atfederek, toplumun genel menfaatinin korunması ile temel insan haklarına saygı arasında adil bir dengenin kurulmasını gerektirir. Böylece AİHM'nin,

---

[372] Ayrıntı için bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 111 vd.; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 126 vd.; Jean-François Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, **Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH**, 6e édition, Paris, LGDJ, 2015, 29 vd.

[373] Bkz. aşağıda ölçülülük denetiminin diyalektik akıl yürütme metodunu içerdiğine ilişkin V, D, 1. başlığı altındaki açıklamalarımız. Bu başlık altında ayrıntılı olarak değinildiği üzere, diyalektik metot, zorunlu ve doğal olarak, yargıcın, kendi hukuk sisteminin değerleri ve ilkelerinden yola çıkarak, konuya ilişkin tez ve antitezleri bir arada değerlendirerek bir sonuca ulaşmasını sağlamaktadır. Bu durum AİHM yargıcı için de farklı değildir.

[374] AİHM, "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal), §5.

ölçülülük denetiminde referans aldığı amaç, temel insan haklarının etkili korunması biçiminde ortaya çıkmaktadır[375]. Bu amaç, aynı zamanda, Sözleşmenin yorumlanmasında da dikkate alınacaktır. AİHM, Sözleşmenin, insan hakları ve temel özgürlüklerin kolektif güvencesi biçimindeki özel niteliğine uygun olarak yorumlanması gerektiğine karar vermektedir[376].

Belirtelim ki AİHM, müdahalenin ölçülülüğü değerlendirmesinde, sözü edilen temel hakların korunması amacını referans kabul ediyorsa da; kararlarında, bu korumanın nasıl sağlanacağına ilişkin içeriği vermek yerine, bir metot ortaya koymaktadır[377]. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme, AİHS'nin taşıdığı amacın gerçekleştirilebilmesi için, ulusal yargı organlarına, olması gerekeni dayatmamakta; kendisi tarafından kullanılan yorum yöntemi aracılığıyla, bu amaca ulaşmanın yolunu göstermeyi tercih etmektedir.

Bu yorum yönteminin esasları ise bizzat Mahkeme tarafından, kararlarında ifade edilmiştir: İnsanların korunması aracı (*instrument de protection des êtres humains*) olarak AİHS'nin konusu ve amacı, bu Sözleşme hükümlerinin, bunlardan doğan gereklilikleri teorik ve aldatıcı (*théoriques et illusioires*) değil, somut ve gerçek (*concrètes et effectives*) kılacak biçimde yorumlanması ve uygulanmasını gerektirir[378]. O halde AİHM, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacının, Sözleşmenin somut ve gerçekçi biçimde yorumlanmasına bağlı olduğunu kabul etmektedir.

Sözleşme hükümlerinin içeriğini, dolayısıyla bu hükümlerin gereklerini somut ve gerçekçi biçimde yorumlamak için ise, AİHM'nin seçtiği hareket noktası, *demokratik toplum* kavramıdır. Bu kavramdan hareketle Sözleşme hükümlerinin gerekleri somutlaştırılabilecektir.

---

[375] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 125.
[376] AİHM, *Soering c. Royaume-Uni*, §87. Ayrıca bkz. Grabarczyk, **Les principes généraux**, 85.
[377] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 127, 136. Yazar, AİHM'nin kendi izlediği yöntemin, ulusal yargı organları tarafından da izlenmesini beklemesi nedeniyle, bu sistemi, "*autopoiétique*" olarak nitelendirmiştir. (Aristo'nun felsefesinde, "*poiétique*" kavramı, sanatçının meydana getirdiği, ürettiği bir eseri nitelendirir. "*Autopoiétique*" dendiğinde ise, kendi kendini üretme, çoğaltma anlamı ortaya çıkmaktadır. Bkz. Dictionnaire de français, Larousse).
[378] AİHM, *Soering c. Royaume-Uni*, §87; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, § 33; *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, 9.4.2002, §35; *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99, 46951/99, 4.2.2005, §121; *Koutsoliontos et Pantazis c. Grèce*, n° 54608/09, 54590/09, 22.9.2015, §52; *İbrahim et autres c. Royaume-Uni*, n°s 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, 13.9.2016, §272. Ayrıca bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 147.

İşte, AİHS'nin ilgili maddelerinde, sınırlama nedenleri sayılırken mutlaka karşımıza çıkan "*demokratik bir toplumda*" ifadesi, aslında bu sınırlama nedenlerinin de sınırını çizmekte, onları bir anlamda somutlaştırmaktadır: Ancak *demokratik bir toplumun gerektirdiği düzeyde olması koşuluyla*[379], ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve toprak bütünlüğü gibi nedenler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının nedeni olabilecektir.

Özetle, taraf bir devletin, temel hak ve özgürlüklere herhangi bir müdahalesinin ölçülü sayılabilmesi, klasik ölçülülük denetimi uyarınca, müdahalenin, devletin bu müdahaleyle izlediği amaçla ölçülü olmasına bağlıdır. Ancak, müdahalenin AİHS'ne uygunluğunun takdirinde, AİHM, kuşkusuz, Sözleşmenin de amacını kararlarında referans almak durumundadır. Temel insan haklarının etkili koruması yönündeki bu amacın gerçekleşmesi ise, Sözleşmenin yorumunda, AİHM'nin başvurduğu yorum yönteminin izlenmesine bağlıdır; ki bu yol, Sözleşme hükümlerinin gereklerini somut ve gerçekçi biçimde algılamaktan geçmektedir.

Bu tespit, AİHM'nin ölçülülük denetimine, kendine özgü niteliği kazandıran üçüncü unsurun ortaya çıkış nedenini gözler önüne sermektedir.

3. Müdahalenin ölçüsü: Demokratik bir toplumda gerekli olma

Sözleşmede, meşru sınırlama amaçlarının, yalnızca demokratik bir toplumda gerekli olan düzeyde kabul edilmiş olması, demokratik toplumda gereklilik kriterinin, müdahalelerin ölçülülüğü değerlendirmesinde, AİHM tarafından, çok etkili bir somutlaştırma aracı sayılmasının yolunu açmıştır.

Müdahalenin amacı ile müdahale arasında bir denge olup olmadığı, ölçülülük ilkesi ile belirginlik kazanmakta[380]; bu dengenin en belirleyici unsuru ise demokratik toplumun gerekleri olmaktadır. Dolayısıyla ölçülülük, bu tip bir müdahalenin, demokratik bir toplumda kabul edilebilir olup olmadığının değerlendirilmesini sağlar[381]. Ancak, bu değerlendirme, demokratik toplum kavramının AİHM tarafından da çok kesin çizgilerle tanımlanmamış olmasından ötürü, zor[382] ve sübjektif unsurlar

[379] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 238.
[380] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 245, 252 vd.; Costa, "**Concepts juridiques**", 102.
[381] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 238; Géniaut, **Proportionnalité**, 56.
[382] Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 89.

taşıyan bir değerlendirmedir[383]. Bu zor ve görece olma durumu, Sözleşme hükümlerinin, bizzat bu gerekliliğin unsurlarını ortaya koymamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle demokratik toplumun gerekleri, içeriğinin oluşturulması açısından AİHM'nin takdirine bırakılmış, böylece AİHM kararları ile şekillenen bir kavramdır.

a) "Demokratik bir toplumda gerekli olma" kavramından anlaşılması gereken

AİHM için demokratik toplumda gereklilik kavramının, ne ifade ettiğini ortaya koyabilmek için kararlarındaki ifadelere dikkat çekmek gerekir: Mahkemeye göre, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmaksızın, demokratik bir toplumdan söz edilemeyecektir[384]. Demokrasi, hakim konumun kötüye kullanılmasını önleyerek, her türlü azınlığa adil davranılmasını sağlayan bir dengeyi zorunlu kılar[385].

Mahkeme için, demokratik toplumda gerekli kriterinde yer alan "gerekli" (*nécessaire*) sıfatı, "zorunlu" (*indispensable*) sıfatıyla eşanlamlı olmadığı gibi, aynı zamanda "kabul edilebilir" (*admissible*), "normal" (*normal*), "yararlı" (*utile*), "makul" (*raisonnable*) ya da "uygun/elverişli" (*opportun*) gibi kavramların esnekliğine benzer bir esnekliğe de sahip değildir[386]. "Demokratik bir toplumda gerekli" olma ise, bir müdahalenin, AİHS'ne uygun sayılabilmesi için, "zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca" yönelik ve "hedeflenen meşru amaç ile ölçülü" olması anlamını taşır[387]. Mahkemenin aynı kararında ifade ettiği üzere, Taraf Devletler, sınırlamalara başvurmak konusunda, -sınırsız olmayan- bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu sınırlamaların AİHS ile uyumu konusunda son karar mercii AİHM'dir[388].

AİHM, kararlarında, "müdahale niteliğindeki önlemlerin, demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir" yönündeki ifadenin ardından, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç ile gerekçelendirilmeli ve özellikle izlenen meşru amaç ile ölçülü

---

[383] Lambert, "**Marge nationale d'appréciation**", 84; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 143.
[384] AİHM, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49.
[385] AİHM, *Young, James and Webster c. Royaume-Uni*, n° 7601/76, 7806/77, 13.8.1981, §63; *Mytilinaios et Kostakis c. Grèce*, n° 29389/11, 3.12.2015, §56; *İzzettin Doğan et autres c. Turquie*, n° 62649/10, 26.4.2016, §109.
[386] AİHM, *Handyside c. Royaume-Uni*, §48 ; aynı yönde *Silver et autres c. Royaume-Uni*, n° 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.3.1983, §97; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, §59; *Mytilinaios et Kostakis c. Grèce*, §56. Ayrıntı için bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 107 vd., 143; Géniaut, **Proportionnalité**, 277.
[387] AİHM, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, §97; *Khoroshenko c. Russie*, §118; *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, 16.7.2014, §11; *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, 10.3.2015, §100.
[388] AİHM, *Silver et autres c. Royaume-Uni*, §97.

olmalı" ifadesine yer vermektedir[389]. Bu iki söz kalıbı arasında ise Mahkeme, "yani" (*c'est-à-dire*) bağlacını kullanarak, aslında, ikincisinin, ilk söz kalıbının bir diğer ifadesi, açıklaması olduğunu ortaya koymaktadır. Bu ise şu anlama gelmektedir: zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç ile açıklanabilen ve özellikle amacıyla ölçülü olan bir müdahale, demokratik bir toplumda gerekli sayılacaktır.

Bunun ispatı noktasında da Mahkeme, ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli (*pertinents et suffisants*) olmasını aramaktadır[390].

Mahkeme tarafından aynı sonuca odaklı pek çok kavramın, bazen birbirlerinin yerine, "yani" benzeri bağlaçlarla ayrılarak; bazen ise bir bütünün parçalarıymış gibi aralarında "ve" bağlacı kullanılarak kararlarda kullanıldığı dikkat çekmektedir. Mahkemenin giderek bu kavramlar arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturup kavuşturmadığını gözlemleyebilmek adına, yeni ve eski tarihli kararlar gözden geçirildiğinde ise, başvurulan bu kavramların, belli belirsiz bir sistematik içinde açıklanmasının olanaklı olduğu söylenebilir. Ancak bu kavramlar ya da kriterler bütünü açısından kanımızca asıl önemli nokta, hepsinin, aynı sonuca odaklı olması, diğer bir ifadeyle ortak bir amaca hizmet etmeleridir.

b) "Demokratik bir toplumda gerekli olma" kriterinin bileşenlerinin ortak noktası: Mahkemeyi ikna etmek

AİHM, kararlarında, yukarıda yer verilen ifadelere benzer ifadeler kullanmasına karşın, sözü edilen denetim sistemi içinde hangi kavramın çatı kavram,

---

[389] "... doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi." (*Beldjoudi c. France*, n° 12083/86, 26.3.1992, §74; *Nasri c. France*, n° 19465/92, 13.7.1995, § 41; *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, 2.8.2001, §46). İngilizce dilinde yayınlanan kararlarda ise, bu iki söz kalıbı, "that is to say" bağlacı ile birbirinden ayrılmıştır: "... be necessary in a democratic society, that is to say justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued." (Amrollahi v. Danemark, n° 56811/00, 11.7.2002, §33). Bağlaç olarak "c'est-à-dire" bağlacı kullanılmamasına rağmen, demokratik toplumda gerekli olmanın zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve ölçülülüğün bir arada bulunmasını gerektirdiğine işaret edilen kararlar da bulunmaktadır. Bkz. *Khoroshenko c. Russie*, §118; *Hämäläinen c. Finlande*, §11; *Y.Y. c. Turquie*, §100. AİHS m. 8 ve m. 10 uygulamasında AİHM tarafından bu konuda dayanılan ilkeler için ayrıca bkz. Grabarczyk, **Les principes généraux**, 105 vd.

[390] AİHM, *Handyside c. Royaume-Uni*, §50; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, §62; *Silver et autres*, §97; *Olsson c. Suède* (No.1), n° 10465/83, 24.3.1988, §68; *Vogt c. Allemagne*, §52; *Chauvy et autres c. France*, n° 64915/01, 29.6.2004, §65; *Vides AizsardzÓbas Klubs c. Lettonie*, n° 57829/00, 27.5.2004, §40; *Morice c. France*, n° 29369/10, 23.4.2015, §124; *Pentikäinen c. Finlande*, n° 11882/10, 20.10.2015, §87; *Bédat c. Suisse*, n° 56925/08, 29.3.2016, §48; *Nadtoka c. Russie*, n° 38010/05, 31.5.2016, §39; *Şahin Kuş c. Turquie*, n° 33160/04, 7.6.2016, §46; *Dorota Kania c. Pologne*, n° 49132/11, 19.7.2016, §24.

hangi kriterlerin ise bu kavramın varlığını ortaya koyan koşullar olduğuna açıkça işaret etmemektedir. Bu nedenle, bu konuda farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Öğretide, AİHS sistemi içinde, ölçülülük ilkesi, demokratik toplumda gereklilik kriterinin alt kavramı[391] veya tamamlayıcısı[392] olarak nitelendirildiği gibi; aksine, sözleşmede ifadesini açıkça bulan "demokratik toplum gerekleri"nin, ölçülülüğün alt ilkelerinden biri olan "gereklilik" kriterinin bir yansıması olduğu da belirtilmektedir[393]. Benzer biçimde, araç ile amaç arasındaki ölçülülük ilişkisinin düzeyinin, AİHS sistemi içinde, gereklilik kavramı ile ortaya konulduğu, bu denetimin böylece kendi içinde bir kademelenme yarattığı da ifade edilmiştir[394]. "Gerekli" sıfatının, ölçülü olma zorunluluğunu içerdiği; ölçülülük ilkesinin koşullarını sağlaması halinde bir müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli sayılabileceği de savunulmuştur[395].

Aynı zamanda, ulusal makamlarca ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olması kriterinin, ölçülülük ile ilişkilendirildiği[396] veya demokratik toplumda gereklilik kriterinin bir alt koşulu olarak nitelendirildiği de görülmektedir[397]. Gerçekten, devlet tarafından, müdahalenin yapılmasını haklı gösteren gerekçelerin, müdahalenin amacı ile uyumlu olmasını ve müdahalenin gerekliliğini yeteri kadar ortaya koyabilmesini aramak, müdahalenin ölçülü olduğunun ispatından başka bir şey değildir[398]. Gerekçelerin ilgili ve yeterli olması, tartışmasız, ölçülülük ile bağlantılıdır.

Bunun yanında müdahalenin, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın gerektirdiği düzeyi aşmamasının da ölçülülüğü ifade ettiği belirtilmektedir[399].

Şu halde, kriterlerin tamamının, karmaşık bir sarmal yarattığı ve birinden hareket edildiğinde diğerine ulaşmanın zor olmadığı tespitinin yapılması olanaklıdır.

---

[391] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 259.
[392] Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 66, 76. *Eissen*, meşru amaç kriteri ile birlikte ölçülülüğün, objektif ve makul bir gerekçelendirmenin unsurlarını oluşturduğunu belirtmektedir.
[393] Rumpf, "**Ölçülülük**", 30.
[394] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 139, 142.
[395] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 230.
[396] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 176.
[397] Bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 122 ve dn. 433 ve 434'te anılan yazarlar.
[398] AİHM'nin kararlarında kullandığı ifadeler de bunun açık göstergesidir. Mahkeme, ilgili olduğu kabul edilen gerekçelerin, yeterli olup olmadığının, yani (*c'est-à-dire*), uyuşmazlık konusu müdahalenin izlediği iddia edilen toplumsal ihtiyaç ile ölçülü olup olmadığının incelenmesi gerektiği yönünde karar vermektedir (AİHM, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7225/76, 22.10.1981, §59).
[399] Turhan, "**Sınırlandırma Sistemi**", 89.

Her ne kadar Mahkeme, açıkça kriterler hiyerarşisi kurmuyor olsa da, izlediği gerekçelendirme sistemi ve sonuca ulaşırken yürütülen mantık, kriterler arasındaki ilişki hakkında fikir verici niteliktedir. Nitekim, AİHM, devletin, müdahaleyi haklı göstermeye yönelik gerekçelerinin, ihlal edildiği ileri sürülen madde ile "ilgili" (*pertinent*) olduğuna kanaat getirse dahi; bu gerekçelerin, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli görülebilmesi için ikna edici düzeyde yeterli (*suffisant*) olmasını da aramaktadır. İleri sürülen gerekçelerin yeterli bulunmaması halinde ise, Mahkeme, müdahalenin, hedeflenen meşru amaç ile ölçüsüz olduğu sonucuna varmaktadır[400].

Bu noktada, Mahkeme tarafından başvurulan kriterler arasındaki bağlantı kurulmak istenirse, demokratik toplumda gerekli olma kavramının çatı bir kavram sayılabileceği söylenebilecektir. Zira, Mahkeme, önlemin amacıyla ölçülü olması ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçla açıklanabilmesini aramaktadır. Müdahaleyi gerçekleştiren devlet ise, bu açıklamayı, ilgili ve yeterli gerekçelerle yapmak zorundadır. Dolayısıyla kriterlerin tümü, esasında aynı amaca hizmet etmektedir: Mahkemeyi, müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ikna etmek[401].

Görüldüğü gibi, gerekçelerin ilgisizliği ve/veya yetersizliği, müdahalenin, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan doğmadığına ve ölçüsüzlüğüne işaret etmekte, bu ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ilişkin olarak Mahkemenin ikna olmaması sonucunu doğurmaktadır.

Bu denetim kapsamında AİHM, tüm değişkenleri, terazinin kefelerine koyarak ölçmekte; Devletler tarafından alınan önlemlerin, Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlali niteliği taşıyıp taşımadığına karar vermektedir. Terazinin bir tarafına kamu yararı, diğer yanına ise özgürlüklere getirilen sınırlama konulduğunda, terazinin

---

[400] AİHM, *Vogt c. Allemagne*, §61; *Colombani et autres c. France*, n° 51279/99, 25.6.2002, §70; *Baka c. Hongrie*, §175.

[401] Örneğin, *Sunday Times* kararında AİHM'nin, öncelikle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın yasa ile öngörülüp öngörülmediğini tespit ettikten sonra, bu sınırlamanın temelini teşkil edebilecek bir kamusal menfaat olup olmadığını ve son olarak bu kamusal menfaatin, ifade özgürlüğünün sınırlanmasını gerektirecek ağırlıkta olup olmadığını değerlendirdiği görülmektedir. Bu aşamaların ardından ise somut olayda, AİHM, müdahalenin, yeterli düzeyde zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca (*besoin social assez impérieux*) karşılık gelmediğine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle, belirtilen kriterler bütünün uygulanması neticesinde Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda ikna olmamıştır (*Sunday Times*, n° 6538/74, 26.4.1979).

dengelenememesi, müdahalede ölçüsüzlük anlamına gelmekte ve müdahale, demokratik toplumda kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir[402].

O halde AİHM'nin ölçülülük değerlendirmesinde, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç, amaçla ölçülü olma, demokratik toplumda gerekli olma ve bunların ilgili ve yeterli gerekçelerle ispatı kavramları, müdahalenin ölçülü sayılması açısından başvurulan kavramlardır. Ne var ki AİHM'nin ölçülülük denetiminde kullandığı kavramlardan bir diğerinin daha üzerinde durulması önem taşır: Adil denge (*juste équilibre*)[403]. AİHM'nin kararlarında, hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında adil bir denge arayışı olduğu ve ölçülülük denetimi ile bu dengenin sağlanmaya çalışıldığı, öğretinin de dikkatini çekmiştir[404].

Gerçekten AİHM, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge olup olmadığının belirlenmesinden; bu adil dengenin araştırılması gereğinin ise Sözleşmenin ayrılmaz bir parçası (*inhérent à l'ensemble de la Convention*) olduğundan söz etmektedir[405]. Kararlarda, adil denge kavramı ile ölçülülük kavramı ilişkisi ilk kez kurulduğunda ise Mahkeme, aynı cümle içinde, iki kavramı birbirinden virgül ile ayırarak şu ifadelere yer vermiştir: Başvurucunun uğradığı zarar, somut olaydaki farklı menfaatler arasındaki adil dengenin sağlanması için gerekenin üzerindedir; zararın, izlenen amaçlar ile ölçülü olarak değerlendirilmesi olanaksızdır[406]. Daha sonraki bazı kararlarında[407] ise AİHM, müdahalenin ölçülülüğü başlığı altında veya ölçülülük değerlendirmesi yaptığı paragrafta toplumun genel menfaatleri ile bireyin temel

---

[402] Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 260; Gemalmaz, "**Adil Denge**", 654; Eissen, "**jurisprudence de la CourEDH**", 79.

[403] AİHM'nin adil denge (*juste équilibre*) arayışını açıkça dile getirdiği diğer pek çok karar arasından bkz. AİHM, *Ezelin c. France*, n° 11800/85, 26.4.1991, §52; *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81, 10.10.1986, §37; *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, 27.9.1990, §37; *B. c. France*, n° 13343/87, 25.3.1992, §44; *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, 7.7.1989, §40, 42; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, §69; *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, 18.12.1986, §72, 77; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, §48; *Soering c. Royaume-Uni*, §89; *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98, 10.11.2005, §108; *Köpke v. Germany*, 10-11; *Yılmaz c. Allemagne*, n° 52853/99, 17.4.2003, §43; *Pannullo et Forte c. France*, n° 37794/97, 30.10.2001, §34-35; *Cengiz et autres c. Turquie*, n° 48226/10, 14027/11, 1.12.2015, §62; *Medipress-Sociedade Jornalistica, LDA c. Portugal*, n° 55442/12, 30.8.2016, §33.

[404] Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 348; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 99, 121, 162; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 233; Gemalmaz, "**Adil Denge**", 649 vd.; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 14.

[405] AİHM, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, §69; *Klass et autres c. Allemagne*, §59; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, §48; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, §32; *Brumarescu c. Romanie*, §78; *Öcalan c. Turquie*, §88. Ayrıca bkz. Grabarczyk, **Les principes généraux**, 233.

[406] AİHM, *Young, James et Wester c. Royaume-Uni*, §65.

[407] AİHM, *Yargtzilar et autres c. Grèce*, n° 41727/98, 6.12.2001, §40; *Wittek c. Allemagne*, n° 37290/97, 12.12.2002, §52-53; *Hacısalihoğlu c. Turquie*, n° 343/04, 2.6.2009, §34.

haklarının korunmasının gereği arasında adil bir denge kurulmasının zorunlu olduğundan bahsederek, aslında adil denge ve ölçülülüğün aynı düşünceyi barındırdığına işaret etmiştir[408].

Diğer kriterlerde olduğu gibi, adil denge ve ölçülülük arasındaki ilişkide de AİHM, bunlar arasında "karşılıklı" bir sebep sonuç ilişkisi kuran ifadeler kullanmaktadır: Bazı kararlarda, başvurucuya ölçüsüz bir yük getirilmesi, adil dengeyi bozan bir unsur olarak nitelendirilir[409] ya da adil dengenin sağlanıp sağlanmadığının denetlenebilmesi için araçlarla amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunması gerektiğine[410] işaret edilmektedir. Başka bir kararda bu kez, menfaatler arasında adil dengenin sağlanamaması nedeniyle araçlarla amaç arasında ölçüsüzlük olduğu sonucuna varılabilmektedir[411]. Dolayısıyla ilk halde, adil denge, ölçülülüğün bir sonucu iken; ikincisinde adil dengenin yokluğu, ölçüsüzlüğü doğurmaktadır[412].

AİHM'nin adil denge ve ölçülülük kavramlarını özdeş gibi kabul ettiği ve kimi zaman birbirlerinin yerine kullandığı izlenimine karşın, kararlarında, bu kavramların yanında kullandığı ifadelerden dolayı beliren bir farklılığa da dikkat çekmek gerekir. Gerçekten, kararlarda, adil denge, toplumun genel menfaati ile bireyin temel haklarının korunması ifadeleriyle birlikte belirmektedir. Zira denge sözcüğü, karşı karşıya gelen bu iki menfaatin uyumlaştırılmasını gerektirmektedir. Ölçülülük kavramı ise, AİHM'nin kullandığı cümle yapısı içinde, genellikle, başvurulan araçların, izlenen amaçla ölçülülüğü biçiminde ifadesini bulmaktadır. Bu kalıp içinde, karşılıklı bir uyumlaştırmadan değil, tek bir müdahalenin amacına uygunluğundan söz edilmektedir.

Bu nedenle adil denge ve ölçülülük kavramlarının özdeşliğinden söz etmek yerine, aynı tespiti yapmak üzere, somut olayın koşullarına farklı iki açıdan bakmayı sağlayan kavramlar olduklarını söylemek kanımızca daha yerinde olacaktır. Zira

---

[408] Muzny, La technique de proportionnalité, 163.

[409] AİHM, *Zvolsky et Zvolska c. République Tchèque*, n° 46129/99, 12.11.2002, §54; *Duceau c. France*, n° 29151/11, 30.6.2016, §42.

[410] AİHM, *Aka c. Turquie*, n° 19639/92, 23.9.1998, §47; *Slivenko c. Lettonie*, n° 48321/99, 9.10.2003, §122.

[411] AİHM, *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86, 18.2.1991, §46; *Sürek c. Turquie*, n° 24122/94, 8.7.1999, §42.

[412] AİHM'nin daha yeni tarihli kararları da, adil denge ve ölçülülük kavramlarının birbiri yerine kullanılabilecek kavramlar olduğunu ya da aynı düşünceyi barındırdığını gösterir niteliktedir. Örnek olarak bkz. *Dubská et Krejzová c. République Tchèque*, n°s 28859/11, 28473/12, 1.6.2015, §87; *Henrioud c. France*, n° 21444/11, 5.11.2015, §66; *Duceau c. France*, §42.

AİHM yargısında, her ikisi de, müdahalenin ölçülü olup olmadığının tespitine hizmet etmektedir. Aşağıda, AİHM'nin uyguladığı ölçülülük denetiminin, klasik ölçülülük kriterleri açısından değerlendirilmesinde de değinileceği gibi, adil denge kavramı bizleri, daha çok, klasik bölümlenme içindeki oranlılık (dar anlamda ölçülülük) kriterini düşünmeye iter niteliktedir.

Bu yönleriyle, AİHM'nin ölçülülük denetiminde kullandığı pek çok kavram bulunmasına karşın, bunların hiçbirinin, kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilen elverişlilik-gereklilik-oranlılık alt ilkeleri biçiminde adlandırılmadığı dikkat çekmektedir. Ne var ki, adlandırmalar farklı da olsa, ölçülülük denetiminin mekanizmasının, özde, aynı sonuca ulaşmayı hedeflediğini söylemek hatalı olmayacaktır.

c) Ölçülülük ilkesinin klasik alt ilkeleri yönünden AİHM'nin sistemi

Mahkeme, ölçülülük ilkesini, geleneksel biçimde, araçların, amaca uygunluğu ilişkisi biçiminde algılamakta, belirtildiği gibi karşılıklı menfaatler arasında adil dengeyi gözetmektedir. Ne var ki, AİHM, ölçülülük değerlendirmesinin klasik alt ilkelerini açıkça ifade etmeksizin bu denetimi uygulamaktadır.

Öğretide, AİHM'nin kararları, ilk iki alt ilke olan elverişlilik ve zorunluluk (gereklilik) ilkelerinin tutarlı biçimde belirlenemediği gerekçesiyle eleştirilmekte ve Mahkeme'nin, ölçülülük denetimi kapsamında, dar anlamda ölçülülük kriterini gün geçtikçe daha sık ve tek başına kullandığı ifade edilmektedir[413]. Buna karşın AİHM tarafından, ölçülülük ilkesinin içeriğinin açıkça ortaya konmamasının, bilinçli bir tercihten kaynaklandığı da savunulmaktadır[414]. Bunun gerekçesi ise, AİHM'nin, önem taşıyan temel konularda, gerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi, gerek Taraf Devletlerin yükümlülükleri, gerekse de ölçülülük ilkesinin içeriği konusunda genel bir teori oluşturmaktan kaçınması biçiminde açıklanmaktadır. Gerçekten, AİHM kararlarında, yol gösterici biçimde, alt ilkelerin açıkça adlandırılmaması ve sistematize edilmemiş olması eleştirisi haklı görülebilirse de; AİHM'nin, ileride önüne gelmesi olanaklı farklı uyuşmazlıklar açısından, geliştirici yorum yapmasına engel oluşturabilecek teorilerle, hareket ve yorum alanını kısıtlamaktan kaçınması yaklaşımını benimsemesi yersiz görülemeyecektir.

---

[413] Çetin, **Çalışanların Hakları**, 132.
[414] Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 359.

Ölçülülüğün alt kriterlerinin AİHM tarafından uygulanması konusunda ise, AİHM'nin sadece dar anlamda ölçülülük kriterine başvurduğu düşüncesine katılmak, bizce olanaklı görülmemektedir. Bunun nedeni, AİHM tarafından, dar anlamda ölçülülüğün bir görünümü olarak kamu yararı ile hak ve özgürlükler arasında adil denge kurulmaya çalışılırken, "demokratik toplumda gerekli olma" koşulunun, mutlaka başvurulan ve etkili biçimde uygulanan bir aşama olarak karşımıza çıkmasıdır.

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız gibi, demokratik toplumda gerekli olma koşulunu, Mahkeme, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca yönelik olarak, meşru bir amaç doğrultusunda yapılan müdahalelerin amaçla ölçülü olması biçiminde algılamaktadır. Gereklilik kavramını yorumlarken de, Mahkeme, başvurulan aracın, ağırlığı ya da sınırlayıcı özelliği üzerinde durmaktadır[415]. Aynı amacı gerçekleştirebilecek daha az sınırlayıcı araçların varlığının sorgulanması, gereklilik alt kriterinin sağladığı denetimden başkası değildir. Bu nedenle, demokratik toplumda gerekli olmayı arayan AİHM, ölçülülüğün alt ilkelerinden gerekliliğe de kanımızca etkin biçimde başvurmaktadır. Yalnızca bunu, diğer tüm kriterlerden bağımsız biçimde, sadece "gereklilik" olarak adlandırmamakta, ancak yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasını aramaktadır. Öğretide de ölçülülük denetiminin alt kriteri sayılan gereklilik koşuluna, AİHM tarafından başvurulduğu ve bunun, demokratik toplumun gerekleri ile somutlaştırıldığı ifade edilmektedir[416].

Başvurulan müdahalenin gerekli olduğu, diğer bir ifadeyle, istenen sonuca aynı etkililiğe sahip, daha az kısıtlayıcı bir müdahale ile ulaşılamayacağı kanaatinin oluşması da, müdahalenin AİHM tarafından ölçülü bulunması için yeterli değildir. AİHM ayrıca, temel hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın aşırı olup olmadığını değerlendirirken, dar anlamda ölçülülük (oranlılık) denetimi gerçekleştirmektedir. İşte bu aşırı sınırlama, başvurucuya aşırı yükümlülük doğurma ya da başvurucunun, amacı aşan düzeyde zarara uğraması kavramları; karşılıklı gelen menfaatlerin

---

[415] Örneğin, Taraf Devletin, takdir marjı içinde, ifade özgürlüğünü sınırlayacak farklı araçlara başvurabilecekken, cezai yaptırımlara başvurmuş olmasının gerekli olup olmadığı, AİHM tarafından değerlendirilmektedir (AİHM, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 55/1997/839/1045, 23.9.1998, §51). Aynı yönde, bir siyasi partinin kapatılması, mal varlığının tasfiye edilerek Hazine'ye aktarılması, yöneticilerine ise benzer siyasi faaliyetleri gerçekleştirme konusunda yasaklar getirilmesinin, ancak çok ciddi durumlarda uygulanabilecek ağır yaptırımlar olduğu; bu nedenle bu yaptırımların ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır (AİHM, *Parti Socialiste et autres c. Turquie*, n° 20/1997/804/1007, 25.5.1998, §51).

[416] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 129.

tartılması anlamını taşımaktadır[417]. Diğer bir ifadeyle AİHM, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken, adil denge olarak ifade ettiği üzere, menfaatleri dengelemekte ve kuşkusuz, açıkça dile getirmese de oranlılık alt ilkesine, kararlarının dayanaklarından biri olarak başvurmaktadır.

Nitekim öğretide, *Drooghenbroeck*, AİHM'nin gerçekleştirdiği ölçülülük denetiminin üç unsur içerdiğini açıklamakta ve öncelikle temel bir hak ve özgürlüğe yönelik bir kısıtlamanın varlığının, ikincisi bu kısıtlamanın gerekli olmasının (aynı amaca aynı oranda etkili ve daha hafif bir araçla ulaşmanın olanaklı olmamasının), üçüncü olarak ise somut olayda karşı karşıya gelen menfaatlerin dengelenmesinin (temel hak ve özgürlüğe amaç ile ölçüsüz bir kısıtlama getirilmemiş olmasının) arandığını vurgulamaktadır[418]. Yazara göre de Mahkemenin yaptığı denetimde en dikkat çeken nokta dar anlamda ölçülülük dahi olsa, bu alt ilke, Mahkeme tarafından uygulanan tek alt ilke değildir[419].

Taraf Devlet tarafından, temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin gerekçelerinin "ilgili" (*pertinent*)[420] olmasının aranması ise, müdahalenin güdülen amaca ulaşmada elverişli olduğunun ortaya konulması gibi düşünülebilirse de, esasında Mahkemenin, sıkı bir elverişlilik denetimine başvurduğunu ifade etmek kolay değildir. Zira AİHM, devletlerin takdir yetkisi ile ölçülülük denetimi arasında kurduğu denge kapsamında, öğretide de ifade edildiği gibi[421], başvurulacak araçların elverişliliği konusunda, ulusal yasa koyuculara takdir yetkisine ağırlık vermektedir.

Belirtilen gerekçelerle, AİHM tarafından, ölçülülük denetiminde en yoğun irdelenen hususların, müdahalenin gerekliliği ve dar anlamda ölçülülüğü olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu nedenle, AİHM tarafından uygulanan ölçülülük denetiminin, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde gerçekleştirilen ölçülülük denetimi ile bütün unsurlarıyla örtüşmediği[422], klasik alt ilkeler ifade edilmeksizin, AİHS'nin bizzat izlediği, temel insan haklarının korunması yönündeki amaç ile şekillendiği söylenebilecektir.

---

[417] AİHM, *Larissis c. Grèce*, n° 140/1996/759/958-960, 24.2.1998, §46; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie*, n° 35972/97, 2.8.2001, §25.
[418] Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 349-350.
[419] Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 350.
[420] AİHM, *Handyside c. Royaume-Uni*, §50; *Sunday Times c. Royaume-Uni*, §62; *Silver et autres*, §97; *Olsson c. Suède* (No.1), §68; *Vogt c. Allemagne*, §52; *Chauvy et autres c. France*, §65; *Vides AizsardzÓbas Klubs c. Lettonie*, §40; *Morice c. France*, §124; *Pentikäinen c. Finlande*, §87; *Bédat c. Suisse*, §48; *Nadtoka c. Russie*, §39; *Şahin Kuş c. Turquie*, §46; *Dorota Kania c. Pologne*, §24.
[421] Rumpf, "**Ölçülülük**", 31; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 141.
[422] Gemalmaz, "**Adil Denge**", 654.

III. ABAD'ın Elverişlilik ve Gereklilik Odaklı Ölçülülük Denetimi

1. Ekonomik kaygılardan, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına...

Birlik Hukukunun doğru uygulanması konusunda güçlü bir denetim organı olan Avrupa Birliği Adalet Divanının, üye ülkelerin hukuk sistemleri ve yargı organları üzerindeki etkisi tartışmasızdır. Birlik Hukuku, ölçülülük denetimini, her zaman yargısal denetimin temel bir parçası olarak kabul etmiştir[423]. Adalet Divanının, Avrupa Kömür Çelik Topluluğunun, kömür ücretlerinin tespitine müdahalesine ilişkin 1956 yılında vermiş olduğu bir kararında dahi, ölçülülük düşüncesinin yer aldığı görülmektedir[424]. Benzer biçimde malların serbest dolaşımı konusunda Adalet Divanı, *Cassis de Dijon*[425] adıyla anılan kararında, üye devletlerce, ithalat, ihracat ve malların geçişi konusunda bazı sınırlama ve yasakların, ancak kamu ahlakı, kamu düzeni ve güvenliği, sağlık ve yaşamın korunması gibi üye devletlerin menfaatlerinin korunması gerekliliği halinde getirilebileceği vurgulanmıştır.

Ancak serbest dolaşım konusuna ilişkin olarak Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetiminin, daha çok alt ilkelerden ikisine, elverişlilik ve gereklilik esaslarına dayanmakta olduğu tespiti yapılmıştır[426]. Birlik üyesi devletler tarafından, özellikle ekonomik alanda yapılan düzenlemelerin, doğrudan serbest dolaşım üzerindeki sonuçları ile ilgilenen Adalet Divanının bu noktadaki denetimi, sonuç odaklıdır[427]: Divan öncelikle, getirilen düzenleme ile güdülen amaç arasında

---

[423] Cornesse, **Proportionnalité**, 74.

[424] ATAD, 29.11.1956, *Fédération Charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, aff. 8/55, Rec. 1956, 196.

[425] ATAD, 20.2.1979, *Rewe Zentral AG. et Bundesmonopolverwaltung für branntwein*, aff. 120/78, Rec. 1979, 650. Serbest dolaşımın sınırlanması konusunda ölçülülük denetimine başvurulduğu konusunda ayrıca bkz. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 260; Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 2; Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 54, 306 vd.; Molinier, **Principes Généraux**, §131.

[426] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 50 vd.

[427] İşçilerin serbest dolaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bernard Teyssié, **Droit européen du travail**, 5e édition, Paris, LexisNexis, 2013, 107 vd.; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 480-482. Örneğin, *Groener* kararında, ATAD, üye devletlerin, kendi ülkelerinde, resmi dilin teşvik edilmesi amacıyla bazı politikalar geliştirmelerinin kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Ancak bu politikaların gerçekleştirilmesi için başvurulan önlemler, izlenen amaçla ölçüsüz olmamalı, çalışanların serbest dolaşımı gibi temel bir hakkı ihlal etmeyecek biçimde uygulanmalıdır. Buna göre, İrlanda'da, eğitimin bazı alanlarında, kadroya atanacak öğretmenlerden, ülkenin resmi dillerinden birini bilme koşulu getirilmesi konusunda kendisine yöneltilen sorunu değerlendiren ATAD, ölçülülük değerlendirmesine başvurmuştur. Kararda, eğitimin ve bu eğitim sistemi içinde öğretmenlerin önemi doğrultusunda, öğretmenlerden resmi dili biliyor olmalarını beklemek, yapılan mesleğin gerekleri karşısında makul bir beklenti olarak nitelendirilmiştir. Meğer ki koşul olarak getirilen dil seviyesi, amaç ile ölçüsüz bir seviye olsun. Bu gerekçelerle ATAD

illiyet bağını irdelemekte, daha sonra ise bu amaç ile illiyet bağı içinde bulunan araçlar arasında bir karşılaştırma yaparak, gereklilik denetimi gerçekleştirmektedir[428].

Divan'ın gerçekleştirdiği bu denetim, yalnızca serbest dolaşım ya da diğer ekonomi politikaları ile sınırlı kalmamıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak da ölçülülük denetimine dayanan içtihat gelişmektedir ve hatta konumuzla daha yakından ilişkilidir.

Ne var ki, Avrupa Ekonomik Topluluğu'na hayat veren antlaşmalar, ekonomik bütünleşmeyi amaçlayan belgeler olarak ortaya çıkmış olup, bu nedenle genel bir temel hak ve özgürlükler sistemi ve koruyucu mekanizması öngörmemekteydi[429]. İşte özellikle Birlik Anlaşmalarının temel haklar konusunda suskun kaldığı dönemde, Adalet Divanının hukukun genel ilkelerine atıf yaparak gerçekleştirdiği denetim büyük önem arz etmekteydi[430]. Gerçekten Adalet Divanının, Birlik Anlaşmalarında hüküm bulunmamasına karşın, temel haklara ilişkin olarak uzun süre sessiz kalamadığı bir gerçektir. Nitekim, Birlik organlarınca verilen kararların kimi zaman kişilerin anayasal temel haklarını zedelemesi ya da devletlerin anayasal düzenlerinde tanınan bir hakkı ihlal etmesi durumunda, Birlik kararlarının ulusal yargı mercilerince denetime konu yapılması riski nedeniyle Adalet Divanı, Komisyonun bir kararının yorumlanmasını isteyen Stuttgart İdare Mahkemesinin başvurusu üzerine *Stauder* kararında[431], temel hak ve özgürlüklerin Topluluk Hukuku için taşıdığı anlamı ortaya koymuştur. Sosyal yardım niteliğinde olmak üzere, muhtaç olanlara, adlarına düzenlenen bir belge ile dağıtıcılara başvurma koşuluyla, indirimli bir ücretle tereyağı verilmesi uygulamasının insan haysiyeti ile bağdaşmadığı yönündeki iddia üzerine, Komisyonun kararını değerlendiren ATAD, bu uygulamanın kişinin temel haklarına aykırılık taşıyıp taşımadığını belirlerken, ilk

---

tarafından, öğretmenlik mesleğinin, üye devlet tarafından yapılan düzenlemeyi haklı kıldığı ve serbest dolaşımın ölçüsüz biçimde sınırlanmadığı sonucuna varılmıştır (ATAD, 28.11.1989, *Groener c. Minister for Education and City of Dublin Vocational Education Committee*, C-379-87).

[428] ATAD, 19.1.2006, *Commission des Communautés européennes c. République federale d'Allemagne*, C-244/04, Rec. I-00885.

[429] Ali Güzel, "Roma ve Maastricht Anlaşmaları Sürecinde Avrupa Sosyal Modeli ve Türkiye", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1998, 99-100; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 222; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 171 vd.

[430] Molinier, **Principes Généraux**, §14.

[431] ATAD, 12.12.1969, *Stauder*, C-29/69, Rec. 00419. Ayrıca bkz. Molinier, **Principes Généraux**, §1; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 171 vd.; Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 225 vd.

kez, Topluluk Hukukunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin konumunu açıklığa kavuşturmuş ve temel hak ve özgürlükler kavramını, Topluluk Hukukunun genel ilkeleri içine dahil etmiştir[432].

Adalet Divanının içtihadının gelişen seyri, esasında Birlik Hukuku ile iç hukuk düzenleri arasındaki ilişkiyi aydınlatması açısından da dikkat çekici olmakla birlikte, ölçülülük ilkesiyle doğrudan bağlantılı yönü, konumuz açısından özel bir önem arz etmektedir. ATAD'ın, *Internationale Handelsgesellschaft* kararına[433]konu uyuşmazlıkta, Frankfurt İdare Mahkemesi, Adalet Divanına, üye devletlere mensup ihracatçıların, ihracatçı belgesi alabilmeleri için kendilerinden istenen teminatın, süresi içinde ihracatı gerçekleştirememeleri durumunda iade edilmeyeceğine ilişkin düzenlemenin, Alman Anayasasında yer alan "*ölçülülük ilkesi*"ne aykırı olup olmadığını ön sorun olarak yöneltmiştir.

ATAD, öncelikle ulusal anayasal düzenlemelere aykırı düştüğü gerekçesiyle bir Birlik kararının geçersiz sayılamayacağını belirtmiştir. Ancak, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden hareketle gerçekleştirilecek olan insan haklarına saygı ilkesinin, Divan'ın korumakla yükümlü olduğu hukukun genel ilkeleri içinde yer alması nedeniyle, bu güvencelere aykırı davranılıp davranılmadığı konusunda denetim yapılabileceğini belirten Adalet Divanı, bu nedenle "*ölçülülük ilkesi*"ni, Alman Hukukunun bir ilkesi olarak değil de, AB Hukukunun temel bir hukuk ilkesi olarak kabul ederek uyuşmazlık konusu kararı denetleme yoluna gitmiştir. Böylece, 1970 tarihli *Internationale Handelsgesellschaft* kararı ile ölçülülük ilkesi, AB Hukukunun temel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir[434].

Divan'ın içtihadının gelişim seyri, sözü edilen hukukun genel ilkelerinin içeriğini belirlemede AİHS'nin kaynak haline gelmesiyle birlikte, ölçülülük denetiminde de AİHM'nin yönteminin izlenmesi yönünde olmuştur. Gerçekten Divan, *Entreprise Nold* kararında[435], temel hakların korunması sağlanırken, hem üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden yararlanma zorunluluğunun altını çizmiş, hem de bu devletlerin taraf olduğu, insan haklarının korunmasına yönelik

---

[432] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 263; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 135-136.
[433] ATAD, 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, Rec. 01125. Ayrıca bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 174-175.
[434] Ayrıntı için bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 37 vd.
[435] ATAD, 14.5.1974, *Entreprise Nold c. Comission des Communautées européennes*, aff. 4/73, Rec. 1974, 491.

uluslararası anlaşmaların da bu konuda kendisine kaynak teşkil edeceğine karar vermiştir.

Nitekim bir sonraki aşamada ATAD, *Rutili* kararında[436], Fransa'da kamu düzeni nedeniyle bir İtalyan vatandaşının, bazı illere girmesinin yasaklanması konusunda, Roma Antlaşmasının 48. maddesindeki "kamu düzeni gerekçesiyle meşru sınırlamalar" kavramını yorumlarken yapacağı ölçülülük değerlendirmesinde, AİHS'nin ölçülerine başvurmuştur. Adalet Divanına göre, kamu düzeni, sendikal hakların kullanılmasını önleme gerekçesi olamayacaktır. Ayrıca, kamu düzenine dayalı olarak yapılabilecek sınırlamalar, toplumun temel çıkarlarına aykırı, gerçek ve yeterince ağır bir tehlikenin varlığını gerekli kılmalı ve alınacak önlemler, AİHS'nin 8, 9 ve 10. maddelerinde, sınırlamada uyulması zorunlu olarak düzenlenen "ölçülülük ilkesi"ne de uygun olmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, Adalet Divanının daha sonraki kararlarında da, idarenin belli bir amaca ulaşmak için yalnızca bu amaçla ölçülü önlemlere başvurabileceği[437]; kamu otoritesinin müdahalesinin ancak amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olması gerektiği[438] biçiminde ifade edilmiştir. Benzer biçimde Adalet Divanına göre, Birlik Hukukunun bir düzenlemesinin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı değerlendirilirken, öncelikle, bu düzenleme ile öngörülen önlemlerin, güdülen amacın önemi ile uyum içinde olup olmadığı tespit edilmeli, daha sonra bu önlemlerin, amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olup olmadığına bakılmalıdır[439]. Ayrıca, Birlik düzenlemesinin öngördüğü önlemlerin, meşru amaçları gerçekleştirmek için elverişli olması gerektiği gibi, bunların gerekli olan düzeyi de aşmaması aranmaktadır[440]. Bu denetimin Adalet Divanının yerleşik içtihadı haline geldiği ve son dönem kararlarında bu durumu açıkça ifade etmekte olduğu dikkat çekmektedir[441].

ATAD ilkeyi, hem Birlik, hem de devletlerin yasama ve yürütme organı hakkında uyguladığı gibi, Birlik Hukukunun bazı kurallarının yorumunda da ölçüt

---

[436] ATAD, 28.10.1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. 1975, 1219.
[437] ATAD, 17.12.1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide c. Köster*, aff. 25/70, Rec. 1161.
[438] ATAD, 18.3.1980, *Valsabbia c. Commission*, aff. jointes 154/78 et autres, Rec. 907.
[439] ATAD, 23.2.1983, *Fromançais c. Forma*, aff. 66/82; Rec. 395.
[440] ABAD, 8.6.2010, *Vodafone Ltd. et autres c. Secretary of Stat efor Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-58/08, Rec. 2010, I-04999.
[441] ABAD, 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmurt Eifert c. Land Hessen*, aff. jointes C-92/09 et 93/09, Rec. I-11063; ABAD, 29.10.2015, *Benjámin Dávid Nagy c. Vas Megyei Rendőr-főkapitányság*, C-583/14, non encore publié.

olarak kullanmaktadır[442]. Ölçülülük ilkesi, Birliğin kurumları ve üye devletlerin işlem ve eylemlerinde, Birlik Hukuku kurallarının tam bir etki doğurabilmesi için gerekli olan düzeyi aşmamalarını emretmekte, sonuç olarak Adalet Divanı ve ulusal yargı makamları için bir denetim aracına dönüşmektedir[443].

2. Adalet Divanının ölçülülük denetiminin aşamalarına farklı yaklaşımı

Adalet Divanı, ölçülülük denetiminin ilk aşaması olan elverişlilik denetimini, bütünüyle somut olayın koşullarına ve dolayısıyla gözleme dayalı olarak yorumlamaktadır[444]. Ulusal makamların düzenlemeleri, doğurduğu sonuçlar açısından değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bu düzenleme ile hedeflenen amacın tespiti, elverişlilik denetimi ile iç içe geçmektedir. Bu nedenle, Adalet Divanı tarafından yapılan denetimde, başvurulan önlemlerin sonuçları ile önlemin amacının birbiri içinde eridiği de belirtilmektedir[445]. Şu halde, Birlik üyesi bir devletin, yasal bir düzenleme öngörürken, niyetinin ne yönde olduğu görece bir önem taşımaktadır[446]. Ancak elverişlilik denetiminde esas önemli olan nokta, başvurulan önlemin, somut sonuçları itibariyle, amacı gerçekleştirmeye katkı sağlayıp sağlamadığı olup; önlemlerin, amacın gerçekleşmesi yönünde tutarlı ve sistematik

---

[442] Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 160-161; Rumpf, "**Ölçülülük**", 28; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 18-19; Cornesse, **Proportionnalité**, 74.

[443] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 57.

[444] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 52.

[445] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 53. *Marzal Yetano*, ölçülülük ilkesinin bünyesinde iki farklı aşama bulunduğunu kabul etmektedir: Amacın tespiti ve aracın amacı gerçekleştirmek açısından rasyonel olup olmadığının tespiti. *Yazar*, Adalet Divanı tarafından yapılan ölçülülük denetiminde ise, bu iki farklı aşamanın iç içe geçtiğini ileri sürmektedir. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar başvurulan aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli, gerekli, orantılı olup olmadığını belirlemek açısından öncelikle amacın tespit edilmesi gerekli ise de, kanımızca, güdülen amacın meşru olup olmadığının tespiti, ölçülülük denetiminden bağımsız bir değerlendirmedir. Amacın meşruiyeti, ölçülülük denetimine geçilmeden tartışılması ve tespit edilmesi gereken bir husus olup; zaten meşru bir amaçtan söz edilemiyorsa, ölçülülük denetiminin yapılması yersiz olacaktır. Bu yönüyle amacın meşru olup olmadığının değerlendirmesinin, ölçülülük denetimi içinde yer aldığı yönündeki tespiti isabetli bulmadığımızı ve amacın meşruiyetinin tespitinin, ölçülülük denetiminin bir ön koşulu sayılabileceğini vurgulamak yerinde olacaktır.

[446] Fakat yasal düzenleme ile Anlaşmada güvence altına alınan bir temel hakkın sınırlanmasının haklı görülebilmesi, elbette bu yasal düzenlemenin taşıdığı amacın meşru olmasına bağlı bulunmakta ve Adalet Divanı, salt ekonomik nitelikteki gerekçeleri, sınırlamayı haklı kılan kamu menfaatine dayalı üstün bir neden olarak nitelendirmemektedir (ATAD, 17.3.2005, *Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-109/04, Rec. I-02421, §34. Örneğin somut olayda bütçeye ilişkin nedenler, çalışanların serbest dolaşım hakkının sınırlanması için haklı bir gerekçe olarak nitelendirilmemiştir. Buna karşın, sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesini önemli derecede bozacak bir tehlikenin, salt ekonomik neden teşkil etmeyeceği ve sınırlamayı haklı gösteren, kamu menfaatine dayalı üstün bir neden sayılabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. ATAD, 28.4.1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, C-158/96, Rec. I-01931, §41).

olması aranmaktadır[447]. Söz gelimi, serbest dolaşım hakkı üzerinde olumsuz etkileri olan bir önleme başvurulmasının haklı görülebilmesi, meşru bir amaca yönelik olumlu etkilerinin olmasına bağlı bulunmaktadır[448].

İşte, üye devletlerin, başvurdukları bir önlemi gerekçelendirmek için, genel ve soyut açıklamalar yapması yeterli görülmemekte; önlem ile amaç arasında gerçek bir nedensellik bağı aranmaktadır. Nitekim Adalet Divanı, ölçülülük denetiminin ilk aşamasında, uyuşmazlık konusu önlemin sonuçlarına odaklandığından, bu önlem ile güdülen amaç da somut olayın koşullarına bağlı kılınmakta, diğer bir deyişle somutlaşmaktadır[449]. Ayrıca, belli bir hakkın kullanılmasına ilişkin kısıtlama öngören yasal bir düzenlemenin, güdülen amacı gerçekleştirme konusundaki elverişliliğinin tespitinde, yalnızca yasanın kabul edildiği anda izlenen amaç değil, özellikle, yasanın uygulanması sonucunda ortaya çıkan etkileri dikkate alınmaktadır[450]. Görüldüğü gibi bu durum, Kıta Avrupası hukuk sistemlerine göre, elverişlilik alt ilkesine verilen anlam açısından farklılık taşımaktadır.

Ekleyelim ki, uyuşmazlık konusu kısıtlayıcı önlemin, üye devletlerin bir makamının ya da bir özel hukuk tüzel kişisinin kararı olması, Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetimi açısından bir fark doğurmamaktadır[451].

Ölçülülük denetiminin ikinci aşaması olan, başvurulan önlemin gerekli olup olmadığı değerlendirmesi de, Adalet Divanı tarafından, somut olayın koşullarına bağlı kılınmış, somutlaştırılmıştır. Gerçekten Divan, gereklilik kriteri açısından, başvurulan aracın, amaca ulaşmak için gerekli olanı aşıp aşmadığını denetlemektedir. Diğer bir ifadeyle Adalet Divanı, aynı sonuca daha az kısıtlayıcı önlemlerle ulaşılıp ulaşılamayacağını araştırmakta, önlemlerin amaçla ölçüsüz olup olmadığını kontrol etmektedir [452]. Aynı amacın gerçekleşmesini sağlayabilecek farklı önlemler arasında

---

[447] ATAD, 19.5.2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, Rec. I-04171, §42. Aynı yönde, ABAD, 1.6.2010, *José Manuel Blanco Pérez et Maria del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07, 571/07, Rec. I-04629, §94.

[448] Ayrıntı için bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 53 vd.; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 378 vd.

[449] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 61.

[450] ABAD, 30.6.2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG c. Balmatic Handelsgesellschaft mbH et autres*, C-464/15, non encore publié.

[451] ABAD, 10.3.2011, *Maurits Casteels c. British Airways*, C-379/09, Rec. I-01379. Ayrıca bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 63; Teyssié, **Droit européen du travail**, 144-145.

[452] ATAD, 11.7.1989, *Schräder c. Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, Rec. 2237; ATAD, 19.5.2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, Rec. I-04171.

yapılan kıyaslama ise, bu önlemlerin somut olaya ilişkin olarak doğurduğu fayda ve zararların değerlendirilmesi biçiminde algılanmaktadır. Ölçülülük denetiminin bu aşaması, Alman Hukukundan kaynağını alan klasik olarak adlandırabileceğimiz ölçülülük denetimine en çok benzerlik taşıyan aşamadır.

Sözü edilen klasik anlamdaki ölçülülük denetiminin üçüncü aşaması olan oranlılık ya da dar anlamda ölçülülük değerlendirmesinin ise, ABAD tarafından, ölçülülük denetiminde her defasında başvurulan bir aşama olmadığını belirtmek gerekir. Kural olarak bu aşama, menfaatler tartısının kurulduğu ve bu menfaatlerin dengelendiği aşama olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki, özellikle, serbest dolaşım hakkı ve bunun sınırlanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Adalet Divanının, elverişlilik ve gereklilik kriterine odaklandığı; daha çok güdülen amaç ile bunu gerçekleştirme noktasında aynı etkiye sahip araçlar arasındaki nedensellik bağını araştırdığı dikkat çekmektedir[453]. Bunun ötesinde Adalet Divanı, serbest dolaşım ve bunun kısıtlanmasını gerektiren menfaat arasında bir denge kurma işlemi gerçekleştirmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Adalet Divanı, her ne kadar başvurulan önlemin fayda ve yararlarını tespit ediyorsa da, karşılaştırmayı, başvurulması olası önlemler ve bunların olumlu ya da olumsuz sonuçları arasında yapmaktadır. Yoksa Fransız idare hukukundaki bilanço esası gibi, somut olaya ilişkin menfaatlerin tartılması yoluna gidilmemektedir[454].

Ancak, Adalet Divanı, temel hakların sınırlanması söz konusu olduğunda, gerçek bir menfaat dengesinin kurulmasını gözetmektedir. Örneğin, Adalet Divanı bir kararında[455], Avrupa Birliği ortak tarım politikası çerçevesinde, tarımsal faaliyette bulunanlara sağlanan fondan yararlanan gerçek veya tüzel kişilerin (isimleri, adresleri, aldıkları yıllık yardım miktarı gibi) bazı bilgilerinin kamuoyuna duyurulmasının, gerçek kişilerin kişisel verilerinin gizliliğinin ihlali sayılıp sayılmayacağını değerlendirmiş ve bu konuda 1290/2005 ve 259/2008 sayılı Yönergelerin ilgili düzenlemelerinin, taşıdıkları amaçla ölçülü yöntemler öngörüp öngörmediğini çözüme kavuşturmuştur. Kararın ölçülülük denetimi açısından

---

[453] ATAD, 10.4.2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, C-265/06, Rec. I-02245, §37. Ayrıca bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 91.

[454] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 106-107.

[455] ABAD, 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, aff. jointes C-92/09 et 93/09, Rec. I-11063, §77. Ayrıca bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 108; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 63, 123, 230-231; Teyssié, **Droit européen du travail**, 144 vd.

taşıdığı önem, Adalet Divanı tarafından somut olaya konu menfaatlerin dengelenmesinde kendini göstermektedir.

Divan, öncelikle, AB Temel Haklar Şartı'nın 7. ve 8. maddelerinde öngörülen özel yaşama saygı ve kişisel verilerin korunması haklarının, bu Şart'ın 52. maddesine uygun biçimde sınırlanabileceğini hatırlatmıştır. Buna göre temel haklar, yalnızca gerekli olduğu durumda ve Birlik tarafından tanınan, genel menfaate dayalı amaçlara veya bir başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacına cevap vermesi koşuluyla sınırlanabilecektir. Bu nedenle Divan, ilk aşamada, yönerge ile getirilen kamuoyuna ilan zorunluluğunun amacını tespit etmiştir. Divana göre, ilgili yönergedeki bu düzenlemenin gerekçesi, AB fonlarının kullanılması açısından şeffaflık sağlanması ve bunlar üzerindeki kamusal denetimin artırılması yoluyla fonların daha iyi işletilmesidir. Bu gerekçe ise, Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinde belirtilen, Birlik tarafından tanınan, genel menfaate dayalı bir amaç niteliğinde kabul edilmelidir.

Bu amacın tespitinin ardından yapılması gereken ise, Temel Haklar Şartı'nın 7. ve 8. maddesiyle tanınan özel yaşam ve kişisel verilerin gizliliğinin korunması haklarına getirilen sınırlamanın, sözü edilen fonların işletilmesinde şeffaflığın sağlanması amacı ile ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesidir[456]. Ölçülülük değerlendirmesinin ilk aşamasında, başvurulan yöntemin (bilgilerin ilanı), amacı (şeffaflık) gerçekleştirmede elverişli olduğu kanaatine varan Adalet Divanı, bunun gerekliliğini tartışırken, amacın, Şart ile öngörülen temel haklarla uyumunun sağlanması gerektiğine işaret etmiştir[457]. Buna göre, AB'nin eylemlerinde ve fonlarının işletilmesinde şeffaflığın sağlanması yönündeki menfaat ile fonlardan yararlanan kişilerin temel haklarına getirilen sınırlama arasında denge sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır. Bu kapsamda Adalet Divanı, yönerge ile güdülen amaç ile gerçek kişilerin temel hakları arasında gerekli dengenin kurulamadığını; Birliğin şeffaflığının, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının daha az zedelenmesine neden olacak farklı yöntemlerle de sağlanabileceğini tespit etmiş ve ölçülülük ilkesinin gerektirdiği sınırların aşıldığına karar vermiştir[458].

[456] ABAD, C-92/09 et 93/09, §72.
[457] ABAD, C-92/09 et 93/09, §76.
[458] ABAD, C-92/09 et 93/09, §86.

Benzer biçimde *Laval* kararında[459] da Adalet Divanı, (grev hakkını da içerir biçimde) toplu eylem yapma hakkı ile kişiler ve hizmetlerin serbest dolaşımından doğan haklar arasında bir menfaat dengesi kurmaya çalışmaktadır[460]. Öncelikle, kurulu bulunduğu ülke dışında bir başka üye devlet sınırları içinde hizmet sağlayıcısı konumundaki şirketin, burada toplu sözleşme yapmaya zorlanıp zorlanamayacağına ilişkin olarak Adalet Divanı, üye devletlerin, geçici süreyle kendi ülkelerine çalışmak için gelen işçilerin korunması için, özellikle asgari ücret konusundaki yasal düzenlemelerin veya toplu sözleşme hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılabileceğini belirtmiştir. Ancak bu tip düzenlemelerin, sözü edilen amacı aşacak biçimde uygulanmaması gerektiğinin altını çizmiştir[461].

Adalet Divanı, her ne kadar, toplu eylem hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı esasları, Birliğin temel ilkelerinden olsa da, kamu yararına dayalı üstün gerekçelerle açıklanabilen ve Anlaşmaya uygun olan bir meşru amaç doğrultusunda, bu özgürlüklerin sınırlanabileceğini belirtmiştir. Bu sınırlamanın geçerli olması ise, ölçülü olmasına, diğer bir deyişle, taşıdığı amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasına ve bu amaç için gerekli olan düzeyi aşmamasına bağlı bulunmaktadır[462]. Kararda, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğü karşısında, toplu eylem yapma hakkının, sözü edilen biçimde bir meşru amaç ve sınırlama nedeni sayılıp sayılamayacağı tartışılmıştır. Genel olarak, toplu eylemin temelindeki gerekçe, işçilerin sosyal bir dampinge karşı korunması biçiminde meşru bir amaç olarak ortaya çıktığında, hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünün sınırlanması açısından bunun haklı bir

---

[459] ATAD, 10.12.2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, C-341/05, Rec. I-11767, §90. Somut olayda, Letonya'da kurulu Laval şirketi, hisselerinin tamamına sahip olduğu İsveç'te kurulu bir şirketin şantiyelerinde 8 ay çalışmak üzere 35 işçisini İsveç'e göndermiştir. Laval şirketi ile İsveç'te örgütlü bulunan işçi sendikaları arasında yapılan bazı görüşmeler sonucunda, işverenin, mevcut toplu sözleşmeye katılması olasılığı gündeme gelmiş; işçi sendikası, Laval'ı toplu sözleşmeyi kabul etmeye ve Letonya'dan gelen işçilere de İsveç Hukukunun gerektirdiği asgari ücreti ödemeye çağırmış –ne var ki daha sonra, İsveç Hukukunda böyle bir asgari sınırın bulunmadığı anlaşılmış-; teklifin kabul edilmemesi halinde greve gidileceğini bildirmiştir. Laval tarafından toplu sözleşmeye dahil olunmaması sonucunda da, bir ayı aşan bir süre grev yapılmış, şantiyedeki faaliyetler engellenmiş ve Letonya'dan gelen işçiler, ülkelerine dönmüş olmalarına rağmen eylemler sürmüştür.

[460] Adalet Divanının, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı ile Birliğin sosyal politikasının taşıdığı amaçlar açısından söz konusu olan menfaatler arasında denge kurduğu bir diğer karar için bkz. ATAD, 11.12.2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, Rec. I-10779, §79. Her iki kararın değerlendirmesi için bkz. Teyssié, **Droit européen du travail**, 476 vd.; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 230-231.

[461] ATAD, C-341/05, §57.

[462] ATAD, C-341/05, § 91, 101. Ayrıca, ATAD, C-438/05, §75, 90. Bkz. Teyssié, **Droit européen du travail**, 481; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 231.

gerekçe sayılabileceği tespiti yapılmıştır[463, 464]. Ekleyelim ki, Adalet Divanının, kararlarında görülen, ekonomik özgürlüklerle toplu eylem hakkını uyumlaştırma, bu konudaki menfaatleri dengeleme çabasının, AB Hukuku genelinde, üye devletlere ve sosyal taraflara da yüklenen bir görev olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır[465].

3. Adalet Divanının ölçülülük denetiminin tekniği ve içtihat bütünlüğü

Adalet Divanının gerçekleştirdiği ölçülülük denetimi, bütünüyle somut olayın koşullarına bağlı, esasında son derece pragmatik bir nitelik arz etmekte, Birlik üyesi devletler tarafından oluşturulan yasal düzenlemelerin Birlik Hukukuna uygun olmasını hedeflemektedir. Ölçülülük kavramı, Adalet Divanı tarafından somut olay ekseninde değerlendirilmekte; bu nedenle teknik bir norm niteliği kazanmaktadır[466]. Adalet Divanı tarafından denetim aracı olarak kullanılan ölçülülük ilkesinin, teknik bir norm niteliğine sahip olması, belli bir sonuca ulaşmak için sergilenmesi gereken tutuma işaret etmesi anlamı taşımaktadır. Bu yönüyle ölçülülük, bünyesinde en iyi seçeneği tespit etme (*optimisation*) düşüncesini barındırır.

Bunun yanında, ölçülülük denetimi, Adalet Divanına, her somut olayı yalnızca kendi koşulları içinde değerlendirme olanağı sağladığından, kural olarak çıkarsama/örneksemeye dayanan (*syllogisme*) yargılama/muhakemeden ayrılmakta; bu yönüyle de, Adalet Divanının ölçülülük denetiminin, bir yargılama ya da bir mantık yürütme tekniği olarak, benzersiz bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir[467].

Bu görüşe göre, ölçülülük denetiminde, uyuşmazlık, sadece somut olayın koşullarına bağlı olarak çözüme kavuşturulmakta; somut uyuşmazlık ile önceki içtihat arasında soyut bir kuralın aracılık etmesine gerek bulunmamaktadır. Bu tespit doğrultusunda, ölçülülük tekniğinin, örnekseme ve çıkarsamaya dayalı yargılamadan

---

[463] Belirtelim ki yukarıda anılan *Viking* (C-438/05) kararında da ATAD, işçilerin korunması amacına yönelik toplu eylem hakkının, Anlaşma ile güvence altına alınan temel özgürlüklerin sınırlanmasını haklı gösterebilecek meşru bir menfaat olduğunu belirtmiştir (§77).

[464] ATAD, C-341/05, §103. Ne var ki, somut olayın koşulları içinde, toplu eylem sonucunda kabul ettirilmeye çalışılan asgari ücret ve çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelerin belirginlikten yoksun olması ve başka bir üye devlette kurulu bulunan şirketin uyması gereken koşulların neler olduğunu öğrenebilmesi aşamasında yaşanan zorluklar nedeniyle, yapılan toplu eylemlerin, işçilerin korunması amacıyla açıklanamaz nitelikte olduğuna karar verilmiştir (§110). Ayrıca bkz. Teyssié, **Droit européen du travail**, 192.

[465] Teyssié, **Droit européen du travail**, 478-479.

[466] Marie Mercat-Bruns, "Le jeu des discriminations multiples", **RDT**, Avril 2013, 256.

[467] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 133, 141.

bütünüyle ayrıldığı ve ölçülülük denetimi sonucunda ortaya çıkan Adalet Divanı kararlarının bir içtihat bütünlüğü oluşturmadığı ileri sürülmektedir[468].

Adalet Divanının, üye devlet hukuklarının Birlik Hukukuna uyum sağlaması yönündeki pragmatik yaklaşımı, gerçekten her somut olayı yalnızca kendi kapsamında değerlendirme ihtiyacını doğurabilecektir. Bunun yanında Adalet Divanı kararlarına yön veren bir diğer unsur, tarafların kendisine sunduğu belge ve bilgilere bağlı olma biçiminde karşımıza çıkmaktadır[469]. Gerçekten Adalet Divanı, yalnızca ulusal yargı organlarının kendisine soru yönelttiği konularda ve dosyada kendisine sunulan unsurlarla sınırlı olarak karar verebilmektedir. Ölçülülük ilkesinin sağladığı denetim tekniği ve bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Adalet Divanı kararlarının bir içtihat bütünlüğü yaratıp yaratmadığı hususu tartışma konusu yapılabilecektir.

Ne var ki, öğretide *Marzal Yetano* tarafından yapılan bu tespite, genel anlamda ölçülülük denetimi açısından katılmak olanaklı görülmemektedir. Zira, AB Hukuku açısından belki isabetli görülebilecek olan bu tespit, ölçülülük denetiminin niteliğinden dolayı, esasında, tam da zıt yönde kendini göstermektedir. Kanımızca ölçülülük denetiminin, uyuşmazlığın somut koşullarından hareketle çözüm sağlıyor olması, yargıcın yeni bir karar verirken, önceki içtihadına uygun hareket etmesine ve örnekseme/çıkarsamadan yararlanan bir yargılama tekniğine başvurmasına engel teşkil etmemektedir. Yargıç hem ölçülülük denetimi uyguladığı kararların bütününden, hem de somut olayın koşullarından hareketle karar vereceği için, kararlarının toplamının giderek bir içtihat bütünlüğü sağlaması söz konusu olabilecektir. Daha açık bir ifadeyle, ölçülülük, menfaat çatışmalarından doğan uyuşmazlıkların çeşitliliğine karşın, bu uyuşmazlıkların çözümünde, yeknesaklık sağlayacaktır. Bu ise ölçülülük denetiminin, aşağıda ele alacağımız niteliğinin doğal bir sonucudur.

---

[468] Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 163, 169.
[469] Molinier, **Principes Généraux**, §38; Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 157, 158.

IV. Ölçülülük Denetiminin Niteliği

1. Ölçülülük denetiminin yapısal niteliği: Diyalektik akıl yürütme yöntemi

Ölçülülük denetimine başvurmanın, maddi ve yapısal olmak üzere iki koşulundan söz edilebilir. Bu koşullardan ilki olan maddi koşul, bu denetimin konusunu neyin oluşturacağı sorusuna yanıt verir. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ölçülülüğe başvurunun asıl amacı, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle ölçülülük denetiminin maddi koşulunu, yani konusunu, temel hak ve özgürlükler oluşturur[470].

Bu başlık altında, ölçülülük denetiminin niteliği tespit edilmeye çalışılırken, soracağımız soruların yanıtı ise, ölçülülüğün yapısal koşuluna işaret edecektir.

Öncelikle, ölçülülük değerlendirmesi -ister bir denetim, ister teknik, ister yöntem olarak adlandırılsın-, bir akıl yürütme, gerekçelendirme, muhakeme yöntemidir. Yargıcın, önündeki uyuşmazlığı çözümlemede kullandığı bir araç olarak ölçülülük, yukarıda sözü edilen farklı aşamalardan geçilmesini gerektirir ve çözüm odaklıdır.

Klasik olarak, yargılama sürecinde, uyuşmazlığın çözümü noktasına gelinceye dek yargıç, en başta olayın koşullarını ayrıştıracak, bunları nitelendirecek, daha sonra bu nitelemeye uygun pozitif düzenlemeyi tespit edecek ve uyuşmazlığa bu hükmü uygulamak suretiyle, önceden ayrıştırdığı tüm parçaları bu kez bir araya getirerek çözüme ulaşacaktır. Ne var ki, bu yargılama sürecinde, somut olayın koşulları her zaman belirginlik ve kesinlik taşımayabileceği gibi; uygulanmak istenen pozitif düzenleme de mutlak biçimde tek bir çözüme işaret etmeyebilecektir. Buna ek olarak, somut olayın özellikleri, yapılan nitelendirme sonucu yargıcın uygulayacağı pozitif düzenlemenin koşullarına da birebir karşılık gelmeyebilir.

Bütün bu koşullar, uyuşmazlığı çözmekle görevli yargıcın, basit bir mantık izleyerek, daha doğru bir ifadeyle dogmatik bir akıl yürütme tekniği ile uyuşmazlığa pozitif düzenlemeyi uygulaması sonucu, tartışmasız, mutlak, tek bir sonuca ulaşmasının olanaklı olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, yargıcın, dogmatik yaklaşımla, sadece konuya ilişkin emredici bir kuralı, uyuşmazlığa uygulayarak mutlak çözümler üretmesi; hem yasaların soyut ve genel niteliğine, hem de hayatın

---

[470] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 77 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 429 vd.

akışı içinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların sınırsız çeşitlilikte olması gerçeğine aykırı düşmektedir. Nitekim, aksinin kabulü, yargıcın rolünün, mekanik biçimde yasanın uygulanmasına indirgenmesi anlamına gelecektir[471] -ki bunu kabul etmek olanaksızdır-. Yargı kararı, yalnızca yasanın emrettiği mükemmel sonucun ortaya konulması değil; karşılıklı argümanların değiş tokuşu sonucunda ortaya çıkan çözüm olasılıklarının elenmesiyle, çürütülemeyen tek bir sonuca ulaşmanın ifadesidir[472].

Dolayısıyla, yargılama faaliyeti çok daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu nedenle izlenen yöntem de dogmatik değil, diyalektik[473] bir gerekçelendirme veya akıl yürütmedir. Yargıcın diyalektik bir akıl yürütme yöntemi kullanması, şu anlama gelmektedir: Uyuşmazlığın çözümünde referans alınan kural, mutlak surette tek bir sonuca işaret edemeyeceğinden; yargıç, bu kuralı, kendisini çevreleyen koşullar kapsamında ve aslında bu kural ile yarışan diğer kurallarla birlikte[474] ele alır. Yargıcı çevreleyen koşullardan kasıt, diyalektik akıl yürütmenin hareket noktası, yargıcın referans alacağı temel esaslardır. Bunlar ise kabul görmüş toplumsal değerlerden başkası değildir[475]. Yargıç, uyuşmazlığın çözümünde yararlanacağı pozitif düzenlemeleri bu değerler ışığında dikkate alır[476]. Üstelik yargıcın, kararına dayanak yapacağı ilkeler ve kurallar, diğer ilkeler ve kurallarla etkileşim içindedir. Bunlar arasında varsayımsal çatışmalar vardır. Bu nedenle yargıç, yalnızca tek bir tezden ya da ilkeden hareket etmez, bunun karşı tezlerini de değerlendirme kapsamında tutar,

---

[471] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 51.

[472] Paul Martens, "Réflexions sur le maniérisme judiciaire", **RTDH**, 2002/50, 341.

[473] "Diyalektik yöntem olguları ve verileri, çok yanlılığı, karşılıklı etkileşimi, çelişkileri, devinimi, değişimi, gelişimi, göreceliği içinde ele alır. Böyle olunca da biçimsel Aristo mantığının üç temel ilkesini ihtiyatla kullanır. Bu arada bu yaklaşımda sınıfsal gözlük de kullanılır. Kuralın, çözümün ve yargının sosyo ekonomik arka planı ve olası pratik etkileri, kim(ler)in maddi çıkarını koruduğu sorgulanır ve değerlendirmeye katılır." (Rona Serozan, **Hukukta Yöntem**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, 11).

[474] Zira bir uyuşmazlığın çözümü, pek çok ilkenin bir arada kullanılması ve etkileşime girmesine bağlıdır. Bir uyuşmazlığı çözerken, yargıcın yalnızca yasal bir normdan yararlanmasını beklemek; bir sinema eleştirmeninden, bir film afişine bakarak, filmin bütünü hakkında değerlendirmede bulunmasını beklemek biçiminde bir benzetme ile ifade edilmiştir. Kuşkusuz ki, filmin akışı içindeki tüm ayrıntılar, tek bir afişte kristalize edilmiş olamayacağından, eleştirmenin salt gerçeğin bir kısmının dondurulduğu bu afişe dayalı yorumları isabet taşımayacaktır (Muzny, **La technique de proportionnalité**, 57, 69).

[475] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 52.

[476] Örneğin, AİHM yargıcının, kararlarında, demokratik toplum gereklerinden hareket ediyor olması ve temel hak ve özgürlüklere Taraf Devletler tarafından yapılan bir müdahalenin, hukuka uygun olup olmadığını denetlerken, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli sayılıp sayılamayacağı ile ilgileniyor olması, tesadüf değildir. İşte, AİHM yargıcı, önüne gelen uyuşmazlığa çözüm üretirken, kendisini çevreleyen koşulların, diğer bir ifadeyle yargılama falliyetinin hareket noktasının, Taraf Devletlerce kabul görmüş değerler olduğunun bilincindedir. Sözleşme hükümlerini de, bu değerler ışığında değerlendirmektedir.

somut olayın koşulları içinde bu karşı tezler çürütülebildiği oranda, sonuca götüren tezin isabetliliği ve doğruluğu gerekçelendirilmiş ve ispat edilmiş olur.

Yargılama faaliyetinin sözü edilen diyalektik yapısını açıklamamızın nedeni, -bunu açıklarken kullanılan ifadelerin, dengeyi, ilkeler arasındaki çatışmaların çözümlenmesini çağrıştırmasından da anlaşılacağı üzere- bu yapının aslında, ölçülülüğün de yapısal koşulunu oluşturmasıdır. Ölçülülük denetimi, yargıcın, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlama amacına yönelik sahip olduğu bir araç olarak, menfaatleri dengelerken, işte bu diyalektik akıl yürütme metodunu izlemek zorundadır.

En başta dile getirildiği üzere, ölçülülük değerlendirmesinde, karşılıklı gelebilecek değerlerin çeşitliliğinden ve bunların soyut niteliğinden dolayı, önceden belirli bir ölçekten hareket etmek olanaksızdır. Aynı zamanda, hukukta ya hep ya hiç gibi keskin çizgilerin olamayacağı da bir gerçektir. Hukukun erişmek istediği nokta, bunlardan sadece birine indirgenemeyecek kadar karmaşık bir bütündür[477]. İşte, tezleri ve karşı tezleri bir araya getirerek sonuca ulaşma mantığını ifade eden diyalektik akıl yürütme metodu, bu nedenle doğal olarak, ölçülülüğün de içselleştirdiği metottur.

Ölçülülüğün barındırdığı bu diyalektik, somut olayın koşulları içinde, karşı karşıya gelen menfaatler arasında bir ilişki kurar[478]. Bu ilişki, negatif ve pozitif iki kutup arasındaki gerilim biçiminde ortaya çıkar[479]. Bu iki kutup arasındaki orta nokta tespit edilirken de, yargıç, bunların izlediği amaçlar ve gerekçelerini, içinde bulunduğu hukuk sisteminin değerlerini göz önünde bulundurarak tartar ve dengeler[480].

Ölçülülük denetiminin diyalektik mantığı, her somut olayın özelliklerine ve çatışan menfaatlere göre, yeniden bir terazi kurulmasını; her değerlendirmede uyuşmazlığa konu menfaatlerin somutlaştırılmasını ve buna göre sonuca ulaşılmasını

---

[477] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 58.
[478] Mekki, **L'intérêt général**, 375. Yazar, sözü edilen temel değerlerin diyalektik uyumunu sağlama işlevinin, kamu düzeninin tipik olarak genel menfaat-bireysel menfaat karşılaştırması mekanizmasını tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtmektedir.
[479] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 59.
[480] İki kutup arasındaki denge noktasının bulunmasına ilişkin örnek olarak, AİHM yargıcının izlediği sistem verilebilir. Yukarıda AİHM tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetimi incelenirken vurgulandığı üzere, AİHM, diyalektik mantıkla, karşı karşıya gelen menfaatleri dikkate alarak, müdahalenin Sözleşmeye uygunluğunu değerlendirmekte ve bunlar arasında adil denge vurgusu yapmaktadır.

sağlar. Bu ise, ölçülülük denetiminin, aşağıda ele alacağımız esnek yapısına işaret eder.

2. Esnekliğine karşın homojen sonuçlara ulaşılmasını sağlayan bir denetim

Ölçülülük denetimi, hem yoğun, hem de esnek veya pragmatik bir denetim yöntemidir[481]. İlke ve sağladığı denetim, kuşkusuz, yargıcın rolünün artışını da beraberinde getirir[482].

Yargıcın, yargılama faaliyetini yerine getirirken izleyeceği mantıksal yöntemin, diğer bir ifadeyle gerekçelendirmenin merkezinde yer alan ölçülülük denetiminin esnekliği, her somut olayda karşı karşıya gelecek menfaatlerin farklılaşması nedeniyle işlevselliğini ortaya koyacaktır. Nitekim öğretide de, ölçülülük, çıkar ve hakların çatışmasında, çözüm olasılıklarının önceden kurala bağlanamayacak düzeyde çeşitli olduğu durumlar için biçilmiş kaftan olarak nitelendirilmiştir[483]. Tüm esnek kavramlarda olduğu gibi, düzeltici nitelikteki bu mekanizma da, her somut olaya uyarlanmalı, yargıç, aşılmaması gereken sınırları tespit etmelidir[484].

Gerçekten, belirli bir uyuşmazlık kapsamında, başlangıçta aynı değerde olduğu kabul edilen iki farklı menfaat, yargıç tarafından makul ve ölçülü biçimde dengelenirken, aralarında zorunlu olarak bir hiyerarşi oluşturulur. Ne var ki bu durum, bir başka uyuşmazlığın, farklı somut koşulları içinde yine karşı karşıya gelen bu iki menfaatin, bu kez de aynı hiyerarşi içine yerleştirileceğine işaret değildir. Ölçülülük aracılığıyla yapılan bu dengeleme işlemi, her somut olayın koşullarına özgü, pragmatik bir yaklaşım sergiler[485]. Bu yönüyle ölçülülük ilkesinin, yargıca, somut olayın koşullarına özgü karar verme yetkisi (*un pouvoir de circonstance*) tanıdığı dahi ifade edilmektedir[486].

---

[481] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 250; Mekki, **L'intérêt général**, 372.
[482] Mekki, **L'intérêt général**, 376; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 30; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 58. Hukuk devleti kavramının çağdaş algısının ortaya koyduğu insan haklarının etkin korunması ihtiyacının da, yargıcın rolünün önemini artırdığına ilişkin ayrıca bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 276 vd.
[483] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1519.
[484] Vatinet, "**... en droit des sociétés**", 1.
[485] Mekki, **L'intérêt général**, 372, 380; Frédéric Guiomard, **La justification des mesures de gestion du personnel – Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur**, Thèse de doctorat en droit soutenue publiquement le 2 décembre 2000, Université Paris X-Nanterre, 414-415; Géniaut, **Proportionnalité**, 310 vd.
[486] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 59.

Bu dinamik ve esnek yapısı, ölçülülük denetiminin giderek genelleşmesinin de nedeni olarak karşımıza çıkar[487]. Fransız öğretisinde *Muzny*, ölçülülük denetiminin yaygınlaşması için gerekli tüm koşulların bir araya geldiğini belirtmektedir[488]. Yazara göre, ölçülülük ilkesine, toplumsal düzenin sağlanmasında ayrıcalıklı ve sık başvurulan bir araç olma özelliğini veren, hukuk sisteminin, adil olana erişmek biçiminde bir amaç taşıması ve bu konuda yargıcın etkin, koruyucu rolünün belirginlik kazanmasıdır.

Ancak dürüstlük ilkesine başvururken sergilenmesi gereken temkinli yaklaşım[489], ölçülülük ilkesinin uygulanması açısından da söz konusu olmalıdır. Yasa koyucu, çatışan menfaatler arasındaki denkleştirmeyi zaten özel hüküm getirerek çözmüşse, ölçülülük uygulama alanı bulmayacaktır[490]. Uyuşmazlığın çözümünde doğrudan uygulanabilir bir normun varlığı karşısında, işin niteliğinin ölçülülüğe başvurmayı gerektirmemesi halinde, yargıcın, pozitif düzenlemeyi bir kenarda bırakarak, uyuşmazlığı sadece ölçülülüğe dayanarak çözmesi, hukuk güvenliğini sarsacaktır. Söz gelimi, işverenin, yönetim yetkisi kapsamında müdahale edemeyeceği bir alan olarak, işyerindeki işleyişi hiçbir şekilde etkilemeyecek olan işçinin özel yaşamına ilişkin bir sınırlamada bulunmak istemesi -örneğin işçinin çalışma saatleri sonunda evine belli saatlerde dönmüş olmasını beklemesi- , zaten yasal düzenlemelerle olanaksız kılınmış ise, bu noktada işverenin işçinin özel yaşamına müdahalesinin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi yoluna gidilmesime gerek kalmaksızın, bu müdahale, özel yaşamın ihlali sayılacaktır.

Ne var ki, bu tespit, ölçülülüğün yalnızca uyuşmazlığa uygulanacak bir normun bulunmaması durumunda devreye girecek bir denetim olduğuna da işaret etmemektedir. Zira, uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak olan norm, bu normun uygulanması esnasında yargıcın ölçülülüğü dikkate almasını da gerektirebilir.

---

[487] Molfessis, "**... l'exécution du contrat**", 6; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 39, 494; ayrıca bkz. Marzal Yetano, **La dynamique du principe de proportionnalité**, 41 vd.

[488] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 31.

[489] Dürüstlük ilkesinin işlevine ve bu ilkeye başvuruda gösterilmesi gereken hassasiyete ilişkin olarak *Schwarz*'ın uyarısına kulak vermek gerekir: Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının " (...) önemi çok büyüktür; fakat hukukî meselelerin halline bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallûk eden hususî hükmü tatbik etmek ve umumî esasları da fevkalâde zarurî olan hallerde sırf itmam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lâzımdır. Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nazarı çekilse yeridir; zira müptediler çok kolay fakat tehlikeli bir yol karşısında çok zor, zahmetli fakat daha emin ve kat'i bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler." (Andreas Bertalan Schwarz, **Medenî Hukuka Giriş** (Çev. Hıfzı Veldet), İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1942, 197-198).

[490] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 32, 52.

Ölçülülük denetiminin yapısal niteliğini açıklarken değindiğimiz ve sık sık karşılaşıldığı üzere, uygulanacak olan normun, somut olayın koşulları ile birebir örtüşmemesi ya da normun doğrudan bir çözüm üretmiyor olması olasılığında, diyalektik mantık devreye girmek zorundadır. İlgili normun soyut ve belirsiz karakterinden dolayı, bu normun uygulanması sırasında ölçülülükten yorum metodu olarak yararlanılacaktır. Bu nedenle ölçülülüğün, tamamlayıcı (*supplétive*) niteliğinden söz edilebilecektir[491]. Gerçekten, ilkenin içeriği ve bileşenleri konusunda farklı değerlendirmeler yapılmış olmakla birlikte, amaç ve araç arasında bir mantık ilişkisi kurduğu yönünde öğretide bir konsensüs sağlanmış; aynı zamanda bir hukuk kuralının uygulanması söz konusu olduğunda kendisine başvurulduğu için ölçülülük, yedek/yardımcı ilke (*principe-relais*) olarak da nitelendirilmiştir[492].

Böylece ilke, uygulanacak bir pozitif düzenleme bulunmadığında devreye girebileceği gibi, pozitif düzenlemenin yeterli çözümü sağlayamaması ya da uyuşmazlık konusu menfaatlerin yorumlanmasında, nitelendirilmesinde ve dengelenmesinde bir araç olarak ölçülülükten yararlanılmasını gerektirmesi durumlarında da yargıç için yol gösterici olacaktır. Bu kez, bu duruma verilecek örnek farklı olacaktır: İşverenin işyerinde düzenin sağlanması amacıyla işyerinde resmi kıyafet zorunluluğu getirmesi, yine işçinin kişisel yaşamına müdahale niteliğinde bir uygulama olmakla birlikte, işverenin bu konudaki yetkisi tümden yok sayılamayacak ve işçilerin kişisel yaşamına yapılan müdahalenin, işverenin bu uygulamayı getirmekte taşıdığı amaç ile ölçülü olup olmadığı tartılacaktır.

Ölçülülük denetiminin tamamlayıcı karakterinin bir sonucu olarak ilke, aynı zamanda, yargıcın, hukuk normunu somut olaya uyarlamasını, normun kompleks yapısını çözmesini ve belki de katılığını bir anlamda kırmasını sağlamaktadır. Çoğu zaman genel ve soyut kurallar içeren yasal düzenlemelerin, çözüme kavuşturulacak olan uyuşmazlığa uygulanması her zaman kolay olamayacağı gibi, tartılması ve dengelenmesi gereken menfaatlerin, matematiksel değerler gibi açık olmaması da normun somut olaya uygulanmasını zorlaştırır. Diğer yandan normun katı olması da arzu edilir bir durum yaratmaz. Bu kez de normun, yaşamın akışı içindeki her olasılığı önceden öngörerek düzenlemiş olması beklenemeyeceğinden, katı düzenlemenin, karşımıza çıkabilecek sayısız çeşitlilikteki uyuşmazlığı çözüme

[491] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 418.
[492] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 45, 79.

kavuşturamaması sonucu doğacaktır. İşte bu hallerde, gerek soyut kuralın somut olaya uyarlanması, gerek katı bir düzenlemenin yorumu yoluyla benzer nitelikteki uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında ölçülülük bir araç olabilecektir.

Bu yönüyle de ilkeyi, yetkinin sınırını aşan biçimde kullanılmasına karşı bir emniyet supabı olarak, yargıcın elindeki hem tamamlayıcı, hem de olmazsa olmaz araç biçiminde nitelendirmek yanlış olmayacaktır[493].

Her somut uyuşmazlıkta dengelenmesi gereken menfaatler, bir diğerinden farklı olabilecektir. İşte, ölçülülük denetiminin teknik ve diyalektik yaklaşımı, çözüme kavuşturulmayı bekleyen somut uyuşmazlığa konu menfaatlerin doğrudan dikkate alınması ve menfaatler tartısına konmasını sağlamaktadır. Karşı karşıya gelmesi olasılığı bulunan menfaatlerin çeşitliliğine karşın, ölçülülük, somut olayın koşulları kapsamında her defasında bir dengenin kurulmasına hizmet etmektedir[494].

Ölçülülük denetiminin esnek yapısı, bu biçimiyle, hukuk güvenliğini de zedelemeyecektir[495]. Aksine, ölçülülük denetimi, yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi, sistemleştirilmiş bir kriterler bütünü, bir teknik, hukuki gerekçelendirmeye dayalı diyalektik bir yargılama metodudur.

Yargıcın izleyeceği teknik sayesinde ölçülülük denetimi, yargılamanın esası olan dengeleme ve uyumlaştırma faaliyetini, homojen kılmaya da hizmet etmektedir[496]. Zira ölçülülük denetimi, üç aşamalı tekniği, elverişlilik ve gereklilik değerlendirmesinin tamamen soyut ve sübjektif unsurlardan uzak biçimde yapılması neticesinde, objektiflik ve öngörülebilirlik taşır[497].

Öyle ki, aralarında denge kurulması gereken menfaatler ne derece çeşitlilik arz etse de, ölçülülük teknik yaklaşımı, bu dengede standardın oluşmasını sağlar. Bu standardın araçları ise, ölçülülük tekniğini uygulayan yargıcın kendi hukuk

---

[493] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 421.

[494] Örneğin, AİHM tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetiminde, menfaatlerin dengelenmesi noktasında, ortaya çıkan sonuçların, öngörülebilirlik taşımaması, öğretide eleştiri konusu yapılmış ve her somut olayın içerdiği menfaatlere özgü olarak kurulan denge, o somut olaya ilişkin olarak adaletin sağlanmasına hizmet ediyor olsa da; uzun vadede, AİHM kararlarının bütünü yani içtihadı açısından bu yaklaşımın adaleti sağlamaya elverişli olup olmadığı sorusu gündeme getirilmiştir (Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 350 vd.)

[495] İlkenin sağladığı esneklik nedeniyle hukuk güvenliğini olumsuz etkileyebileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Perraki, **La vie personnelle**, 381 vd.

[496] Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 495; Mekki, **L'intérêt général**, 376. AİHS sitemi içinde de, ölçülülük denetiminin, bir yöntem isitkrarı (*une stabilité méthodologique*) sağladığına ilişkin ayrıca bkz. Muzny, **La technique de proportionnalité**, 134 vd.

[497] Bkz. Mekki, **L'intérêt général**, 376; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 158.

sisteminin temel ilkeleri, kendisini çevreleyen toplumsal değerleri ve bizzat kendi içtihadıdır. Zira bu araçlar, diyalektik gerekçelendirme metodunda, yargıcın referans alacağı esaslar ve hareket noktasıdır. Her yeni uyuşmazlıkta, bu araçlarla uyumlu yaklaşım sergileyen yargıç, giderek menfaatler tartısı teorisini bizzat geliştirecek ve böylece içtihatta bütünlüğü sağlayacaktır. Bunun en açık ve istikrarlı örneği ise, bu konudaki içtihadı geliştikçe ölçülülük denetiminde giderek daha ayrıntılı kriterler ortaya koyan AİHM'dir. Hatta, her Taraf Devletin farklı toplumsal değerlere sahip olmasına ve her uyuşmazlık konusunun farklı olmasından dolayı içeriğin değişiklik arz etmesine karşın, AİHM'nin yöntem açısından gösterdiği istikrarın, ölçülülük denetiminin meşruiyetinin ve vazgeçilmezliğinin kaynağı olduğu, isabetle vurgulanmıştır[498].

3. Hukukun iki genel ilkesi ve sağladıkları denetim arasındaki ilişki: Dürüstlük ve ölçülülük

Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı uyarınca, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kurallarına uymak zorundadır[499]. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. O halde dürüstlük kuralı, bir kimseden, gerek haklarını kullanırken, gerek borçlarını ifa ederken, namuslu, dürüst ve makul biri olarak davranmasını beklemektir[500]. Bu yönüyle, herkese uygulanan bu ilke, objektif bir nitelik taşımaktadır[501]. Dürüstlük kuralının uygulanma alanı ise, hakların

---

[498] Muzny, **La technique de proportionnalité**, 134; Katrougalos/Akoumianaki, "**Le champ des droits sociaux**", 11.

[499] Hukukun en eski kavramlarından biri olan *bona fides* kavramının, dinsel ve ahlaki temellerinden, bir hukuk kuralı olarak algılanmasına dek geçirdiği evreler ve taşıdığı anlamlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Béatrice Jaluzot, **La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, allemand et japonais**, Paris, Dalloz, 2001, 19 vd.; Philippe Le Tourneau/ Matthieu Poumarède, **Bonne foi**, Rép. civ. Dalloz, janvier 2009, 5; Rémy Cabrillac, **Droit européen comparé des contrats**, Paris, LGDJ, 2012, 33 vd.; Ziya Umur, **Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 696, 1956, 7; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2005, 112; Quentin Urban, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", **Le droit social – Le droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg Nouvelle Série n° 6**, Strasbourg, PUS 2003, 333; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 28 vd.; Mustafa Kılıçoğlu, "İş Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı (Özellikle Yargıtay Uygulaması Açısından)", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 721 vd.

[500] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 264.

[501] Nitekim, dürüstlük kuralı, objektif iyiniyeti ifade etmektedir. Bu yönüyle de, özellikle eşya hukukunda, bazı olguların görünüşüne inanan bir kimsenin ruh halini ifade etmekte kullanılan iyiniyet (ya da sübjektif iyiniyet) kavramından ayrılmaktadır. Ayrıntı için bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 30-32; Kılıçoğlu, "**Dürüstlük Kuralı**", 724.

kullanılması ve borçların ifasından hareketle zamanla genişlemiş; ilke, yorum ve tamamlama kuralı işlevi de kazanmıştır[502]. Bu yönüyle, dürüstlük ilkesinin, ölçülülük ilkesinin uygulanma alanı karşısındaki konumunu belirlemek gerekliliği doğmaktadır.

a) Kesişen noktalarına karşın farklı iki kavram

Esasında, dürüstlük ve ölçülülük kavramlarının, ortak yönlerinin olduğunu söylemek yanlış olmaz: Öncelikle, bu ilkelere başvurma ihtiyacı, hayatın akışı içinde ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların sınırsız çeşitliliği ve bunların tümünün önceden öngörülerek pozitif düzenlemelerle çözüme kavuşturulmuş olmasının olanaksızlığından doğmaktadır. Her iki ilke de yargıca, somut olayın koşullarını dikkate alarak karar verme yetkisi vererek yargıcın rolünü güçlendirdiği gibi[503]; son tahlilde her ikisi de adaletin sağlanması için başvurulan genel araçlardır[504]. Ölçülülük ilkesinin anayasal düzeyde bir ilke olarak kabul edildiği Alman Hukukunda, ilkenin özel hukukta, dürüstlük kuralının uygulaması aracılığıyla yaygınlaştığı dahi belirtilmektedir[505].

Öğretide, sözleşmeler hukukunda, ölçülülüğün, hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük, hakkaniyet, aşırılık yasağı, dengesizlik, makul olma gibi kavramlar aracılığıyla, bu farklı adlar altında ortaya çıktığı da kabul edilen görüşler arasındadır[506]. İş Hukuku öğretisinde de ölçülülük ilkesinin hukuki temelinin dürüstlük kuralı olduğu savunulmaktadır[507]. Buna karşın, ölçülülüğün, dürüstlük kuralına dayalı olarak açıklanmasının olanaklı olmadığı da belirtilmiştir[508]. Ayrıca, özellikle sözleşmeler hukukunda, dürüstlük kuralı gibi araçlar nedeniyle ölçülülüğün sağlayacağı denetime ayrıca ihtiyaç olmadığı da ileri sürülmüş olmakla birlikte[509],

---

[502] Mustafa Dural/ Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz, 2013, 230; Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", **İÜHFM**, C. LV, S.3, 1997, 200 vd.

[503] Urban, "**La bonne foi**", 338; Le Tourneau/Poumarède, **Bonne foi**, 17; Fanny Vasseur-Lambry, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", **Petites affiches**, n° 55, 17 mars 2000, 8.

[504] Heinrich Dey, **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Kündigugsrecht**, Frankfurt/M., Bern, Newyork, Paris, Diss., 1989, 38 (aktaran: Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 45).

[505] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 2.

[506] Molfessis, "**... l'exécution du contrat**", 1; Mekki, **L'intérêt général**, 453.

[507] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 36.

[508] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 45.

[509] Mazeaud, "**... la formation du contrat**", 2.

ölçülülüğün, hakkın kötüye kullanılmasından daha öngörülebilir olduğu da savunulmaktadır[510].

Ölçülülüğün, idare hukukundaki yetki sapması *(détournement de pouvoir)* kavramının özel hukuka yansıması sonucu, ekonomik ve sosyal bir hakkın kötüye kullanılmasından hareketle ortaya çıktığı; yargıcın, sözleşmenin mutlak hakimiyetini aşmasını sağlayan bir araca dönüştüğü de ileri sürülmektedir[511].

Şu halde, dürüstlük ilkesi ve ölçülülük ilkesi, öğretide de, taşıdıkları benzerlikler inkar edilmeyen, yolları kimi zaman kesişen ilkeler olarak değerlendirilmektedir.

Uygulama tekniği açısından da dürüstlük ve ölçülülük arasında benzer noktalar tespit edilebilir. Gerek hakkın kötüye kullanılmasında, gerek ölçülülüğe aykırı bir müdahale söz konusu olduğunda, bunun tespitinde başvurulan kriterlerden biri, menfaatlerin tartılması biçiminde ortaya çıkar. Gerçekten, hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilebilmesi için, hakkın sahibine daha az yarar, karşı tarafa ise daha çok zarar sağlaması aranmaktadır[512]. Diğer bir ifadeyle menfaatlerin uyumlaştırılması düşüncesi, dürüstlük kuralı uygulamasında karşımıza çıkar[513]. Ölçülülük değerlendirmesinde de bir menfaat tartısı kurulduğu kuşkusuzdur. Özellikle dar anlamda ölçülülük incelemesinde, müdahalenin nedeninin ağırlığı ile müdahalenin sonuçları karşılıklı tartılmaktadır. Bu aşama, hakkın kötüye kullanıldığının tespiti açısından dikkate alınan yarar-zarar karşılaştırması ile benzerdir.

Ne var ki, dürüstlük ve ölçülülük kavramlarının ortak noktaları bulunmakla birlikte, birbiriyle örtüşmediklerini ve hatta çok temel bir noktada ayrıldıklarını da vurgulamak gerekir. Öğretide de hakkın kötüye kullanılması teorisi ve ölçülülük ilkesinin, ayrı kavramlar fakat birbirini tamamlar nitelikte oldukları, kanımızca isabetli olarak ifade edilmiştir[514].

---

[510] Behar-Touchais, "**Conclusion**", 3.
[511] Martens, "**L'irresistible ascension**", 53.
[512] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521. Bunun aksine, ölçülülük ilkesinde, eşit değerdeki normların ve böylece menfaatlerin karşılıklı dengelenmesi söz konusu iken; kötüye kullanma yasağı açısından, özellikle tek bir normdan doğan bir ayrıcalıktan yararlanma biçimine dikkat edildiği; bunun daha çok hiyerarşik bir yapı içinde gerçekleştiği de belirtilmektedir (Géniaut, **Proportionnalité**, 430).
[513] Mekki, **L'intérêt général**, 452.
[514] Engin, **İşletme Gerekleri**, 50; Mekki, **L'intérêt général**, 454.

Kötüye kullanma, hukuki bir ayrıcalıktan, aşırı yararlanma ya da bir hakkı, kişisel menfaat doğrultusunda ancak amacına ve sosyal ödevlerine aykırı biçimde kullanmaktır[515]. Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılmasında, haktan, amacına aykırı biçimde yararlanma söz konusudur. Bununla birlikte, daha önce de açıklamış olduğumuz gibi araçların, amaç ile ölçülülüğü denetiminin ön koşulu, öncelikle araçların meşru bir amaç doğrultusunda kullanılmasıdır[516]. Dolayısıyla ölçülülük, amaca uygun olarak kullanılan aracın, muhataba verdiği/yüklediği zarar açısından denetim yapılmasını olanaklı kılar[517].

Gerçekten, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki davranış, ilgili hakkın amacına aykırı kullanımıdır. Buna ek olarak bu davranış, elde edilen yarara oranla neden olduğu zarar itibariyle, dengesiz sonuçlar doğurmuş olabilir. Ne var ki bu teknik anlamda bir ölçüsüzlük değildir.

Hakkın amacına uygun kullanılması sonucunda menfaatler arasında doğan açık oransızlık, bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması sayılmayacaktır[518]. İşte, ölçülülüğe aykırılık, hiçbir kötüye kullanmanın söz konusu olmadığı durumda ve hatta sadece meşru bir amacın bulunması halinde ortaya çıkabilecektir. Gerçekten, MK m. 2, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeninin korumayacağını öngördüğünden, açıkça zarar verme kasdı olmaksızın hakkın amacına uygun kullanıldığı hallerde, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyecektir[519]. Bu halde sadece araçların, amaçla ölçüsüz olması söz konusu yapılabilecektir. Bu yönüyle ölçülülüğün, daha etkili ve daha sıkı bir denetim sağladığı da ifade edilmektedir[520].

Bunun yanında, hakkın kötüye kullanılması teorisinin temelinde hukuk öznesi yer alır[521]. Bu durum, şu anlama gelmektedir: Hakkını kötüye kullanan öznenin saiki, niyeti, hakkın kötüye kullanıldığının tespitinde önem taşır. Oysa ölçülülük ilkesinin sağladığı denetim, öznenin niyetinden bağımsız ve objektif olarak, bir tarafın menfaatinin gerçekleşmesi doğrultusunda, karşı tarafın menfaatine aşırı zarar

---

[515] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 6; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006, 2; Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, Kazancı Yayınları, 1976, 69 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 50.
[516] Géniaut, **Proportionnalité**, 135.
[517] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521; Engin, **İşletme Gerekleri**, 50.
[518] Engin, **İşletme Gerekleri**, aynı yer.
[519] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", aynı yer.
[520] Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 174.
[521] Mekki, **L'intérêt général**, 455; aynı yönde, Géniaut, **Proportionnalité**, 430.

verilmemesi ile ilgilenir. Bu yönüyle ölçülülük denetimi, herhangi bir tutum veya niyetle bağlantılı olmadığı için, nötr ve objektif bir mekanizmadır[522].

Son olarak, özellikle bireyler arası ilişkilerde ölçülülük ilkesinin uygulanması konusunda değinildiği gibi; ölçülülük ilkesi, iki taraflı işlev gösteren bir ilkedir. Kimi zaman sınırlar, kimi zaman ise geçerlilik kazandırır. Hakkın kötüye kullanılması teorisinin ise daha çok, hakkın amacı dışında kullanılması sonucunda, beklenen sonucun elde edilememesi biçiminde olumsuz ve tek taraflı etkisi söz konusu olacaktır.

Fransız iş hukuku, dürüstlük ve ölçülülük ilkelerinin, ortak noktalarına ve hatta kimi zaman aynı amaç doğrultusunda işlev kazanmalarına karşın, farklı kavramlar olduklarının bir göstergesi sayılabilir.

Fransız Hukukunda, iş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak belirginlik kazanmasının bir göstergesi olarak[523], iş sözleşmesinin dürüstlük ilkesine uygun ifa edilmesine ilişkin kural, İş Kodu'nda düzenlenmiş (m. L. 1222-1)[524]; bu konuda artık genel hükümlere gitme ihtiyacı ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme, aynı zamanda dürüstlük kuralı ile ölçülülük ilkesinin ayrık kavramlar olduğunu da vurgular niteliktedir. Zira daha önce de belirtildiği gibi, ölçülülük ilkesi de, Fransız İş Kodu'nda ayrı bir hükümde düzenlenmektedir. İşletmede hak ve özgürlükler başlığı altındaki m. L.1121-1 hükmüne göre, hiç kimse, kişi hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve amaçla ölçülü olmayan sınırlamalar getiremez.

Esasında benzer bir durum, yukarıda açıkladığımız AİHS sisteminde de mevcuttur. Zira ölçülülük düşüncesi, AİHS'nin pek çok maddesinin düzenleniş tarzında ve m. 18 hükmünde, bu maddelerdeki hakların sınırlanmasının sınırı olarak yer almakta; bunun yanında m. 17 hükmünde, hakları kötüye kullanma yasağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla her iki kuralın da, aslında aynı amaca, yani AİHS ile güvence altına alınan haklardan yararlanmanın gerçekleşmesi amacına hizmet eden, ancak bu amaca kendi işlevsellikleri ve yöntemleriyle katkıda bulunan farklı ilkeler olduğu tespiti yapılabilecektir.

---

[522] Géniaut, **Proportionnalité**, 430.
[523] Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 26.
[524] 17 Ocak 2002 tarihli Sosyal Modernizasyon Yasası olarak adlandırılan Yasa ile İş Kodu'nun L.1222-1 maddesine getirilen düzenlemeye göre, iş sözleşmesi, dürüstlük kuralına uygun ifa edilir. Ayrıca bkz. Vigneau, "**L'impératif de bonne foi**", 706; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 67.

Türk Hukukunda da iş ilişkileri açısından, dürüstlük ve ölçülülük ilkelerinin, aynı sonuca yönelik işlev kazandıkları bir hususa bu aşamada dikkat çekmek yerinde olacaktır.

b) İş ilişkisinin sürekliliğinin korunması amacı doğrultusunda başvurulan iki farklı denetim aracı

İş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifa edilmesi gerekliliği, işçi ve işverenin, iş sözleşmesinden doğan bazı borçlarının da temelinde yer almaktadır[525]. Söz gelimi, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifası gereği işveren, yapılan işin değişmesine, teknolojik ve organizasyonel gelişmelere paralel biçimde, işçilerin işe uyumunu sağlamak, onlara gereken eğitimleri vermek, işçilerin bu kapsamda işi yapma kapasitelerini korumakla da yükümlüdür[526]. Bunun yanında, her hak açısından geçerli olduğu gibi, fesih hakkının da kötüye kullanılmaması gerektiğinden; dürüstlük ilkesi, iş sözleşmesinin feshi mekanizmasında da işlev kazanmaktadır.

Bunun yanında, iş güvencesi sisteminin temelinde yer alan, "feshin son çare olması" (*ultima ratio*) ilkesi[527] uyarınca, işçinin davranışları ve yetersizliği ya da

---

[525] Örneğin işçinin sadakat borcu, rekabet etmeme, özen ve sır saklama borcunun temelinde, dürüstlük ilkesi yer alıyorsa da, hukukumuz açısından bu borçlar, artık pozitif düzenlemeye de konu olmuştur. Ayrıntı için bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 372 vd.; 378 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 227 vd., 235 vd.; Arslan Ertürk, Arzu, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010; Fevzi Demir/ Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu-İş**, C.11, S.1/2009, 1 vd.; Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilenler", **Sicil**, Mart'12, 23 vd.; Fevzi Şahlanan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sona Ermesi", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 719 vd.; Savaş Taşkent/ Mahmut Kabakcı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", **Sicil**, Aralık'09, 21 vd.; Fatih Uşan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Sicil**, Mart'11, 116 vd.; Ahmet Koyuncu, "İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı", **Sicil**, Eylül'09, 89 vd.; Hakan Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", **Sicil**, Aralık'11, 88 vd.; Polat Soyer, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2)**, Seminer 25 Mayıs 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 12 vd.; Kübra Doğan Yenisey, "Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbu, Legal, 2014, 84 vd.; Eda Karaçöp/Efe Yamakoğlu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi", **Legal İHSGHD**, 38/2013, 112 vd. Dürüstlük kuralının işçi ve işverenin borçları üzerindeki etkileri için ayrıca bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 39 vd.

[526] İşverenin adaptasyon yükümlülüğü ya da işçilerin işe uyumunu sağlama yükümlülüğü hakkında bkz. Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 72 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 446; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 270 vd.

[527] Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, 57 vd.; Güzel, "**Ultima Ratio**", 159 vd; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 41 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 90 vd.;

işletme gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerde, feshin geçerli sayılabilmesi, işverenin feshe son çare olarak başvurmasına bağlı bulunmaktadır. Buna göre, işverenin, işletmesi için almış olduğu işletmesel kararının yöneldiği amaca, fesih dışında ve fesihten daha hafif sonuçları olan başka bir yolla ulaşmak olanaklı değilse, ancak bu halde feshin kaçınılmaz ve gerekli olduğundan söz edilebilecektir. İş güvencesi hukukunun temelini oluşturan bu yaklaşım, işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce, işçi açısından daha az olumsuz sonuç doğuran yollara öncelikle başvurmayı zorunlu kılar. Feshin geçerliliği denetiminde yargıcın izlediği bu gerekçelendirme metodu ise, ölçülülük denetiminden başkası değildir. Gerçekten "ultima ratio" ilkesi, temelinde ölçülülük düşüncesi yatan, özellikle gereklilik alt ilkesinin iş hukukundaki en çarpıcı görünümü olarak ortaya çıkmaktadır.

İşte birbirinden farklı iki ilke, dürüstlük ve ölçülülük, modern iş hukukunun esaslı unsuru olan iş güvencesi sisteminin içinde ve dışında, iş sözleşmesinin devamını sağlama yönünde gösterdikleri işlevleri ile ön plana çıkmaktadır.

Bilindiği gibi, modern iş hukuku çağı öncesindeki fesih serbestisi döneminde, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı, yalnızca bu hakkın kötüye kullanılması yasağı ile çerçevelenmekteydi[528]. Oysa giderek, iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanmasının, işçi açısından yaşamsal öneminin olduğu gerçeği fark edilmiş; işverenin salt ekonomik menfaatlerine karşılık, işçinin ekonomik güvenliği yanında onuru ve kişiliğinin korunması gerekliliğinin üstünlüğü kabul edilmiştir[529]. Bu kabuller üzerine gelişen modern iş hukuku, iş güvencesi sistemini, iş hukukunun merkezine yerleştirmiştir. İş güvencesi sisteminde artık, sözleşmenin sürekliliği kural, fesih ise istisnaya dönüşmüş; feshin önündeki tek sınır hakkın kötüye kullanılması yasağı olmaktan çıkmış; fesih ancak pozitif düzenlemelerle öngörülen hallerde, yargıç denetimine tabi biçimde gerçekleştirilebilir hale gelmiştir[530].

Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 181 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 637 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 396; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 196 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 84 vd.; Nazlı Töre, "İş Sözleşmesinin Geçerli Sebeple Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri", **TİSK Akademi**, 2011/I, 131 vd.; Kılıçoğlu, "**Dürüstlük Kuralı**", 723.

[528] Bkz. Süzek, **Kötüye Kullanma**, 29 vd.; Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 57; Engin, **İşletme Gerekleri**, 15; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74. *Güzel*, sözü edilen serbesti dönemini, işletmede işverenin "tek yargıç" kabul edildiği dönem olarak adlandırmakta ve işverenin yetkilerinin, çağdaş iş hukuku mekanizmaları ile sınırlandığını vurgulamaktadır (Güzel, "**Geçerli Neden**", 67; aynı yönde, Mekki, **L'intérêt général**, 414).

[529] Güzel, "**Geçerli Neden**", 58.

[530] Süzek, **Kötüye Kullanma**, 32; Güzel, "**Geçerli Neden**", 59; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 163; Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 57; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**,

Bu sistemde, işverenin, işletmesi açısından karar alma özgürlüğü varlığını elbette korumaktadır. Ve bu sistemde dürüstlük ilkesi/hakkın kötüye kullanılması yasağı bütünüyle dışlanmamıştır. Bu kez, işverenin, işletmesel karar alma özgürlüğünü kötüye kullanıp kullanmadığı değerlendirmesi yapılabilecektir[531].

Buna ek olarak, işletmesel kararın uygulanması noktasında, bu karar ile ulaşılmak istenen amaca, fesih dışında ve işçiye fesihten daha az zarar verecek araçlarla ulaşmak olanaklı olduğu sürece fesih yoluna gitmek geçersiz kabul edilecektir[532]. Feshin gerekli olmasının aranması, iş güvencesi sisteminin işleyişinin aslında doğal bir sonucu olarak ortaya çıkacak ve feshin son çare (ultima ratio) olması ilkesi biçiminde ifade edilecektir. Türk hukukunda son çare ilkesinin yasayla açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, isabetli olarak, iş güvencesi sistemine içkin olduğu kabul edilmektedir[533]. Son çare ilkesinin temelinin ise, dürüstlük ilkesine dayandığı belirtilmektedir[534].

Ancak, kanımızca, işveren tarafından, feshe gerçekten son çare olarak başvurulup başvurulmadığının denetimini yapacak olan yargıcın elindeki değerlendirme mekanizması, ölçülülük ilkesi olacaktır[535]. Bu denetim, tipik bir

---

15 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74. Hukukumuzda iş güvencesi ve getirileri konusunda ayrıca bkz. Münir Ekonomi, "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren**, Mart 2003, Özel Ek, 1 vd.; Devrim Ulucan, **İş Güvencesi**, 2. Baskı, İstanbul, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yayını, 2003; Savaş Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2002; Fevzi Demir, **İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri**, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 2003; Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", **DEÜHFD**, C.5, S.1, 2003, 1 vd.; Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, **İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2004, 15 vd.; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", **III. Yılında İş Yasası**, İstanbul, 2005, 200 vd.

[531] Engin, **İşletme Gerekleri**, 66; Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 60

[532] Güzel, "**Geçerli Neden**", 62; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 172 vd.

[533] Engin, **İşletme Gerekleri**, 73. Bu noktada önemle ekleyelim ki, Fransız Hukukunda, işveren, işletme gerekleri nedeniyle fesih yoluna gitmek istediğinde, öncelikle işçiyi, başka bir görevde istihdam etmeyi sürdürüp sürdüremeyeceğini araştırma ve işçiye fesih öncesinde bu alternatifleri sunma yükümlülüğü altındadır (*obligation de reclassement*). Fransız iş hukukunda da son çare olarak adlandırılan bu ilke, önce, yargı kararları ile kabul edilmiş (Cass. soc. 1er avril 1992, Bull. V, no 228); daha sonra yasa koyucu tarafından benimsenmiş, geliştirilmiş ve İş Kodu'nun L. 1233-4 hükmü ile ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 444 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 544 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 473 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 447, 517 vd.

[534] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 36; Güzel, "**Geçerli Neden**", 63; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 175; Süzek, **İş Hukuku**, 638; Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları,** Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 61; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 397; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 197.

[535] İşK. m. 18 hükmü düzenlemesinde, ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Ancak, madde, fesih nedeninin geçerliliğini, bu nedenin ağırlığına bağlamıştır. Maddede, bu ağırlığın nasıl

ölçülülük denetimi olarak nitelendirilmelidir. Zira, işverenin girişim özgürlüğü ile işçinin iş sözleşmesinin devamına ilişkin menfaati karşı karşıya gelmiş[536]; bu menfaatlerin hangi noktada dengelenmesinin adil olacağı sorusuna yanıt aranmaktadır. İşçinin iş ilişkisinin devam etmesi yönündeki menfaat alanına en ağır müdahale niteliğindeki feshe, geçerlilik tanınacak mıdır, yoksa işverenin işletmesel kararı ile hedeflediği noktaya, işçi açısından daha az sarsıcı bir araçla da ulaşmak olanaklı mıdır? İşte bu sorulara yanıt arayışı, ölçülülüğün diyalektik dengeleme metodunun işlemesiyle olanaklı hale gelecektir.

İşverenin, fesih yerine ve fesihten önce başvurabileceği olanaklar olup olmadığı değerlendirmesi, ölçülülüğün, iş yargıcının elinde somutlaşan bir değerlendirmedir. Bu değerlendirme üç aşamada yapılacaktır: İlk olarak, işverenin ortaya koyduğu amaca ulaşmayı sağlayacak -diğer bir ifadeyle işverenin menfaatinin gerçekleşmesine yönelik- elverişli alternatif araçların varlığının tespiti. İkincisi, bu alternatiflere karşın feshin gerekli olup olmadığının belirlenmesi. Son olarak, tercih edilen aracın uygulanması sonucunda işçinin menfaatlerine, amaç ile oransız bir zarar verilip verilmediğinin kontrolü.

İş güvencesi sisteminde, feshin geçerliliği denetiminde, ölçülülük ilkesinin kazandığı bu kilit işlev, hakkın kötüye kullanılması yasağına yer bırakmıyor gibi görünse de; bu ikinci ilke, bu denetimde de işlev kazanmakta ve bu kez ölçülülük ilkesini tamamlayıcı bir rol üstlenmektedir. Gerçekten, ölçülülük ilkesi, işverenin fesih haricinde başvurabileceği elverişli alternatif araçlara işaret ederken; dürüstlük ilkesi, işverenden hangi aşamaya kadar bu alternatif araçlara başvurmasının beklenebileceği hususundaki yardımcı kriter olacaktır. Örneğin, işçinin sözleşmesini feshetmek yerine, işçiyi başka bir görevde istihdam seçeneği gündeme geldiğinde; işverenin, işçiye bu konuda vermesi gereken eğitimin süresinin uzun, maliyetinin

---

ölçüleceğinin gösterilmemiş olması nedeniyle de, m.18'in, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına ihtiyaç duyulması için gereken elverişli ortamı oluşturduğu; yasada boşluk bulunan bu halde, genel hukuk ilkelerinin ve dolayısıyla ölçülülüğün uygulanacağı belirtilmektedir (Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 97-98). *Güzel* de, 18. maddenin içeriğinde, son çare ilkesine yer verilmemiş olması nedeniyle yasal bir boşluğun oluştuğu ve bu boşluk yargıç tarafından doldurulurken, yasanın gerekçesinden yararlanılması ve böylece son çare ilkesinin uygulanması gerektiği görüşündedir (Güzel, "**Ultima Ratio**", 176). Ölçülülük denetiminin, her fesih türü için işlevleri ve işleyişi konusunda ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 185 vd.; Kar, "**Ölçülülük**", 60 vd.

[536] Yukarıda da (IV, A, 2 başlığı altında) açıklandığı gibi, bir temel hakkın, diğeri karşısında sınırlanmasında ölçülülük ilkesi rol oynar. Bu durum, pratik uyuşum ilkesiyle açıklanmaktadır. Bkz. Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 38 vd., 136-137; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 166; Rumpf, "**Ölçülülük**", 45; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 195; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 258; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 86; Engin, **İşletme Gerekleri**, 27-28.

yüksek olması karşısında, dürüstlük kuralı gereği işverenden bu eğitimi vermesinin beklenip beklenemeyeceği değerlendirilecektir. Bu husus, esasında, en başta belirttiğimiz, işverenin, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifası gereği, işçilerin işe uyumunu sağlama borcu ile paralellik arz etmektedir. Kanımızca, öğretide, son çare ilkesinin temelinde, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifası olduğunun kabul edilmesinin başlıca nedeni bu paralelliktir.

Nitekim Fransız Hukukunda da, işletme gerekleri nedeniyle fesihten önce, işçiyi başka işte çalıştırma olanağı varsa, işçiye bunu teklif etme yönündeki yükümlülüğün (*obligation de reclassement*); işverenin, fesihten bağımsız olarak, iş sözleşmesinin devam süresince işçilerinin işe uyumunu sağlama borcunu barındırdığı kabul edilmektedir[537].

Ancak, iş güvencesi sistemimiz açısından örnek teşkil etmesi açısından önemle vurgulayalım ki, gerek işçilerin işe uyumunun sağlanması, gerek fesih öncesinde işçiyi başka bir işte değerlendirme yükümlülüğü, Fransız Hukukunda, yargı kararlarıyla kabul edilmenin ardından, ayrıntılı pozitif düzenlemelere konu olmakla kalmamış; artık temellerini anayasada bulan ve çalışma hakkı ile doğrudan bağlantılandırılan kavramlara dönüşmüştür. Gerçekten, Fransız Anayasa Konseyi, 13 Ocak 2005 tarihli kararıyla[538], işverenin, feshe son çare olarak bakması ve işçilere öncelikle başka görevler vermesi yükümlülüğünün, artık, doğrudan, anayasadaki, "herkesin bir işe sahip olma hakkı"ndan kaynaklandığına hükmetmiştir. Başlarda pozitif temelleri olmadığı için, yargıcın eseri olarak Fransız iş hukukuna giren son çare ilkesi, şimdi, temelini anayasada ve çalışma hakkında bulan, temel bir hakka dönüşmüştür[539]. Fransız öğretisinde de, "etkileyici"[540] olarak nitelendirilen bu gelişim, kuşkusuz, iş güvencesi sisteminin ve bunun temelindeki ölçülülük ilkesinin, çağdaş iş hukuku için değerini çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.

---

[537] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 446; Mekki, **L'intérêt général**, 517 vd. Önemle ekleyelim ki, Fransız Hukukunda, işverenin, işçilerinin işe uyumunu sağlama borcu, Fransız Yargıtayının yankı uyandıran *Expovit* kararında (Cass. soc. 25 février 1992, n° 89-41634), dürüstlük ilkesinden hareketle kabul edilmiştir. Yargıtay Sosyal Dairesi, iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifasının, işveren açısından bu borcu doğurduğu sonucuna varmıştır. Ancak yargı içithadı ile benimsenen bu sonuç, daha sonra açık ve ayrıntılı bir pozitif düzenlemeye konu olmuştur (İş Kodu m. L.1233-4). Bkz. Le Tourneau/Poumarède, **Bonne foi**, 24; Fanny Vasseur-Lambry, "**La bonne foi**", 7; Christophe Vigneau, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution de contrat de travail", **Dr. soc.**, N° 7/8 Juillet-Août 2004, 713.

[538] Cons. const. 13 janv. 2005, n° 2005-509.

[539] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 544.

[540] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 446.

İşte, bu sistem içinde, iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanması amacına erişmenin aracı, ölçülülük ilkesidir. Ortaya koymaya çalıştığımız gibi, ölçülülük ilkesiyle, ortak ve ayrık noktaları bulunan dürüstlük ilkesi ise; işte bu aynı amaca, iş güvencesi dışındaki fesihlerde; ayrıca, iş sözleşmesinin devamında işçilerin işe uyumunu sağlama yükümlülüğü biçiminde; iş güvencesi söz konusu olduğunda da, işletmesel kararın kötüye kullanılmaması yönünde ve hatta feshe alternatif araçlara başvurunun sınırlarını belirlemede katkı sağlamaktadır. Bu yönleriyle, dürüstlük ilkesinin işlevlerinin, ölçülülük denetimini tamamlayıcı nitelikte olmak üzere ortaya çıktığı sonucuna varılabilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM
İŞVERENİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE EŞİTLİK İLKESİ İLİŞKİSİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

§5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

I. Sözleşme Özgürlüğü ve Eşitlik Dengesinde Ölçülülüğün İşlevine Genel Bakış

Çalışmamızın ilk bölümünde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, ölçülülük ilkesi, karşılıklı menfaatlerin, diğer bir deyişle, aynı değerdeki hak ve özgürlüklerin çatışması halinde, bunların uyumlaştırılmasını sağlar. İş ilişkisinde işveren ile işçilerin karşı karşıya gelen menfaatleri ise, özünde, anayasa ile güvence altına alınan işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçilerin bireysel ve kolektif haklarıdır[541]. İşçinin, işverene bağımlı olarak iş görmeyi kabul etmesi, bir insan olarak sahip olduğu hak ve özgürlüklerden yoksun kalacağı[542]; bu hak ve özgürlükleri işyerinin kapısından içeri sokamayacağı anlamına gelemez. Bu hak ve özgürlükler ile bunlara getirilebilecek sınırlamaların sınırını çizen ölçülülük ilkesi, işverenin, bağımlılık ilişkisinin gerektirdiği sınırları aşan kararlarına ve davranışlarına karşı işçinin korunmasını sağlamaktadır.

Diğer yandan, ilk bölümde yaptığımız bir tespiti tekrar etmeyi göze alarak, bu noktada da ölçülülüğün en çarpıcı niteliğini vurgulamak yerinde olacaktır. Ölçülülük ilkesinin ikili işlevi, kendi içinde adeta bir paradoks oluşturmaktadır: Ölçülülük, hem sınırlamanın sınırı, hem de sınırlamanın meşruiyetinin ölçüsüdür[543]. Gerçekten, ölçülülük ilkesi, işçi ve işveren menfaatleri karşılıklı geldiğinde de, bir açıdan

---

[541] Çalışmamızın ikinci bölümünün başlığının, "İşverenin Sözleşme Özgürlüğü ve Eşitlik İlkesi İlişkisinde Ölçülülük" olarak formüle edilmesinin de temelini bu yaklaşım oluşturmaktadır. İş hukukunda, işverenin "yönetim yetkisi" kavramı yerleşik olmasına karşın; başlıkta, işverenin "sözleşme özgürlüğü" ifadesinin tercih edilmesinin nedeni; karşı karşıya gelen ve çatışan menfaatlerin, anayasa ile korunan menfaatler olduğunu gösterebilmektir. Zira aynı konumdaki işçilerin eşit haklara sahip olması ve ayrımcılığa uğramaması yönündeki menfaatlerini ifade eden eşitlik ilkesi ile uyumlaştırılması gereken ve anayasada ifadesini bulan işveren menfaati, sözleşme özgürlüğüdür. İşverenin iş sözleşmesinden doğan yönetim yetkisi ise, kuşkusuz bu sözleşme özgürlüğünün bir uzantısıdır.

[542] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 87; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 35.

[543] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 46; Géniaut, **Proportionnalité**, 78; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 123.

işçilerin haklarına yapılan bir müdahaleye karşı bir kalkan görevi görür; diğer açıdan işverenin müdahale niteliğindeki uygulamalarına meşruiyet kazandırır. Ölçülülük, kuşkusuz bu özelliği nedeniyle, gerçek bir denge ve denetim aracı olarak nitelendirilmekte; iş hukukunda da işverenin yetkilerinin denetimi aracılığıyla, işverenin menfaatleri ile işçilerin hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin kurulmasına hizmet etmektedir.

Bu yapı içinde eşitlik ilkesinin, kendine özgü kurallara konu olması ve diğer tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada dikkate alınması gerekliliği karşısında, özel bir konumu bulunmaktadır[544]. Eşitlik ilkesinin bu niteliği, işverenin sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil eden diğer hak ve özgürlüklerden ayrı bir başlık altında incelenmesini gerektirmiştir. Sözleşme özgürlüğü ile eşitlik ilkesi arasında kurulması gereken dengede, işverenin sözleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırını yine ölçülülük ilkesi çizmekte; aynı ölçülülük ilkesi, işverene, eşitlik ihlal edilmeksizin, aynı konumdaki işçilere farklı davranabilme olanağı vermektedir. Bu kapsamda, öncelikle eşitlik kavramının ve iş hukukundaki görünümü olan işverenin eşit davranma borcunun içeriği belirlenmeden; bunun işverenin sözleşme özgürlüğü ile ilişkisi ortaya konulamayacaktır. Eşitlik ve sözleşme özgürlüğü ilişkisinde, işçiler ve işverenin karşılıklı menfaatlerinin hangi noktada uyumlaştırılmış sayılacağı; böylece her birinin ne oranda sınırlamalara tabi olacağı, ancak ölçülülük ilkesi sayesinde belirginlik kazanacaktır.

II. Sözleşme Özgürlüğü ve İş İlişkisi Açısından Sınırları

Borçlar hukukuna hakim olan irade özerkliği ilkesi[545], özgür bir varlık olan bireye, kişisel ilişkilerini, özgür iradesine göre düzenleme hususunda genel bir yetki tanımaktadır[546]. İrade özerkliğine işlerlik kazandıran en önemli hukuki araç ise kuşkusuz, sözleşmedir. Sözleşmede, taraf iradelerine atfedilen önemin bir yansıması olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi ise, irade özerkliğinin doğal bir sonucudur[547]. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte sözleşme

---

[544] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221.
[545] Fin-Langer, **L'équilibre contractuel**, 31; Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, 49 vd.
[546] Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16-18; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23-27; Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, 49 vd.
[547] Cabrillac, **Droit européen comparé des contrats**, 30; Raymond Legeais, **Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative**, 2e édition, Paris, Litec, 2008, 280 vd.

yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü içerir[548].

İş ilişkisi de, sözleşmesel bir ilişki olup; işçi ve işveren, bu sözleşmenin taraflarıdır. Bu kişiler, iş sözleşmesinin tarafı olma sıfatını taşımalarından bağımsız düşünüldüğünde, özgürdürler ve eşit düzeyde hak ve özgürlüklere sahiptirler[549]. Ne var ki, bu iki özgür ve eşit bireyden biri için, iş sözleşmesinin tarafı haline gelerek "işçi" sayılmasının, çok önemli hukuki etki ve sonuçları olacaktır. Çünkü özgür bir birey olarak, iş sözleşmesinin tarafı olduğunda, işçi, menfaatlerinin açıkça çatıştığı bir başka bireyin otoritesi altında çalışmayı kabul etmektedir[550]; ki bu durum, iş hukukunun barındırdığı temel çelişki olarak nitelendirilmektedir[551].

Özgür ve eşit bireylerin, söz gelimi bir vekalet sözleşmesinin tarafları olması varsayımında, aralarındaki, eşit düzeyde hak ve özgürlüklere sahip özgür bireyler olma biçimindeki denge varlığını sürdürecektir. Ancak bu iki bireyin, iş sözleşmesinin tarafları olarak, işçi ve işveren haline gelmesi varsayımında, işte bu denge değişecektir.

İşçinin, işverenin otoritesi altında ve böylece işverene "bağımlı" çalışmayı kabul etmesi, iş ilişkisini bir sözleşme olmaktan çıkarmasa da; bu ilişkiyi, kuşkusuz, aynı zamanda bir güç ilişkisi haline getirecektir. Sözleşme ve otorite/güç kavramları, aslında çok sık olarak bir arada rastladığımız kavramlar değildir[552]. Ancak iş ilişkisinin bu benzersiz niteliği, iş ilişkisiyle demokratik toplum yapısı arasında ortak noktalar oluşturmaktadır. Bu ortak noktalardan ilki, otorite/güç kavramı ise;

---

[548] Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23-24; Cabrillac, **Droit européen comparé des contrats**, 30; Fin-Langer, **L'équilibre contractuel**, 52.

[549] Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 94; Engin, **İşletme Gerekleri**, 26.

[550] İşçinin, işverenin otoritesi, diğer bir ifadeyle emir ve talimatları altında çalışmasına ilişkin bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 118; Süzek, **İş Hukuku**, 375-376; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 102-103; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 123-125; Kübra Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail, Etude de droit suisse et de droit français**, Genève, Schulthess, 2005, 72.

[551] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 95.

[552] Sözleşme kavramı, hukuk süjeleri arasında eşitliği öngörmesine karşın; daha çok kamu hukuku terimi olarak düşünülebilecek olan yetki/otorite/güç kavramı, tek yanlılığı ve eşitsizliği barındırır. Uzun süre bu kavramların birbirini dışladığı düşünülmüşse de, günümüzde kavramlar arasındaki zıtlık, keskinliğini kaybetmiştir. Bu keskinlik, yerini, uyumlaştırmaya ve böylece birlikte var olabilmeye bırakmıştır. Bkz. Lokiec, **Contrat et pouvoir**, 21 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 663 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 197; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 158-159; Sözleşmesel bir ilişkinin taraflarından birine de, hukuki olarak bu yetkinin tanınabileceğinin en açık örneği olarak, işverenin yetkileri için ayrıca bkz. Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 19 vd. Collet-Thiry, **L'encadrement contractuel de la subordination**, 40 vd.

demokratik toplum yapısının gereği olarak ikinci ortak nokta, kuşkusuz, bu otoritenin/gücün sınırlarının çizilmesi gerekliliği biçiminde karşımıza çıkacaktır[553]. Artık işverenin işyerindeki otoritesi mutlak olarak algılanmadığı ve kendisine tanınan yetkiler, bizzat bu yetkilerin amacıyla sınırlı olduğu için, demokrasi düşüncesinin, işyerinin duvarlarından içeri girdiği söylenmelidir. Eşit durumdaki bireyler arasındaki sözleşme ilişkilerinin, tarafların özgür iradelerine bırakılmasından farklı olarak; iş ilişkisinde, taraflar arasındaki eşitsizlik, temel hakların uygulama alanı bulmasını zorunlu hale getirmektedir[554].

Böylece günümüzde iş hukukunun gelişiminin en belirleyici amacı, kendi iradesiyle işveren otoritesi altında çalışmayı kabul eden işçinin, "işçi" olmasının yanında ve ötesinde, "insan" olarak sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin korunması biçiminde görünüm kazanmaktadır. Bu koruma ise, demokrasinin geliştiği iki değer ekseninde ortaya çıkmaktadır[555]: Eşitlik ilkesi ile temel hak ve özgürlükler.

Görüldüğü gibi, bu iki değerin ön plana çıkması, rastlantı değildir. Özgür bir bireyin, iradesiyle, bir diğerinin hukuki anlamda yetkisine tabi olmayı kabul etmesi, yani bağımlılık ilişkisi, eşitlik ve özgürlük ilkeleri ile karşıtlık içerir[556]. Bağımlı çalışan işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, insan onurunun korunması anlamına gelmekte; bizzat kendisi bir temel hak olarak nitelendirilen eşitlik ise, kişilerin, insan onuru ve sahip olunan haklar açısından eşit olmasına işaret etmektedir[557]. İş hukukunda, eşitlik ve özgürlük kavramları, işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin algısında; bunun sınırları ve denetimine yaklaşımda, birer dönüm noktasıdır.

Bu nedenle, rıza gösterilen işveren yetkisinin iki temel sınırını oluşturan eşitlik ve özgürlük, çalışmamızın da iki ana konusunu oluşturmaktadır.

Yetkinin, eşitlik ve özgürlükle olan ilişkisi ise, bir ölçülülük ilişkisidir. Diğer bir ifadeyle, bu ilişki, karşılıklı sınırlamayı ve denge arayışını içerir. İş ilişkisinde de ölçülülüğün bu işlevi, iş hukukunun varlık nedeniyle birebir örtüşmektedir. Zira, işçinin, gerek kolektif, gerek bireysel hak ve özgürlüklerinin, güç/yetki karşısında

---

[553] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 152; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 96, 104; Emmanuel Dockès, "Pouvoir patronal et démocratie", **Semaine sociale Lamy Supplément**, 11 février 2008, n° 1340, 86; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 34.
[554] Ertürk, **Temel Haklar**, 42.
[555] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 95; Ertürk, **Temel Haklar**, 96 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710 vd.
[556] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221.
[557] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 711.

korunması, bireysel ve toplu iş hukukunun varlık nedenini oluşturmaktadır[558]. Nitekim, iş hukukunun işçiyi koruma işlevi, işveren yetkilerine sınırlar getirilebilmesi ölçüsünde gerçekleşebilmektedir[559].

O halde yetki, iş hukukunun merkezinde yer alan; iş hukukunun var olma gerekçelerinin başında gelen bir kavram olup[560]; iş ilişkileri, özde, yetki ya da otorite temeline yaslanır[561].

Yetkinin, eşitlik ve özgürlükle olan ölçülülük ilişkisinin çözümlenmesi, kavramlara ve aralarındaki ilişkiye daha yakından bakmayı zorunlu kılmaktadır.

1. İş ilişkisinde yetki ve yetkinin sınırlandırılması

İşverenin yetkisi, hem ekonomik düzen içinde bir girişim yetkisi; hem de iş ilişkisinde, işçiler üzerinde etkili olan bir yetki görünümü taşır[562]. Bu yönüyle işveren, işçinin istihdamını sağlayan ekonomik araçları elinde bulundurduğu için ekonomik ve fiili bir güce sahip olduğu gibi; bu fiili gücünden mutlaka ayırt edilmesi gereken, kaynağı hukuki olan ve işçiler üzerinde sonuç doğuran hukuki işlemler yapma yetkisini de haizdir[563]. Daha çok ekonomik güce dayalı fiili yetki ile işçilerin durumunu etkileyen hukuki işlemler yapma yetkisinin birbirinden ayırt edilmesinin gereği ve önemi, bu yetkinin yargısal denetiminde kendisini göstermektedir.

İşveren, Anayasanın 48. maddesi uyarınca, dilediği alanda girişimde bulunma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğundan; işletmesi ile ilgili ekonomik, teknolojik, üretim ve yatırıma ilişkin konularda karar alma özgürlüğüne de sahip bulunmaktadır. Bu yöndeki karar yetkisi, işverenin genel anlamda işletmesinin ekonomik geleceğine ilişkin kararlar alabilmesi anlamına geldiğinden, "*işletme yetkisi*"[564] biçiminde de ifade edilmektedir. İşveren, bu kapsamda, işletmesinin verimini, sürekliliğini, mali getirisini ve yükünü göz önünde bulundurarak, kendisi açısından daha yararlı olan ya

---

[558] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 152; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 96; Süzek, **İş Hukuku**, 16-18, 93; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 21-27; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 3; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 10.
[559] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 163.
[560] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 1; Emmanuel Dockès, "Le pouvoir dans les rapports de travail", **Dr. soc**. N° 6 Juin 2004, 621.
[561] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 152.
[562] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 2; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 15 vd.; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 164 vd.
[563] Dockès, "**Le pouvoir dans les rapports de travail**", 621; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 16 vd.
[564] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 165; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 98. Benzer yönde, işletmesel karar özgürlüğü ifadesi de kullanılmaktadır (Engin, **İşletme Gerekleri**, 26).

da olmayan "*işletmesel kararlar*" alabilecektir. İşverenin ekonomik açıdan ne derece yerinde kararlar aldığı konusu ise, yargı denetimi konusu olamayacaktır[565].

Gerçekten, işverenin ekonomik ve fiili gücüne dayalı bu işletmesel kararları, yargıç tarafından isabet taşıyıp taşımama açısından denetlenemeyecekse de; işverenin bu kararlarının, yalnızca işletmesinin iktisadi geleceğini etkilemediği açıktır. İşverenin işletmesel kararlarının, çoğu kez, işçiler üzerinde de kaçınılmaz etkileri olacaktır[566]. Bu nedenle, ekonomik tercihlerin, işçilerin hukuki durumunu etkilediği noktada; işletmesel nitelikteki kararın iş sözleşmesi üzerindeki sonuçlarının, yargıç tarafından denetlenmesi zorunlu hale gelecektir[567]. İşverenin ekonomik ve fiili gücünün uzantısı olan işletme yetkisi, böylece ancak iş sözleşmesine olan somut etkileri oranında yargısal denetim konusu olmaktadır.

Buna karşın, işverenin, bu fiili gücünden ayırt edilmesinin önemli olduğunu vurgulamaya çalıştığımız, işçiler üzerinde etki doğuran hukuki işlemler yapabilmesi anlamında "yönetim yetkisi"; her zaman ve doğrudan işçilerin hukuki durumunu ilgilendirdiğinden, kaçınılmaz olarak sınırları çizilmesi ve yargıç tarafından denetlenmesi gereken bir yetkidir. Zira bu yetki, işverenin, iş sözleşmesi süresince alabileceği tek taraflı kararlar bütünüdür[568].

Gerçekten, yönetim yetkisi, işverenin, işin nerede, nasıl, ne zaman, hangi sıraya göre yürütüleceği ve işyerinin düzeniyle güvenliğine ilişkin tek taraflı kurallar koyabilme, düzenlemeler öngörebilme yetkisi biçiminde ifade edilmektedir[569]. Diğer bir deyişle, işverenin bu yetkileri, iş ilişkisinin devamı süresince, işçilerin iş görme edimlerini somutlaştıracak emir ve talimatlar ile işçi hakkında ya da işçilerin

---

[565] Bkz. Devrim Ulucan, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", **İş Güvencesi ve İşe İade Davaları,** Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 10 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 142, 144 vd.; Güzel, "**Ultima Ratio**", 166; aynı yazar, "**Yetki ve Sözleşme**", 165; Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, 108; Muhittin Astarlı, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", **Sicil**, Mart'10, 83; Özdemir, "**Dürüstlük Kuralı**", 59.

[566] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 98; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 139 vd. ve özellikle 160 vd.; Kar, "**Yargısal Denetim**", 108 vd.

[567] Engin, **İşletme Gerekleri**, 36 vd., 70 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 158 vd.; Güzel, "**Ultima Ratio**", 167 vd.; aynı yazar, "**Yetki ve Sözleşme**", 165; Kar, "**Yargısal Denetim**", 111 vd.; Astarlı, "**İşletme Gerekleri ve Kısa Çalışma**", 83; Özdemir, "**Dürüstlük Kuralı**", 60 vd.

[568] Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 9-11; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 165; Süzek, "**Yönetim Hakkı**", 226; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 14; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161.

[569] Süzek, **İş Hukuku**, 91; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 225; Tuncay, **Eşit Davranma**, 158; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 199-200; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 23; Engin, **İşveren**, 85; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 662 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161 vd.

davranışları hakkında kararlar biçiminde yansıyan, işyerinin düzen ve güvenliğine ilişkin kararlar ile somutlaşır[570]. Nitekim TBK m. 399 hükmü de, "*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar*." yönündeki düzenleme ile, öğretide öteden beri ifade edilen bu hususu pozitif düzenlemeye kavuşturmuştur[571].

Bu yönüyle, klasik anlamda işverenin yetkisi, "yönetim", "düzenleme" (normatif) ve "disiplin" yetkisi başlıkları altında ele alınmakla birlikte[572]; esasında, bir bütün olarak, işverenin, işletmesini yönetme gücü doğrultusunda, hukuki işlemler yapabilmesini ifade eder. Böylece, işverenin normatif ve disiplin yetkisi, karar alma, emir ve talimat verme biçiminde somutlaşan yönetim yetkisinin doğal uzantılarıdır[573]. Zira işverenin normatif yetkisi, karar, emir ve talimatların süreklilik ve genel nitelik taşıması; disiplin yetkisi ise, öngördüğü kurallara aykırılık halinde yaptırım uygulayabilmesi anlamına gelir. İşverenin, yönetim yetkisi, organize etme/yönetme, kurallar koyabilme ve disiplin yaptırımları uygulayabilme yetkilerinin yanında, aslında bunların uygulanabilmesinin bir gereği olarak, izleme, denetleme ve işçinin performansının değerlendirilmesi yetkilerini de kapsar[574].

İş ilişkisinde, geniş anlamıyla işverenin yönetim yetkisi olarak adlandırılan bu yetki, sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olmakla birlikte; kaynağını iş sözleşmesinden alır[575]. Yönetim yetkisinin, iş ilişkisinin karakterinden doğduğu[576] veya temelinin bağımlılık ilişkisi[577] olduğu da ifade edilmektedir.

---

[570] Bkz. Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 12; Süzek, **İş Hukuku**, 91; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 226; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 102; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 96; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 182; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 15.

[571] Doğan Yenisey, Kübra, "Hizmet Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler** (der. Doç. Dr. Murat İnceoğlu), İstanbul, XII Levha, 2012, 309; Süzek, **İş Hukuku**, 375 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 231 vd.; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 98.

[572] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 662; Cornesse, **Proportionnalité**, 122; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 163; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 96; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 44 vd.

[573] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 662; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 154; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 97.

[574] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 704 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 32-33; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Değerlendirme", **Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, Seçkin, 355 vd.

[575] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 662; Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 12; Süzek, **İş Hukuku**, 90; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 226; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 155, 158 vd.; aynı yazar, "**Yetki ve Özgürlük**", 96; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 159, 182; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 10. Yönetim yetkisinin kaynağını açıklayan iki temel kuram, "müessese kuramı" ve "sözleşme kuramı"dır. Bunlardan ilki, artık terk edilmiş olup; sözleşmenin, işveren yetkilerinin hem kaynağı, hem de sınırını oluşturduğu çoğunlukla kabul edilmektedir (Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161-

İşveren yetkisinin kaynağının, iş sözleşmesi olduğunun tespiti ise, şu sonuca varmayı gerektirir: Sözü edilen bu yetki, "*işçinin iradesi ölçüsünde ve sınırıyla hukuki bir meşruiyet*" kazanacaktır[578]. Bu nedenle işverenin yetkisinin kaynağı olan iş sözleşmesi, aynı zamanda bu yetkinin en belirgin sınırını da oluşturmaktadır[579]. Bu durum, benzer biçimde, sözleşme taraflarının, işin yürütümü ve işçinin davranışlarına ilişkin esasların, başka bir düzenlemenin konusu yapılmamış olması koşuluyla işverence düzenlenebileceği hususunda anlaşmaları biçiminde de ifade edilmektedir[580]. Kaldı ki, iş sözleşmesinin ve iş görme borcunun niteliği, tarafların, süreklilik arz eden bu ilişki süresince karşılaşabilecekleri her olasılığı, ayrıntısıyla öngörmesine ve düzenleme konusu yapmasına olanak tanımaz[581]. Bu nedenle işverenin, işyerinde organizasyon yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, işçilerin, işyerinde bir plan dahilinde birlikte çalışabilmeleri doğrultusunda, işverenin bu yetkiye sahip olması doğal karşılanmaktadır[582]. İşverenin kim olduğunun belirlenmesinde de, yönetim yetkisinin, en etkin kıstas olduğu belirtilmektedir[583].

Yönetim yetkisinin kaynağı ve işverene tanınmasının nedeni, aynı zamanda bu yetkinin sınırlarını da ortaya koymaktadır. İşverenin, işletme riskini üstlenmesi nedeniyle, yönetim yetkisine sahip olması da olağan görülmektedir; ancak, bu yetkinin de sınırsız olmayacağı açıktır[584]. Gerçekten, işverenin yetkisinin

---

162; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 664-667). Yönetim yetkisinin hukuki dayanağı konusunda farklı görüşler için ayrıca bkz. Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 29 vd.; Engin, **İşveren**, 52 vd.; Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail**, 77 vd.; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 101 vd.; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 5-10; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 155-158; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 44.

[576] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 199.

[577] Doğan Yenisey, La modification du contrat de travail, 63; Fevrier, Pouvoir de contrôle, 15.

[578] Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 160; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 666.

[579] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 162; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 662; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 160 vd.; Ayşen Pusatlı, "Fransız Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması Halinde İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırı", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 2.

[580] Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 22; Süzek, **İş Hukuku**, 90; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 225; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 182; Engin, **İşveren**, 69.

[581] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 199; Süzek, **İş Hukuku**, 90; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 225; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 22; Engin, **İşveren**, 69, 85; Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail**, 71; Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, Seçkin, 107; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 3; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 182; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 673.

[582] Tuncay, **Eşit Davranma**, 158.

[583] Engin, **İşveren**, 70; K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", **Sicil**, Haziran'08, 55.

[584] Devrim Ulucan, "Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması", **Kamu-İş**, C.5, S.3/2000, 194; Pusatlı, "**Yönetim Yetkisinin Sınırları**", 2 vd.

rasyonelleşmesi, bu anlamda da, bu yetkiye dayanan işlem ve uygulamalarının sınırlarını belirleyen bir hukukilik çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir[585].

Tarafların, önceden düzenleme konusu yapmadığı ya da yapamayacağı konularda işverenin bazı kararlar alabilmesinden söz edildiğine göre, yönetim yetkisi, iş ilişkisini düzenleyen normlar arasında, hiyerarşik açıdan en sonda yer alır[586]. İşveren, yönetim yetkisini; anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve ekleri ile işyeri uygulamalarına aykırı olmadığı sürece veya hakkında düzenleme olmayan konularda kullanabilmektedir. Bu nedenle yönetim yetkisi, sahip olduğu işlevi ve önemine karşın; hukuki gücü açısından zayıf olarak değerlendirilmektedir[587]. Şu halde, işçinin iş görme edimi, ne ölçüde düzenlemeye konu olmuşsa, işverenin yönetim yetkisinin kapsamı da o ölçüde daralmaktadır[588]. Hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin genel sınırlama getiren TBK m. 27 hükmü[589], elbette yönetim yetkisinin kullanılması söz konusu olduğunda da uygulanacaktır. Böylece yönetim yetkisine dayalı yapılan hiçbir işlemin, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması; konusunun ise imkansız olmaması aranacaktır[590].

Bunun yanında, işçi, yalnızca iş sözleşmesi ile üstlendiği borcu yerine getirme amacının gerektirdiği ölçüde işveren otoritesini kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle, işçi, özgürlüklerinin, yalnızca kısmen ve işletmenin işleyişi için gerekli olan düzeyde sınırlanmasına rıza göstermektedir[591]. Bu nedenle, işverenin bundan kaynaklanan yetkisinin, iş görme ediminin kendisiyle de sınırlanmakta olduğu ifade edilmektedir[592]. Bu durum, yönetim yetkisinin, kendi amacıyla sınırlı olduğu

---

[585] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 14.
[586] Süzek, **İş Hukuku**, 90, 93; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 229; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 199; Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 82; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 23; Tuncay, **Eşit Davranma**, 158; Engin, **İşveren**, 72; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 181; Yıldız, **Eşit İşlem**, 207; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 107; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 182; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 27; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 45; Deniz Ugan Çatalkaya, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence 'Ulaşılabilir Olmama' Hakkı", **İÜHFM**, C. LXXIV, Yıl 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, 738.
[587] Taşkent, **Yönetim Hakkı**, 9 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 22.
[588] Süzek, "**Yönetim Hakkı**", 230; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 108; Engin, **İşveren**, 70.
[589] Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 122-123; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 81-90.
[590] Süzek, **İş Hukuku**, 94; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 230-231.
[591] Gérard Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, Paris, La documentation française, 1992, 115.
[592] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 108. Aynı yönde, İsviçre Hukukunda da, işverenin yönetim yetkisinin sınırlarını ortaya koyma açısından başvurulan en temel kıstaslardan biri, iş görme ediminin somutlaştırılmasıdır (Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail**, 80-81).

biçiminde de açıklanabilir[593]. İşin yürütülmesi ile işyerinde düzen ve güvenliğin sağlanması amacıyla işverene tanınan bu yetki, sadece bu amaca uygun olarak, bu amaç doğrultusunda kullanılabilecek; işçinin iş ilişkisinin dışında kalan yaşam alanına ilişkin bir konuda işveren, herhangi bir otoriteye sahip olamayacaktır. İşçi, iş görme edimiyle ilgili olmayan konularda, işverenle eşit, işverenin otoritesinden bağımsız bir yurttaş sayılmaya devam edecektir[594]. Diğer bir deyişle, işçinin iş görme edimi ile bağlantılı olmayan davranışları ve kişisel yaşamı, işverenin talimat veremeyeceği alanları oluşturmaktadır[595].

Bu anlamda, bağımlılık kriterinin de, hem hukukumuz, hem de İsviçre ve Fransız Hukukları açısından, işverenin yönetim yetkisinin sınırını oluşturduğu vurgulanmaktadır[596]: Zira, işçinin eğitimi, uzmanlığı, yaptığı işin niteliği gereği, işverenin bu konuda teknik bilgisinin olmasının beklenemeyeceği hallerde; işverenin, iş görme edimini somutlaştıracak, şekillendirecek talimatlar verebilmesi söz konusu olamayacaksa da; işçi halen işverenin iş organizasyonu içinde çalışmakta olup, işveren ise bu organizasyonu yönetme yetkisine sahip bulunmaktadır.

Her hakkın, dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiğinden, yönetim yetkisini kullanan işveren de, bu yetkisini kötüye kullanmamalıdır[597]. Nitekim, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321d hükmünün[598] temel teşkil ettiği, TBK m. 399 hükmü, işverenin genel düzenlemeler yapma ve özel talimatlar verme yetkisini öngörürken; işçilerin bunlara dürüstlük kuralının gereği ölçüsünde uymakla yükümlü

---

[593] Süzek, **İş Hukuku**, 94; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 231; Engin, **İşletme Gerekleri**, 27; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 30; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 45.

[594] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 115.

[595] Süzek, **İş Hukuku**, 94. Buna karşın öğretide, iş dışındaki davranışların, iş üzerinde zararlı bir etkiye yol açacak nitelikte olması halinde; işverenin, işçinin iş dışı davranışlarına ilişkin talimatlar da verebileceği ve bunlara uyulması gerektiği de belirtilmektedir (Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 103). Aksi yönde, bizim de katıldığımız görüşe göre ise, işçinin iş yaşamı dışındaki davranışlarına ilişkin olarak işverenin yönetim yetkisinin ve dolayısıyla talimat verme yetkisinin varlığından söz edilmemesi daha isabetli olur. İşçinin işyeri ve çalışma saatleri dışında, işyerindeki faaliyeti olumsuz etkileyebilecek bazı davranışlardan kaçınması, işçinin sadakat borcunun bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır (Süzek, **İş Hukuku**, 94).

[596] Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail**, 71-72, 76.

[597] Süzek, **İş Hukuku**, 94; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 231; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 23; Engin, **İşveren**, 71; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 109; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 28 vd.; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 182-185; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 29; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 185.

[598] Edwin Schweingruber, **Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations**, Berne, 1975, 56; Christiane Brunner/ Jean-Michel Bühler/ Jean-Bernard Waeber/ Christian Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 3e édition mise à jour et complétée, Fribourg, Documents de l'Union syndical suisse, 2010, 72 vd.; Rémy Wyler, **Droit du travail**, 2e édition revue et complétée, Berne, Stämpfli, 2008, 301 vd.; Doğan Yenisey, **La modification du contrat de travail**, 80-81.

olduğunu ifade etmektedir. Her somut durumda işverenin talebinin, yönetim yetkisi kapsamı içinde kalan ve işçi tarafından yerine getirilmesi zorunlu bir talep olup olmadığı değerlendirilirken, işçiden bu talimatı yerine getirmesinin dürüstlük kuralına göre beklenip beklenemeyeceği tartılacaktır: Örneğin, işverence verilen talimat, işin görülme tarzına mı ilişkindir; yoksa işveren tarafından yapılan bir iş türü değişikliği mi söz konusudur[599]?

Görüldüğü gibi, işverenin yönetim yetkisinin, işçilere, yalnızca bazı emir ve talimatlar verilebilmesi anlamına geldiği yanılsamasıyla, çok dar bir kapsamda değerlendirilmesi hatalı olur[600]. İşverenin yönetim yetkisi uyarınca öngörebileceği kurallar, uygulayabileceği yaptırımlar, işçilerin hak ve özgürlüklerini doğrudan etkilemekte, bunları ihlal etme tehlikesi taşımaktadır. Bu tehlikenin karşısında, yetkinin de sınırlamaya tabi olması kaçınılmaz olacaktır. Gerçekten, 20. yüzyılın ilk yarısında, varlığı kabul edilen işverenin yönetim yetkisinin; aynı yüzyılın ikinci yarısında, sınırlarının çizilmesi ihtiyacının gündeme gelmesinin temel nedeni, bu yetkinin üzerinde etkili olduğu kişilerin korunması amacı olmuştur[601].

Bu doğrultuda, çalışmamızın bu bölümü ve izleyen bölümünde ayrıntısıyla açıklanmaya çalışılacağı üzere, iş sözleşmesinin kendine özgü niteliğinden doğan, işverenin, eşit davranma[602] ve işçiyi gözetme borcu[603]; demokratik toplumda otoriteyi sınırlayan eşitlik ve özgürlük kavramlarına benzer biçimde[604], işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin en önemli sınırlarını oluşturmaktadır. Bu sınırlar, iş hukukunun gelişim çizgisinde, işçinin, işyerinde ve dışında her şeyden önce bir insan olarak algılanmaya başlanmasına işaret etmektedir.

Nitekim, önceleri işverenin yetkilerinin yaslandığı doğal bir dayanak noktası gibi algılanan işletme menfaati kavramı, 1980'li yılların başında, sorgulanmaya ve artık bu yetkilerin bir sınırı olarak görülmeye başlanmıştır[605]. İşletme menfaati kavramı aracılığıyla yargıcın denetim olanakları gelişme göstermiştir[606]. Zira işletme

---

[599] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 109.
[600] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 99.
[601] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 33.
[602] Tuncay, **Eşit İşlem**, 213; Ertürk, **Temel Haklar**, 113-114; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 96 vd.
[603] Süzek, **İş Hukuku**, 94; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 231-232; Engin, **İşveren**, 71; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 30; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 739 vd.
[604] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 95; Ertürk, **Temel Haklar**, 96 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710 vd.
[605] Cornesse, **Proportionnalité**, 29; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 185 vd.
[606] Mekki, **L'intérêt général**, 415.

çatısı altında karşı karşıya gelen menfaatler dikkate alındığında, işletme menfaatinin karşısında, işçilerin hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği, çarpıcı bir gerçek olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, işverenin yetkilerinin sınırlanması noktasında yargıcın, işletmede verimlilik adına alınan ama işçilerin çok fazla özveride bulunması zorunluluğunu doğuran kararları geçersiz sayabileceği kabul edilmiştir[607]. İşte, işveren yetkilerinin dayandığı işletme menfaatinin tartışma konusu yapılması, karşılıklı menfaatler arasında denge arayışı, iş ilişkisinde ölçülülük gerekliliğinin gelişimini tetiklemiştir.

Nitekim, işletmenin verimli işleyişi ile işçilerin bireysel ve kolektif hak ve özgürlükleri arasında sürekli bir denge arayışının söz konusu olduğu iş ilişkisi, ölçülülüğün bu dengeyi kurmasının beklenebileceği sayısız olasılığı barındırmaktadır.

Karşı karşıya gelen zıt menfaatlerin birlikte varlığını sürdürebilmesi için "belli" ölçülerde sınırlamaya uğraması gerektiğinde, aslında sınırlamanın ölçüsü tam olarak "belli" olmadığından ve her defasında çatışan menfaatlerin farklılık taşıması ya da somut olayın koşullarının değişiklik göstermesi nedeniyle, sınırlamanın ölçüsünün belirlenmesinde, dinamik ancak bir o kadar da objektif bir araca ihtiyaç duyulacağı açıktır. İşte, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin hak ve özgürlükleri karşılaştığında da, sınırlamanın ölçüsünün, her somut olayın koşullarına göre belirlenmesini sağlayacak olan araç, ölçülülük ilkesi olacaktır.

2. İş ilişkisinde yetkinin sınırlandırılmasının ölçüsü

İşverenin, iş sözleşmesi kurma, iş sözleşmesini dilediği kişiyle kurma, sözleşmenin içeriğini, koşullarını belirleme ve sözleşmeyi sona erdirme biçiminde görünüm kazanan sözleşme özgürlüğü ve dolayısıyla yönetim yetkisinin de; iş hukukunun işçiyi koruma işlevinin etkisiyle sınırları çizilmektedir. Eşitlik ilkesi ile işçinin hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacı[608] karşısında, işveren otoritesinin sınırlarının çizilmesinin gerekliliği, günümüzde artık, tartışma konusu dahi değildir. Ne var ki, çözümü güç sorun, işverenin yetkilerine hangi ölçüde sınır getirileceği ve

[607] Cass. soc. 13 oct. 1977, n° 76-40.874, Bull. V, N° 492.
[608] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, 85.

bunun yansıması olarak, işçinin hak ve özgürlükler alanının ne ölçüde sınırlamalara uğrayacağıdır[609].

İşverenin yetkileri hangi çizgiye kadar uzanabilecek, işçinin hak ve özgürlükleri hangi çizgiden başlayacaktır? Yoksa bunların başlayıp bittiği çizgiler artık o kadar da belirgin olmadığı için, bunları bir bütün olarak, "*özgürlük içinde bağımlılık*" veya "*bağımlılık içinde özgürlük*" biçiminde mi[610] ifade etmek yerinde olacaktır?

İş ilişkisinin bu karmaşık ve çelişkili yapısı içinde, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin hak ve özgürlükleri arasındaki ilişki, karşılıklı sınırlama ve bu sayede bir denge arayışını içerir. Daha önce de belirtildiği gibi, bu ilişkide, işçi ve işverenin menfaatlerinin uğrayacağı sınırlamanın ölçüsü ise, ölçülülük ilkesi olacaktır. Ölçülülük ilkesi ve bunun sağladığı denetimin yapısı, işlevleri, genel hatlarıyla ilk bölümde ele alındığı için, çalışmamızın bu ikinci bölümü, iş ilişkisinde eşitlik; izleyen üçüncü bölümü ise, özgürlük ekseninde, bu ölçülülük ilişkisinin incelenmesine ayrılmıştır.

İş ilişkisinde, bağımlılık ve özgürlük ilişkisinde, ölçülülüğün ayrıntılarına girmeden önce, izlenecek yöntemin bir bütün olarak ortaya konulması isabetli olacaktır: İş ilişkisinde ölçülülüğü ele alan bu çalışmanın temel amacı, işverenin sahip olduğu güçten faydalanarak, işçinin hak ve özgürlüklerine gereğinden fazla müdahale etmesine engel olabilecek bu denetim aracının esaslarını açıklayabilmektir. Ölçülülük mekanizmasının ayrıntılarına girmeden önce, ilk bakışta, bize bunun panaromasını verebilecek bir araç ise, Fransız İş Kodu'ndaki pozitif düzenleme olacaktır.

Fransız Hukukunda, sözünü ettiğimiz gibi eşitlik ve özgürlük ilkelerinin dinamiğiyle, işverenin "kutsal" farz edilen yetkilerinin sınırlanması[611], pozitif düzenlemeye konu olmuştur. Bu düzenleme, işyerindeki uygulamaların, özellikle teknolojinin gelişmesinin de etkisiyle, işçilerin temel hak ve özgürlükleri ile insan onurunu giderek daha fazla zedeleyen uygulamalara dönüşmesine tepki olarak

---

[609] Géniaut, **Proportionnalité**, 397 vd.; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 154 vd.; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 95.

[610] Bu nitelendirme, Fransız Hukukunda, Prof. Dr. Gérard Lyon-Caen tarafından, Çalışma Bakanlığı'na sunulmak üzere hazırlanan, kamu özgürlükleri ve istihdamı konu alan raporda yapılmış; nitekim, yetki ve özgürlüğün, iç içe geçme durumu, bu rapor ışığında, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahalenin sınırı olması açısından ölçülülük ilkesinin İş Kodu'na bir hükümle eklenmesi sonucunu doğurmuştur. (Bkz. Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 117).

[611] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222.

öngörülmüştür[612]. Gerçekten, yapılan işin gerektirdiği uzmanlığın düzeyi arttıkça, işçinin, bir açıdan daha bağımsız hareket edebildiği izlenimi doğabilecektir. Ancak bunun aksine işçi, giderek, daha yakından, daha iyi denetlenir hale gelmektedir[613].

Bu nedenle Fransız Hukukunda, işçinin, bağımlılık ilişkisi içinde temel hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunmasının gelişimi, son aşamada, 31 Aralık 1992 tarihli bir Yasa ile İş Kodu'na L. 1121-1 hükmünün eklenmesi sonucunu doğurmuştur[614]. Dilimize, "*Hiç kimse, işçinin, kişi hakları ile bireysel ve kolektif hak ve özgürlüklerine, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve izlenen amaç ile ölçülü olmayan bir sınırlama getiremez*. [615]" biçiminde tercüme edebileceğimiz bu pozitif düzenlemeye gelinceye dek; ilk olarak, işçinin bu hak ve özgürlüklerinin, işyeri iç yönetmeliğine karşı korunması gerekliliği dikkat çekmiştir[616].

Gerçekten, çalışmamızın ilk bölümünde de değindiğimiz, Fransız Danıştayının 1 Şubat 1980 tarihli *Peintures Corona* kararı[617] ile işyeri iç yönetmeliği, temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi gerektiği tespit edilen ilk özel hukuk işlemi sayılma özelliği kazanmıştır[618]. Danıştayın, işyeri iç yönetmeliğinin bu kapsamda denetlenmesi zorunluluğuna dikkat çekmesi üzerine[619], 4 Ağustos 1982 tarihli bir Yasa ile Fransız yasa koyucu, İş Kodu'na, hiçbir işyeri iç yönetmeliğinin, kişi hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve

---

[612] Géniaut, **Proportionnalité**, 86; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 122.
[613] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 10; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 7.
[614] Fransız Hukukunda, işçilerin işyerindeki özgürlüklerinin, gerçek anlamda bu Yasadan itibaren kabul gördüğü vurgulanmaktadır (Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 5; Philippe Waquet, "Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2010, 14 vd.; Antoine Lyon-Caen, "Libertés et contrôle dans l'entreprise", **RDT**, 2014.386).
[615] Art. L. 1121-1: "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Ayrıca bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 63 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 141 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 221 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 240; Verdier/ Coeuret/Souriac, **Rapports invidividuels**, 93 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 443.
[616] Géniaut, **Proportionnalité**, 125-128; Cornesse, **Proportionnalité**, 120; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 183, Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 89, 149; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 54; Waquet, "**Vie privée**", 14-15.
[617] CE, 1er février 1980, N° 06361, kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Dr. soc.**, 1980.310, conclusion A. Baquet; Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 138; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 89, 149 vd.; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 433; Evelyne Collomp, "La vie personnelle au travail, dernières évolutions jurisprudentielles", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2010, 40.
[618] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 183; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710-711, 795 vd.; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 122; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 53; Cornesse, **Proportionnalité**, 88-89; Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386; Waquet, "**Vie privée**", 14; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 60.
[619] Géniaut, **Proportionnalité**, 64; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 149; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 122; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 52-54; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 40.

izlenen amaç ile ölçülü olmayan bir sınırlama getiremeyeceği düzenlemesini eklemiştir (art. L. 1321-3 2)[620]. Bu hükümle, Fransız iş hukukunda, kişi hakları ile bireysel ve kolektif hakların yasal düzenlemelerde ilk kez yer bulduğu ifade edilmektedir[621]. Bu düzenlemenin ardından, Fransız Danıştayı, işçilerin özgürlüklerine ölçüsüz müdahale ettiğine kanaat getirdiği, işyerinde, iş ile ilgisi olmayan her türlü sohbeti yasaklayan[622]; işçilerin kişisel dolaplarının, içeriği ve durumunun kontrolü için her an açılabileceğini düzenleyen[623] veya her zaman işçilerin çanta ya da araçlarının aranabileceğini öngören[624] iç yönetmelik hükümlerinin iptaline karar vermiştir.

Temel haklara, "izlenen meşru amaç ile ölçülü sınırlamalar" getirme biçimindeki formülün, Fransız hukukçular tarafından tercih edilmesinde, AİHM'nin *Handyside*[625] kararındaki açıklamalarının etkili olduğu belirtilmektedir[626].

İşverenin yönetim yetkisinin ve esasında normatif yetkisinin bir ürünü sayılan, genel ve sürekli nitelik taşıyan kurallar içeren iç yönetmeliğin, işçinin hak ve özgürlüklerini sınırlayabilecek en belirgin araç olması nedeniyle[627], sınırlarının çizilmesi gündeme gelen ilk müdahale aracı olması da şaşırtıcı değildir. İç yönetmeliğin sınırlarını çizen işte bu hüküm, daha sonra, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahalenin kaynağının yalnızca iç yönetmeliklerle sınırlı

---

[620] Art. L. 1321-3 2: "Il (le règlement intérieur) ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché". Bu konuda ayrıntı için bkz. Yves Chalaron, **Règlement intérieur et notes de service**, Rép. trav. Dalloz, avril 2003 (dernière mise à jour juin 2014), § 2; Véronique Cohen-Donsimoni, **Réglement intérieur et autres normes patronales d'entreprise**, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 1-40. 29 vd.

[621] Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 432.

[622] CE, 25 janvier 1989, N° 64296, (www.legifrance.gouv.fr). Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 719; Waquet, "**Vie privée**", 16.

[623] CE, 12 juin 1987, N° 72388, (www.legifrance.gouv.fr).

[624] CE, 8 juillet 1988, N° 71484, 71542 (www.legifrance.gouv.fr).

[625] AİHM, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7.9.1976. Kararda, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin nasıl bir denetimi gerekli kıldığını açıklayan AİHM, basılı bir eserin gençler üzerinde olumsuz etkilerini engellemek için başvurulabilecek önlemlerin gerekliliği konusunda karar verirken, ölçülülük denetiminin kaçınılmaz olduğuna dikkat çekmiştir.

[626] Géniaut, **Proportionnalité**, 67.

[627] Fransız Hukukunda, Danıştayın etkisiyle, 1982 yılında İş Kodu'na eklenen pozitif düzenleme öncesinde, denetim konusu yapılmayan iç yönetmeliğin, bir özel hukuk kişisinin, diğeri üzerindeki yetkilerinin en uç örneği olarak nitelendirildiği ve eleştiri konusu yapıldığı da dikkat çekmektedir. Bkz. Gérard Lyon-Caen, "Une anomalie juridique: le règlement intérieur", **Rec. D. Sirey**, 1969, 40e cahier, Chronique XXXV, 247-250.

kalmayacağı gerçeği karşısında, az önce işaret ettiğimiz genel bir düzenlemeye, art. L. 1121-1 hükmüne kaynaklık etmiştir[628].

Söz konusu hükmün getiriliş amacı, kuşkusuz, işverene bağımlı olarak çalışmayı kabul eden ve böylece, bazı hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasına rıza gösteren işçinin, bu ilişkide, hak ve özgürlüklerinin gerektiğinden fazla sınırlanmasına engel olunmasıdır. Hükmün, İş Kodu'nun sistematiği içinde genel hükümler arasında yer alması ve içerdiği genel ifade, işçinin hak ve özgürlüklerinin korunmasının en ön planda tutulduğunun bir göstergesi olarak nitelendirilmektedir[629]. Gerçekten, hükme yakından bakıldığında, müdahaleyi gerçekleştirmesi olası özne açısından hiçbir sınırlama getirilmediği ve işyerindeki herkes tarafından gerçekleştirilebilecek olan aşırı müdahalenin önlenmeye çalışıldığı; iş ilişkisinin tüm yönlerinin bu kapsamda ele alındığı dikkat çekmektedir[630]. Zira bu kural, işvereni, işveren vekilini veya belirli herhangi bir kişiyi esas almaksızın, "hiç kimse" (*nul ne peut*) biçimindeki ifadeyi kullanmaktadır. Bu ifade, işe alım aşamasında, henüz o işçi adayının işvereni durumunda olmayan kişinin de, madde kapsamında değerlendirilmesini ve denetlenmesini sağlamaktadır[631].

Gereğinden fazla müdahaleye uğraması engellenmeye çalışılan haklar ise, "kişi hakları ile bireysel ve kolektif hak ve özgürlükler" biçiminde ifade edilmiş; bununla, hiç kimseyi dışarıda bırakmaksızın, temel hak ve özgürlüklerin kast edilmeye çalışıldığı vurgulanmıştır[632]. Önemle ekleyelim ki, Fransız Yargıtayı, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahalenin sınırını çizmeye çalışırken; hak veya özgürlüğün niteliğini tartışmaksızın, art. L. 1121-1 hükmünde yer verilen kalıbı kullanmakta, maddenin uygulanma alanına giren hakların sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmekte[633] ve örneğin işçinin dilediği gibi giyinme hakkına yapılan müdahaleyi[634]

---

[628] Géniaut, **Proportionnalité**, 67; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 183; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 711; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 89-90; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 432-433; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 122; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 53; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 60.

[629] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 90.

[630] Géniaut, **Proportionnalité**, 68, 110 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 712; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 90.

[631] Géniaut, **Proportionnalité**, 68.

[632] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 712; Cornesse, **Proportionnalité**, 91; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 166 vd.

[633] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 225; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 712-713; Géniaut, **Proportionnalité**, 89 vd.

[634] Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, karar ve değerlendirmesi için bkz. Pascal Lokiec, "Tenue correcte exigée, Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise", **Dr. soc.**, 2004.132. Ayrıca bkz. Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 165; Géniaut, **Proportionnalité**, 93 vd.

ya da işçinin bulunduğu konumun tespit edilmesi için uygulanan izlemeyi[635] bu madde kapsamında değerlendirebilmektedir. O halde, aşırı bir müdahaleye uğrayan hakkın, temel bir hak olup olmaması, L. 1121-1 hükmüne göre ölçülülük denetimi yapılması açısından bir etken sayılmamakta; bu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Sınırlanması, ölçülülük denetiminin konusu olan hak ve özgürlükler, bu açıdan, isimleri ya da kategorilerine göre değil, içeriklerine göre belirlenmektedir[636].

Maddenin uygulanma alanına giren müdahaleler arasında, işçinin bir hak ve özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurabilecek her türlü işlem ya da davranış sayılabilecektir[637]. Bunlar, bir hak ve özgürlüğü sürekli olarak kısıtlayan, rekabet yasağı, giriş-çıkışlarda arama, telefonların dinlenilmesi gibi bir karar, düzenleme, işlem, uygulama olabileceği gibi; dolapların kontrolü, bilgisayarda kayıtlı dosyaların açılması gibi anlık müdahaleler de olabilecektir. Dolayısıyla, müdahale ya da kısıtlama kavramı, içeriği itibariyle işçinin hak ve özgürlüğü ile uyumsuz ya da buna aykırı her işlem ya da davranışı kapsar niteliktedir[638]. L. 1121-1 hükmünde, esas önem taşıyan nokta, işçinin hak ve özgürlükleri ve bunların her tür müdahaleye karşı korunması olduğundan; maddede, müdahalenin kaynağının özellikle belirlenmediğinin ve ikinci planda kaldığının altı çizilmektedir[639].

Müdahalenin, bir hakkın ihlali sayılmaması, maddede, iki temel koşula tabi kılınmıştır: Müdahalenin yapılan işin niteliği ile açıklanabilir olması ve izlenen amaçla ölçülü olması. Bu koşullar, klasik olarak, sınırlamanın öncelikle, meşru bir gerekçeye dayanıp dayanmadığının tespit edilmesine ve meşru amacın varlığına kanaat getirildiği takdirde, yapılan uygulamanın amaçla ölçülü olmasının aranmasına işaret etmektedir.

Fransız Hukukunda, İş Kodu art. L. 1121-1 hükmünün yargıç tarafından uygulanmasında da, müdahalenin ölçülü olmasından anlaşılması gereken, ilk olarak, müdahalenin uygulanma alanının kesinlikle sınırlı olmasıdır[640]. Söz gelimi, işyerinde güvenlik gerekçesiyle işçilere alkol testi uygulanması olanaklı olabilecekse de; bu

---

[635] Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-18.036, Bull. 2011 V, N° 247.
[636] Géniaut, **Proportionnalité**, 97.
[637] Géniaut, **Proportionnalité**, 113; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 91.
[638] Géniaut, **Proportionnalité**, 114.
[639] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 91.
[640] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 715.

testin yalnızca alkollü olmanın güvenlik tehdidi yaratabileceği tehlikeli işlerde çalışan işçilere yapılması, uygulamanın ölçülü olmasını sağlayacaktır.

Müdahalenin ölçülü olması, diğer yandan, izlenen amacı gerçekleştirmek için başvurulan uygulamanın, mümkün olan en az sınırlayıcı uygulama olması anlamını taşır[641]. Örneğin işveren, işçilerin haklarına daha az müdahale eden -metal detektörü, x-ray cihazı gibi- bir araçla dahi güvenliği sağlama amacını gerçekleştirebiliyorsa; ayrıca üst araması, çantaların, araçların aranması gibi başvuracağı yöntemler ölçülü sayılamayacaktır. Bu durum, aşırılık denetimi olarak da ifade edilebilmektedir: Yapılacak işin sağlık ya da güvenlik gerekçeleri gerektirmemesine karşın, işçinin salt işe yatkınlığını belirleme amacıyla, DNA tespitine dahi olanak veren tükürük örneği alınması; işçinin kişilik haklarına aşırı bir müdahale teşkil edecektir[642]. Ölçüsüz bir müdahalenin yaptırımı ise, kuşkusuz müdahalenin geçersizliği ve doğmuş olan zararların tazmini biçiminde ortaya çıkacaktır[643].

Buna karşın, meşru bir amaca yönelik müdahale, amacın gerçekleşmesi için elverişli, gerekli ve oranlı olduğu yani ölçülü bulunduğu takdirde, işçinin hak ve özgürlüğüne getirilen sınırlama, hukuka uygun sayılabilecektir. Böylece ölçülülük mekanizması, müdahaleyi sınırladığı gibi, müdahalenin meşru sayılmasını da sağlayan bir yapı sergilemektedir.

Başta işaret ettiğimiz gibi, işletme, demokratik topluma benzer biçimde, eşitlik ve özgürlük kavramlarının etkisiyle, otoritenin sınırlanmasına tanık olmaktadır. İşte, işçilerin eşitlik ilkesi ve özgürlük ekseninde korunmaya değer menfaatlerinin, işverence sınırlanmasının sınırı ve meşruiyeti, işleyiş mekanizmasını ortaya koymaya çalıştığımız ölçülülük ilkesi aracılığıyla belirginlik kazanacaktır. Bu kapsamda, otoritenin ilk sınırı olarak eşitlik kavramı ve bunun işverenin yetkileri ile olan ölçülülük ilişkisi izleyen başlıklarda inceleme konusu yapılmıştır.

§6. EŞİTLİK KAVRAMI: İŞLEVLERİ VE TERMİNOLOJİ

I. Eşitliğin Çok Yönlü İşlevi

Kural olarak özel hukuk ilişkileri, sözleşme taraflarına, eşitlik ilkesi ile bağlı olmama ve farklı uygulamalar yapma olanağı tanımış; ancak daha sonraları, bunu

---

[641] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 715; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 223.
[642] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 224.
[643] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 716; Géniaut, **Proportionnalité**, 136 vd.

kısıtlayan ve hatta yasaklayan kuralların oluşturulmasında gecikilmemiştir[644]. Bu kuralların özellikle iş hukukunda ortaya çıkması, yadırganamayacaktır.

İş sözleşmesi de sözleşme hukuku kapsamında yer alır. Ancak işçi, işverenin, diğer işçilerden bağımsız olarak değerlendirebileceği bir sözleşme tarafı değildir. Her işçi ile işveren arasında ayrı birer bireysel iş sözleşmesi bulunması ve sözleşme ilişkisinin nisbiliği, işyerindeki işçilerin, eşitlik ilkesi gereği birbirleriyle bağlantılı kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir[645]. İş ilişkileri, özünde eşitsizlikler barındırıyor olsa da, iş hukuku kuralları, işverenin, aynı konumdaki işçilerine keyfi biçimde farklı davranmasına engel olma amacı taşır. Gerçekten, iş sözleşmesinin her aşamasında, kurulmasının dahi öncesinden, sona ermesine kadar sözleşme serbestisi, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olan eşit davranma borcu ve ayrım yapma yasağı ile sınırlandırılmış bir serbestidir.

Tarafları arasında nisbî ilişkiler ve borçlar doğuran klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrılan iş sözleşmesinde, işverenin eşit davranma borcunu ve bunun girişim ve sözleşme özgürlüğüyle olan ilişkisi bağlamında şekillenen içeriği ve sınırlarını doğru tespit edebilmek, eşitlik ilkesinden hareket etmeyi gerektirmektedir. Öncelikle, eşitlik ve ayrım yasağı kavramlarının neyi ifade ettiği ve bu kavramların, iş sözleşmesinin farklı aşamalarına nasıl yansıdığı hususlarının açıklanması, sözleşme serbestisine getirilen sınırlamanın gerekçesi ve derecesini, ölçülülüğün hangi aşamada nasıl bir işlev gösterdiğini ortaya koyabilmemiz açısından ışık tutucu olacaktır.

Konunun en başında yapılabilecek temel bir tespit ise, eşitlik ilkesinin de tıpkı ölçülülük gibi, bir başka kuralın uygulanması vasıtasıyla uygulama alanı bulan, Fransız Hukukunda adlandırıldığı biçimiyle, aracı ilke (*principe intermédiaire*) olduğudur[646]. Ayrımcılık ise, hukuken ve fiilen gerçek kılınması insan onuru ile doğrudan bağlantılı olan eşitliğin önündeki en temel engellerden biridir[647]. Eşitliğin insan onuru ile doğrudan bağlantısından söz edilmesi[648], kuşkusuz, yersiz değildir;

---

[644] Jérome Porta, "Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité", **Le droit social, l'égalité et les discriminations**, sous la direction de Georges Borenfreund et Isabelle Vacarie, Paris, Dalloz, 2013, 16.
[645] Lokiec, **Relations individuelles**, 15.
[646] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 92.
[647] Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, 2009, 3.
[648] Nicolas Valticos, **Droit international du travail**, Droit du travail publié sous la dir. de G. H. Camerlynck, tome 8, 2e édition, Paris, Dalloz, 1983, 283.

çünkü, insan haklarından tüm hak öznelerinin eşit düzeyde yararlanmasının sağlanamaması, insan haklarının uygulanma alanını daraltacak ve dolayısıyla bunları işlevsizleştirecektir. Nitekim, tüm hak özneleri için eşitlik, evrensel bir insan hakkıdır[649].

Ölçülülük kavramının felsefi temelleri konusunda bizlere ışık tutan Aristo, adaleti tanımlarken, eşitlik kavramından da hareket etmiş olduğundan, eşitliğin de köklerine inerken Aristo'ya kulak vermek yerinde olacaktır. Adil ya da doğru olmayan kimseyi, yasaya karşı gelen ve eşitliğe aykırı davranan kimse olarak tanımlayan Aristo, bu noktadan hareketle adaletin iki biçiminin olduğundan söz etmiştir: Bunlardan ilki yasaları tanıma, ikincisi ise eşitliğe uygun davranma anlamına gelmektedir[650]. Gerçekten eşitlik düşüncesi, geleneksel biçimde adalet ve hakkaniyet düşüncesine bağlı olup[651]; Aristo da, adaletin amacını ya da yargıca başvurulmasının nedenini, varlıkların ve yükümlülüklerin adaletli paylaştırılması olarak açıklamıştır[652].

16 Ağustos 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin "İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar." biçimindeki ilk maddesinde ifadesini bulan eşitlik düşüncesinin[653], uluslararası düzeyde bir ilke olarak ortaya çıkması, 1. ve 2. Dünya Savaşlarının sonrasına rastlar: Savaşlar, devletlerin büyüklüklerine bakılmaksızın, insanların ise ırk, renk, dil, din, cinsiyet, görüş ve inanç farklılıklarından bağımsız olarak eşit olduğunu hatırlatmış; insanların onurlarının, özgürlüklerinin ve kişiliklerinin korunması fikri önem kazanmıştır[654]. Gerçekten eşitlik, öncelikle tüm insanların eşit değerde olmalarının ve tüm insanların onurunun aynı düzeyde korunması gerekliliğinin ifadesi değil midir[655]?

---

649 Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 4; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 3, 45 vd.

650 Aristote, **Éthique à Nicomaque**, Livre V Sur la justice, Paris, GF Flammarion, 2008, 36.

651 Morgan Sweeney, **L'égalité en droit social, Au prisme de la diversité et du dialogue des juges**, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, U.F.R. de Droit et de Science Politique, 11; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 327; Süzek, **İş Hukuku**, 493; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 156; Fevzi Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 7. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, 2013, 156.

652 Villey, **Philosophie du droit**, 50.

653 Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 735; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 43.

654 Tuncay, **Eşit Davranma**, 1-2. Gerçekten, 2. Dünya Savaşından sonradır ki, bir kararın hukuki gerekçesi olabilecek kriterlere yönelik bir eşitlik anlayışı, diğer bir ifadeyle ayrım yasaklarına ilişkin kurallar ortaya çıkmıştır (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 12).

655 Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 735.

Adaletin ön koşulu olarak değerlendirilen eşitlik ilkesi, bugün, uluslararası pek çok hukuk belgesinde yer almaktadır. Öyle ki, eşitliğe ilişkin düzenlemeler içeren uluslararası belgelerin çokluğu, eşitliğin ulaşılmak istenen bir hedef olduğunun açık göstergesidir. Ancak bu, aynı zamanda ilkenin hayata geçirilmesindeki zorlukların ifadesi olarak nitelendirilmiştir[656]. Kavram, zaman içinde farklı boyutlar içinde ele alınmış, eşit olana eşit davranma, keyfilik yasağı, eşitliğin sağlanması için pozitif önlemler ve giderek farklı olana ayrım yapmama biçiminde ortaya çıkmıştır[657].

Bu doğrultuda eşitlik kavramına ilişkin bir terim çeşitliliğinden de söz etmek gerekir: Hukuk uygulamasında, eşitliğin sağlanmasına ilişkin olarak, eşitlik, ayrımcılık yasağı, eşit davranma, eşit muamele, eşit işlem gibi farklı terimler kullanılmakta; bu konudaki pozitif düzenlemeler de hem kaynakları hem de kullandıkları ifadeler açısından farklılık arz etmektedir[658]. Terim çeşitliliğinin, eşitliğin çok yönlü işlevinden kaynaklandığı da isabetle vurgulanmaktadır[659]. Gerçekten, eşitlik kavramı ilk bakışta somut ve üzerinde kolay uzlaşılabilir bir kavram gibi görünse de, aslında soyut ve çok yönlüdür[660]. Eşitlik, genel olarak, benzer olan şeylere benzer şekilde, farklı olan şeylere ise farklılıkları ölçüsünde farklı davranmak biçiminde tanımlanabilir[661]. Ancak bireyler arası eşitliğin bir ütopya olduğu belirtildiği gibi, her bir bireyin bir takım özelliklerin benzersiz birleşimi olmasından dolayı, bir bireyin başka hiçbir birey ile özdeş olamayacağı da vurgulanmalıdır[662].

Farklı uygulamanın meşruiyet kazanması ve eşitlik ilkesine aykırılık taşımamasının ön koşulu ve hatta deyim yerindeyse anahtarı olan ölçülülük ilkesinin bu işlevinin ortaya konulmasından önce, yapılması gereken, eşitliğe ilişkin

---

[656] Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş**, C.6, S.4/2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf).

[657] Gülsevil Alpagut, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 25.

[658] Porta, "**Sens de l'égalité**", 9; aynı yazar, "Discrimination, égalité et égalité de traitement, À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1ère partie)", **RDT**, 2011.290; Tuncay, **Eşit Davranma**, 6-7; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 23; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 735; Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin, 2003, 127.

[659] Tuncay, **Eşit Davranma**, 7.

[660] Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 17.

[661] Ancak matematik biliminden farklı olarak, kabul edilmelidir ki hukukta, eşitlik ilkesinin uygulandığı somut durumlar, hiçbir zaman birebir özdeşlik göstermemekte; durumların hangi koşullar altında eşit olduğunu tespit etmek güçlük arz edebilmektedir (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 11; A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, 8; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 190).

[662] Vincent Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, Réflexions sur un risque**, Neuilly, Lexis Nexis, 2012, 1.

terminolojiye açıklık getirmektir. Zira meşru bir gerekçeye dayanan ve bu gerekçeyle ölçülü olan farklı uygulamanın, eşitliği ve ayrım yasaklarını sarsmamasından söz edilebilmesi için, öncelikle eşitlik kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekecektir.

II. Uluslararası Belgelerde Eşitlik ve Kullanılan Terminoloji

Gerçekten eşitlik ilkesi ve ayrım yasağı, Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği normlarında, çok sayıda belgede yer almaktadır[663]. Bu belgelerde, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi yönündeki ortak amaca karşın, kullanılan terimlerdeki çeşitlilik[664] dikkat çekmektedir. Eşitlik ilkesinin ve ayrım yasaklarının başlı başına ayrıntılı çalışmalara konu olabilecek önem ve kapsama sahip olması karşısında, uluslararası bu belgelerdeki düzenlemelerin her yönüyle ele alınması, çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Ne var ki, terminoloji çeşitliliğine, eşitlik ve ayrımcılık kavramlarının anlamına dikkat çekmek amacıyla, bu tanımlara yer vermek yararlı olabilecektir.

1. UÇÖ ve BM belgelerinde eşitlik ve ayrım yasakları

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1919 yılında kurulmasıyla, insan haklarının "uluslararasılaşma" süreci, sosyal haklar alanında başlamış olduğundan[665], eşitlik ilkesi konusundaki ilk düzenlemeler UÇÖ belgeleridir[666]. Bunun ardından, ayrımcılığın önlenmesi amacıyla hem genel nitelikli, hem de belli bazı konularda

---

[663] Morgan Sweeney, "La diversité des sources de l'exigence d'égalité", **Le droit social, l'égalité et les discriminations**, sous la direction de Georges Borenfreund et Isabelle Vacarie, Paris, Dalloz, 2013, 39; Marie-Thérèse Lanquetin, **Discrimination**, Rép. trav. Dalloz, janvier 2010 (dernière mise à jour: juin 2014), §4 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 12 vd.; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, 34 vd.; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 48 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 12 vd.

[664] Bkz. Sweeney, "**Diversité des sources**", 40 vd.; Porta, "**Droit de la non-discrimination**", 290.

[665] Bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 29 vd.; Gérard Lyon-Caen/Antoine Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 8e édition, Paris, Dalloz, 1993, 133 vd.; Sylvie Hennion/ Muriel Le Barbier-Le Bris/Marion Del Sol, **Droit social européen et international**, Paris, PUF, 2010, 5 vd.; Zeki Erdut, **Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye**, İzmir, Dokuz Eylül Yayınları, 2002, 41 vd.

[666] Nitekim, Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesinden hareketle hazırlanan, son küresel raporda da, 1919 yılında kurulmasından bu yana UÇÖ'nün temel hedeflerinden bir tanesinin, çalışma yaşamında ayrımcılığın ortadan kaldırılması olduğu; bu hedefin, Filadelfiya Bildirgesi (1944), Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi (1998), Adil Bir Küreselleşme için Sosyal Adalet Bildirgesi (2008) ve Küresel İşler Paktında (2009) tekrar edildiği belirtilmiştir (**L'égalité au travail: un objectif qui reste à atteindre**, Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 100e session, 2011, Rapport I (B), 1).

özel düzenlemeler, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulmasını takiben oluşturulmuştur[667].

Evrensel ve kalıcı barışın ancak sosyal adalet üzerine kurulabileceğini belirten Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası[668] başlangıç bölümünde, koşulları acilen iyileştirilmesi gereken hususlar arasında, "eşit işe, eşit ücret" ilkesinin gerçekleştirilmesi de sayılmıştır[669]. Nitekim UÇÖ'nün 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşmesi, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliğini güvence altına almaktadır.

1946 yılında UÇÖ Anayasasına eklenen Filadelfiya Bildirgesi[670] ise, kuruluş ilkesini, "emek, mal değildir" ifadesiyle yinelemiş[671] ve "Irk, inanç ya da cinsiyetleri ne olursa olsun, tüm insanlar, maddi ilerleme ve manevi gelişmelerini, özgürce ve onurlu biçimde, ekonomik güvence ve eşit koşullarda sürdürme hakkına sahiptir." ifadesiyle hak öznesi olarak öngördüğü "tüm insanlar"[672] açısından, ırk, inanç ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamış; hem de bu öznelerin maddi ve manevi gelişmelerini eşit koşullarda sürdürebilmeleri gerekliliğine işaret etmiştir[673].

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının[674] başlangıç kısmında, insan haklarına olan inanç vurgulanırken ifade edilen eşitlik ilkesine, aynı zamanda birçok maddede yer verilmiştir[675] (m.1/III, m.8, m.13/I, m.55, m.76/I, 3 ve 4). Antlaşmada, Birleşmiş Milletler Örgütünün, temel hak ve özgürlüklerden yararlanma, temel hak ve

---

[667] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 47 vd.

[668] Anayasanın orijinal metni, 1919 yılında kabul edilmiş, 1922, 1945, 1946, 1953, 1962 ve 1972 yıllarında yapılan değişikliklerin ardından metin son şeklini almıştır. Ayrıntı için bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 44 vd.; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 8 vd.; Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 113.

[669] Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 104; Sweeney, "**Diversité des sources**", 39; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 69.

[670] Bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 121 vd.; Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 114; Valticos, **Droit international du travail**, 71 vd.; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 136; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol**, Droit social européen et international**, 8 vd.; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 69.

[671] UÇÖ'nün genel felsefesinin temelini oluşturan ilkelerin başında, "emek, mal değildir" ilkesi gelmektedir. Bu ilkenin özünde, emeğin öznesinin insan olduğu ve insanın da onurlu bir varlık olduğu vurgusu yer almaktadır. Bu yönüyle ilkenin, emeği mal sayılamayacak olan emekçilerin, onur yönünden eşit olduğuna da işaret ettiği ifade edilmektedir (Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 122). Ayrıca bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 71; Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 104; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 9.

[672] Gerçekten, Filadelfiya Bildirgesinin, UÇÖ'nün görevini iki yönden genişlettiği kabul edilmektedir. Bu genişleme, birincisi, yalnızca çalışma koşullarını değil, genel olarak yaşam koşullarını iyileştirme; ikincisi ise, sadece çeşitli çalışan grupları için değil, tüm insanlara uygulanabilen ilke ve kurallar kabul etme biçiminde karşımıza çıkar (Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 114).

[673] Valticos, **Droit international du travail**, 284.

[674] 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan Antlaşma, 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[675] Ayrıntı için bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 48 vd.

özgürlüklere saygı gösterilmesi konularında görevlerine yer verilmiş; daha sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sınırlı olmayan biçimde sayılan ayrım kriterleri, Antlaşmada, ırk, cinsiyet, dil ve din biçiminde dört nedenle sınırlı tutulmuştur. Ayrım kriterleri sınırlı tutulmuş olsa dahi, ayrımcılık yasağının, ilk kez, evrensel düzeyde bir antlaşma ile öngörülmüş olması büyük önem taşımaktadır. Zira Birleşmiş Milletler üyesi devletler, onaylayıp onaylamamayı tercih ettikleri diğer sözleşmelerden bağımsız olarak, salt BM üyesi olmaları nedeniyle, bu Antlaşmada ifade edilen, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrım gözetmeme ilkesiyle bağlı hale gelmektedirler.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin[676] başlangıç kısmında, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında ifade edilen insan haklarına olan inanç ve eşitlik ilkesine atıf yapılmış; ilk maddesinde ise, "*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar açısından eşit doğarlar.*" hükmü getirilmiştir. Bildirgenin 2. maddesi, bu Bildirge ile ilan olunan tüm hak ve özgürlüklerden herkesin, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin yararlanabileceğini dile getirmiş; ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olmadığına işaret etmiştir. Bildirgenin 7. maddesi ise, herkesin yasa önünde eşit olduğunu ve ayrım gözetilmeksizin yasanın korumasından eşit olarak yararlanma hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. Çalışma ve sendika hakkının düzenlendiği 23. maddede ise, herkesin herhangi bir ayrım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Bildirge, sosyal hakları da kapsayan bir yaklaşımla, -maddi anlamda bir sınır olarak- bu Bildirge'de sayılan hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda ayrımcılık yasağına ve yasa önünde eşitlik ilkesine yer vermektedir[677].

Uluslararası Çalışma Örgütünce 1958 yılında kabul edilen 111 sayılı İş ve Meslek Açısından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme, istihdam ve meslek alanında, ayrımcılığı önleme yönündeki ilk uluslararası belge olduğundan, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve diğer uluslararası denetim organlarının atıfta bulunduğu bir belge

[676] Bildirge, 10 Aralık 1948 tarihinde, BM'nin 58 üye devleti tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 140 vd.

[677] Yıldız, **Eşit İşlem**, 34; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 52, 114. *Gülmez*, ayrımcılık yasağının uygulama alanının, sadece Bildirge'de açıklanan hak ve özgürlüklerle sınırlı kabul edilmesinin; Bildirge'nin 1. maddesindeki, tüm insanların onur ve haklar yönünden eşit doğduğu yönündeki kural ile çeliştiği eleştirisini getirmektedir.

olarak önem taşımaktadır[678]. Bu Sözleşmede, "ayrım" (*discrimination*) deyiminden ne anlaşılması gerektiği ilk maddede şöyle açıklanmıştır: "*Bu sözleşme bakımından ayrım deyimi, (a) İstihdam veya meslekte fırsat veya işlem eşitliğini yok edici veya bozucu etkisi olan; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal veya sosyal kökene dayalı, her türlü ayrım/fark gözetme, ayrı tutma/dışlama veya üstün tutmayı, (b) İlgili üye devletin, varsa, işçi ve işveren teşekkülleriyle veya diğer makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, istihdam veya meslekte fırsat veya işlem eşitliğini yok edici ya da bozucu etkisi olan bütün diğer ayrım/fark gözetme, ayrı tutma/dışlama ve üstün tutma hallerini ifade eder*"[679]. Bir uygulamanın, fırsat ve işlem eşitliğini bozucu etkiye sahip bir ayrımcılık sayılması açısından, uygulamayı gerçekleştiren kişinin veya bu kişinin niyetinin bir önem taşımadığı, tanımdan yola çıkılarak yapılabilecek bir tespittir[680]. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise, belirli bir işin gerektirdiği niteliklere dayanan ayrım gözetme, ayrı tutma ve üstün tutma halleri, ayrım sayılmayacaktır[681]. Maddede, ayrım kriterlerinin sınırlı sayıda sayıldığı ve bu kriterlere dayalı olarak fırsat ve işlem eşitliğini bozan eylemlerin ayrımcılıkla özdeş kabul edildiği dikkat çekmektedir. Dolayısıyla sözleşmede ayrımcılık yasağı, fırsat ve işlem eşitliğini gerçekleştirmenin bir aracı olarak görülmektedir[682]. Ancak, maddede sayılan ayrım nedenlerinin sınırlı sayıda görünmesine karşın, UÇÖ'ye özgü üçlü danışma yöntemiyle bu ölçütlerin genişletilmesi olanaklı kılınmıştır[683].

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde[684] de, taraf devletler, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya herhangi başka bir nedene dayalı ayrımcılık yapmaksızın, Sözleşmede belirtilen hakların herkes tarafından kullanılmasını güvence altına almayı (m.2); kadınlara ve erkeklere eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinde çalışma hakkı, 7. maddesinde ise, kadınlar ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesi düzenlenmiştir. Ekonomik Sosyal ve Kültürel

---

[678] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 119.
[679] Valticos, **Droit international du travail**, 286; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 138. Maddede, ayrımcılığın, fırsat ve işlem eşitliğini yok edici veya bozucu etkisinden söz edilmesi, sözleşmenin ayrımcılığı, fırsat ve işlem eşitliğinden bağımsız ele almadığının bir göstergesi kabul edilmiştir (Mesut Gülmez, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, 223).
[680] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 128.
[681] Tuncay, **Eşit Davranma**, 20; Yıldız, **Eşit İşlem**, 40.
[682] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 14, 127.
[683] OIT, L'égalité au travail, Rapport CIT 2011, 1; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 128.
[684] 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Haklar Sözleşmesi de, ayrımcılık nedenlerini sınırlı olmayacak biçimde, örnekler biçiminde saymıştır[685].

Birleşmiş Milletler tarafından, bahsi geçen belgeler dışında, belli bazı konularda doğrudan ayrımcılığın önlenmesine ilişkin olarak, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme[686] ve Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi[687] de kabul edilmiş bulunmaktadır. Belirtelim ki, ırk ve cinsiyet kriterlerine dayalı ayrımcılığa ilişkin bu iki sözleşmede de, ayrım kavramı için getirilen tanım, ayrımcılık ve eşitlik arasında kurulan bağ açısından, UÇÖ'nün 111 sayılı Sözleşmesindeki tanımla paralellik taşımakta, yine her türlü ayrım, dışlama, kısıtlama ya da yeğleme ifadelerine yer verilmektedir[688]. Bunun yanında, BM bünyesinde, engellilere yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin Engellilerin Haklarına Dair Anlaşma'nın[689] 5. maddesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını öngörürken, 6. maddesi ise engelli kadınların ayrımcılığa maruz kalmamasına ilişkin bulunmaktadır.

1998 yılında UÇÖ tarafından, o tarihe kadar ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin de içinde bulunduğu temel insan haklarını kapsayan sekiz sözleşmeye ilişkin denetimi güçlendirmek amacıyla, Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi kabul edilmiştir[690]. Bu Bildirge'nin başlangıç kısmında, sözleşmelerin üye devletlerce onaylanmasından bağımsız olarak, istihdamda ve meslekte yapılan ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşmelerdeki temel hakların, devletler tarafından tanınması, bu konuda harekete geçilmesi ve bu hakların sağlanması gerektiği vurgulanmış bulunmaktadır. Ayrıca Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşmenin[691] 5. maddesinde, işveren açısından

---

[685] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 66 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 35.

[686] 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[687] 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ekleyelim ki, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 100 sayılı Sözleşmenin onaylanıp yürürlüğe girmiş olmasına karşın; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin uyum yasası henüz çıkarılmış değildi. Bu nedenle, bu son Sözleşmeye uyum, 4857 sayılı İş Kanunumuzun, "Eşit Davranma İlkesi" kenar başlıklı 5. maddesi ile sağlanmak istenmiş; 5. maddenin içeriğine ve gerekçesine yansıyan bu esas, madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.

[688] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 56-57.

[689] 13 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen Anlaşma, 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[690] Bildirge'de ilan edildiği gibi, eşitlik, ilgililerin, üretim sürecine eşit koşullarda katılmalarını, insani yeteneklerini geliştirmelerini ve yaratılan zenginlikten de hak ettikleri payı almalarını sağlayacaktır. Böylece herkesin insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşması olanaklı hale gelecektir (Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 115 vd.). Ayrıca bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 124.

[691] 158 sayılı Sözleşme, Türk iş hukukunda, İşK. m.18'in temel mantığına yansıtılmıştır. Gerçekten madde gerekçesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde, 158 sayılı ILO Sözleşmesinde belirtildiği gibi, geçerli bir nedene dayanma zorunluluğunun getirildiği belirtilmiştir.

fesih için geçerli neden sayılmayan haller arasında, sendika üyeliği, çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma; işçi temsilciliği yapmış olma, yapma veya işçi temsilciliğine talip olma; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, ailevi sorumluluklar, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken ile doğum izni süresince işe devam etmeme durumu da sayılmıştır.

Dolayısıyla, hem UÇÖ hem de BM belgeleri açısından gerek istihdam, gerek çalışma koşulları, gerekse de iş sözleşmesinin sona ermesi konularında eşitlik ilkesi ve ayrım yasaklarının pozitif düzenlemeye konu olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerde kimi zaman tanımlar yapılmakta, kimi zaman ise hem kanun önünde eşitlik ilkesi hem de sınırlı sayıda olmayan nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı vurgulanmaktadır. Kavram çeşitliliğinin, aynı uluslararası örgüt tarafından kaleme alınan belgelerde dahi ortaya çıktığı dikkati çekmektedir: "Eşit", "fırsat ve işlem eşitliği", "ayrım" ve "ayrım gözetmeksizin" ifadeleri, kullanılan terimler arasında olup, özellikle UÇÖ düzenlemeleri, kendilerini izleyen BM, Avrupa Konseyi ve AB belgelerine esin kaynağı olmuştur.

2. AİHS ile ASŞ'de ayrımcılık, fırsat eşitliği ve eşit işlem

Avrupa Konseyi[692] tarafından 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka duruma dayalı ayrım gözetilmemesi gerektiği düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde dikkat çeken maddi anlamdaki sınır, diğer bir ifadeyle, yalnızca Bildirge'de açıklanan haklardan yararlanmada ayrım yasağının öngörülmesi, AİHS açısından da söz konusudur[693]. Gerçekten, AİHS'nin 14.

Ayrıca 158 sayılı Sözleşmeye uygun olarak madde, fesih için geçerli neden sayılmayacak olan haller arasında -ayrımcılık yasakları ve eşitlikle ilgili olarak- sendika üyeliği, sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri halleri sıralamaktadır. Ayrıca bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, 41 vd.; Erdut, **Uluslararası Sosyal Politika**, 62.

[692] Avrupa Konseyi'nin insan haklarına ilişkin olarak kabul ettiği belgeler ve Konsey'in bu alandaki ve özellikle ayrımcılık konusundaki rolü için bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 137 vd.; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 241 vd.; Deniz Ugan,"Les droits sociaux fondamentaux au niveau Européen (Une reconnaissance progressive et la phase finale: le traité de Lisbonne)", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 771-775.

[693] Jean-François Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH**, 6e édition, Paris, LGDJ, 2015, 123; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 53, 243.

maddesinin işlevi, özel bir nitelik arz etmektedir: 14. madde yalnızca Sözleşme ve ek protokollerinde tanınan medeni ve siyasal hakların garanti altına alınması konusunda eşitliğin sağlanmasına yönelik olup[694], diğer maddelerin uygulamasından bağımsız bir uygulama alanına sahip değildir[695]. AİHM içtihadı ile maddenin kapsamı, sözleşmede sayılan haklarla bağlantı kurularak, sosyal hakları da kapsar biçimde genişlemiştir[696]. Ayrıca Sözleşmeye Ek 12 sayılı Protokol ile taraf devletler, 2000 yılında, "*Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları ilkesinden hareketle, (...) ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasının topluca uygulanması yoluyla herkesin eşit olduğunun vurgulanması için gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak*", Protokolün ilk maddesinde, hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanmanın, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü açısından, hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağını öngörmüşlerdir. Böylece, ayrımcılık yasağı, Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerden öte, ulusal hukuklarda kabul edilen diğer hak ve özgürlükler açısından da kabul edilmiş; kapsamı genişlemiş bulunmaktadır[697].

Medeni ve siyasal hakların güvenceye alındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin doğal bir tamamlayıcısı olarak nitelendirilen[698], ekonomik ve sosyal haklara ilişkin Avrupa Sosyal Şartı ise 1961'de kabul edilmesinin ardından, 1996

---

[694] AİHM, Affaire "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal), n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.7.1968, §10. Bkz.

[695] Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 197; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 131; Fleur Laronze, "L'articulation de la liberté de religion et du principe de non-discrimination", **RDT**, mai 2013, 338; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 247 vd.

[696] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 217 vd., 262 vd.; Lanquetin, **Discrimination**, §5; Géniaut, **Proportionnalité**, 384; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 256; Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul, XII Levha, 2015, 153 vd.

[697] Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 198 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 138 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 156.

[698] Frédéric Sudre, **Droit européen et international des droits de l'Homme**, 6e édition refondue, Paris, PUF, 2003, 132; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 139; Mesut Gülmez, "Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na uyum sağlayabilecek miyiz?", **Çalışma ve Toplum**, 2007/1, 31; AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı arasındaki bağlantıya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Jean-François Flauss, "Les interactions entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux", **Droits sociaux et droit européen, Bilan et prospective de la protection normative**, Actes de la journée d'études du 19 Octobre 2001, sous la direction de Jean-François Flauss, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2002, 89-112; Danièle Levy-Puech, "Les engagements souscrits au titre de la Charte sociale par les nouvelles démocraties européennes", **Droits sociaux et droit européen, Bilan et prospective de la protection normative**, Actes de la journée d'études du 19 Octobre 2001, sous la direction de Jean-François FLAUSS, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2002, 143-174; Ugan, **"Les droits sociaux fondamentaux"**, 772.

yılında gözden geçirilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, 5. Bölümünün E maddesine göre, bu Şart'ta tanınmış haklardan yararlanmanın, özellikle, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüşler ya da başka her türlü görüş, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensup olma, doğum ya da başka herhangi bir statü temeline dayanan hiçbir ayrım gözetmeksizin sağlanması gerekir[699]. Sözü edilen maddeye eklenen bir ifadeyle ise, objektif ve makul bir gerekçeye dayanan işlem farklılığının, ayrım sayılmayacağı belirtilmiştir.

Bu genel düzenleme yanında, Sosyal Şart, belli bazı ayrım kriterlerine özgü hükümler de getirmektedir. Örneğin, m. 4/3 hükmü, kadınlar ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesini öngörmektedir. Sosyal Şart'ın 20. maddesi ise, akit tarafların, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayrım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamayı amaçladığı düzenlemesini getirmektedir. Bu amaçla akit tarafların, bu hakkı tanımayı ve bunun, işe girişte, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilmede, mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon, istihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları ile yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme alanlarında uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt edecekleri belirtilmiştir[700].

Şu halde, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan metinlerde de eşitliğin sağlanması hedefi doğrultusunda, ayrım gözetilmemesi, ayrımcılığın önlenmesi esaslarının benimsendiği, eşit muamele ve fırsat eşitliği üzerinde durulduğu dikkat çekmektedir.

3. AB birincil ve ikincil hukuk kaynaklarında ayrımcılık yasakları, fırsat eşitliği ve eşit işlem ilkesi

Avrupa Birliği açısından bakıldığında ise, kurulma hedefi, üye devletler arasında ekonomik bütünleşme sağlanması ve ortak pazar kurulması olan, ekonomik kalkınmaya paralel olarak sosyal gelişmenin de gerçekleşeceği düşünülen Birlik'te, başlangıçta kurucu antlaşmaların, haklar ve özgürlükler ile bunların garanti altına alınması konusunda sessiz kaldığı söylenebilir[701]. Ancak Avrupa Topluluğu Adalet

---

[699] Bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 290 vd.
[700] Bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 302 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 45 vd.
[701] Jérome Roux, **Droit général de l'Union européenne**, 2e édition, Paris, Litec, 2008, 53; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 54; Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 74; Batum, **Avrupa İnsan**

Divanının, 1969 yılından bu yana, temel insan haklarını, Topluluk Hukukunun temel ilkeleri arasında saydığını[702] ve üye devletlerin anayasal geleneklerinden ilham alınarak Topluluğun yapısı ve amaçları çerçevesinde, bu hakların güvencesinin sağlanması gerekliliğini vurguladığını belirtmiştik [703]. 15 Haziran 1978 tarihli *Defrenne II* kararında ise Divan, cinsiyete dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının da, Birliğin güvencesini sağladığı temel haklar arasında yer aldığını vurgulamıştır[704]. Adalet Divanı, 10 Şubat 2000 tarihli *Deutsche Post* kararında da, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmasının, kadın ve erkek işçilere eşit iş için eşit ücret verilmesine ilişkin 119. maddesinin (şimdi, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.157) taşıdığı ekonomik amacın, sosyal amacına göre ikincil nitelikte olduğunu ve bu hükümdeki sosyal amacın, temel bir insan hakkının ifadesi olduğunu belirtmiştir[705]. Nitekim, günümüzde de, Adalet Divanı, eşitlik ilkesini artık genel bir ilke olarak adlandırmaktadır[706].

Bugün farklı aşamalardan geçilerek[707] gelinen noktada, Birliğin yalnızca ekonomik değil aynı zamanda sosyal bir birlik teşkil ettiği gerçeği karşısında Birlik Hukuku'nda, kurucu antlaşmalarda yapılan değişikliklerle, özellikle yönergeler aracılığıyla da temel hak ve özgürlüklere ilişkin, dolayısıyla eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarını içeren pek çok düzenlemenin yer aldığını söylemek yanlış

Hakları Sözleşmesi, 222; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 27 vd.; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 160; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 307 vd.; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 171.

[702] ATAD, 12.12.1969, *Stauder*, C-29/69, Rec. 1969 00419.

[703] Bkz. ATAD, 17.12.1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, Rec. 1970, 01125.

[704] ATAD, 15.6.1978, *Defrenne II*, C-149/77, Rec. 1978, 01365. Ayrıca bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 84 vd; Marie-Thérèse Lanquetin, "L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002", **Dr. soc.**, N° 3 Mars 2003, 314; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 314-315.

[705] ATAD, 10.2.2000, *Deutsche Post*, C-270/97 ve C-271/97, Rec. 2000, I-00929. Ayrıca bkz. Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 45.

[706] ATAD, 10.3.2002, *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions c. Omega Air Ltd*., C-27/00 ve C-122/00, Rec. I-2569. Ayrıca bkz. Grabarczyk, **Les principes généraux**, 136; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 41 vd.; Molinier, **Principes généraux**, §45 vd.

[707] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 27 vd.; Denis Martin, **Égalité et non- discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste**, Bruxelles, Bruylant, 2006, 17 vd.; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 71 vd.; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 160 vd.; Mélanie Schmitt, **Droit du travail de l'Union européenne**, Rép. trav. Dalloz, janvier 2011, §1 vd.; Lanquetin, **Discrimination**, §6 vd.; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 181 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 42 vd.; Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, 163 vd.

olmayacaktır. Gerçekten, Avrupa Birliği Antlaşmasının[708] başlangıç kısmına Lizbon Antlaşması ile eklenen paragrafa göre, Avrupa Birliği'nin kurulmasında ve bu Antlaşmanın hazırlanmasında, insanın dokunulamaz ve vazgeçilemez hakları ile özgürlük, demokrasi, eşitlik ve hukukun üstünlüğünden oluşan evrensel değerlerin kaynağı olan Avrupa'nın kültürel, dini ve insani mirasından ilham alınmıştır. Bu Antlaşmanın 2. maddesinde, Birliğin üzerine kurulu bulunduğu değerler olarak, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı belirtilmiş; bu değerlerin, çoğulculuk, ayrım yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda, üye devletler için ortak değerler olduğu vurgulanmıştır.

Nitekim, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'ya Lizbon Antlaşması ile eklenmiş olan 10. maddede, Birliğin politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercihe dayalı yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterileceği belirtilmiştir[709]. Aynı zamanda, Antlaşmanın 18. maddesinde, Antlaşmaların uygulama alanı çerçevesinde, milliyetten kaynaklanan her türlü ayrımcılık yasaklanarak, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin, olağan yasama usulüne göre, böyle bir ayrımcılığı yasaklamaya yönelik kurallar kabul edebileceği düzenlenmiş; 19. maddesinde ise Konsey'in özel yasama usulüne göre, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercihe dayalı yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabileceği öngörülmüştür[710]. Antlaşmanın sosyal politika konulu X numaralı başlığı altında 157. maddesi, kadın ve erkek işçilere, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesini getirmektedir. Aynı maddede, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'ne, Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danışarak aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi ile istihdam ve meslek alanında, kadın ve

[708] 13.12.2007 tarihinde Lizbon'da imzalanarak 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmasında değişiklikler öngörmüş; hatta sonuncusunun başlığını, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma biçiminde değiştirmiştir. Her iki temel antlaşmanın, Lizbon Antlaşması ile öngörülen değişikliklerin işlendiği versiyonu, 26.10.2012 tarihli ve C 326 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmış bulunmaktadır.

[709] Ayrıntı için bkz. Favoreu et autres, **Droits des libertés fondamentales**, 636 vd.; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 253-254.

[710] Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 337 vd.

erkeklere eşit fırsat ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını sağlayıcı tedbirler alma yetkisi verilmiştir[711].

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı[712] ise, tüm kişilerin, hukuk önünde eşit olduğu kuralını getirerek, AB Hukukunda var olduğu belirtilen genel ilke boşluğunu, 2000 yılında doldurmuş bulunmaktadır[713]. Bilindiği gibi Temel Haklar Şartı, 7 Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesinde, AB Kurumları arasında bir anlaşma biçiminde kabul edilmiş[714]; bu durum Şart'a belli düzeyde hukukilik kazandırmasına karşın; AB kurucu antlaşmaları ya da ikincil hukuk kuralları gibi bir bağlayıcılığa sahip olmaması, tartışma konusu olmuştur[715]. Buna karşın, Adalet Divanı için her zaman bir esin kaynağı olan Şart, tartışmasız olarak, birincil hukuk olarak nitelendirilen antlaşmalarla aynı hukuki değere, Avrupa Birliği Antlaşmasının Lizbon Antlaşması ile getirilmiş olan m.6/1 hükmü ile ulaşmıştır[716]. Şart, bütün hükümleriyle Antlaşma içine alınmış olmamakla birlikte, maddede yapılan atıf, antlaşmalarla aynı düzeydeki hukuki bağlayıcılığı Şart'a kazandırmıştır.

---

[711] Bkz. Dony, **Droit de l'Union européenne**, 253 vd.; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 313 vd.

[712] 7.12.2000 tarihinde kabul edilen AB Temel Haklar Şartı'nın Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle değiştirilmiş olan son metni, 26.10.2012 tarihli ve C 326 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmış bulunmaktadır. Ayrıca bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 71; Teyssié, **Droit européen du travail**, 296 vd.; aynı yazar, **Union européenne – Égalité dans les relations de travail**, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 92-60, 2; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 182 vd.

[713] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 333, 361.

[714] Şart'ta temel haklara yer verilirken, AİHS ve taraf devletlerin ortak anayasal gelenekleri, Avrupa Sosyal Şartı, Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletlerin çeşitli sözleşmeleri, AİHM ve ATAD içtihadı ile topluluk düzenlemelerinden doğan hakların referans alındığı ifade edilmiştir (Bkz. Mustafa Alp, "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", **DEÜHFD**, C.6, S.1, 2004, 2-3). Ekleyelim ki, referans alınan bu belgelerden biri olan, 1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı'nda da, eşit davranma ilkesinin sağlanması için, ayrımcılığın her türüne, özellikle cinsiyet, yer, renk, ırk, düşünce ve inanç temelinde olanlarına karşı savaşmak gerektiği vurgulanmış ve 16. maddede, kadın ve erkeklere eşit davranma ilkesi düzenlenmiştir. Ayrıntı için bkz. Ali Güzel, "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", **Çimento İşveren**, Mayıs 1992, 8-22; Sylvie Hennion, "La force normative du droit social européen", **La Semaine Juridique Social**, n° 10, 2009.1091. Şart'ın Türkçe tercümesi için ayrıca bkz. Ali Güzel/Şebnem Balcıoğlu, "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", **Çimento İşveren**, Eylül 1992, 3-7.

[715] Bkz. Roux, **Droit général de l'Union européenne**, 62 vd.; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 56 vd.; Guy Braibant, **La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**, Paris, Éditions du Seuil, 2001, 19 vd.

[716] Braibant, **La Charte des droits fondamentaux de l'UE**, 61; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 183; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 307; Dony, **Droit de l'Union européenne**, 23, 58; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 357; Ugan, "**Les droits sociaux fondamentaux**", 778-779.

Temel Haklar Şartı'nın 3. Bölümü, eşitlik başlığını taşımaktadır[717]. Bu bölümde yer alan m. 20 hükmü kanun önünde eşitlik ilkesini öngörmekte, m. 21 hükmü, cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya kanaat, siyasi veya diğer her türlü düşünce, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel eğilime ve milliyete dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. 22. madde, Birliğin kültür, din ve dil çeşitliliğine saygı göstereceğini vurgularken; 23. madde ise, istihdam, çalışma ve ücret konuları da dahil her alanda kadın-erkek eşitliğini öngörmekte, ancak eşitlik ilkesinin daha düşük temsil edilen cinsiyet lehine önlemlerin muhafazasına veya kabul edilmesine engel olmadığının da altını çizmektedir. Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren bahsi geçen tüm bu esaslar, Birlik açısından, kurucu antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip kılınmış olmakla, bağlayıcılık kazanmışlardır.

Avrupa Birliği sosyal hukukunun gelişmesinde en etkili itici güçlerden biri, ayrımcılıkla mücadele –eşit muamele- olarak ifade edilebilecektir[718]. Bu konuda dikkat çeken iki önemli nokta, vatandaşlık kriterine dayalı farklı uygulamanın önlenmesi ile kadınlara ve erkeklere eşit muamele konusu iken, günümüzde eşit muamele ilkesinin uygulama alanı önemli derecede genişlemiş bulunmaktadır.

Ayrıca AB Hukukunda, eşit davranma ve ayrım yasakları biçiminde ifade edilen iki bileşeni arasındaki ilişkinin, esasında bunların sentezi olarak, belli bir süreç içinde geliştirilen "eşit işlem ilkesi" (*égalité de traitement*) ile çözüldüğü dikkat çekmektedir[719]. Öncelikle AB üyesi ülkelerin vatandaşlarının serbest dolaşımını sağlamak amacıyla[720] ortaya çıkan eşit işlem ilkesi, ortak pazarın

---

[717] Bkz. Dony, **Droit de l'Union européenne**, 254; Lanquetin, **Discrimination**, §7; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 361 vd.

[718] Dony, **Droit de l'Union européenne**, 579 vd.; Schmitt, **Droit du travail de l'Union européenne**, §48; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 271; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 71; Teyssié, **Droit européen du travail**, 159; Porta, "**Sens de l'égalité**", 23; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 176.

[719] Porta, "**Sens de l'égalité**", 20, 22; aynı yazar, "**Droit de la non-discrimination**", 290; Valticos, **Droit international du travail**, 150; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 217 vd.; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 12.

[720] Bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 154 vd.; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 109 vd.; Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 193 vd.; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 176. Ekleyelim ki, Avrupa ülkelerine çalışmak üzere giden Türk vatandaşlarının, çalışanların serbest dolaşımı konusunda Adalet Divanı içtihadının gelişimine katkısı da yadsınamayacaktır. Nitekim 1987-2011 yılları arasında, Divanın, bu hakka ilişkin önüne gelen uyuşmazlıkların yarısının (80 uyuşmazlık arasından 40 tanesi) Türk vatandaşı olan çalışanlara ilişkin olduğu vurgulanmaktadır (Sophie Robin-Olivier/Denis Martin/Ismaël Omarjee, "Libre circulation et nationalités dans l'Union européenne", **RDT**, 2011.61).

doğurduğu bir ihtiyacın[721], aynı zamanda da AB bünyesinde entegrasyonun etkin biçimde gerçekleşmesi kaygısının bir sonucudur.

Çalışanların serbest dolaşımının sağlanabilmesi için, üye ülkelerin kendi vatandaşları ile diğer üye ülke vatandaşları arasında ayrımcılık yapılmaması esas kabul edilmesine[722] karşın, bu ilkenin mutlak olmadığını belirtmek gerekir. Farklı uygulamaların kabul gördüğü alanlar, bizzat birlik hukuku tarafından uygun bulunanlar ve üye devletlerin uygulamalarından doğduğu için Avrupa Birliği Adalet Divanının denetimine sunulanlardır[723]. Gerçekten Divan, Birliğin hedeflerine ulaşmasında bu derece etkili olan eşit işlem ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin denetiminde, bu konudaki terminoloji çeşitliliğine karşın, kapsayıcı bir içtihat geliştirmiştir.

Eşitlik ve ayrım yasaklarına ilişkin ilk Avrupa Birliği yönergeleri[724], kadın-erkek eşitliği konusunda, eşit işe eşit ücret ilkesi ve çalışma koşullarında eşitliğe ilişkin bulunmaktaydı. 2006/54 sayılı İstihdam ve Çalışma Alanında Erkekler ve Kadınlar arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkında Yönerge ise bu alanda önceki dört yönergeyi yürürlükten kaldırarak, bazı değişikliklerle tek bir yönergede toplamıştır[725]. Yönergelerle yapılan düzenlemeler, yalnızca kadın-erkek eşitliğine ilişkin olmayıp, öncelikle ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık, daha sonra ise diğer ayrım yasaklarına ilişkin yönergeler kabul edilmiş bulunmaktadır[726]. Gerçekten, 2000/43 sayılı Yönerge ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yapılmaması konusunu düzenlemekte[727]; 2000/78 sayılı Yönerge ise, istihdam ve çalışma alanında eşit muameleye ilişkin çerçeve yönerge olma özelliğini

---

[721] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 3, 42 vd.
[722] Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 210.
[723] Ayrıntı için bkz. Sweeney, **L'égalité en droit social**, 273 vd.
[724] Ayrım yasakları konusunda Avrupa Birliği direktiflerine ilişkin bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 366 vd.; Aydınöz, "**Ayrımcılığın İspatı**", 165 vd.; Alpagut, "**Oransallık**", 27 vd; Teyssié, **JurisClasseur Égalité**, 3 vd.; Lanquetin, **Discrimination**, §51 vd.; aynı yazar, "**Les femmes et les hommes**", 312 vd.
[725] Bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 440 vd.; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 84 vd.; Teyssié, **Jurisclasseur Égalité**, 10; Lanquetin, **Discrimination**, §48; aynı yazar, "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail", **Dr. soc.**, N° 7-8 Juillet-Août 2007, 861 vd.; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 310 vd.
[726] Bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 72 vd.; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 338 vd.; Teyssié, **Droit européen du travail**, 296 vd.; aynı yazar, **JurisClasseur Égalité**, 3 vd.; Martin, **Égalité et non-discrimination**, 198 vd.
[727] Irka dayalı ayrımcılık ve AB normlarının bu konudaki etkisi hakkında bkz. Sarah Benichou, **Le droit à la non-discrimination "raciale", Instruments juridiques et politiques publiques**, Thèse de Doctorat Mention Droit public, Présentée et soutenue le 1er décembre 2011, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UFR de Droit et de Science Politique, 25 vd.

taşımaktadır. Gerçekten 2000/78 sayılı Yönergenin ilk maddesine göre, Yönergenin amacı (konusu), üye devletlerde istihdam ve iş ilişkilerinde, eşit işlem ilkesinin uygulamaya konulabilmesi amacıyla, din veya inançlara, engelliliğe, yaşa veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa karşı konulabilmesi için genel bir çerçeve oluşturulmasıdır. 2000/43 sayılı Yönerge de ilk maddesinde, bu kez aynı amacı, ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık açısından tekrar etmektedir.

Belirtelim ki eşit muamele, yönergelerde, her bir yönergenin ilişkin olduğu konu bağlamında, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın bulunmaması hali olarak tanımlanmıştır. Buna göre doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin, yönergelerde belirtilen ayrımcılık nedenlerine dayalı olarak, karşılaştırılabilir durumda olan bir diğerine gösterilen, gösterilmiş veya gösterilecek olan davranışa oranla daha elverişsiz bir davranışa maruz bırakılması hali olarak tanımlanmıştır[728]. Görünüşte tarafsız (nötr) olan bir düzenleme, kriter ya da uygulamanın, direktifin koruma alanına giren gruba mensup kişiler için elverişsiz sonuçlar doğurmaya muktedir olması halinde ise dolaylı ayrımcılıktan söz edilmektedir[729].

4. Terminolojide çeşitlilik ve eşitlik-ayrım yasağı ilişkisi

Çok sayıdaki uluslararası hukuki belgede, eşitliğin, çeşitli kavramlar altında düzenlenmesi, adaletin sağlanması gibi temel ve kapsamlı bir amaç ile doğrudan bağlantılı olan bu ilkenin çok yönlü olduğuna işaret etmektedir. Gerçekten, Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği metinlerinde, benzer amaçlar doğrultusunda, eşitlik, eşit işlem/muamele ilkesi, fırsat eşitliği, haklar açısından eşit, hukuk önünde eşit, ayrım, ayrımcılığın yasaklanması, ayrım gözetmeksizin, ayrımcılıkla mücadele ifadelerine yer verildiği; kullanılan

---

[728] 2000/43 sayılı Yönerge m. 2/2, a; 2000/78 sayılı Yönerge m. 2/2, a; 2006/54 sayılı Yönerge m. 2/1, a. Ayrıca bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 388, 405; Teyssié, **Droit européen du travail**, 298; aynı yazar, **JurisClasseur Égalité**, 7; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 310; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 323; Lanquetin, **Discrimination**, §64-66; aynı yazar, "**Les femmes et les hommes**", 314.

[729] 2000/43 sayılı Yönerge m. 2/2, b; 2000/78 sayılı Yönerge m. 2/2, b; 2006/54 sayılı Yönerge m. 2/1, b. Ayrıca bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 234; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 746 vd.; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 388, 405; Martin, **Égalité et non-discrimination**, 201; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 81; Teyssié, **Droit européen du travail**, 299; aynı yazar, **JurisClasseur Égalité**, 7; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 310; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 330; Lanquetin, **Discrimination**, §67-73; aynı yazar, "**Les femmes et les hommes**", 315; Jean-Michel Belorgey, "De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations, Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé", **Dr. soc.**, N° 7/8 Juillet-Août 2002, 684.

kavramların çeşitliliğine ve eşitlik ilkesinin taşıdığı işlevlerin farklılığına[730] rağmen bazı kriterlere dayalı olarak farklı uygulamaların yapılmasının önlenmesi ve eşitliğin sağlanması yönünde ortak bir kaygı taşınmakta olduğu dikkati çekmektedir.

O halde, uluslararası normlarda ayrım yasakları ile eşitliğin birbiriyle bağlantılı kabul edilerek düzenlendiği söylenebilir. Nitekim AİHS'ye ek 12 sayılı Protokol'ün açıklayıcı raporunda[731], ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkelerinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmekte; AB'de ayrımcılığa ilişkin yönergelerde çeşitli kriterlere dayalı ayrım yasaklanırken, eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesinin hedeflendiği vurgulanmaktadır. Ayrım yasakları, eşitliğin hayata geçirilmesinin özel bir hali gibi algılanmakta[732]; ATAD içtihadında da, eşitlik ilkesi ile ayrım yasaklarının birlikte anıldığı, kimi zaman benzer, kimi zaman farklı işlevleri ile bir arada kabul edildiği görülmekte, hatta aynı anlamda kullanılmaları eleştiri konusu da olabilmektedir[733].

Gerçekten, öğretide de ayrım yasakları ve eşitlik, aralarındaki bütünsellik ilişkisi içinde, aynı gerçeğin ya da aynı madalyonun biri olumlu diğeri olumsuz iki yüzü biçiminde algılanmaktadır[734]. Nitekim, bu iki yüzü ortaya koyacak biçimde, "eşitliğin", kabul edilebilir bir farklılaşmaya olanak sağladığı; yasa dışı ve kabul edilemez bir "ayrımcılığın" ise hukuksal eşitliğin dışında kalacağı ifade edilmektedir[735]. Ayrım yasaklarının geniş anlamda eşitlik ilkesinin içinde yer aldığı

---

[730] Gerçekten, yukarıda da ele alındığı üzere, AİHM, eşitliğe, AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi işlevini yüklerken; ATAD için eşitlik ilkesi, Birlik bünyesindeki bütünleşmenin (entegrasyonun) en önemli aracı niteliğindedir (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 215).

[731] http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm. Ayrıca bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 10 vd., 245 vd.

[732] Jean-François Cesaro, "Égalité", **Notions et normes en droit du travail**, (sous la dir. de Bernard Teyssié), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, 39.

[733] Lanquetin, **Discrimination**, §8; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 24; Denis Martin, "Approche comparative du droit de la non-discrimination", **RDT**, Décembre 2008, 761; Sylvaine Laulom, "Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations", **RDT**, Janvier 2009, 12; Jean-Emmanuel Ray, "À travail inégal, salaire inégal", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2011, 44; Charles Guyon, **L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail**, Paris, LexisNexis, 2016, 207.

[734] Porta, "**Sens de l'égalité**", 12-13; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 9; Gülmez, **"Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik"**, 221. Öğretide, eşitlik ve ayrım kavramlarının kaynakları aynı da olsa, eşitlik kavramının uygulama alanının çok daha geniş olması nedeniyle, ayrım yasakları ile aynı madalyonun iki yüzü olamayacakları da ileri sürülmüştür (Françoise Favennec-Héry, "Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2007, 4).

[735] Cesaro, "**Égalité**", 39; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 14.

belirtilmekte[736]; eşitlik ilkesi, ayrım yasakları ile dar anlamda eşit davranma ilkesini kapsayan çatı bir kavram gibi düşünülmektedir[737].

Ayrım yasakları ve eşit davranma ilkelerinin, üst kavram olarak eşitlik ilkesi altında toplanabilmesinin temel nedeni, taşıdıkları ortak amaçtır. Bu ise, yetkinin ve bunun kullanılmasının denetimi biçiminde somut ifadesini bulur. Bu durum, iş hukukunda da, işverenin yetkilerinin uzantısı olarak alacağı kararların denetlenmesi yönüyle ortaya çıkar[738]. Böylece işverenin keyfi işlem ve davranışlarına karşı, işçinin onuru ve kişiliğinin korunması sağlanır.

Farklı uygulamanın gerekçesini oluşturabilecek olan kriterlerin, ayrım yasakları kapsamındaki kriterler dışında objektif kriterler olabileceği düşünüldüğünde, ortak hedefleri her türlü ayrımın ortadan kalkması olan ayrımcılık ve eşit davranma kavramlarının en çok bu noktada birbirine yaklaştığı söylenebilir[739].

Buna karşın, eşitliğin ve ayrım yasaklarının, ortak bir hedefinin varlığından söz edilebilir olması[740] ya da ayrımcılığın, eşitlik ilkesinin bir ihlali biçiminde ortaya çıkmasından dolayı aralarındaki neden-sonuç ilişkisi, bu kavramların örtüşen veya özdeş kavramlar olduğunu da göstermeyecektir[741]. Gerçekten, ayrımcılık niteliğindeki her uygulama, eşitlik düşüncesini zedeleyici nitelikte olsa da; bunun aksi her zaman geçerli değildir. Eşitliği zedeleyen her uygulama mutlaka ayrım yasaklarının ihlali olmayabilecektir. Diğer bir deyişle, her eşitsizlik, ayrımcılık oluşturmayacaktır[742]. İşte, bu kavramlar arasında nitelikleri açısından olduğu gibi, sonuçları ve ispat kuralları açısından da farklar bulunmaktadır.

Öğretide ayrımcılık, bir kararın alınması, bir işlemin yapılması ya da bir kuralın konulması sırasında hukuka aykırı bir kriterin (etnik köken, cinsiyet,

---

[736] Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil**, Aralık'08, 26.
[737] Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, 65; Yıldız, **Eşit İşlem**, 55, 65; Şükran Ertürk/ İlke Gürsel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 426 vd.
[738] Porta, "Sens de l'égalité", 19; aynı yazar, "Droit de la non-discrimination", 290; Tuncay, Eşit Davranma, 158.
[739] Favennec-Héry, "**Non-discrimination, égalité**", 4.
[740] Ayrıntı için bkz. Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 246 vd.; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 23 vd.; Sweeney, "**Diversité des sources**", 41 vd.; Porta, "**Droit de la non-discrimination**", 290; Tuncay, **Eşit Davranma**, 158.
[741] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 246.
[742] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 248.

engellilik, yaş vb.) esas alınması biçiminde tanımlanmaktadır[743]. Dolayısıyla ayrım yasaklarında, bazı kriterlerin hukuka aykırılığının, önceden belirlenmesi söz konusudur. Bu kriterler, insanın taşıdığı, değiştirilmesi olanaklı olmayan ya da değiştirilmesi istenemeyecek niteliklerine ve değerlerine ilişkindir. Ayrım yapan kimse, karşısındakini, işte bu nitelikler ve değerler açısından ideal ya da üstün kabul ettiği farazi bir kişi ile kıyaslar ve ideal/üstün gördüğü niteliklere sahip olmayana, bu nedenle farklı/olumsuz davranır[744].

Ne var ki, eşit davranma, hukuken aynı olarak nitelendirilebilecek durumlarda -farklı uygulamayı gerekli kılan ve somut olarak denetlenmesi olanaklı objektif gerekçeler bulunmadığı sürece- aynı uygulamanın yapılması gerekliliği biçiminde karşımıza çıkmaktadır[745]. Bu nedenle, eşit davranmada, aynı konumdakilere farklı uygulama yapılmasının yasaklanması söz konusudur.

Ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler, belirlenen bazı kriterlerle sıkı sıkıya bağlantılı[746] olarak farklı uygulama yapılmasını yasaklarken; eşitliği öngören ve garanti eden düzenlemeler, daha genel ve soyut olarak, eşitliği zedeleyen veya ortadan kaldıran işlem ve eylemleri yasaklayıp, bu işlem veya eylemlerin dayandığı kriterle değil, bunların yarattığı sonuçla ilgilenir[747].

Hukuki nitelik açısından bakıldığında ise, bir işlemin tesis edilmesinde, işlemin temelinde yer alması kesin olarak yasaklanan, Anayasa ve İş Kanunu ile açıkça öngörülmüş ayrım kriterleri, mutlak emredici düzenlemelere konu olmuştur. Zira ayrım yasakları kapsamındaki kriterler, kişinin, değiştiremeyeceği veya

---

[743] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 233; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 170; Porta, "**Sens de l'égalité**", 16; Sweeney, "**Diversité des sources**", 41; Favoreu et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 435; Michel Miné, "Discriminations: une transposition laborieuse...", **RDT**, Septembre 2008, 532; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 13 vd., 25 vd., 127; Yıldız, **Eşit İşlem**, 69 vd.; Tuncay, **Eşit İşlem**, 123 vd.

[744] Belli bir ırka mensup olmanın, belli bir inanca sahip olmanın ya da erkek olmanın, ideal olduğuna, diğerlerine göre üstün olma sonucunu doğurduğuna inanmak ve bu nedenle başka bir ırka, dine mensup olana ya da kadına olumsuz/farklı işlem yapmak, ayrımcılık teşkil edecektir (Cesaro, "**Égalité**", 40).

[745] Porta, "**Sens de l'égalité**", 10, 16.

[746] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 253; Miné, "**Transposition laborieuse**", 532; Laulom, "**Droit communautaire des discriminations**", 12; Porta, "**Droit de la non-discrimination**", 290.

[747] Antoine Jeammaud, "Du principe d'égalité de traitement des salariés", **Dr. soc.**, N° 7-8 Juillet-Août 2004, 695-696. Örneğin, eşit işe eşit ücret kuralını ihlal eden bir işveren uygulaması, mutlaka ayrımcılık yasaklarının da ihlali sayılmayabilir. İşveren, bu ayrım kriterlerine dayanan bir karar almamış, belli bir kategori işçiyi ayrık tutmamıştır. Ancak yapılan iş açısından eşit konumda bulunan işçilere, farklı ücretler vererek, işçileri arasında objektif gerekçelere dayanmayan biçimde eşitliği sarsıcı uygulamalarda bulunmuş olabilir. Bu konuda Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararı için bkz. Cass. soc. 5 juill. 2005, n° 03-44.281, Bull. V, N° 231.

değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayanan kriterler olup; bunların esas alınması sonucunda bir kimsenin, farklı bir işleme tabi tutulması, hukuka aykırı sayılacaktır. Bunun sonucu ise, TBK m. 27/I hükmünde, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık hali, kesin hükümsüzlük olarak öngörülmüştür[748]. Bundan dolayı, emredici nitelikteki ayrım yasaklarına aykırı işlemler de kesin hükümsüz sayılacaktır[749].

Önemle ekleyelim ki, bazı hallerde, yapılan ayrımcı işlemin kesin hükümsüz sayılması, amaca uygunluk taşımayabilir. Bu durumda, TBK m. 27/II, işlemin bir kısmının hükümsüz sayılması esasını öngörmektedir[750]. Kısmi hükümsüzlük olarak adlandırılan bu hal, işverenin, örneğin, ayrımcı bir yaklaşımla, işçilerinin bazılarını, sağlanan belli bir olanaktan yoksun bırakması hali için önem taşımaktadır[751]. Bu halde, işverenin uygulaması bütünüyle hükümsüz kalmayacak, yalnızca, ayrımcılığa uğrayan işçilere, yoksun bırakıldıkları hakları ödenebilecektir. Görüldüğü gibi bu halde, işlemin bütünüyle hükümsüz sayılması, farklı işleme uğrayan işçinin de yararına olmadığından, amaca aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık ise, işverenin, iş sözleşmesinden doğan yetkilerini kullanırken, bunları amacı dışında kullanmasına bir örnek teşkil eder. Her ne kadar, işverenin, yönetim yetkisi kapsamında, bazı çalışma koşullarını belirleme, işçileri bağlayıcı nitelikte bazı kurallar öngörme gibi yetkileri bulunsa da; işveren bu yetkilerini kullanırken, bunların kendisine tanınmasının temelinde yer alan amaca uygun hareket etmelidir. Diğer bir deyişle, yetkilerini kullanırken, dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı olarak, yetkilerini, işçileri arasında keyfi ayrımlar yapacak biçimde kullandığında, yönetim yetkisinden doğan haklarını kötüye kullanmış sayılacaktır.

Söz gelimi, işçilerine sağlayacağı belli haklar açısından, onları belli gruplara ayırma hakkına sahip olan işveren; bu grupları, denetlenebilir, şeffaf, objektif biçimde uygulanan kriterler doğrultusunda değil de; tamamen keyfi biçimde

---

[748] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 224; Eren, **Borçlar Hukuku**, 350 vd.; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat, 2015, 174-177.
[749] Tuncay, **Eşit Davranma**, 234-235; Yıldız, **Eşit İşlem**, 320.
[750] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 229; Eren, **Borçlar Hukuku**, 353-359.
[751] Tuncay, **Eşit Davranma**, 235; Yıldız, **Eşit İşlem**, 320.

oluşturduğu takdirde, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır[752].

MK. m. 2/II, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını; hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeninin korumayacağı biçiminde düzenlemiş; ayrıca zarar veya zarar tehlikesinin var olmasını aramamıştır[753]. O halde işverenin bu uygulaması, hukuk düzeni tarafından korunmayacak; işçiler, bu gruplandırmanın eşit davranma borcunun ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürerek, yoksun kaldıkları haklarını talep edebileceklerdir.

Hakkın kötüye kullanılmasının korunmamasından anlaşılması gereken ise, bu hakka dayanan talep veya savunmaların nazara alınmamasıdır[754]. İşveren, hakkını kötüye kullanmadığını, yani gruplandırmanın haklı ve objektif gerekçelere dayandığını ortaya koyamadığı sürece, savunması haklı bulunmayacaktır.

O halde, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrım yasağı, hukuki nitelikleri farklı, yetkinin sınırlanması yönündeki amaçları aynı olan kavramlardır. Özellikle ayrımcılık yasakları konusundaki gelişmeler sonucunda dolaylı ayrımcılık kavramının kabul edilmesinin etkisiyle, bu kavramların sağladıkları denetimin kapsamı açısından da bir fark ortaya çıkmıştır.

Gerçekten, örneğin işverenin aldığı bir kararın, eşit davranma borcunu ihlal edip etmediğinin denetiminde, işverenin bu kararının gerekçelerinin denetimi söz konusudur. Oysa ayrımcılık yasaklarının ihlal edilip edilmediği denetiminde, kimi zaman gerekçeler yanında doğrudan kararın sonuçları da denetim konusu olabilmektedir[755]. Bu da, daha kapsamlı bir denetim yapılabilmesi anlamı taşımaktadır[756]. Bu noktada ise, dolaylı ayrımcılık önem kazanmaktadır; çünkü dolaylı ayrımcılık, görünürde tarafsız olan bir kararın, belli bir grup işçi için diğerlerine göre daha olumsuz sonuçlar doğurması halidir. Bunun varlığı için, işverenin bu kararı alırken, belli bir grup işçinin bundan olumsuz etkilenmesi amacını taşımasına gerek yoktur. İşverenin bu yönde bir amacı bulunmasa dahi, ortaya çıkan sonuç nedeniyle, işverenin kararının ayrım yasaklarını ihlal ettiği

---

[752] Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 334; Süzek, **İş Hukuku**, 500; Tuncay, **Eşit Davranma**, 128; Yıldız, **Eşit İşlem**, 209 vd.; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 23; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 441; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997.

[753] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 285-286; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 32 vd.

[754] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 286.

[755] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 101.

[756] Porta, "**Sens de l'égalité**", 19.

sonucuna varılacaktır[757]. Dolayısıyla işverenin, ayrım yapma niyeti bulunmasa ve gerekçeleri objektif dahi olsa, kararın uygulanması, örneğin özellikle kadın işçiler için olumsuz sonuçlar doğuruyorsa, karar hukuka aykırı sayılacaktır.

İspat noktasında da bu kavramlar birbirinden ayrılmaktadır: Eşit davranma ilkesi, somut durumların aynı ya da benzer olup olmadığının ve bu halde eşit bir uygulama yapılıp yapılmadığının karşılaştırılmasını gerektirse de; ayrımcılığın tespitinde, yasaklanmış olan bir kritere dayalı uygulamanın varlığı yeterli olup, karşılaştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır[758]. Diğer bir ifadeyle, örneğin işveren, bir işçinin iş sözleşmesini, kadın olduğu için ya da belli bir ırka mensup olduğu için feshetmişse; diğer işçilerle kıyaslama yapmaya gerek olmaksızın, işverenin cinsiyete ya da ırka dayalı tavrı, tek başına ayrımcılığın tespit edilmesi ve yaptırıma bağlanması için yeterlidir. İşyerinde yalnızca bir tek işçinin çalışıyor olması da, bu işçiye cinsiyeti, ırkı, dini, cinsel tercihleri gibi nedenlere dayanarak yapılan bir işlemin ayrımcılık olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir.

Gerçekten, ATAD tarafından da bu esas, *Dekker*[759] kararında vurgulanmıştır. Somut uyuşmazlıkta Adalet Divanı, hamile olduğu için işe kabul edilmediğini iddia eden davacı kadının durumunu, kendisine ulusal yargıcın yönelttiği soru bağlamında, değerlendirmiştir. Divan, bu işe başvuran hiçbir erkek adayın bulunmamasının, hamilelik nedeniyle işe almama durumunu, cinsiyete dayalı bir ayrım olarak nitelendirmeye engel olmadığını açıklamıştır. Dolayısıyla cinsiyete dayalı ayrımın tespit edilebilmesi için, mutlaka kadın ve erkekler arasında bir kıyaslama yapılması gerekli değildir. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, aynı yönde, ayrımcılık söz

---

[757] Böylece, örneğin AB Hukukunda, dolaylı ayrımcılık sayesinde, ayrımcılık kavramının, kötü niyeti yasaklama ve cezalandırmanın ötesine geçtiği ifade edilmektedir (Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 81). Ayrıca bkz. Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 267-269; Lanquetin, "**Égalité de traitement**", 872 vd.; aynı yazar, "**Les femmes et les hommes**", 315 vd.; Miné, "**Transposition laborieuse**", 534. İşK. m. 5 uyarınca da, işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için, ayrımcılığın yapılmış olması ve ayrımcı etkilerin doğmuş olması yeterli olup; işverenin niyeti önem taşımamaktadır (Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 983).

[758] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 737; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 234; Jeammaud, "**Égalité de traitement**", 695-696; Porta, "**Sens de l'égalité**", 17; aynı yazar, "**Droit de la non-discrimination**", 290; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 27 vd.; Sweeney, "**Diversité des sources**", 41-42; Guyon, **Normes supranationales**, 208; Cesaro, "**Égalité**", 39; Lanquetin, **Discrimination**, §81 vd.; aynı yazar, "**Égalité de traitement**", 871; Miné, "**Transposition laborieuse**", 532; Ray, "**À travail inégal, salaire inégal**", 46.

[759] ATAD, 8.11.1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, C-177/88, Rec. 1990 I-03941, §17. Ayrıca bkz. Lanquetin, "**Égalité de traitement**", 871; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 324.

konusu olduğunda, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasına gerek olmadığına hükmetmektedir[760].

Eklemek gerekir ki, ayrımcılığın tespiti, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasını tamamen dışlamaz, özellikle de mesleki ilerlemenin yavaşlatılması, engellenmesi gibi durumlarda, karşılaştırma, yol gösterici unsurlardan biri olabilir[761]. Nitekim bu kıyaslama mutlaka bir diğer işçiye göre de yapılmayacaktır; aksine genellikle, işçinin ayrıma uğramaması varsayımında, gerçekte bulunması gereken konuma göre bir karşılaştırma yapılması gerekecektir[762]. Bu halde, kıyaslama, yalnızca, dezavantajlı durumun ispatı için gerekli olabileceğinden, potansiyel bir kıyaslama olarak adlandırılmıştır[763]. Oysa eşit davranma borcunun ihlalinin söz konusu olup olmadığının belirlenmesinde, işçilere sağlanan uyuşmazlık konusu hak açısından aynı konumda bulunan diğer işçilerle bir kıyaslama yapılması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, eşit davranma ile ayrım yasakları arasında, ispat açısından bir rejim farkı söz konusudur.

Nitekim Fransız Hukukunda bu fark, yaptırım noktasında da kendisini göstermektedir: Ayrım yasaklarını ihlal eden işlem hükümsüz (*nul*) sayılırken, eşit davranma borcuna aykırı yapılan işlemlerin sonucunda yalnızca zararın giderilmesi söz konusu olmaktadır[764]. İş Kodu art. L. 1132-1 hükmünün sonucu olarak hükümsüzlük, ayrımcılığın doğurduğu sonuçların tazminat ile giderilmesi ile yetinilmeyerek; eğer olanaklı ise, işçinin, ayrımcılığa uğramamış olması varsayımında bulunacağı konuma getirilmesi anlamına gelmektedir[765]. Böylece,

---

[760] Davacı işçinin, katıldığı bir grevin ardından, mesleki ilerlemesinin yavaşlatıldığı iddiasını ileri sürdüğü bir uyuşmazlıkta, istinaf mahkemesi, davacının, aynı statüde bulunduğu çalışma arkadaşlarıyla kıyaslanabilecek hiçbir unsuru ortaya koymadığına ve bu nedenle davanın reddine karar vermiştir. Ne var ki Yargıtay Sosyal Dairesi, ayrımcılığın tespitinin mutlaka diğer işçilerin durumlarıyla bir kıyaslama gerektirmediğini vurgulamıştır. İşçinin, greve katılmasının ardından, kariyerindeki ilerlemenin durdurulması, tek başına, ayrımcılığa işaret etmektedir. Greve katılma ile kariyer ilerlemesinin durdurulmasının aynı döneme denk gelmiş olması da Sosyal Daire'nin dikkate aldığı hususlardandır (karar ve değerlendirmesi için bkz. Christophe Radé, "Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices Pertinents", obs. sous Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, **Dr. soc.**, 2010.111).

[761] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 234; Sweeney, "**Diversité des sources**", 42.

[762] Gerçekten, yukarıda yer verilen Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi kararında olduğu gibi, mesleki ilerlemenin tespiti bir görecelik içerir (Radé, obs. sous Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849).

[763] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 234.

[764] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 235; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 39 vd.; Ray, "**À travail inégal, salaire inégal**", 46-47.

[765] Bu yönde Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, sendikal ayrımcılığın tespiti üzerine, davacı işçinin, ayrımcılığa uğramamış olması varsayımında, işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesine göre dahil olması gereken ücret basamağının belirlenerek, ücretinin tespit edilmesini yerinde görmüştür (Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.359, www.legifrance.gouv.fr). Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 749.

yasa ile yasaklanmış bulunan bir ayrım kriterine dayanarak yapılan fesih, hükümsüz (*nul*) kabul edilmektedir[766]. Buna karşın, iş sözleşmesinin eşitlik ilkesine aykırı biçimde feshedildiği iddiasıyla açılan davada, eşitliğe aykırılık yargıç tarafından belirlendiğinde, feshin gerçek ve ciddi bir nedenden, diğer bir ifadeyle geçerli nedenden yoksun (*dépourvu d'une cause réelle et sérieuse*) olduğuna karar verilmektedir[767].

Sonuç olarak eşitlik, bir bütün olarak, farklı nitelikte ancak aynı amaca yönelik iki bileşenden oluşmaktadır: Eşit konumdakilere eşit davranma ve ayrım yapmama. Dolayısıyla, Anayasada öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesi de, bu tespit ışığında değerlendirilmelidir.

III. Anayasada Öngörülen "Kanun Önünde Eşitlik" İlkesi

Eşitlik ilkesi, Anayasamızda düzenleme konusu yapılmıştır. "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan Anayasanın 10. maddesi uyarınca, "*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 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*".

Öğretide, AY m. 10 hükmünün, birleşik cümle yapısından hareketle, bir yandan genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemekte, diğer yandan ise dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle

---

[766] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 235; Christophe Radé, "Le principe d'égalité de traitement nouveau principe fondamental du droit du travail", **Dr. soc.**, N° 9/10 Septembre-Octobre 2000, 983. Gerçekten Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlali niteliğinde bir uygulama nedeniyle işverenine karşı dava açan işçinin iş sözleşmesinin feshinin, gerçek ve ciddi bir nedene dayanmayan bir fesih olduğu; burada feshin hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği sonucuna varmıştır. Sosyal Daireye göre feshin hükümsüz sayılması, ancak ayrım yasaklarının ihlali durumunda söz konusu olacaktır (Cass. soc. 20 févr. 2008, n° 06-40.085, Bull. V, N° 38). Sosyal Dairenin bu kararı, öğretide, Yasada açıkça öngörülmeyen hallerde feshin iptal edilmesinin olanaklı olmaması gerekçesiyle, teknik hukuk açısından isabetli bulunmuştur. Ancak, somut olayın, aynı zamanda, işçinin yargıya başvurma biçiminde ortaya çıkan temel bir hakkını ilgilendirmesi nedeniyle, feshin iptali yönünde karar verilmesi gerektiği ifade edilerek, karar eleştirilmiştir (Christophe Radé, "De l'effectivité du principe 'à travail égal, salaire égal'", **Dr. soc.** 2008.530).

[767] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 235.

gerçekleşebilecek ayrım yapma yasağını da öngörmekte olduğu kabul edilmektedir[768, 769]. Bu bağlamda, eşitlik ilkesinin, hem Anayasa ve yasalarda sayılan nedenlerle ayrım yapılmasını yasakladığı, hem de genel olarak haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektirdiği belirtilmektedir[770]. Böylece eşitlik ilkesi, devlete yükümlülükler getirdiği gibi; kişi açısından da bir temel hak oluşturur[771].

Anayasa m. 10 hükmünün, aynı ilkeyi, birbirinden ayrılmaz olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte düzenlediği yönündeki görüşe göre, burada yalnızca bir "eşitlik yükümlülüğü"nden değil, "ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü"nden söz etmek doğru olacaktır[772]. Aynı görüş, eşitliği, örtülü olarak ayrımcılık yasağını da içeren üstün bir ilke olarak değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından da, Anayasanın 10. maddesi, ayrım yasağını ve genel olarak kanun önünde eşitliği içerir biçimde yorumlanmaktadır. Gerçekten AYM'nin, "*Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır[773]*" yönündeki gerekçeleri, eşitlik

---

[768] Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 130; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 182 vd.; Süzek, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 25; aynı yazar, **İş Hukuku**, 494; Yıldız, **Eşit İşlem**, 55; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 426; Vahap Ünlü, "İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı", **Sicil**, Haziran'10, 249; Burak Türkmen, "İşe Alım Safhasında Ayrımcılık", **Sicil**, Aralık'12, 259.

[769] Bunun da ötesinde, Anayasa Hukuku açısından, 1982 Anayasasında, genel eşitlik güvencesinin, dört formül veya ilke ile açıklandığı belirtilmektedir: Kanun önünde eşitlik, Anayasada belirtilen nedenlerle ayrım gözetme yasağı, kişi ve topluluklara imtiyaz tanıma yasağı ve Anayasadaki temel haklar ve hürriyetlerden eşit yararlanma (Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 131).

[770] Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 150.

[771] Sağlam, **Anayasa Hukuku**, 274; Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 180.

[772] Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 221, 233. Yazar, ayrımcılık yasaklı eşitliğin tanımını şu şekilde vermektedir: "Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayrım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır".

[773] AYM, 30.12.2015, E. 2014/122, K. 2015/123, RG. 1.3.2016, 29640.

ilkesinin amacını, ayrım yapılmamasını da içeren bir bütün olarak değerlendirdiğinin bir göstergesidir.

Aynı kararda AYM'nin dikkat çektiği bir diğer önemli nokta, eşitlik ilkesinin taşıdığı iki yönlü özelliktir. Buna göre, "*Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez*"[774].

Nitekim AİHS Ek 12 sayılı Protokolün açıklayıcı raporunun 15. paragrafında[775], eşitlik ilkesinin, eşit durumlarda eşit işlem yapılmasını, eşit olmayan durumlarda ise farklı işlem yapılmasını gerektirdiği vurgulanmış, bu ilkenin -objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın- her ihlalinin ayrımcılık sayılacağı belirtilmiştir. İlkenin iki yönlü bu niteliği, AİHM tarafından da, *Thlimmenos*[776] kararı ile kabul edilmiştir: Eşit durumda olmayanlara yapılan eşit uygulama da, eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturacaktır.

Eşitlik kavramı ve eşitliğin sağlanması yönünde ulusal bir denetim mekanizması kurulması, Türk Hukukunda, yakın tarihte, yasal bir düzenlemeye konu edilmiştir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu[777, 778],

---

[774] Yukarıda yer verilen 30.12.2015 tarihli AYM kararı ve aynı yönde, AYM, 16.3.2016, E. 2015/67, K. 2016/21, RG. 15.4.2016, 29685.

[775] http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm; ayrıca bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 245.

[776] AİHM, Thlimmenos c. Grèce, n° 34369/97, 6.4.2000; ayrıca bkz. Sweeney, **L'égalité en droit social**, 228 vd.; aynı yazar, "**Diversité des sources**", 42; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 259; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 163 vd. Aynı kabul, AB Hukuku açısından da geçerlidir (Molinier, **Principes généraux**, §46).

[777] RG. 20.4.2016, 29690. 6701 sayılı Kanunun amaç ve kapsamı, ilk maddesinde, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi biçiminde ifade edilmiştir. Kanunun ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Zehra Odyakmaz/ Bayram Keskin/ Yusuf Deniz, "6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2016, S. 7, 721 vd. 6701 sayılı Kanun öncesinde, bu yönde tek bir yasal düzenlemenin oluşturulmasına yönelik hazırlıklar kapsamında ortaya çıkan Taslak metin hakkında bir değerlendirme için ayrıca bkz. Arzu Arslan Ertürk, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Sicil**, Eylül'12, 47 vd.

[778] 6701 sayılı Kanun ile bu işleve sahip bir Kurumun kurulmasından önce, AB İlerleme Raporlarında ve Sosyal Haklar Avrupa Komitesi kararlarında, hukukumuzda, eşitlik kurumu oluşturulmamış olmasının eleştiri konusu olması hakkında bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 627-628. AB üye devletlerinde eşitliğin sağlanması ve korunmasına yönelik kurulan kurumlar ve 6701 sayılı Kanun

Anayasa m.10 hükmünün, AYM ve öğreti tarafından yukarıda açıklanan algılanış biçimine uygun olarak, hem yasa önünde eşitlik ilkesine, hem de ayrımcılık yasağına yer vermiştir[779]. 6701 sayılı Kanunun "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir". Maddenin izleyen fıkrası ise, ayrımcılık yasağını öngörmektedir. Buna göre, "Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi veya siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır".

Uluslararası ve ulusal düzenlemelerde ifadesini bulan *kanun önünde eşitlik* ve *ayrım yasaklarını* bir bütün olarak kapsayan eşitlik ilkesi, iş ilişkileri açısından, gerek uluslararası düzenlemelerin ve Anayasanın 10. maddesinin yatay etkisinin bir sonucu olarak, gerek sözü edilen 6701 sayılı Kanun ve öncesinde 4857 sayılı İş Kanununda pozitif düzenleme konusu yapılarak, işverenin işçilerine eşit davranması borcu biçiminde ortaya çıkmaktadır.

İşte, uluslararası ve ulusal düzeydeki normlar ışığında içeriği belirginleşen ve zenginleşen eşitlik ilkesinin, iş ilişkilerindeki görünüm biçimi olan işverenin eşit davranma borcunun da içeriği ve kapsamının tespit edilmesi, bu borcun sınırlarının doğru çizilmesi ile sıkı bir bağlantı içindedir. İşverenin girişim özgürlüğü, eşit davranma borcunun sınırını oluştururken; bunun karşısında girişim özgürlüğünün sınırlarından birinin de eşit davranma borcu olması şaşırtıcı gelmemelidir. Eşit davranma borcu ile işverenin girişim özgürlüğünün, birbirlerini sınırlayan bu yapısı ise, ele alacağımız üzere, ölçülülük ilkesinin kurduğu bir denge mekanizmasından başka bir şey değildir.

öncesinde Türkiye'de benzer işlevleri üstlenen yapılanmalar hakkında ayrıca bkz. Fatma Başterzi, "Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli", **TİSK Akademi**, 2007/I, 106-159. Avusturya'da eşitlik konusunda kapsamlı bir hukuki korumanın sağlanması adına kurulan Eşit Davranma Komisyonu ve Eşit Davranma Vekilliği hakkında bilgi için bkz. Hekimler, Alpay, "Avusturya İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ile İlgili Temel Düzenlemeler", **Legal İHSGHD**, 50/2016, 601 vd.

[779] Odyakmaz/Keskin/Deniz, "**6701 Değerlendirme**", 744; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 330; Süzek, **İş Hukuku**, 513.

§7. EŞİTLİK İLKESİNİN İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ: İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

I. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Kaynağı

Bilindiği gibi, 20. yüzyıla kadar eşitlik, kamu otoritesi ile vatandaşlar arasındaki ilişkiler düzeyinde, kamu hukuku kavramı olarak değerlendirilmekteydi[780]. Özel hukuk açısından ise eşitliğin, irade serbestisi ilkesi ile iç içe düşünüldüğünü ve hukuk önünde herkesin eşit olduğu, herkesin serbest iradesiyle hukuki ilişkiler kurduğu varsayımından hareket edildiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Bu anlayış, sözleşme ve girişim özgürlüğü karşısında, özel hukuk ilişkilerinde eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulamayacağının kabulü sonucunu doğurmaktaydı. Ne var ki, sözleşmeler hukukunda var olduğu kabul edilen taraflar arasındaki soyut ve mutlak eşitlik, iş hukukunda, işçinin ekonomik açıdan işveren karşısında güçsüz olması ve ayrıca, işverenin yönetim yetkisinin tanınarak meşrulaştırılması sonucu ortadan kalkmaktadır[781]. Bu nedenle, eşitlik ilkesinin, kamu gücünü kısıtlamasına benzer biçimde, iş ilişkisinde de işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 11. maddesinde, anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunun öngörülmesi karşısında, anayasa kurallarının yatay ilişkilerde de etkili olduğu kabul edilmektedir[782]. Ayrıca, ileride açıklanacağı üzere, eşitlik, bizzat

---

[780] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 60; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 37.

[781] Bkz. Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, 29 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 199 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 90 vd.; aynı yazar, "**Yönetim Hakkı**", 225 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 21 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 530 vd.; Güzel, "**Yetki ve Sözleşme**", 151 vd.; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 93 vd.; Engin, **İşveren**, 70; aynı yazar, **İşletme Gerekleri**, 4 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, 94 vd.; Balkır, "**Etik Sınırlar**", 73; Şahlanan, "**Bağımlılık**", 2 vd.; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 5 vd.; Baycık, **Yenilik Doğuran Haklar**, 101 vd.; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 21 vd., 44 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 161 vd; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 664 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 237 vd.; Lokiec, **Relations individuelles**, 175 vd.; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 139.

[782] Bkz. Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **İÜHFM**, C. LIII , S. 1-4, 1988-1990, 199 vd.; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 30 vd.; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 155-156; Süzek, **İş Hukuku**, 495; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 26; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin, 2002, 33, 40 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 65; Fuat Bayram, **Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Yayınlanmamış doktora tezi, 2011, 148; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 191 vd.; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 426; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 23. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200; Yarg. 9.HD., 22.4.2008, 13930/9895; Yarg.

temel bir hak olmanın yanında, diğer temel haklardan yararlanmanın da güvencesi olduğundan, temel hakların yatay etkisi gereği[783], bireyler arası ilişkilerde de hüküm doğuracaktır. Buna göre, anayasadaki eşitlik ilkesinin, özel hukuk ilişkilerinde ancak bu ilişkilerin niteliği ile bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği ya da tüm hukuk düzeninde geçerli bir genel hukuk ilkesi olarak bireyler arası ilişkilerde de göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmalıdır.

Öğretide, Anayasanın 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü, 17. maddesindeki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla açık bir çelişkinin ortaya çıkma olasılığının artacağı gerekçesiyle, eşitlik ilkesinin, özel hukuk alanında, kamu hukukunda sahip olduğu kapsamda ve genişlikte uygulanmasının olanaklı olmadığı ifade edilmiştir[784]. Gerçekten, özel hukuk ilişkilerinde, eşit davranma ilkesinin kamu hukukundaki genişlikte kullanılması halinde, bu esasın, yine anayasa tarafından korunan bir diğer esas olan sözleşme özgürlüğü ile çatışmasının önlenemeyeceği; bu durumda sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınmasının yerinde olacağına işaret edilmiştir[785].

Ne var ki bu görüşteki yazarlar, özel hukuk açısından kabul edilenin aksine, eşitlik ilkesinin, eşit işlem yapma yükümlülüğü olarak iş hukukunda özellikle anlam kazandığını ve hatta bunun hakkaniyetten doğduğunu; sosyal ve ekonomik yönden zayıf olan işçinin korunması amacı doğrultusunda, sözleşme özgürlüğünün iş hukukunda geniş ölçüde sınırlandığını vurgulamaktadır[786]. Bu doğrultuda, anayasa ile öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesinin işveren lehine zayıflatılmasının, esnetilmesinin ve sözleşme özgürlüğünün eşitlik ilkesinin üzerinde sayılmasının kabul edilemez olduğu isabetle belirtilmektedir[787]. Anayasada güvencesini ve pozitif ifadesini bulmuş olan bu iki ilkenin, sosyal devlet terazisine konulduğunda, eşit

---

9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741; Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727, (Kazancı İçtihat Bankası).

[783] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 12.

[784] Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 192. Ayrıca bkz. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, 151; aynı yönde: Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 426-427.

[785] Kenan Tunçomağ, **İş Hukuku Cilt I Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, 252; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 142.

[786] Ulucan, **Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**, 192-193; Tunçomağ, **İş Hukuku**, 252; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 142. Ayrıca bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, 167-174; Agnés Viottolo-Ludman, **Égalité, Liberté et Relation contractuelle de travail**, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 313 vd.

[787] Gülmez, "Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik", 238.

davranma ilkesinin üstün geleceği ve bu ilkenin, sözleşme serbestisini sınırladığı sonucuna varılmalıdır[788].

Fransız Anayasasında da, vatandaş ile Devlet arasındaki ilişkileri kapsamına alacak biçimde öngörülmüş olan eşitlik düzenlemesi, 1996 yılında Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından, yankı uyandıran *Ponsolle* kararında[789], işverenin işlem ve kararlarına üstün tutulması gereken bir ilke olarak yorumlanmış; aynı konumdaki işçiler arasında işverenin eşit ücret ödemesi gerektiği yönündeki ilke benimsenmiştir. Bu ilke daha sonra ücret dışındaki çalışma koşulları açısından da uygulama alanı bulmuş ve işverenin, işçilere sağlayacağı her türlü hak açısından geçerli olan, eşit davranma borcu olarak ifade edilmiştir[790].

O halde, eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli olan eşitlik ilkesinin, iş hukukundaki görünümü; işverenin hareket alanını sınırlayan ve biçimlendiren bir kurum olarak ifade edilmelidir. Nitekim Yargıtayın yerleşik içtihadında da, isabetli olarak bu husus vurgulanmıştır. Mahkemeye göre, eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku açısından da işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemekte ve bu yönüyle de, yönetim hakkını sınırlandırmaktadır[791]. Bu yönde, eşit davranma borcunun kabulünün ardında, işçinin, işverenin keyfi davranışlarından, kararlarından, işlemlerinden korunması amacı yer almaktadır[792].

---

[788] Tuncay, **Eşit Davranma**, 145; Yıldız, **Eşit İşlem**, 167 vd.

[789] Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, Bull. V, N° 359. Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 757; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 105; Radé, "Le principe d'égalité de traitement", 981; aynı yazar, "Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis", **Dr. soc.**, N° 11 Novembre 2007, 1123; Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 638 vd.; Emmanuel Dockès/ Florence Fouvet/ Chantal Géniaut/ Antoine Jeammaud, "Droit du travail mai 2007-août 2007", **Rec. D.** 2007.3033.

[790] Cass. soc. 30 janv. 2008, n° 98-44.745, Bull. V, N° 25. Ayrıca bkz. Sweeney, **L'égalité en droit social**, 167 vd., 177 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240.

[791] Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895. Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 14403/9841; Yarg. 9. HD., 12.2.2009, E. 2007/36963, K. 2009/2271; Yarg. 9. HD., 19.10.2010, 802/29784; Yarg. 9. HD., 14.3.2011, E. 2010/26762, K. 2011/6747; Yarg. 9. HD., 30. 6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; Yarg. 9. HD., 24.6.2013, E. 2011/9220, K. 2013/19242; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741; aynı yönde, Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727; Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200, Kazancı İçtihat Bankası.

[792] İşçinin, işverenin keyfi davranışlarına karşı korunması gerekliliği ve bu açıdan eşit davranma borcunun önemi, göz ardı edilemeyecek hususlardır. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararı, işverenin keyfi uygulamalarının, hangi noktaya gelebileceğine ilişkin ilginç bir örnek teşkil etmesi açısından yer vermeye değerdir. Karara konu somut uyuşmazlıkta, işveren, işe alma aşamasında, ismi "Mohamed" olan bir işçinin ismini "Laurent" olarak değiştirmesini talep etmiştir. İşçi, işe girebilmek için işyerinde ve kayıtlarda işverenin istediği isimle anılmayı kabul etmek zorunda kalmış; ancak 2 yıl sonra gerçek isminin kullanılmasını talep edebilmiş ve ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle dava açabilmiştir. İstinaf Mahkemesi, aynı işyerinde çalışan "Mohamed" isimli dört işçinin daha olduğu gerekçesiyle, işverenin ayrımcılık yaptığına ilişkin iddiaları yerinde görmemiştir. Buna karşın

Genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumdaki kişilere farklı işlem uygulanmaması ve kişilere imtiyaz tanınmaması biçiminde tanımlanabilir. Eşitlik ilkesinin, yukarıda sözü edilen iki yönlü niteliği gereği, bu borç aynı zamanda, objektif olarak farklı durumda olanlara da farklı işlem yapılmasını gerektirmektedir[793]. Diğer bir ifadeyle, eşit davranma ilkesi, işverene, işçilerine karşı gerektiğinde eşit, gerektiğinde farklı davranma borcu yükleyen bir kurallar bütünüdür[794]. İşverenin eşit işlem borcu, diğer yandan, mutlak bir eşit davranma zorunluluğu olarak anlaşılmamalıdır[795]. Bu yönüyle eşitlik, işverenin davranış özgürlüğünü sınırlar ancak işverene, işçilerine makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yükler.

Yargıtay da, kararlarında, " *(...) işverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. 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. (...) eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir*." yönündeki ifadelere, isabetle yer vermektedir[796]. Bunun yanında, " *(...) işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı*

Yargıtay Sosyal Dairesi, işyerinde aynı isimde dört işçinin daha olmasını, işverenin, işçiden ismini değiştirmesini talep etmeyi haklı gösterecek objektif bir unsur olarak değerlendirmemiştir. Sosyal Daireye göre, işçiden, "Mohamed" ismini değiştirmeyi talep etmek, etnik kökene dayalı olarak ayrımcılık yapmak anlamına gelmektedir (Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 08-42.286, www.legifrance.gouv.fr). Kararda, ayrım kriteri olarak dini inanç yerine etnik köken kıstasının Sosyal Daire tarafından kullanılmasını isabetli bulan değerlendirme için bkz. Thérèse Aubert-Monpeyssen, "Vous avez dit 'Laurent'?", **RDT**, 2010.169.

[793] Bkz. Süzek, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 26 vd.; aynı yazar, **İş Hukuku**, 497; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 161; ilkenin herkesin aynı şeyi değil, hakkını elde etmesini öngörerek, nisbi adalete hizmet ettiğine dair bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 5, 25 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 57. Böylece düzeltici eşitlik olarak adlandırılan kavram, yapı itibariyle eşit olmayan bir ilişkinin yeniden dengelenmesinde, herkese farklı hak ve araçların sağlanması biçiminde ortaya çıkmaktadır (Viottolo-Ludmann, **Égalité, Liberté**, 20).

[794] Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 429.

[795] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 330; Çelik, "**Eşit Davranma Borcu**", 5; Süzek, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 26 vd.; aynı yazar, **İş Hukuku**, 496 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 154; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 161; Tuncay, **Eşit Davranma**, 120; Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 977; Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi", **Tekstil İşveren** Hukuk Eki 28, S. 343, Ekim 2008, 3; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 428-429; Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", **Legal İHSGHD** 8/2005, 1626; Aydınöz, "**Ayrımcılığın İspatı**", 179; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 37-38.

[796] Konuya ilişkin birçok karar arasından bkz. Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741; Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727, (Kazancı İçtihat Bankası).

kapsamında farklı davranma serbestisinden" söz edilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır[797].

Toplum halinde yaşayan insanların, hukuk düzeni içinde eşitlik ilkesine ihtiyaç duymasının nedeni, ilişkilerin en az sorun yaratacak ve huzurun sağlanmasına hizmet edecek biçimde kurulması ve devam etmesi olarak düşünülürse[798]; iş ilişkilerinde de eşit davranma ilkesinin aynı ihtiyaçtan hareketle doğduğunu ve bu nedenle işverenin keyfi davranışlarının önüne geçmeyi amaçladığını söylemek doğru olacaktır. Gerçekten, işyerinde çalışma barışının koşullarından biri de, aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmamaktır[799].

İş hukukunda eşit davranma ilkesinin varlığını, genel hukuk ilkelerine ya da fiili bazı durumlara dayandıran görüşler bulunduğu gibi, iş hukukunda eşit davranma ilkesinin varlığını reddeden görüşler de mevcuttur[800]. Ne var ki, eşit davranma ilkesini kabul ederek, bunun hukuki temelini açıklamaya çalışan görüşlerin ortak bir noktaya vardığı söylenebilir: eşit davranmanın temeli, adalet düşüncesinde yatmaktadır.

Dolayısıyla kanımızca, her ne kadar iş ilişkisi, özel hukuk anlamında, taraflar açısından nisbi borçlar doğuran, sözleşmesel bir ilişki niteliği taşısa da, işverenin, işçilerine keyfi biçimde farklı işlem ve eylemlerde bulunması, çalışma ortamında adaletsizlik yaratmak anlamına gelecektir. Bu adaletsizlik ise işyerinde çalışma barışının sarsılması sonucunu doğuracağından; -pozitif düzenlemeye konu olmasa dahi- işverenin eşitlik ilkesine uygun davranma borcunun var olduğu ve esasında bunun hakkaniyet düşüncesi[801] ile sosyolojik kaygılardan kaynağını aldığı söylenebilecektir.

---

[797] Yarg. 9. HD., 24.6.2013, E. 2011/9220, K. 2013/19242; Yarg. 9. HD., 14.3.2011, E. 2010/26762, K. 2011/6747, (Kazancı İçtihat Bankası).
[798] Tuncay, **Eşit Davranma**, 106.
[799] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 329; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 156; aynı yazar, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", **Legal İHSGHD**, 41/2014, 16.
[800] Eşit davranma ilkesini açıklayan görüşlerin ayrıntısı için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 32-119.
[801] İşyerinde çalışan işçilere işverenin eşit davranması ve aynı durumdaki işçilere eşit çalışma koşullarını uygulaması, çağdaş iş hukukunun tanıdığı ve genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borç olarak nitelendirilmektedir (Nuri Çelik, "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil**, Aralık'06, 5; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 193). Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 327; Süzek, **İş Hukuku**, 493; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 156; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 16; Kübra Doğan Yenisey, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil**, Haziran'06, 61; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 259.

İş ilişkisinin tarafları arasındaki güç dengesizliği (gerek hukuki, gerek ekononomik), bu ilişkinin kendiliğinden eşitsizlikler barındıran bir ilişki olarak ortaya çıkmasına neden olsa da, esasında bu özellik, iş hukukunun da pek çok yönünü açıklamaktadır[802]. Bu durum, iş ilişkisinde eşitlik ilkesinin uygulama alanı olmayacağına işaret etmeyecek; aksine, işverenin her türlü yetki kullanımının denetlenmesinin bir gerekçesi olacaktır. Eşitlik ilkesi ön plana çıkarıldığında, işverenin yetkilerinin kapsamı, daha dar yorumlanacaktır. İşverenin karar ve hareket serbestisinin ne ölçüde sınırlandığını tespit etmek ise büyük önem arz etmektedir. Bu açıdan, işverenin, aynı koşullar altındaki işçilerine eşit davranması borcu yanında, öğretide ifade edildiği gibi, eşit davranma borcunun kademelenmesi[803] sonucunda, belli bazı kriterlere dayalı olarak işçileri arasında ayrım yapmama borcu da söz konusu olmaktadır.

İşverenin hareket serbestisinin sınırlarının belirlenmesi ve yetkilerinin kullanılmasının denetiminde olmazsa olmaz bir araç olarak yararlanılacak olan ölçülülük ilkesi ise, işverenin eşit davranma borcunun iki farklı kademesi olarak adlandırılan dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrım yasakları için farklı yoğunlukta uygulanma alanı bulacaktır.

II. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Kademelenmesi ve Ayrım Yasağı

Eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm biçimi olarak işverenin eşit davranma borcu, hukukumuzda, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur[804]. Bu maddenin kenar başlığı "Eşit davranma ilkesi" olmakla birlikte, madde hükmünde, "işverenin eşit davranma borcu"ndan doğrudan söz edilmediği, belli bazı nedenlere dayalı olarak ayrım yapılamayacağı, farklı işlem yapılamayacağı ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

---

[802] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 739; Viottolo-Ludmann, **Égalité, Liberté**, 21 vd.

[803] Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 194. Aynı yönde *Doğan Yenisey*, "kademe" yerine "katmanlı yapı" terimini tercih etmektedir (Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 978; aynı yazar, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 60; aynı yazar, "**Eşitlik İlkesi**", 65).

[804] Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 327 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 493 vd.; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 25 vd.; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 156 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 62 vd.; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 584 vd.; aynı yazar, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 239 vd.; Doğan Yenisey, "**Eşitlik İlkesi**", 65 vd.; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 427 vd.; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 25 vd.; Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **Legal İHSGHD**, 25/2010, 61 vd.; Rabia Sever, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Legal İHSGHD**, 34/2012, 38 vd.; Sera Reyhani Yüksel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", **Legal İHSGHD**, 39/2013, 59 vd.

İşK. m. 5 hükmünün ilk fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, engellilik[805], siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere[806] dayalı ayrım yapılamayacağı öngörülmektedir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 3. maddesinde de, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi veya siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmış olup; bu hükümle ilgili dikkat çeken bir husus, İşK. m. 5'ten farklı olarak ayrım kriterlerinin "ve benzeri sebepler" denilerek sınırsız sayı esasına dayalı olarak kabul edilmemiş olmasıdır.

Ayrıca, 6701 sayılı Kanunun bu hükmünde genel anlamda ayrım yasağı öngörülmüş olmakla birlikte, istihdamda ayrımcılık bir diğer maddede ayrıca düzenleme konusu olmuştur. Gerçekten sözü edilen Kanunun 6. maddesinin ilk fıkrasında, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacağı öngörülmüştür.

Bu yasağın, iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine; meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsayacağı belirtilerek, ayrım yasaklarının, esasında istihdamla bağlantılı her aşamada ve konuda geçerli olduğu ortaya konulmak istenmiştir. İşK. m. 5/I hükmü ise, ayrım yasağının, iş ilişkisinin hangi aşamasında ve hangi konulara ilişkin olarak söz konusu olacağı hakkında ayrıntılı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu maddede, yalnızca "*iş ilişkisinde ... ayrım*" yapılamayacağı ifadesi kullanılmıştır. Aşağıda değinileceği üzere, bu ifade, iş ilişkisinde, ayrım yasağının ve eşit davranma borcunun hangi andan itibaren söz konusu olacağı noktasında tartışma konusu olmuştur.

---

[805] Kavram hakkında bkz. Nurşen Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, İstanbul, Beta, 2002, 12-16.

[806] Yasada belirtilen bu nedenlerin, sınırlı sayıda olmadığı Yargıtay tarafından da benimsenmektedir: Yarg. 9. HD., 12.2.2009, E. 2007/36963, K. 2009/2271; Yarg. 9. HD., 17.3.2009, E. 2008/32183, K. 2009/7045; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613; K. 2015/741, (Kazancı İçtihat Bankası).

İşK. m. 5 hükmünün üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında ise, cinsiyete dayalı ayrımcılık ayrıca düzenleme konusu yapılmış; işverenin, 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 yapamayacağı; cinsiyet nedeniyle aynı veya eşit değerde bir iş için daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı ve işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerden yararlanmasının, daha düşük bir ücret uygulanmasını haklı kılmayacağı yönünde hükümler getirilmiştir[807]. 6701 sayılı Kanun m. 6/III hükmünde de, işe alma aşaması açısından, gebelik, annelik ve çocuk bakımının, istihdam başvurusunun reddinin gerekçesi olamayacağı hususu ayrıca vurgulanmıştır.

İşK. m. 5/II, belli bazı sözleşme türlerine göre (tam süreli-kısmi süreli, belirsiz süreli-belirli süreli) çalışan işçilere de, esaslı sebepler olmadıkça farklı işlem yapılamayacağını düzenlemektedir[808]. Maddede ayrıca işverenin belirtilen bu yükümlülüklerine aykırılığının yaptırımı ve bu aykırılığın ispatı konusu da hükme bağlanmıştır.

İşK. m. 5 hükmünün temelinde, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, UÇÖ'nün Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği hakkında 100 sayılı Sözleşmesi yanında, BM'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine ve AB Hukuku açısından da kadın-erkek eşitliği konusunda Adalet Divanının kararları ile Birlik Hukuku'nun düzenlemelerine

---

[807] Cinsiyete dayalı ayrım konusunda ayrıntı için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 125, 177 vd.; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 84 vd., 435 vd., 606 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 89 vd.; Doğan Yenisey, "**Kadın-Erkek Eşitliği**", 31 vd.; Nurhan Süral, "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2001, 1289 vd.; aynı yazar, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği", **Sicil**, Aralık'10, 11 vd.; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 200 vd.; Şükran Ertürk/Demet Özdamar, "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", **DEÜHFD**, C.11, Özel Sayı, **Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan**, 2009, 1169 vd.; M. Semih Gemalmaz, "Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi", **İÜHFM**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 141 vd.; Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Sicil**, Aralık'07, 22 vd.; Meryem Koray, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de 'Cinsiyet' Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist Bir Eleştiri", **Çalışma ve Toplum**, 2011/2, 13 vd.; Ünlü, "**Cinsiyet Ayrımcılığı**", 247 vd.; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 319 vd.; Marie-Thérèse Lanquetin, "Discriminations à raison du sexe", **Dr. soc.**, N° 7-8 Juillet-Août 1998, 688 vd.; aynı yazar, "**Les femmes et les hommes**", 312 vd.; aynı yazar, "L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans?", **Dr. soc.**, N° 6 Juin 2006, 624 vd.; aynı yazar, "**L'égalité de traitement**", 861 vd.; Thérèse Gaillard, **Femmes (Travail et emploi)**, Rép. trav. Dalloz, mars 1996; Guillaume Blanc-Jouvan, **Femmes**, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 9-10.

[808] Ayrıntı için bkz. Alpagut, "**Oransallık**", 30 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 225-235.

ve özellikle 75/117, 76/207, 79/7, 86/378 sayılı Yönergelere uyum sağlama amacı yer almaktadır.

Ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, bazı sözleşme türlerine göre çalışanların farklı işleme tabi tutulamayacağına ilişkin olarak İş Kanununda iki hüküm daha mevcuttur: İşK. m. 12/I, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar için; İşK. m. 13/II ise kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından düzenleme içermektedir[809]. Bunun yanında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da, sendikal nedenle ayrım yapılamayacağı (m. 25) hükme bağlanmıştır.

İşK. m. 5 hükmünün metninde işverenin eşit davranma borcuna değinilmemiş olması gerekçesiyle öğretide, 5. maddenin görünürde, iş ilişkilerinde ayrım yasağını düzenlediği belirtilmektedir[810]. Ancak maddenin gerekçesinde, işverenin işe almadan başlayarak, tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğünden; eşit davranma borcunun en önemli dayanağının, Anayasanın 10. maddesi olduğundan söz edilmesi karşısında, öğretide, 5. maddenin yalnızca eşitlik ilkesinin olumsuz yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığının düşünülmemesi ve maddenin salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmemesi gerektiği isabetli biçimde ileri sürülmüştür[811]. Kaldı ki, İşK. m. 5 hükmünde yalnızca ayrım yasaklarından söz edilmiş olması, iş ilişkilerinde genel anlamda eşit davranma borcunun var olmadığı biçiminde de yorumlanamayacaktır[812]. Zira, yukarıda da açıklandığı gibi, Anayasanın 11. maddesi gereği, Anayasa hükümlerinin, kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olması nedeniyle, eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeni açısından ve

---

[809] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 602-606; Alpagut, "**Oransallık**", 30 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 495; Yıldız, **Eşit İşlem**, 225-235; aynı hükümlerin ayrımcılık yasağının özel bir biçimi olduğu yönündeki açıklama için bkz. Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İHSGHD**, 7/2005, 974.

[810] Gülmez, "Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik", 241; Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", 26; Süzek, İş Hukuku, 495; Ertürk/Gürsel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", 430, 434; Yıldız, Eşit İşlem, 63; Ünlü, "Cinsiyet Ayrımcılığı", 249.

[811] Gülmez, "Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik", 239.

[812] Süzek, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 26; Süzek, **İş Hukuku**, 495-496; Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 978; aynı yazar, **"Eşitlik İlkesi"**, 65. Yazarlar, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ile getirilen düzenlemenin ardından, işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün varlığını koruduğunu ve buna ek olarak ayrımcılık yasaklarının pozitif düzenlemeye kavuştuğunu belirtmektedirler. Benzer biçimde, iş hukukundaki eşit davranma ilkesinin temelinde Anayasanın 10. maddesinin olması nedeniyle, ilkenin hem ayrım yasakları, hem de dar anlamda eşit davranma borcunu kapsamasının doğal olduğu belirtilmektedir (Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 431).

dolayısıyla iş ilişkilerinde de geçerli bir genel ilke niteliği taşımaktadır[813]. Yargıtay da, İşK. m. 5 hükmünde öngörülüp öngörülmemesini tartışma konusu yapmaksızın, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun varlığını tereddüte yer bırakmayacak biçimde kabul etmektedir. Gerçekten, Yargıtay, işverenin, ayrım yasakları kapsamında yer alan herhangi bir kritere dayanmaksızın dahi olsa, işçileri arasında farklı uygulamalar yapması durumunda, eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin, Mahkemeye göre, işçiler arasında beyaz yakalı-mavi yakalı ayrımı yapılarak fazla çalışma ve bayram, genel tatil ücretlerinde farklı oranların uygulanması, İş Kanununun 5. maddesine aykırılık oluşturmaktadır[814]. Dolayısıyla işverenin eşit davranma borcu, ayrım yasaklarından ibaret bulunmamaktadır.

Bunun da ötesinde, Yargıtayın, işverenin, işçileri arasında ayrım kriterlerine dayanmayan bir farklı uygulamasının, eşit davranma borcuna aykırı olup olmadığı konusunu irdelediği ve bu halde dahi İşK. m. 5'te düzenlendiği biçimiyle yoksun kalınan haklar ve tazminat talebi açısından hüküm kurmak gerektiğine işaret ettiği kararları da bulunmaktadır[815].

---

[813] Süzek, **İş Hukuku**, 495; Tuncay, **Eşit Davranma**, 5, 24, 69 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, 101; Yıldız, **Eşit İşlem**, 56, 65; Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 237; Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 974-975; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 426; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 150 vd.

[814] Yarg. 9. HD., 23.9.2014, E. 2012/36446, K. 2014/27623, Kazancı İçtihat Bankası. Yargıtay, iş sözleşmesinin feshinde de, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu olduğu yönünde kararlar vermektedir: İşyerindeki tüm işçilerin, üç çalışma arkadaşlarının işten çıkarılmasını protesto amacıyla katıldıkları eylem sonucunda, sadece bazılarının sözleşmesinin feshedilmiş olması, eşit davranma borcuna aykırı sayılmalıdır (Yarg. 9. HD., 10.4.2006, 7385/9027, Kazancı İçtihat Bankası). Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 22. HD., 2.2.2015, 1987/2009; Yarg. 9. HD., 25.4.2005, 11204/14365; Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21658, K. 2008/18649; Yarg. 9. HD., 5.7.2010, 22100/22105; Yarg. 9. HD., 7.3.2013, E. 2010/50084, K. 2013/8211, Kazancı İçtihat Bankası. Yargıtay tarafından, ücret konusunda da, emsal durumdaki işçilerle benzer bir işin yapılması halinde, eşit ücrete, prim gibi ödemelere veya zamma hak kazanılması gerekliliğine işaret edilmektedir (Yarg. 9. HD., 4.6.2001, 9131/9265; Yarg. 9. HD., 8.5.2003, E. 2002/24751, K. 2003/7822; Yarg. 9. HD., 1.11.2004, 8671/24558; Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795, Kazancı İçtihat Bankası).

[815] Davaya konu somut uyuşmazlıkta, deniz trafik operatörü olarak çalışan davacı işçi, davalı kurumun, işe alırken aynı koşullara tabi tuttuğu işçilere farklı derecelendirme sistemi uygulayarak farklı ücret ödediğini iddia ederek, İşK. m. 5 kapsamında tazminat ve yoksun kaldığı ücret ve diğer parasal haklarını talep etmiştir. Yargıtay, emsal olarak değerlendirilen işçilerin görev ve unvanlarının ne olduğu, farklı iş kanunlarına tabi olup olmadıkları konusunda Mahkemenin gerekli araştırmaları yapmamış olduğunu tespit etmiş; bu hususların tespit edilmesi ve buna göre kıyaslama yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtaya göre, belirtilen hususların açıklığa kavuşturulması sonucunda, "(...) *4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlendiği biçimde eşit davranma borcuna aykırılığın tespiti halinde davaya konu olan mahrum kalınan haklar da belirlenmeli ve istekler bakımından hüküm kurulmalıdır*." (Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895, aynı yönde: Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 14403/9841, Kazancı İçtihat Bankası).

İş Kanunu ya da 6701 sayılı Kanunda[816] açıkça işverenin dar anlamda eşit davranma borcundan söz edilmemiş olması, eşitliğin, hukukun genel bir ilkesi olarak iş ilişkilerinde de uygulanma alanı bulmasına engel teşkil etmeyecektir. Nitekim, hukukumuzdaki eşitlik ilkesine ilişkin pozitif düzenlemelerin, kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden doğan kaynaklarının olduğu da unutulmamalıdır.

Böylece, hukukumuz açısından işverenin eşit davranma borcunun iki bileşeni olduğundan söz edilmelidir[817]: Kaynağını Anayasanın 10. maddesi, hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralından alan, işçilere (dar anlamda) *eşit davranma yükümlülüğü* ve Anayasa m. 10 hükmü ile İş Kanunu m.5 hükmünden kaynaklanan *ayrımcılık yasakları*. *Doğan Yenisey*'e göre, bunlardan ilki daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilgili iken, ayrımcılık yasakları temel hak ve özgürlüklere ilişkin bulunmaktadır[818]. *Gülmez* ise, eşit davranma ilkesinin sadece olumsuz boyutu olan ayrımcılık yasağının temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu yaklaşımının, Anayasanın başlangıç bölümü ve 2. maddesi ile bağdaşmadığı görüşündedir[819]. Yazar, eşit davranma ya da eşit işlemin, işveren için bir borç ya da yükümlülük olmasının yanında, işçiler açısından temel bir hak olduğunun altını çizmektedir. Kanımızca da, eşitlik ilkesinin birbirinden ayrılmaz ve biri diğerinden farklı nitelikte olan olumlu ve olumsuz her iki bileşeni de (eşit davranma borcu ve ayrım yasağı), işçilerin temel hakları ile doğrudan bağlantılı kabul edilmelidir. Eşitlik ilkesi, tüm bileşenleri ile, diğer insan hakları için de gerekli temeli oluşturduğundan[820], yalnızca ayrım yasaklarının temel

---

[816] 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu gibi, eşitlik ve ayrım yasakları konusunda genel düzenleme getiren yeni bir kanunda, istihdam konusunda eşitliğin de ayrıca düzenleme konusu yapılmış olması karşısında, konuya ilişkin tereddütlerin ortadan kaldırılmış olması beklenebilirdi. Ne var ki, yukarıda da yer verildiği üzere, Kanun, "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı maddesinde, hem hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşitlikten, hem de belli bazı kriterler nedeniyle ayrım yapılması yasağından söz etmekte olmasına karşın; istihdama ilişkin 6. maddesinde yalnızca ayrım yasaklarını düzenlemektedir. İşverenin, ayrım kriterlerinden ayrı olarak, işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü bu Kanun kapsamında da açık bir pozitif düzenlemeye konu edilmemiştir.

[817] Doğan Yenisey, **"Eşitlik İlkesi"**, 66; aynı yazar, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 60. Öğretide *Yıldız* da, çatı kavram olarak "eşitlik ilkesi"nin iki boyutu olduğunu, bunlardan birinin "eşit işlem yapma borcu", diğerinin ise "ayrımcılık yasağı" olduğunu belirtmektedir (Yıldız, **Eşit İşlem**, 65). Ayrıca bkz. Ünlü, "**Cinsiyet Ayrımcılığı**", 250.

[818] Doğan Yenisey, **"Eşitlik İlkesi"**, 66. Yazara göre, m. 5 hükmü çerçevesinde, ayrımcılık yasağı, hem temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasının bir koşulu, hem de kendisi bir temel hak ve özgürlüktür (Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61).

[819] Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 240.

[820] Emmanuel Dockès, "Equality in Labor Law: An economically efficient human right? Reflections from a French Law perspective", **The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Issue 2, 2002, 188; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 68. Benzer biçimde hukukumuzda da eşitlik, hem bir temel hak, hem de diğer hak ve özgürlüklerden

hak olarak algılanması, bu nedenle isabetli olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle eşitliğin bizzat kendisi, iş hukukunda, temel haklardan biri olup; aynı zamanda diğer haklar için de en temel unsurlardan biri olarak karşımıza çıkar. Çünkü temel haklar, -ayrım yasakları kapsamında olsun veya olmasın- ancak keyfi bir kriter esas alınmaksızın, herkese tanınmaları koşuluyla, tam bir etkiye sahip olabilecektir.

Fransız Hukukunda da, işverenin, hem benzer iş/eşit değerde iş yapan işçilerine eşit davranma borcunun, hem de yasada sayılan bazı nedenlere dayanarak ayrım yapmama borcunun olduğu kabul edilmektedir[821].

Gerçekten, Fransız İş Kodu'nun L.1132-1 hükmünde ayrıntılı bir düzenlemeye[822] konu olan ayrım yasaklarında, işverenin, karar ve uygulamalarına dayanak teşkil edemeyecek olan kriterlerin, iki farklı kategori oluşturduğu tespiti yapılmaktadır[823]: Bu kriterlerden köken, cinsiyet, yaş, cinsel kimlik, cinsel eğilim, gerçek ya da varsayımsal olarak bir etnik kökene, milliyete ya da ırka mensup olup olmama, fiziksel görünüş, soyadı, gebelik, sağlık durumu, ikametgah, genetik özellikler ve engellilik, esasında işçinin "ne olduğu"nun dikkate alınmasının sonucudur. İkinci kategori ise, işçinin daha çok, "ne yaptığı"ndan hareketle belirlenmiştir. İşçinin medeni hali, politik veya diğer düşünceleri, sendikal faaliyetleri, greve katılmış olması gibi bu kriterler esas alınarak yapılacak bir uygulama, işçinin, temel haklarını kullanmasının ihlali sayılacaktır. Bu hükümde yer verilen ayrım kriterleri, 1982 yılından bu yana, Fransız yasa koyucu tarafından genişletilmektedir[824].

---

yararlanılmasında gözetilmesi gereken temel bir ilke olarak nitelendirilmektedir (Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 132).

[821] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 233 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 735 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 224 vd.; Lokiec, **Relations individuelles**, 16 vd.; Favennec-Héry, "**Non-discrimination, égalité**", 3 vd.; Jeammaud, "**Égalité de traitement**", 694 vd.; Radé, "**Le principe d'égalité de traitement**", 981 vd.; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 96 vd.

[822] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 740 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 236; Lokiec, **Relations individuelles**, 16 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 224 vd.; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 96-97; Cesaro, "**Égalité**", 39; Lanquetin, **Discrimination**, §98 vd.; Ray, "**À travail inégal, salaire inégal**", 46 vd.

[823] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 236.

[824] Örneğin, 2012-954 sayılı ve 6.8.2012 tarihli Yasa ile, cinsel kimlik kıstası; 2014-173 sayılı ve 21.2.2014 tarihli Yasa ile ikametgah kıstası; 2016-832 sayılı ve 24.6.2016 tarihli Yasa ile ekonomik durumundan ötürü savunmasız durumda olma kıstası, maddeye eklenmiştir. Buna karşın, 2016-1547 sayılı ve 18.11.2016 tarihli Yasayla, madde metni kısaltılarak, ayrım kıstasları açısından, 2008-496 sayılı ve 27.5.2008 tarihli Yasaya atıf yapılması tercih edilmiştir. Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 741. Ancak, bu kriterlerin sınırlı sayıda listelenmiş olması, öğretide eleştirildiği gibi, bunun, AB Temel Haklar Şartı ve diğer uluslarüstü düzenlemelere de aykırı olduğu belirtilmektedir. Buna karşın, bir kriterin, listede sayılmamasının (örneğin, servet ya da varlık gibi bir kriterin), bu

İşverenin eşit işlem borcu ise, Fransız Hukukunda doğrudan, tek bir hükümde düzenlenmemiş olmakla birlikte, Fransız yargıcı, bu borcun dayanağını İş Kodu'ndaki pek çok düzenlemede bulabilmektedir[825]. Gerçekten, ilk olarak, yukarıda da yer verilen *Ponsolle*[826] kararı ile ücret konusuna ilişkin gündeme gelen eşit işlem ilkesi, daha sonra işveren tarafından sağlanan her hak açısından geçerli bir ilke haline gelmiştir[827]. İşverenin yapacağı işlem ve uygulamalarda, aralarındaki eşitliği gözetmesi gereken işçiler ise, kendilerine sağlanacak hak açısından aynı konumda bulunan işçiler olacaktır[828]. Diğer bir deyişle, işçilerin, sahip olduğu unvan, meslek, diploma, işyerindeki pozisyon gibi kriterlere göre en başta, işçileri kategorilere ayırmak olanaklı değildir. Yapılacak her işlem ya da uygulama, sağlanacak her hak açısından eşit durumda olan işçiler yeniden tespit edilmelidir.

Yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, eşit davranma borcunun bu iki bileşeninin nitelikleri ve hukuki rejimleri farklı olsa da, amaçlarının özdeş olması nedeniyle, işverenin girişim özgürlüğünü ve dolayısıyla iş sözleşmesindeki yetkilerini sınırlama işlevlerinin de ortak olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. İşverenin eşit davranma borcu mutlak olmadığı gibi, girişim özgürlüğü ve dolayısıyla yetkileri de mutlak sayılamayacaktır. Bu yönüyle işverenin girişim özgürlüğü ile eşit davranma borcunun karşı karşıya kaldığı durumlarda, bunların uyumlaştırılması ve birbirlerine belli sınırlar çizmeleri söz konusu olacaktır.

Eşit davranma borcunun iki farklı bileşeni açısından ise, iş sözleşmesinin belli aşamalarında -kurulması ve sona ermesinde-, işverenin yetkilerine getirebilecekleri sınırlamanın düzeyinde farklılıklar olduğu için, farklı değerlendirmeler yapmak gerekecektir.

---

kritere dayanarak işverenin keyfi uygulamalar yapabileceği anlamı taşıyamayacağı; bu konuda özellikle AİHS'nin, Fransız yargıcı için yol gösterici ve tamamlayıcı bir rol oynadığı vurgulanmaktadır (Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 744).

[825] Cass. soc. 16 mai 2007, n° 05-44.565 (Dockès/Fouvet/Géniaut/Jeammaud, "**Droit du travail mai 2007-août 2007**", 3033). Ayrıca bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 753; Guyon, **Normes supranationales**, 220.

[826] Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, Bull. V, N° 359. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Antoine Lyon-Caen, "De l'égalité de traitement en matière salariale", **Dr. soc.** 1996.1013. *Ponsolle* kararında, işverenin eşit davranma borcunun ortaya konulmasının ardından, dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrım yasakları arasındaki farkın da ifade edilmeye başlandığı vurgulanmaktadır (Porta, "**Sens de l'égalité**", 16).

[827] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 767; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 104-105.

[828] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 241; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 104.

§8. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU – SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ DENGESİ

I. İşverenin Eşit Davranma Borcu ile Sözleşme Özgürlüğü İlişkisine Genel Bakış

Dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrım yasakları, işçilerin, işverenin keyfi işlemleri ve kararları karşısında korunmasını amaçlamaktadır. Bu doğrultuda bütün olarak eşit davranma borcu, işverenin girişim özgürlüğünün ve dolayısıyla yetkilerinin sınırını oluşturmaktadır[829]. Gerçekten, eşit davranma borcu ve ayrım yasakları, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşır. Ancak bu müdahale mutlak olmayıp; işverenin, keyfi ve eşitlik ilkesinin ihlali niteliğindeki uygulamalarının önüne geçilmesine yöneliktir. Diğer bir deyişle, eşitlik ilkesi, işverenin gücünü keyfi kullanmasına bir engeldir[830].

Eşitlik ilkesinin, girişim özgürlüğüne olan müdahalesi, işverenin tüm işçilerine aynı davranması gerekliliği olarak değil, farklı uygulamalarının haklı gerekçelerini ortaya koyması zorunluluğu biçiminde ortaya çıkar. Bu ise, işverenin yönetim yetkisini kullanmasında şeffaf olması anlamını taşımaktadır[831]. Eşit davranma ilkesi bu yönüyle, işverence yapılan farklı uygulamaların hukuka uygun olup olmadığının denetiminde rol oynar[832]. Dolayısıyla amaç, işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde her bir işçi ile farklı sözleşme koşulları öngörebilmesini engellemek değil, söz konusu bireysel uygulamaların keyfi olmasının önüne geçmektir, ki ölçülülük ilkesi bu noktada işlev kazanmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin, adeta bir paradoksa konu olan ikili işlevi, -çalışmamızın ilk bölümünde ortaya koymaya çalıştığımız üzere- işte, işverenin eşit davranma borcu ile girişim özgürlüğü ilişkisinde kendini göstermektedir.

---

[829] Eşit davranma borcu gereği, işverenin yönetim yetkisinin sınırlandığına ilişkin bkz. Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895; Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 14403/9841; Yarg. 9. HD., 12.2.2009, E. 2007/36963, K. 2009/2271; Yarg. 9. HD., 19.10.2010, 802/29784; Yarg. 9. HD., 14.3.2011, E. 2010/26762, K. 2011/6747; Yarg. 9. HD., 30. 6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; Yarg. 9. HD., 24.6.2013, E. 2011/9220, K. 2013/19242; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741; aynı yönde, Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727; Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200, (Kazancı İçtihat Bankası).

[830] Tuncay, **Eşit İşlem**, 213; Ertürk, **Temel Haklar**, 113-114; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 96 vd.

[831] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 595 vd.; Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 59.

[832] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 737.

İşverenin eşit davranma borcu açısından ölçülülük, hem işverenin girişim özgürlüğüne müdahalenin sınırı, hem de işverenin işlem ve kararlarının hukuka uygunluğunun denetim aracı biçiminde, iki görünüm sergilemektedir:

Bu kapsamda ölçülülük, ilk olarak, anayasada güvenceye kavuşturulan eşitlik gerekliliği ile girişim özgürlüğü arasında pratik uyuşumun sağlanması noktasında işlev göstermektedir. Gerçekten bu işlev, iş ilişkisinin en önemli aşamalarını oluşturan, iş sözleşmesinin kurulması ve sona ermesinde gündeme gelir. İşverenin, iş sözleşmesi kuracağı işçiyi seçerken ve işçileri arasından hangilerinin iş sözleşmesini feshedeceğini belirlerken, sözleşme özgürlüğü, eşitlik ilkesi gereği ne oranda sınırlanacaktır? Bu ilk halde ölçülülük, işverenin girişim özgürlüğünün ve eşitliğin, karşılıklı sınırlarını çizecektir.

Eşitlik ve girişim özgürlüğü çatışmasında, ölçülülüğün bir diğer görünümü ise, işverenin, meşru bir amaç doğrultusunda, işçileri arasında gerçekleştirmek istediği farklı uygulamaların hukuka uygun sayılmasının ölçütü biçiminde ortaya çıkmaktadır. Esasında, bu halde de işverenin girişim özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olmakla birlikte; bu kez ölçülülük, işverenin eşitlik ilkesine aykırı sayılabilecek işlem ve kararlarının, belli koşullarla hukuka uygun kabul edilmesini sağlayacaktır. Gerçekten işveren, yaptığı uygulamanın, amacını gerçekleştirmek için elverişli, gerekli ve oranlı bir araç olduğunu -kısacası ölçülü bir uygulamaya başvurduğunu- ortaya koymalıdır. O halde bu noktada ölçülülük, işverenin uygulamasının hukuka uygunluğunun denetim aracı olmaktadır.

İşverenin eşit davranma borcunun var olup olmadığının ya da işverenin hangi koşullarda, ne derece eşit davranmakla yükümlü olduğunun tespitinde, esas olarak, işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile eşitlik ilkesinin bağdaştırılması; anayasada ifadesini bulan her iki hakkın etkisinin de optimal düzeyde sağlanmasıyla aralarında bir denge arayışı söz konusu olmaktadır. Anayasal normlar arasında biçimsel bir hiyerarşi olmaması ve bu nedenle birbirlerine aykırı olamayacaklarından hareketle, bu normların, birbirleriyle çelişki yaratmayacak şekilde yorumlanmasının gerekli olduğuna yukarıda işaret etmiş olduğumuz üzere, iş sözleşmesinin kurulması ve feshinde eşitlik ilkesi ile girişim özgürlüğü arasında da pratik uyuşumun, ölçülülük ilkesiyle sağlanması gerekmektedir.

II. İşçi ve İşverenin Karşılıklı Menfaatlerinin Pratik Uyuşumu

Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi ile 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğünün norm alanları çatışmaktadır. Bu çatışmanın çözümünde, her iki anayasal norma da optimal etki sağlanması ve her birinin belli sınırlamaya tabi olması, pratik uyuşum ilkesinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır[833]. Bu noktada ölçülülük ilkesi, hukuken korunan ve birbiriyle çatışan söz konusu menfaatlerin norm alanlarının somutlaştırılmasında kilit bir işlev üstlenecektir[834].

Gerçekten, aynı değerde anayasal ilkeler olan eşitlik ve özgürlük arasındaki karşıtlık, iş ilişkileri gibi, tarafların eşit konumda olmadığı ilişkilerde varlığını hep koruyacaktır[835]. Bu ilkelerin bağdaştırılması[836], her ikisinin de gerekli olmayan düzeyde sınırlamaya uğramasının önlenmesi ve gerekli makul dengenin sağlanabilmesi ise, ölçülülük ilkesi çerçevesinde olanaklı olacaktır[837].

Zira, işçinin ve temel haklarının korunması amacı, işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğünü, yönetim yetkisini tümüyle ortadan kaldırmamalı; bir yandan işçinin haklarının güvenceye kavuşturulması, diğer yandan da işletmenin çıkarlarının korunması olanaklı olmalıdır[838]. Dolayısıyla, işçinin ayrımcılığa maruz kalmaması ve kişilik haklarının korunması, işverenin işletmesinin işleyişi için en uygun kişiyi istihdam edebilmesine, işyerinde objektif olarak işçileri arasında farklı koşullar belirleyebilmesine ve iş sözleşmesini feshedebilmesine bütünüyle engel oluşturmamaktadır. Eşitliğe aykırı uygulamalardan işçinin korunması düşüncesi, işçiyi her koşulda, istihdam edilmeme riskinden, iş sözleşmesinin feshinden ya da bir disiplin yaptırımından korumamaktadır. O halde işçi ve işverenin karşılıklı gelen

---

[833] Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması**, 136; Kanadoğlu, **Anayasal Değerlerin Çatışması**, 166; Rumpf, "**Ölçülülük**", 45; Metin, **Ölçülülük İlkesi**, 195; Sağlam, "**Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması**", 258; Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, 98; Muzny, **La technique de proportionnalité**, 86; Engin, **İşletme Gerekleri**, 27, 50; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 976.

[834] Rumpf, "**Ölçülülük**", 45; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 976.

[835] Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 976.

[836] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 77-78; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 329; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 161; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 22 vd.; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 193. Hangi ilkenin üstün tutulması gerektiğine ilişkin Alman iş hukuku öğretisindeki görüşler için ayrıca bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 140-148.

[837] Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 976, 996 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 497.

[838] Ali Güzel, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1996, 183-184. Ayrıca bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 77.

ancak birlikte varlığını sürdürecek olan menfaatlerinin uyumlaştırılması gereği ortaya çıkmaktadır.

Sözü edilen uyumlaştırma, karşı karşıya gelecek menfaatlerin sınırsız çeşitliliği nedeniyle, ölçülülüğün diyalektik tekniği kapsamında bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Karşılıklı menfaatlerin optimum etkiye kavuşacağı denge noktası değişkenlik arz ettiği gibi; bu noktanın tespiti güçtür. Nitekim, işyerinde çalışma barışının ön koşullarından biri olarak nitelendirilen işçiler arasında eşitliğin sağlanması esası ile sözleşme serbestisi ilkesinin bağdaştırılması[839], öğretide iş ilişkisinin kurulması ve sona ermesi açısından tartışmaya konu olmaktadır.

İş Hukuku öğretisinde, işverenin eşit davranma borcunun, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrım yapmama yükümlülüğü biçiminde kademelendirilmesi, anayasal iki norm olan girişim özgürlüğü ve eşitlik ilkesinin, özellikle iş sözleşmesinin kurulması ve sona ermesi aşamalarında karşı karşıya gelmesi halinde işlevini ortaya koymaktadır. Zira iş sözleşmesinin devamı esnasında işverenin, farklı uygulamayı haklı kılan objektif bir gerekçesi olmadığı sürece işçilerine eşit davranma ve işçileri arasında ayrım yapmama borcu altında olduğu, -diğer bir ifadeyle bu noktada eşitlik ilkesinin girişim özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi- tartışmasızdır.

Ne var ki, iş sözleşmesinin kurulması ve sona erdirilmesi aşamalarında bu sınırlayıcı etkinin derecesi tartışmalı hale gelebilmekte, hem dar anlamda eşit davranma borcu hem de ayrım yasakları açısından aynı açıklıkla kabul edilmesine kuşku ile yaklaşılmaktadır.

Gerçekten, işverenin, yasa ile yasaklanan kriterlerden birine dayanarak ayrım yapamayacağını, iş ilişkisinin hangi aşaması olduğuna bakılmaksızın kabul etmek zorluk arz etmezken[840]; dar anlamda eşit davranma borcunun iş ilişkisinin bazı

---

[839] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 329; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 161; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 22 vd.; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 193

[840] Süzek, **İş Hukuku**, 502; Tuncay, **Eşit Davranma**, 123-127; Yıldız, **Eşit İşlem**, 68; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1627. Aynı yönde Yargıtay kararlarında da, "*4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.*" ifadelerine yer verilmektedir (Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895; Yarg. 9. HD., 17.3.2009, E. 2008/32183, K. 2009/7045; Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741, Kazancı İçtihat Bankası). Önemle ekleyelim ki,

aşamalarında varlığı tartışılabilecektir. Bunun nedeni, işverenin bir kimseyi istihdam ederken ya da bir işçinin iş sözleşmesini feshederken, girişim özgürlüğünün eşitlik ilkesi ile aynı ölçüde sınırlandırılmasının yerinde olup olmadığı; işverenin girişim özgürlüğüne getirilmek istenen sınırlamanın ölçülü olup olmadığı sorusunun gündeme gelmesidir.

III. İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sözleşme Özgürlüğüne Müdahale Aracı Olarak Eşitlik

İşverenin girişim özgürlüğü, eşitlik ilkesi tarafından hangi andan itibaren kısıtlamaya uğramaktadır? Diğer bir ifadeyle, işverenin, eşitlik ilkesine uygun hareket etme zorunluluğu, hangi andan itibaren başlamaktadır? İşverenin ayrım yasaklarını da kapsar biçimde eşit davranma borcunun doğduğu anın tespiti önem taşıdığı gibi; işverenin sözleşme serbestisini ne düzeyde kısıtlayabileceğinin de belirlenmesi gerekir. Çözüm bekleyen sorun, eşitlik ilkesi ile işverenin iş sözleşmesini dilediği kişi ile kurma serbestisinin çatışmasıdır.

1. Ayrım yasaklarının ve eşit davranma borcunun doğduğu an

4857 sayılı Yasa döneminden önce, eşit davranma ilkesi ile sözleşme serbestisi ilkesi arasındaki çatışma kapsamında, özellikle işe alma ve işten çıkarma ile ücret konusunda, girişim özgürlüğünün eşit davranma ilkesinden daha üstün tutulması ya da eşit davranma ilkesinin uygulanması için işçi ile işveren arasında hukuki ilişkinin kurulmuş olması gerektiği gerekçesiyle, işverenin sözleşme özgürlüğünün, eşit davranma borcuna oranla öncelikli kabul edildiğini söylemek hatalı olmayacaktır[841].

4857 sayılı Yasa döneminde de, işe alma aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı yönünde görüşler ağırlık kazanmaktadır. Gerçekten, öğretide, işverenin eşit davranma yükümlülüğünden söz edilebilmesi için işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulması gerektiği görüşünün çoğunlukla savunulduğu

---

İşK. m.5/I'de yer verilen kriterlere dayalı ayrım yasağının "mutlak" olduğu yönündeki ifade, esasında çok fazla isabet taşımamaktadır. Zira, aşağıda da ele alınacağı üzere, işin niteliğinin gerektirmesi halinde, örneğin cinsiyete dayalı farklı bir uygulama yapılması olanaklıdır. Bu nedenle bu kriterlere dayalı bir uygulama da istisna biçiminde de olsa olanaklıdır. Kanımızca Yargıtay tarafından kullanılan "mutlak" ifadesi, daha çok, ayrım yasaklarının, iş ilişkisinin hiçbir aşamasında göz ardı edilemeyecek nitelikte olduğuna işaret etmeye yönelik kabul edilmelidir.

[841] Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 15. Bası, İstanbul, Beta, 2000, 147 vd.; Tunçomağ, **İş Hukuku**, 256; Tankut Centel, **İş Hukuku Cilt I Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Kazancı, 1992, 163 vd.; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, Konya, Mimoza, 1991, 59-60; Tuncay, **Eşit Davranma**, 153 vd.; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 2002, 396 vd.; Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 976.

söylenebilir[842]. Yargıtay kararlarında da yer verilen, "*Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5'inci madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır.*"[843] biçiminde veya "*İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işverenle arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir.*"[844] yönündeki ifadeler, Yargıtayın da çoğunluk görüşünü benimsediğine işaret eder niteliktedir.

Bu konuda öğretide, işçilerin ilk kez işe alınması durumu ile daha önce çalıştıkları bir işyerinde tekrar çalışmaya başlamaları arasında bir fark da gözetilmiştir: *Akı*, ilk kez işe alınan işçi ile işveren arasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, bu halde işverenin eşit davranma borcunun olmadığını belirtmiştir[845]. Buna karşın, yazara göre, yasa dışı grev yaptıkları için iş sözleşmeleri feshedilen işçilerden yalnızca bir kısmının, daha sonra tekrar aynı işverence işe alınması halinde, direnişçi işçiler arasında ayrım yapıldığı sonucuna varılması gerekmektedir. Yazar, bu uyuşmazlığa ilişkin aksi yöndeki Yargıtay kararını[846, 847] eleştirmiştir[848]. Yazara göre, işverenin, direnişçi işçilerin sadece bazılarının sözleşmesini feshetmiş olması varsayımında, eşit davranma borcuna aykırı davrandığı sonucuna varılması gerekeceğinden; somut olayda da işten çıkarılan direnişçi işçilerin bir kısmının işe geri alınması, aynı sonucu doğurmaktadır.

---

[842] Süzek, **İş Hukuku**, 497 vd.; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433, 438 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 67-68; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844; Akı, "**Eşit İşlem**", 137; Ünlü, "**Cinsiyet Ayrımcılığı**", 250; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 260, 262.

[843] Yarg. 9. HD., 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090, (Kazancı İçtihat Bankası).

[844] Yarg. 9. HD., 14.3.2011, E. 2010/26762, K. 2011/6747; Yarg. 9. HD., 24.6.2013, E. 2011/9220, K. 2013/19242, (Kazancı İçtihat Bankası).

[845] Akı, "**Eşit İşlem**", 138.

[846] Yarg. 9. HD., 29.5.2008, E. 2008/32183, K. 2009/7045 ve Akı'nın kararı isabetsiz bulan değerlendirmesi, Sicil, Haziran'09, 134 vd. Karara konu somut olayda, işçiler, işverenden ücret artışı talep etmiş; taleplerinin reddedilmesi üzerine, o gün, işe gelmelerine rağmen, makinaları çalıştırmayarak, çalışmama eylemi yapmışlardır. Bu eyleme katılan işçilerin iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren, daha sonra bunlardan altı tanesini yeniden işe almıştır. Bunun üzerine, işe geri alınmayan işçilerden olan davacı, iş sözleşmesinin haksız feshi gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden sözleşme yapılmasının, davacının sözleşmesinin feshindeki haklı nedeni ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

[847] Aynı uyuşmazlık, ilk derece mahkemesinin, Daire kararına direnmesi üzerine, Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiş; HGK, yerel mahkemenin, Özel Dairenin kararına uyması gerektiği sonucuna varmıştır (Yarg. HGK., 23.12.2009, 9-485/598, Kazancı İçtihat Bankası).

[848] Akı, "**Eşit İşlem**", 141. Aynı uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay HGK kararını isabetli bulan görüşte, Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 146. Öğretide, benzer yönde, *Tuncay* da, yeniden işe almada, sözleşme serbestisinin tek sınırının, ayrım yasakları olduğunu belirtmektedir (Tuncay, **Eşit Davranma**, 157).

Dolayısıyla taraflar arasındaki iş ilişkisinin ne zaman kurulduğunun tespiti, İşK. m. 5/I ile sağlanmak istenen korumanın ne zaman başlayacağı meselesi ile doğrudan ilgili bulunmaktadır. Öğretide, iş ilişkisinin kurulmasından önce, işverenin işe almada eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir[849]. Bu görüşün dayanakları olarak ise, öncelikle, İşK. m. 5/I'de "iş ilişkisinde" ayrım yapılamayacağından söz edilmiş ve İşK. m. 5/VI'daki ayrımcılık tazminatı yaptırımının yalnızca "*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*" öngörülmüş olması ileri sürülmektedir[850]. Yine, iş mevzuatında, işe almada ayrım yapma yasağının, özel olarak bazı hükümlerde (İşK. m.5/III cinsiyet nedeniyle, STİSK m.25 sendikaya üyelik nedeniyle, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun m.14/I ve II engellilik nedeniyle) düzenlenmiş olması da bir diğer gerekçe olarak ileri sürülmektedir[851]. O halde, öğretinin çoğunluğu tarafından, işverenin, Anayasa ile güvence altına alınan girişim özgürlüğü gereği, hangi işçiyle işi en iyi şekilde yürüteceğini, hangi işçi adayıyla iş sözleşmesi kuracağını belirleme yetkisine sahip bulunduğu kabul edilmektedir[852]. Böylece, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, sözleşme serbestisinin, eşitlik ilkesinden önce geldiği sonucuna varılmaktadır[853].

Ancak sözleşme serbestisi ve girişim özgürlüğünün, işverenin keyfi işe almama kararlarının da kabul edileceği anlamına gelmediği vurgulanarak, bu noktada bir ayrıma gidilmektedir: İş ilişkisi kurulmadan önce, işe alım aşamasında dahi işveren ayrım yasaklarına uymalıdır[854].

---

[849] Süzek, **İş Hukuku**, 497 vd.; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 153; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143; Yıldız, **Eşit İşlem**, 67-68, 192; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433, 438 vd.; Akı, "**Eşit İşlem**", 137; Doğan Yenisey, "**Eşitlik İlkesi**", 68; Ünlü, "**Cinsiyet Ayrımcılığı**", 250; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 260, 262.

[850] Süzek, **İş Hukuku**, 498; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143; Yıldız, **Eşit İşlem**, 169-170; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 438.

[851] Süzek, **İş Hukuku**, 498; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27-28.

[852] Süzek, **İş Hukuku**, 498; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 262.

[853] Aynı yöndeki Alman iş hukuku öğretisi görüşleri için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 154 vd.

[854] Tuncay, **Eşit Davranma**, 155; Yıldız, **Eşit İşlem**, 68, 195 vd.; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 194; Süzek, **"İşverenin Eşit Davranma Borcu"**, 28; aynı yazar, **İş Hukuku**, 498-499, 502; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 17; Ertürk/Gürsel, **"İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi"**, 433, 438-439; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; aynı yazar, **"Eşitlik İlkesi"**, 67; Bakırcı, "**Cinsiyetler Arası Eşitlik**", 26; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 261.

Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesi[855] ile işe almada ayrım yapılmasının suç olarak nitelendirilerek yaptırıma bağlanması, bu tespiti güçlendirmiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, dar anlamda eşit davranma borcunun doğması için iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekirken; ayrım yasakları, iş ilişkisinin kurulmasından önce de uygulanma alanı bulacaktır. Öğretide, ayrımcılık yasağının, sözleşme yapılmadan önce kurulan iş ilişkisinde de uygulama alanı bulacağı yönündeki tespitin dayanağı olarak, İşK. m.5/I'de yer alan "iş ilişkisi" terimi de gösterilmektedir[856].

Bununla birlikte, İşK. m. 5/III gibi bazı hükümlerde işe alma aşamasında ayrım yasağından ayrıca söz edilmiş olmasının, iş ilişkisinin kurulmasından önce eşit işlem borcunun bulunmadığı yönündeki görüşe dayanak olarak gösterilmesi, öğretide eleştirilmektedir[857]: *Gülmez*, yasada bu alandaki boşluğun, karşıt kavram yorumuyla değil de, "kuşkulu durumlarda özgürlük yararına yorum" (*in dubio pro libertate*) yapılarak doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, "iş ilişkisi" teriminin, ilişkinin kurulmasından sonrasını kapsadığının düşünülmesi, iş ilişkisinin eşit işlem ilkesi ve ayrım yasağının korumasından yoksun biçimde kurulması sonucunu doğuracaktır -ki bu durum hem Anayasaya hem de ulusal üstü sözleşmelere aykırılık taşıyacaktır- [858]. Öğretide, *Ulucan* da, işe alma aşaması da dahil, iş sözleşmesinin her aşamasında eşit davranma borcunun ve ayrım yasaklarının, işvereni bağlayacağı görüşünü savunmaktadır[859]. Yargıtaya göre ise, "*İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrım yapmamayı ifade eder*"[860]. Yargıtayın kararında yer verilen bu ifadeye dikkatle yaklaşmak gerekir. Kanımızca, işe almada ayrım yasaklarını, yalnızca cinsiyet ve gebelik nedenlerine dayalı ayrımın yasaklandığı biçiminde dar algılamak, iş ilişkisinin kurulması aşamasında, kişinin değiştiremeyeceği -ırk, etnik köken, dil, renk, inanç vb.- özelliklerine göre ayrım yapılabileceği yönünde, Anayasanın 10. maddesine, kişinin

---

[855] "Nefret ve Ayrımcılık" kenar başlıklı 122. maddeye göre, "Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle (...) c) bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

[856] Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 157; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 17; Akı, "**Eşit İşlem**", 139.

[857] Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 244.

[858] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 600-602; aynı yazar, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 245.

[859] Ulucan, **Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**, 194; Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 238.

[860] Yarg. 9. HD., 17.3.2009, E. 2008/32183, K. 2009/7045, (Kazancı İçtihat Bankası). Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Akı, "**Eşit İşlem**", 136 vd.

temel hak ve özgürlüklerine aykırı bir sonucun doğmasına neden olacaktır. Bu bakış açısı, İşK. m. 5 hükmünün amacıyla da ters düşmektedir. Karardaki bu ifadenin, işe almada ayrım yasaklarını bu iki kritere indirgeme amacı taşıdığı biçiminde algılanmaması yerinde olacaktır.

Görüldüğü gibi, öğretide görüş birliği sağlanamayan nokta, işverenin dar anlamda eşit davranma borcudur. Öğretide baskın olarak, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun, kural olarak iş sözleşmesinin ya da iş ilişkisinin başlaması ile doğacağı görüşü benimsenmektedir[861]. Kanımızca, iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun bulunmadığının mutlak biçimde kabul edilmesi güçtür.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, İşK. m. 5 hükmünde yer verilen "*iş ilişkisi*" ifadesinin bu görüşe dayanak teşkil etmesi, olanaklı görünmemektedir. Bu konuda madde hükmünün ifadesine sıkı sıkıya bağlı kalmanın gerekli ve yerinde olmadığının ilk göstergesi, maddenin -kenar başlığına rağmen- içeriğinde işverenin eşit davranma borcundan söz edilmemesidir. Üstelik madde içeriğinde bu borçtan söz edilmemesi, işverenin eşit davranma borcunun varlığının tartışmasız kabul edilmesine engel değildir.

Buna ek olarak, yukarıda açıklandığı üzere, maddede yer alan "*iş ilişkisinde*" ifadesinin, yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı ifade ettiği kabul edilirse, ayrım yasaklarının da sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olacağı sonucuna varılması gerekecektir. Oysa öğretide, ayrım yasaklarının, sözleşmenin kurulmasından önce de var olduğu noktasında görüş birliğine varılmıştır. Dolayısıyla, 5. maddenin ilk fıkrasında "*iş ilişkisinde*" ifadesinin kullanılması, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin ayrım yasaklarına uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamakta ise, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu da mutlak olarak ortadan kaldıracak biçimde anlaşılmamalıdır.

Bu nedenle, kanımızca, işverenin yalnızca iş sözleşmesinin kurulmasından sonra eşit davranmakla yükümlü olduğu tezinin dayanak noktası, madde metninde "iş ilişkisi" ifadesine yer verilmesi olamayacaktır. Kaldı ki, İşK. m. 5 hükmünün

---

[861] Süzek, **İş Hukuku**, 497 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 153; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433, 438 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 67-68; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844; Akı, "**Eşit İşlem**", 137; Ünlü, "**Cinsiyet Ayrımcılığı**", 250; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 260, 262.

gerekçesinde, "*İşverenin **işe almadan başlayarak** tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı **eşit davranma**[862] (...) yükümlülüğü*"nden söz edilmektedir[863].

Belirtildiği gibi, işverenin dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olarak, ayrım yasakları konusunda öğretide görüş birliği bulunduğu dikkat çekmektedir: Gerçekten yasal düzenlemeler ışığında, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverence alınan kararların yasaklanan ayrım kriterlerine dayanması olanaklı değildir[864]. Hatta, kişilerin, iş bulmasının, yaşamlarını ve geleceklerini güvenceye almaları ile doğrudan bağlantısı nedeniyle, iş ilişkisinin kurulması aşamasında kişisel özgürlüklerin korunması ve ayrımcılığın önlenmesinin büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir[865]. Örneğin bir kimsenin, cinsiyeti, cinsel eğilimi, dili, ırkı, etnik kökeni, dini inancı, siyasal görüşü gibi nedenlere dayalı olarak işe alınmaması, diğer işçi adaylarına göre farklı bir muameleye maruz bırakılması, hukuka aykırıdır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin ayrımcılık yapamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakta; burada eşitlik ilkesinin, sözleşme özgürlüğü karşısında önceliği söz konusu olmaktadır.

Zira, ayrım, kişinin, değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği bir özelliğine dayanarak farklı uygulama yapmak anlamına gelmektedir. Yasa ile de bir işlem ya da uygulamaya dayanak teşkil etmesi yasaklanan bu kriterler, işveren tarafından esas alındığında, gerçekleştirilen işlem ya da uygulamanın hukuka aykırılığında tereddüt bulunmayacaktır. Öğretide de ifade edildiği gibi, ayrımcılık yasağı, yalnızca işçiler arasındaki eşitlik düşüncesinden kaynaklanmaz; bunun kaynağı, daha geniş bir düşüncedir: insanlar arasındaki eşitlik[866]. Bu nedenle, yasaklanan bir ayrım kriterine dayanarak yapılan bir farklı uygulama, insanlık nezdinde bir kırılma yaratır[867].

---

[862] Maddenin kenar başlığında olduğu gibi, gerekçesinde de –madde içeriğinden farklı olarak- ayrım yasakları yerine eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilmiştir.

[863] *Gülmez*, madde gerekçesindeki bu ifadeden de hareketle, yasa koyucunun, maddede, "iş ilişkisi" terimini, eşit davranma yükümlülüğünün sağladığı korumanın, sözleşme öncesinde fiili ilişki dönemini de kapsamasını istediği için, "bilerek ve isteyerek" kullanmış olduğunu belirtmektedir (Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 600).

[864] Süzek, **İş Hukuku**, 498-499, 502; aynı yazar, **"İşverenin Eşit Davranma Borcu"**, 28; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154-155; Yıldız, **Eşit İşlem**, 68, 195 vd.; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 194; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 17; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; aynı yazar, **"Eşitlik İlkesi"**, 67; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433; Bakırcı, "**Cinsiyetler Arası Eşitlik**", 26; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 261.

[865] Yıldız, **Eşit İşlem**, 195.

[866] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 745.

[867] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, aynı yer.

Benzer biçimde Fransız Hukukunda, işe almada ayrım yasağının amacının, kişinin eğitimi ve yeteneklerine uygun bir işe kabul edilmesi ya da edilmemesinde, yetenekleri ve işe uygunluğu dışındaki kıstasların esas alınmasının önüne geçilmesi olarak ifade edilmiştir[868]. Ayrımcılık yasağının dayanağı olarak nitelendirilen Fransız İş Kodu m. L.1132-1 hükmüne göre, hiç kimse, kökeni, cinsiyeti, gelenekleri, cinsel eğilimi ya da kimliği, yaşı, ailevi durumu ya da hamileliği, genetik özellikleri, gerçek veya varsayılan bir etnik kökene, milliyete, ırka mensup olması ya da olmaması, politik düşünceleri, sendikal ya da yardımlaşma faaliyetleri, dini inançları, fiziksel görünümü, soyadı, yerleşim yeri, sağlık durumu ya da engelliliği nedeniyle, işe, staja ya da işyerindeki bir eğitim sürecine alınma prosedüründen uzak tutulamaz; cezalandırılamaz, sözleşmesi feshedilemez; özellikle ücret, kardan pay alma, hisse dağıtımı, eğitim, işe yeniden yerleştirilme, atanma, değerlendirme, derecelendirme, mesleki ilerleme, tayin veya sözleşmenin yenilenmesi konularında doğrudan veya dolaylı ayrımcılık teşkil eden bir işleme konu olamaz[869]. Fransız yasakoyucu, tek bir maddede, hem ayrımcılık sayılan kriterleri, hem de ayrım yasağı düzenlemesinin uygulama alanını (işe alım aşamasından, sözleşmesinin sona ermesine dek) düzenlemiştir.

Görüldüğü gibi, ayrım yasağı, iş ilişkisinin her yönünü kapsamaktadır[870]. Önemle ekleyelim ki, işe alma aşamasında ayrımcılığa uğradığı iddiasını ileri süren işçinin, daha sonra işe alınmış olması dahi, ayrım kriterlerinden birine dayalı ayrımcılığın tespit edilmesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına konu somut uyuşmazlıkta, iş görüşmesini yapan müdür yardımcısı, başka bir işyerinden referansı olan davacı işçiye, müdürün,

---

[868] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 58.

[869] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 236; Lokiec, **Relations individuelles**, 16 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 740 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 224 vd.; Cesaro, "**Égalité**", 39; Lanquetin, **Discrimination**, §98 vd.; Ray, "**À travail inégal, salaire inégal**", 46 vd.

[870] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 56 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 235; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 743; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 225; Lokiec, **Relations individuelles**, 16. Örneğin, Fransız Hukukunda, ayrım yasaklarının, işe alma aşamasında da uygulanacağında tereddüt bulunmamaktadır. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına konu somut olayda, Airbus France Şirketinde, daha önce belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmış olan Mağrip kökenli davacı işçinin, belirsiz süreli bir iş için yaptığı başvuru reddedilmiş; davacı ise, kendisi yerine, daha az süre bu şirkette çalışmış olan işçinin işe alınmasının nedeninin, etnik kökeni olduğunu ileri sürmüştür. Davalı şirket, işe alınan işçinin, sahip olduğu diploma nedeniyle daha kalifiye olduğunu ve bunun da yapılan tercihin objektif ve tutarlı gerekçesini oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ne var ki, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, iş ilanında, önceden, böyle bir diplomaya sahip olmanın aranan koşullar arasında sayılmaması ve başvuran adayların bir kısmının bu diplomaya sahip olmaması nedeniyle, hem işe alınma sürecinin gerekli şeffaflığa sahip bulunmadığına; hem de işverenin, diğer adayı tercih nedenini ayrım kriterlerinden bağımsız objektif gerekçelerle ortaya koyamadığına hükmetmiştir. (Cass. soc. 15 déc. 2011, n° 10-15.873, www.legifrance.gouv.fr).

Mağrep kökenli kişilere güvenmediği gerekçesiyle, kendisini hemen istihdam edemeyeceklerini belirtmiştir. Müdürün tatile çıktığı sırada, ancak on beş gün sonra, davacı işçinin işe başvurusu kabul edilmiştir. Yargıtay Sosyal Dairesi, bu durumu, etnik köken, milliyet ya da ırka mensup olmaya dayalı ayrım olarak nitelendirmiştir[871].

Buna ek olarak Fransız İş Kodu'nda, kadınlar ve erkekler arasında mesleki eşitlik konusunda ayrı bir başlıkta, cinsiyet, ailevi durum ve hamilelik kriterlerine dayalı ayrım yasakları, bunun yaptırımı ve pozitif ayrım düzenlemeleri getirilmiştir (art. L.1141-1 – L.1146-3). L. 1142-1 hükmü, iş ilanlarında cinsiyet ve ailevi durum belirtilmesi ile işe alım aşamasında cinsiyet, ailevi durum ve gebelik kriterlerinin dikkate alınmasını yasaklamaktadır[872]. Bu düzenlemeler karşısında işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki hiçbir işleminin ve alacağı hiçbir önlemin ayrımcı nitelik taşıyamayacağı açıktır[873].

Ekleyelim ki, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılığın önüne geçilebilmesi için, ayrımcılık teşkil eden işlem ve eylemlerin yaptırıma bağlanması ve doğan zararların giderilmesinden öte, önleyici tedbirlerin alınması yönünde dahi gelişmeler bulunmaktadır. Örneğin Fransız Hukukunda, işverenlerin, iş başvurusunda bulunanların özgeçmişlerini, anonim kalacak biçimde değerlendirmeleri beklenmekte, işyerinde çeşitlilik teşvik edilmektedir[874].

2. İşe alma aşamasında eşit davranma borcunun sınırları

İşverenin işe alma aşamasında da işçi adaylarına eşit davranmakla yükümlü olduğunu belirtirken neyin kast edildiğini, bunun sınırlarını ve koşullarını ortaya koymak ve bazı tespitler yapmak önemli ve gereklidir.

Esasında, işverenin, ayrım yasaklarına aykırı davranmadığı sürece, girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince birlikte çalışmak istediği kişileri seçme, işletmesinin ihtiyaçlarına en iyi cevap verecek olan adayı belirleme hakkı

---

[871] Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-16.926, Bull. 2012 V, N° 17.
[872] Guyon, **Normes supranationales**, 209.
[873] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 236; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 97.
[874] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 235; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 17. Belirtmek gerekir ki, İş Kodu'na art. L. 1221-7 hükmü ile getirilen, özgeçmişlerin, anonim olma özelliklerini koruyarak değerlendirmeye tabi tutulması uygulamasının, önyargıları ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında, kişinin kimliğine ilişkin bazı verileri gölgelemesi nedeniyle, Fransa'da istihdamda çeşitliliğin artması yönünde izlenen politika ile çelişki içinde olduğu da belirtilmektedir (Favennec-Héry, **Non-discrimination, égalité**, 6).

olduğu şüphesizdir[875]. Eşit davranma ilkesi, işverenin, eşit derecede kalifiye olduğu ileri sürülebilecek adaylardan yalnızca bir tanesini işe almış olması karşısında, diğerlerine de işe alınmayı talep etme olanağı elbette vermeyecektir[876]. Ya da diğerlerinden daha kalifiye olduğunu iddia eden aday, daha az kalifiye olanın işe alınması halinde kural olarak, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ve kendisinin istihdam edilmesi gerektiğini ileri süremeyecektir.

Benzer yönde, işçinin, işe alınma aşamasında, kendisiyle aynı işi yapan veya kendisi gibi işe yeni alınan, kendisiyle aynı durumdaki işçilere ödenen ücreti isteme hakkına sahip olmadığı belirtilmektedir[877]. Sözleşme serbestisinin, bu aşamada, eşitlik ilkesinden önce geldiği kabul edilmektedir. Oysa kanımızca, işe alınmada ücretin tespitinde de bir ayrıma gidilmesi daha isabetli olur. Öncelikle, işe yeni alınan bir işçi, işyerinde öteden beri çalışmakta olan işçilerle aynı konumda kabul edilemeyecek, bu noktada kıdem, deneyim, istihdam piyasasının o andaki koşullarının farklılık taşıması gibi unsurlar, bu işçiler arasında eşitlik ilkesinin uygulanmasına engel teşkil edecektir. Ne var ki, aynı iş için, aynı anda istihdam edilen ve aynı durumda bulunan işçiler açısından eşitlik ilkesinin uygulanmaması için, belirtilen unsurlar, haklı bir gerekçe oluşturamayacaktır. Bu nedenle sözü edilen varsayımda, ücret farkını haklılaştıracak başkaca bir objektif kıstas bulunmadığı sürece, işçiler arasındaki ücret farklılığının, eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığı sonucuna varılabilecektir.

İşte, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin girişim özgürlüğü ile eşitlik ilkesi arasında kurulan dengede, işverenin girişim özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirilmemesi amacıyla, işveren mutlaka daha kalifiye olan adayı istihdam etmesi için zorlanamayacak ya da işverenin, bu işçiye aynı işi yapmakta olan mevcut işçilerle aynı ücreti vermesi beklenemeyecek ve girişim özgürlüğü yönünde tercih yapılacaktır. Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesi ve girişim özgürlüğü; işverenin, istihdam edeceği işçileri seçmesi aşamasında karşı karşıya geldiğinde, şu

---

[875] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 57; Süzek, **İş Hukuku**, 498; aynı yazar, "**İşverenin Eşit Davranma Borcu**", 27; Tuncay, **Eşit Davranma**, 154; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 262. İşveren ile işçi adayı arasında, iş görüşmeleri sırasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve işverenin istihdam edeceği adayı seçerken uyması gereken davranış yükümlülükleri hakkında ayrıca bkz. Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, 239 vd.

[876] Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 143; Tuncay, **Eşit Davranma**, 155.

[877] Tuncay, **Eşit Davranma**, 169. Buna karşın, yazar, mutlak ayrım yasaklarının ise, iş sözleşmesinin başlangıcında da, ücretin kararlaştırılmasında bağlayıcı etkiye sahip olduğunu vurgulamaktadır. Aynı yönde: Yıldız, **Eşit İşlem**, 172-173.

halde, eşitlik ilkesi gereği, işverenin işletmesi için uygun gördüğü kişi ile sözleşme kurmasına engel olmak, girişim özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale sayılacaktır. İşverenin, işletmesi için en yararlı olacağını düşündüğü adayı istihdam edebilmesi, girişim özgürlüğünün, işverene sağladığı hakkın doğal bir uzantısıdır. Girişim özgürlüğünün amacı, işverene bu serbestiyi tanımaktadır. Bu aşamada işverenin girişim özgürlüğüne müdahale, aşırı, dolayısıyla ölçüsüz olacaktır.

Ancak işverene tanınan bu serbesti de mutlak değildir. Bu özgürlüğün işverence amacına uygun kullanılması gerekliliği de göz ardı edilmeyecektir. Gerçekten, işverene, birlikte çalışacağı kişileri özgürce seçme hakkı, işletmesinin menfaatini koruma ve işlerliğini sağlama amacı doğrultusunda verildiğinden; bu hak, ancak bu amaç doğrultusunda kullanılabilecektir[878]. O halde, hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu serbestinin bir diğer sınırı olarak devreye girecek[879]; işverenin girişim özgürlüğüne tanınan ağırlık, eşitlik ilkesini bütünüyle ortadan kaldırmayacaktır.

Gerçekten dürüstlük kuralı, işverenin işe alım aşamasında adayları sınava tabi tutması durumunda, adaylara karşı eşit davranma borcunun doğmasına neden olacaktır. Öncelikle işveren, yaptığı iş ilanında, istihdam edeceği işçiye ilişkin belli bazı kriterler öngörmüş ve bu kriterleri sağlayan adayların sınava tabi tutulacağını ilan etmişse, bu durumda kanımızca, kriterleri sağlayan ve sınava başvuran tüm adayları sınava kabul etme zorunluluğu, eşitlik ilkesinin ve dürüstlük kuralının bir sonucudur. İlanda belirtilen nitelikleri taşımasına karşın sınava katılması engellenen adayın, sınava girmeyi talep etme hakkının, yine eşitlik ilkesinden doğacağı kabul edilmelidir.

Bir sonraki aşamada da işveren, adayları sınava tabi tutarken, adaylara eşit davranmalı ve tümüne aynı sınav koşullarını[880] sağlamalıdır. İşveren tarafından, adaylardan bazılarına daha zorlu koşullarda sınav yapılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kanımızca henüz işveren ile adaylar arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmamış olması, bu aşamada işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranabilmesinin

---

[878] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 65.
[879] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 250.
[880] Örneğin, sorulan soruların niteliği, sınav için tanınan süre, sınav bilgisayar ortamında yapılıyor ya da sınavın çözülmesi belli bazı materyallerin kullanımını gerektiriyorsa bu cihaz ya da materyallerin aynı şekilde iyi işlemesi, sınavın yapıldığı ortamın koşulları, ortamın konsantrasyonu sağlama konusunda elverişli olup olmaması gibi koşullar, adayların doğrudan sınav başarısına etki edecektir. Adaylara karşı objektif davranması gereken işverenin, tüm adayları aynı koşullarda sınava tabi tutması beklenmelidir.

gerekçesi olamayacaktır. İşverenin, bahsedilen koşullarda, sözleşme görüşmeleri aşamasında eşit davranma borcunun dayanağı ise, *culpa in contrahendo* olarak adlandırılan sözleşme öncesi görüşmelerdeki sorumluluktur[881].

Nitekim, İşK. m. 5 hükmüne aykırılık halinde, maddenin 6. fıkrası, iş ilişkisinde ve sona ermesinde, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminattan başka, yoksun bırakıldığı haklarını talep edebileceğini düzenlemiş ve iş sözleşmesi görüşmelerinde ayrım yasaklarının ihlali söz konusu olduğunda yaptırımın ne olacağı konusunda suskun kalmış gibi görülse de, bu halde de sözleşme öncesi görüşmelerde sorumluluğun (*culpa in contrahendo*) devreye gireceği kabul edilmektedir[882]. Bu yönüyle iş sözleşmesinin kurulmasından önce, işe alma aşamasında ayrım yasaklarının ihlalinin yaptırımsız kalması düşünülemeyecektir[883]. Nitekim 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, iş ilişkisinin her aşamasını kapsar biçimde, ayrımın sendikal nedene dayanması halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceğini açıkça düzenlemiştir[884].

---

[881] Eren, **Borçlar Hukuku**, 1152 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, 472-476; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 241. Fransız Hukukunda da, Medeni Kod art. 1382 uyarınca bu esas kabul edilmektedir. Bu sorumluluk esasına aykırılık halinde ise, yargıç, işverenin, davacı işçi adayını işe alması gerektiği yönünde karar veremeyecek ancak tazminata hükmedebilecektir. Bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 749.

[882] Süzek, **İş Hukuku**, 499; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 329, dn. 929; Yıldız, **Eşit İşlem**, 204; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 87, 149-151; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 18; Ertürk/Gürsel, **"İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi"**, 440, 447-448; Doğan Yenisey, "**Eşitlik İlkesi**", 77. İşK. m. 5'in lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda iş sözleşmesinin yapılmasında ayrımcılığın yaptırımsız kalacağı sonucuna varılabileceği gerekçesiyle, maddede AB normalarına uyumlu biçimde, iş ilişkisinin kurulmasında da aynı yaptırımın öngörülmesi gerektiği de öğretide ifade edilmiştir (Bakırcı, "**Cinsiyetler Arası Eşitlik**", 27; Yıldız, **Eşit İşlem**, 198; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 87, 150).

[883] Avusturya Hukukunda ise, işe alma aşamasında ayrımcılığın yaptırımı, yasayla, işe başvuran adayın, işe başlayıp çalışması halinde alacağı ücretin iki aylık tutarı oranında tazminat ödenmesi biçiminde öngörülmüştür (Hekimler, "**Avusturya İş Hukukunda Eşitlik**", 594).

[884] A. Can Tuncay/ F. Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2016, 115; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 637; Süzek, **İş Hukuku**, 684, 685; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 181; Ünal Narmanlıoğlu, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler", **Legal İHSGHD**, 41/2014, 32; Ercüment Özkaraca, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler", **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, 208; Fevzi Şahlanan, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, 135; aynı yazar, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 44; aynı yazar, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 394-395; Ercan Akyiğit, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", **Çalışma ve Toplum**, 2013/2, 76-80.

Ekleyelim ki, 6701 sayılı Kanun m. 6/I hükmü de, aleyhine ayrımcılık yapılamayacak kişiler arasında, işverenin çalışanı olmak amacıyla başvuran kişiyi (işe başvuran adayı) ve hatta uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere başvuran kişiyi de (stajyer adayını) saymış bulunmaktadır[885]. Ayrıca, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları da, işle ilgili tüm diğer süreçler gibi, ayrım yapılamayacak süreçler arasındadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, ayrım yasağı, iş ilanını da kapsamaktadır[886].

Bu noktadan hareketle, kanımızca, iş sözleşmesi kurulmadan, iş sözleşmesi görüşmeleri aşamasında dahi, işçi adayı, diğer adaylardan farklı olarak, aranan niteliklere sahip olmasına karşın sınava girmesine izin verilmediğini ya da daha kötü ve ağır koşullarda sınava tabi tutulduğunu, işverenin adaylara eşit davranmadığını ileri sürerek, *culpa in contrahendo* çerçevesinde işverenin sorumlu olduğunu iddia edebilmeli, zararının tazminini talep edebilmelidir. Bu nedenle, işverenin, sınava tabi tuttuğu işçi adaylarına karşı eylem ve işlemlerinde tamamen keyfi davranması[887]; ayrım kriterlerine dayanmasa dahi, haklı bir gerekçesi bulunmaksızın adaylara farklı uygulamalarda bulunması kabul edilemeyecek, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması, sorumluluğunu doğuracaktır.

Bir sonraki aşama olan, yapılan sınavın değerlendirilmesi safhası için de yukarıda yapılan değerlendirmeler geçerliliğini koruyacaktır. İstihdam edeceği kişiyi, yapılacak sınav neticesinde seçeceğini belirterek, bir nevi sözleşme özgürlüğünü bizzat kısıtlayan işveren, bu sınavın değerlendirmesinin objektif olarak yapılacağı izlenimini ve bu yöndeki haklı beklentiyi oluşturmuş sayılmalıdır.

Önemle ekleyelim ki, girişim özgürlüğünün ve sözleşme serbestisinin doğal sonucu olarak işveren, işyerindeki bir pozisyon için başvuran adayları bir sınava tabi tutmuş ise, istihdam edeceği kişiyi bunlar arasından seçerken, sınavdan en yüksek puanı elde etmiş olan adayı işe almak zorunda değildir, meğer ki önceden sınavda en yüksek puan alan adayın işe alınacağı önceden duyurulmuş olsun. Diğer bir deyişle,

---

[885] Süzek, **İş Hukuku**, 514.

[886] Buna karşın İşK. m. 5 hükmünde iş ilanlarında ayrımcılık konusunun düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir (Bakırcı, "**Cinsiyetler Arası Eşitlik**", 26). Ayrımcılık taşıyan iş ilanları konusunda bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, 201; Doğan Yenisey, "**Kadın-Erkek Eşitliği**", 48; Hediye Ergin, "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", **Legal İHSGHD**, 14/2007, 656.

[887] Nitekim öğretide de, sözleşme özgürlüğü gereği, işverenin hiçbir koşulda belirli bir kişiyi işe almaya zorlanamayacağı kabul edilse de, işverenin keyfi işe almama kararlarının da yerinde görüleceği sonucuna varılamayacağı, isabetle vurgulanmıştır (Tuncay, **Eşit Davranma**, 155).

işveren, istihdam aşamasında dikkate alınacak tek kriterin sınav puanı olduğunu duyurmadığı sürece, sınav, işverenin esas alacağı pek çok objektif ya da sübjektif kriterden biri olabilecektir. Nitekim bu aşamada işverenin tercihi, somut olarak ortaya konmamış bazı izlenim, önsezi, sübjektif değerlendirme ve tercihlere dayanabilecektir. İşte bu alan, eşitlik ilkesinin, işverenin girişim özgürlüğüne oranla üstün tutulamayacağı alanı oluşturmaktadır. Dolayısıyla işe en uygun adayın belirlenmesinde, işveren, iş görme edimi ile bağlantılı olarak adayın mesleki yetkinliğini dikkate alacak ancak mesleki yetkinlik -özellikle sorumluluk üstlenilen pozisyonlarda- yalnızca adayın teknik bilgi ve becerilerine indirgenemeyecektir. Çoğu zaman adayın psikolojik, ahlaki alt yapısı ve sosyal becerileri de mesleki yetkinliğinin bir ölçüsü olarak dikkate alınabilecektir[888]. Hatta, ülkenin ekonomik durumu, istihdam piyasası ve istihdam konusu işe uygun birinin bulunmasında yaşanabilecek güçlük dahi bu noktada etkili olabilecektir.

Ne var ki, işveren, yapmış olduğu elemeler neticesinde istihdam edilmeyen bir adayın, eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle açacağı bir dava ile karşılaşabilecektir. Bu ihtimalde, kanımızca, hukuk sistemimizin sağladığı koruma gereği, işverenin adaylara uygulanan sınavın her aşamasının objektifliğini ispat etmesi gerekli ve yeterli olup, işveren dikkate aldığı sübjektif değerleri ispat etmek zorunda değildir. Bu noktada iddia ve ispat güçlüğü açıktır. Hukuk, somut bir işlem ile ortaya konulmayan düşünceyi tespit ederek yaptırıma bağlayamayacaktır[889].

İşe başvuran ve eşitliğe aykırı davranışlara maruz kaldığını iddia eden kişinin ispat yüküne ilişkin olarak ise, İşK. m. 5'in uygulanıp uygulanamayacağı sorusu gündeme gelecektir. Bilindiği gibi, İşK. m. 5/son hükmü, işçinin, işverenin bu maddeye aykırı davrandığını ispat etmekle yükümlü olduğunu belirttikten sonra, bu ispat yükünü, konuya ilişkin AB Yönergelerine de uygun olarak hafifletmiştir[890, 891].

---

[888] Sözü edilen hususlarda işçi adayı hakkında, sözleşme görüşmelerinde edinilebilecek bilgiler ve sorulabilecek sorular ile bunların sınırları hakkında bkz. Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'epmloi**, 56 vd.; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 249 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, 66 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 145 vd., özellikle, 151-161; Yıldız, **Eşit İşlem**, 203-204.

[889] Peano, "**L'intuitus personae**", 132.

[890] 2000/43 sayılı Yönerge m. 8; 2000/78 sayılı Yönerge m. 10; 2006/54 sayılı Yönerge m. 19.

[891] Süzek, **İş Hukuku**, 512; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 159; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 146; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 329; Yıldız, **Eşit İşlem**, 204-205; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 613-614; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 18; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 455; Doğan Yenisey, "**Eşitlik İlkesi**", 74 vd.; Alpagut, "**Oransallık**", 42; Türkmen, "**Ayrımcılık**", 257. Genel olarak ispat yükü ve İşK. m. 5/son düzenlemesinde, "ispat yükünün hafifletilmesi" değil, "ispat yükünün değişmesi"nden söz edilmesi gerektiği hk. ayrıca bkz. Hakan Albayrak/ Ertuğrul Yuvalı, "İşverenin Eşit Davranma

Buna göre, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Burada amaç, işçinin, ortaya koyacağı somut, objektif vakıalarla, hakimde, ihlalin varlığı konusunda kanı oluşturmaktır[892].

Hafifletilmiş ispat yükünden, işe başvuran adayın da yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna, öğretide, sözleşme görüşmeleri sırasındaki sorumluluğun, sözleşmeden doğan sorumluluk olarak kabul edilmesi nedeniyle, olumlu yanıt verilmektedir[893]. Kanımızca, ispat yükünün hafifletilmesindeki amaç da dikkate alındığında, aynı ispat güçlüğünden etkilenen işçi adayının da, hafifletilmiş ispat yükünden yararlanması gerektiği sonucuna varılabilecektir. Nitekim, İşK. m. 5'in hazırlanmasına temel teşkil eden AB Yönergelerinin uygulanma alanı, yalnızca iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki çalışma koşullarını değil; işe alma aşaması, istihdam için aranan kıstasları, hatta her türlü meslek eğitimine/staja erişimi dahi kapsayacak biçimde düzenlenmiş olup[894]; ispat yüküne ilişkin olarak da işe/staja/eğitime başvuran ile çalışmakta olan kişi arasında herhangi bir ayrım öngörülmemiştir. Adalet Divanı da, Yönergelerle getirilen ispat kolaylığından, işe başvuran adayların da yararlanabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Kendisine yöneltilen bir önsorun kapsamında Divan, iş başvurusu reddedilen davacının, başvurusu kabul edilen adaya göre, aynı derece kalifiye olmasına karşın, hiç görüşmeye dahi çağrılmadığını ortaya koymasının, ayrımın varlığı ihtimalini gösteren bir unsur sayılabileceğini belirtmiştir[895].

Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Legal İHSGHD**, 34/2012, 84 vd.

[892] Albayrak/Yuvalı, "**İspat Hukuku**", 88.

[893] Yıldız, **Eşit İşlem**, 204.

[894] 2000/43 sayılı Yönerge m. 3; 2000/78 sayılı Yönerge m. 3; 2006/54 sayılı Yönerge m. 6.

[895] ABAD, 19.4.2012, *Galina Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10, publié au Recueil général, §33-34. Kararda, Adalet Divanı tarafından, işe başvuran adayların da hafifletilmiş ispat yükünden yararlanması konusunda yapılan açıklamanın yanında önem taşıyan diğer nokta, işverenin, kararının herhangi bir ayrım kriterine dayanmadığını ispatı açısından dikkate alınacak unsurların ortaya konulmuş olmasıdır. Karara konu somut olayda, Rus asıllı Bayan Meister, mühendislik diplamasının denkliğinin kabul edildiği Almanya'da, eğitimine uygun bir işe başvurmuş ancak iş görüşmesine dahi çağrılmadan, posta yoluyla red cevabı almıştır. Bir süre sonra aynı iş için, aynı ilanın tekrar verildiğini gören ve tekrar bu işe başvuran Bayan Meister'in başvurusu, yine hiçbir gerekçe olmaksızın reddedilmiştir. İş için gerekli koşulları sağladığını düşünen Bayan Meister, aynı durumdaki bir diğer adaya göre, yaşı, cinsiyeti ya da etnik kökeni nedeniyle ayrımcılığa uğramış olabileceği iddiasıyla ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuş ve aynı zamanda işe alınan adayın kendisinden daha kalifiye olduğunun ortaya konabilmesi için bu kişinin başvuru dosyasının içeriğinin açıklanmasını istemiştir. Bu nedenle Divana, ilgili AB Yönergelerinin, davacıya böyle bir bilgi talep etme hakkı sağlayıp sağlamadığı sorusu yöneltilmiştir. Somut olayda, ayrımcılık yapılıp yapılmadığını tespit etme görevinin ulusal mahkemede olduğunu hatırlatan Divan, ulusal mahkemeye, bu değerlendirmeyi yaparken dikkate alabileceği esasları göstermiştir. Divana göre, her ne kadar

Fransız Hukukunda da, işçinin ayrımcılığı ispat yükü, benzer biçimde, hafifletilmiş olarak, İş Kodu art. L. 1134-1 hükmünde düzenlenmiş olup, hafifletilmiş ispat yükünden yararlanabilecek olanlar, işçiler ve işe, staja veya eğitim için başvuran aday biçiminde sayılmıştır[896]. Bu doğrultuda Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, işçinin ya da adayın, sadece doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılığın var olduğunu varsayabilmek için yeterli unsurları ortaya koymasını aramaktadır[897]. Bunun üzerine işverenin, kararının, ayrımcılıktan uzak, objektif unsurlara dayandığını ispat etmesi gerekmektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki, Fransız Hukukunda ispat kolaylığı, sadece ayrım yasaklarında değil; genel olarak eşitlik ilkesinin her türlü ihlalinde uygulama alanı bulmaktadır[898].

İşverenin eşit davranma borcunun varlığının tartışma konusu olduğu bir diğer ve önemli aşama, iş sözleşmesinin işverence feshedildiği aşamadır. Bu noktada da eşitlik ilkesi ile işverenin, dilediği işçi ile sözleşmeye devam etme ya da etmeme biçiminde görünüm kazanan girişim özgürlüğü arasında bir denge kurulması ihtiyacı gündeme gelmektedir.

IV. İş Sözleşmesinin Feshinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahale Aracı Olarak Eşitlik

İşçinin iş sözleşmesinin devamına ilişkin menfaatinin ve böylece çalışma hakkının korunması amacıyla, işverenin fesih hakkının sınırlamaya uğraması, ölçülülük ilkesinin, en çarpıcı uygulanma alanlarından birini oluşturur. İşçi ve işverenin, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesine yönelik karşıt menfaatlerinin

---

Yönergeler, iş için aranan koşulları sağladığını iddia eden ancak işe alınmayan bir adaya, işverenden başka bir adayın işe alınıp alınmadığı konusunda bilgi talep etme hakkı vermese de; davalı işverenin, her türlü bilgi ve belgeyi sunmayı reddetmesi durumu, ayrımın varlığı ihtimalini ortaya koyan unsurlar kapsamında dikkate alınmalıdır. Ayrıca somut olayda, davalı işverenin, işe alınan kişi ile davacının aynı derecede kalifiye olduğuna itiraz etmemiş olmasına karşın; davacıyı iş görüşmesine dahi çağırmamış olması da kararda etkili olabilecek unsurlar arasında sayılmıştır. Ayrıca bkz. Sylvaine Laulom, "Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations", **RDT**, 2015.91.

[896] Bkz. Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 639; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 238-239; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 749-751; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 99; Marie-Thérèse Lanquetin, "Un tournant en matière de preuve des discriminations", **Dr. soc.**, N° 6 Juin 2000, 589 vd.

[897] Cass. soc. 13 janvier 2004, n° 01-46.407, Bull. V, N° 1; aynı yönde, Cass. soc. 15 déc. 2011, n° 10-15.873, (www.legifrance.gouv.fr).

[898] Guyon, **Normes supranationales**, 207. Ayrıca bu yöndeki Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi kararlarından örnekler için bkz. Cass. soc. 30 janv. 2008, n° 06-46447 (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 181 vd.); Cass. soc. 9 déc. 2014, n°s 13-16.045, 13-16.731, Bull. 2014 V, N° 279.

dengelenmesinde, iş hukukunun gelişim seyri[899], iş sözleşmesi taraflarının eşit konumda olmayışının bilinciyle, işverenin iş sözleşmesini sona erdirme hakkının, giderek daha belirgin biçimde sınırlandırılması yönünde olmuştur[900].

Her hak açısından söz konusu olduğu gibi, fesih hakkının da bu hakkın amacına uygun kullanılması gerektiğinden, hakkın kötüye kullanılması yasağı, işverenin fesih hakkını sınırlar. Ancak işverenin, hakkını kötüye kullanması dışında iş sözleşmesini dilediği zaman feshedebilmesinin, iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması ve işçinin bu yönde korunması amacının gerçekleşmesi için tek başına yetersiz olduğu ve bu hakkın çağdaş iş hukuku mekanizmaları ile sınırlanması ihtiyacının varlığı açıktır[901]. Bu mekanizma, iş güvencesi[902] olarak hukuk sistemlerine dahil olmuştur. İş güvencesi, işverenin sahip olduğu gücü keyfi olarak kullanmasına engel olma yoluyla, işçinin işinin sürekliliğini sağlamayı amaçlar.

Bu başlık altında açıklığa kavuşturmaya çalışacağımız husus ise, eşitlik ilkesinin de fesih hakkının bir diğer sınırı sayılıp sayılamayacağıdır. Hukukun genel bir ilkesi sayılan ve Anayasa ile öngörülen bu ilkeden kaynağını alan, işverenin, işçilerine eşit davranma borcu ve ayrım yasaklarına uyma yükümlülüğünün, işverenin, dilediği işçisinin iş sözleşmesini sona erdirmesine bir sınırlama getirip getirmediği, işçi ve işverenin bu noktadaki karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi açısından yanıt aranması gereken sorulardandır. İşçinin çalışma hakkı ve eşitlik ilkesinin, işverenin sözleşme özgürlüğünü ne derece sınırlandırabileceğinin yanıtı ve bu sınırlandırmanın aşırı olmamasının koşulu ise, ölçülülüktür.

1. İşverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının bir sınırı olarak ayrım yasakları

Anayasanın 10. maddesi, İşK. m. 5, m. 18/III, a, b, d ve 6356 sayılı Yasa m. 25 hükümleri gereği, iş sözleşmesinin feshinde işverenin ayrım yasaklarına uyması

---

[899] Bkz. Engin, **İşletme Gerekleri**, 15 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74 vd.

[900] Bkz. Ali Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 235 vd.

[901] Bkz. Süzek, **Kötüye Kullanma**, 29 vd.; Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 57; Engin, **İşletme Gerekleri**, 15; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74; Güzel, "**Geçerli Neden**", 67; Mekki, **L'intérêt général**, 414.

[902] Ayrıntı için bkz. Ekonomi, "**İş Güvencesi**", 1 vd.; Ulucan, **İş Güvencesi**, 1 vd.; Süzek, **Kötüye Kullanma**, 32; Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, 1 vd.; Demir, **İş Güvencesi**, 1 vd.; Güzel, "**İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi**", 15 vd.; aynı yazar, "**Geçerli Neden**", 59; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 163; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 15 vd.; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 1 vd.; Özdemir, "**Dürüstlük İlkesi**", 57; Alpagut, "**İş Güvencesi**", 200 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74.

gerektiğinde tartışma bulunmamaktadır[903]. İşK. m. 5/VI hükmünün açık düzenlemesi karşısında, işverenin fesih hakkı, ayrım yasağı ile sınırlanmaktadır. İşverenin yapacağı fesih işlemi, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bağlı olmaksızın, ayrım kriterlerine dayanamayacak; işveren, ayrımcılık tazminatı ödeme yaptırımıyla karşılaşacaktır[904]. Buna karşın, iş sözleşmesinin feshi açısından ayrımcılığa uğrayan işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre, yapılan ayrımcı feshin sonuçları, feshin geçersiz sayılıp sayılmaması noktasında farklılık taşımaktadır.

a) Ayrımcı feshin yaptırımı olarak tazminat ve iş güvencesi kapsamında olmaya bağlı olarak feshin geçersiz sayılması

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler açısından, iş sözleşmesinin feshinde tek sınırın, hakkın kötüye kullanılması yasağı olması nedeniyle[905], kapsam dışındaki bir işçinin, Anayasa ve Yasa ile yasaklanan ayrım kriterlerine dayalı olarak iş sözleşmesinin feshi, kötü niyetli bir fesih olarak nitelendirilmektedir[906].

İş güvencesinden yararlanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde ise, işverenin, ayrım kriterlerine yaslanan bir fesih kararı alması hukuka aykırı olup; İşK. m. 18 hükmü, bu halleri, feshin geçersiz sayılacağı haller arasında düzenlemiştir[907].

Her iki halde de, İşK. m.5/VI gereği, ayrım yasağını ihlal eden feshin yaptırımı, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı ve işçiye

---

[903] Süzek, **İş Hukuku**, 502; Yıldız, **Eşit İşlem**, 241; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844-845; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 614-615; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997; aynı yazar, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Engin, **İşletme Gerekleri**, 112; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 273; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 443; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1627; Akı, "**Eşit İşlem**", 139. 4857 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce dahi, ayrım kriterlerine dayalı bir feshin, eşit davranma ilkesine aykırı sayılması gerektiği yönünde bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 215-216; Ertürk, **Temel Haklar**, 115.

[904] Yargıtay da, ayrımcı feshin yaptırımının, m. 5'e göre tazminat olduğunu ortaya koymaktadır: "*İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin, dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka, yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır*." (Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895; Yarg. 9. HD., 17.3.2009, 2008/32183, 2009/7045; Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795, Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200, (Kazancı İçtihat Bankası).

[905] Bkz. Süzek, **Kötüye Kullanma**, 131 vd.

[906] Yıldız, **Eşit İşlem**, 241-242, aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 845; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64. Nitekim, örneğin, iş güvencesinin iş hukuku mevzuatımıza dahil olmasından önce, işçinin iş sözleşmesinin, sağlık durumu, özellikle de sadece HIV taşıması nedeniyle feshedilmesi hali, iş sözleşmesinin kötü niyetli feshi olarak nitelendirilmekteydi (Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, 183).

[907] Bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 621-622; Yıldız, **Eşit İşlem**, 242; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 845; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 453.

yoksun kaldığı hakların ödenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında, ayrım yasağını ihlal ederek fesih hakkını kullanan işverenin, fesih hakkını kötüye kullanmış olduğu ya da geçersiz/haksız fesih yapmış olduğu kabul edilecektir[908]. İş güvencesinden yararlanamayan işçinin sözleşmesinin feshi, hükümsüz sayılmayacak ve fesih yine de sonuçlarını doğuracaksa da; iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin aynı kriterlere dayalı feshi, Yasanın açık düzenlemesi karşısında, geçersiz sayılacaktır. Böylece, iş güvencesi kapsamındaki bir işçi, iş sözleşmesinin feshinde ayrım yasaklarının ihlal edildiği iddiasıyla, İşK. m. 20 uyarınca işe iade davası açabilecektir.

b) Sendikal nedene dayalı feshe ilişkin özel düzenleme: sendikal tazminat ve iş güvencesine bağlı olmaksızın feshin geçersiz sayılması

Ayrım yasağı kriterleri arasında bulunan, fakat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 hükmünde ayrıca düzenleme konusu olan sendikal ayrıma dayalı bir fesih söz konusu olduğunda öngörülen yaptırım, özellik arz etmektedir.

Öncelikle, sendikal nedenle yapılan bir fesih söz konusu olduğunda, STİSK m. 25/IV uyarınca ödenecek olan ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat olarak adlandırılmış ve işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında öngörülmüştür[909]. Bunun yanında ve daha da önemlisi, aynı hükmün beşinci fıkrasına göre, işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde, işçi, doğrudan sendikal tazminat talebiyle dava açabileceği gibi; iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın, İşK. m. 20 ve 21'e dayanarak feshin geçersizliğini ileri sürerek, işe iadesini isteyebilecektir[910].

---

[908] Süzek, **İş Hukuku**, 503; Engin, **İşletme Gerekleri**, 75.

[909] Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 115; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 637; Süzek, **İş Hukuku**, 684, 685; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 181; Narmanlıoğlu, "**Sendikal Tazminat**", 32; Özkaraca, "**Sendikal Güvenceler**", 208; Şahlanan, "**Sendikalara İlişkin Hükümler**", 135; aynı yazar, "**Değerlendirme**", 44; aynı yazar, "**Sendikalar**", 394-395; Akyiğit, "**Sendika Üyeliği ve Güvencesi**", 76-80.

[910] Ali Güzel, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2015, 323-324; Gülsevil Alpagut, Genel Görüşme, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2015, 439; Talat Canbolat, Genel Görüşme, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2015, 444-445; Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 112; Süzek, **İş Hukuku**, 684; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 181; Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları**", 236; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 314.

Esasında STİSK m. 25 hükmünün, 22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı[911] öncesindeki ilk hali, iş güvencesinden yararlanan ve yararlanmayan işçilerin tümü için bu olanağı öngörmemekte; hatta iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal tazminatı talep edebilmesi noktasında dahi tartışmalı bir düzenleme getirmekteydi[912].

Gerçekten, sözü edilen AYM kararı öncesinde, STİSK m. 25/IV ve V hükmüne göre, "*İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. / Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez*".

İşte 25. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarındaki bu düzenlemenin ilk hali, öncelikle, "fesih dışında" sendikal ayrımcılık halinde sendikal tazminat öngörmekteydi. Aynı maddede, sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminat istenebilmesi düzenlenirken ise, İşK. m. 18'e de atıfta bulunulduğu için; bu hüküm, yalnızca iş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin, sendikal tazminat veya işe iade talebiyle dava açabileceği biçiminde yorumlanmaya açık bulunmaktaydı[913, 914].

---

[911] AYM 22.10.2014, E. 2013/1, K. 2014/161, RG. 11.11.2015, 29529. Kararın değerlendirilmesi ve sonuçları için ayrıca bkz. Ercüment Özkaraca, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 236-237.

[912] Maddenin bu ilk halinin, eşitlik ilkesine aykırı biçimde, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat davası açıp açamayacakları konusunda tereddüt uyandırdığına ilişkin bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 636 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 113; Fazıl Sağlam/ Polat Soyer, "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu", **Legal İHSGHD**, 39/2013, 3 vd.; Özkaraca, "**Sendikal Güvenceler**", 202-203; Şahlanan, "**Değerlendirme**", 44; aynı yazar, "**Sendikalara İlişkin Hükümler**", 135; aynı yazar, "**Sendikalar**", 394; Narmanlıoğlu, "**Sendikal Tazminat**", 34 vd.; Toker Dereli, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Süreçler, Sorunlar ve Öneriler", **Çimento İşveren**, Ocak 2014, S. 1, C. 28, 17; Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları**", 232 vd.

[913] Hükmün ilk halinde dahi, bu düzenlemenin iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de sendikal tazminat talep edebileceği biçiminde yorumlanması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Şahlanan, "**Değerlendirme**", 45; aynı yazar, "**Sendikalara İlişkin Hükümler**", 136; aynı yazar, "**Sendikalar**",

Belirtilen gerekçeyle, iş güvencesinden yararlanamayan işçiler açısından, sendika özgürlüğünün güvencesini ölçülülük ilkesine aykırı biçimde aşırı kısıtlayan ve iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler arasında eşitlik ilkesine aykırı olarak sendikal nedenle fesih konusunda ayrım getiren bu düzenleme, AYM'nin 22.10.2014 tarihli iptal kararına konu olmuştur.

Sözü edilen AYM kararıyla, maddenin dördüncü fıkrasındaki "fesih dışında" ibaresi ve beşinci fıkrasında İşK. m. 18'e yapılan atfın iptal edilmesi sonucunda ise, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de iş sözleşmelerinin sendikal nedenle

---

394; Ali Güzel, Genel Değerlendirme / Soru-Cevap, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 164-165; Gülsevil Alpagut, "6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 129; ayrıca aynı Seminer, Genel Değerlendirme /Soru-Cevap, 178-179; Özkaraca, "**Sendikal Güvenceler**", 205; Narmanlıoğlu, "**Sendikal Tazminat**", 37-42; Akyiğit, "**Sendika Üyeliği ve Güvencesi**", 77; Dereli, "**Öneriler**", 17; Melda Sur, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, 333. *Tuncay* ise, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat talep edebilmesi için, yasada değişiklik yapılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir (A. Can Tuncay, Genel Değerlendirme / Soru-Cevap, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 163). Yazar tarafından, hükmün ilk halinin, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin, bu halde sadece kötüniyet tazminatı talep edebileceği izlenimini yaratır nitelikte olduğu ifade edilmiştir (Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 112). *Sağlam* ve *Soyer* de, hükmün, hukuk devleti ile bağlantılı olarak, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı; sosyal devlet ilkesi ve sendika özgürlüğü açısından Anayasaya aykırı olduğunu belirtmiş; ancak, hükmün geniş yorumlanması yoluyla iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sendikal tazminat isteyebileceği sonucuna varılamayacağı görüşünü savunmuşlardır (Sağlam/Soyer, "**Sendikal Tazminat**", 10-11, 23; Polat Soyer, Genel Değerlendirme / Soru-Cevap, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 173-174; Fazıl Sağlam, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 21-23).

[914] Maddenin lafzının yarattığı tereddüte karşın, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi üzerine, sendikal tazminat talebiyle açtığı davada, ilk derece mahkemesi tarafından verilen red kararını bozma yoluna gitmiştir. Yargıtay Dairesi, kararında, 6356 sayılı Yasanın 25. maddesinde, işe alınırken ve iş sözleşmesi devam ederken sendikal ayrımcılığa bağlı yaptırımın, fesih gibi daha ağır sonuçlar doğuran bir haksız fiile uygulanmayacağını düşünmenin, uluslararası sözleşmelere, ILO Denetim Organlarının raporlarındaki değerlendirmelere, insan haklarına, Anayasadaki temel hak ve hürriyetlere, eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devletinin gereklerine aykırı olacağını vurgulamıştır. Düzenlemenin iş güvencesi kapsamında olanlar ve olmayanlar arasında doğrudan ayrımcı uygulama yaratması nedeniyle, ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerine de aykırılık taşıdığına dikkat çekmiştir. Bu gerekçelerle 9. Hukuk Dairesi, " *(...) Her ne kadar 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. Maddesinde açıkça düzenlenmese de iş güvencesi hükümleri kapsamında kalmayan işçilerin sendikal nedenle fesih gerçekleşmesi ve ispat edilmesi halinde, Uluslararası ve Anayasa'nın normatif hükümleri, aynı maddenin işe girerken ve işe sözleşmesi devam ederken sendikal ayrımcılıkta öngördüğü yaptırım gibi sendikal tazminat isteminde bulunabileceklerinin kabulü gerekir.*" ifadelerine yer vererek, ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki kararını isabetsiz bulmuş ve 25. maddenin AYM kararı öncesindeki ifadesine karşın, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin de, iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshinde, sendikal tazminat talebiyle dava açabileceklerini kabul etmiştir (Yarg. 9. HD., 25.3.2014, 13993/10049, Kazancı İçtihat Bankası). Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları"**, 234-235.

feshi durumunda, sendikal tazminat talep edebilecekleri konusu açıklığa kavuştuğu gibi; İşK. m. 18'e yapılan atfın da kaldırılmasıyla, iş güvencesi koşulları aranmaksızın, sendikal nedene dayanan bir feshe muhattap olan tüm işçilerin, feshin geçersizliğini ileri sürerek, işe iadelerini talep edebilmelerinin önü açılmıştır[915]. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmektedir[916].

AYM'nin söz konusu iptal kararında yer verdiği gerekçeler ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin olarak eşitlik ve ölçülülük ilkesi konusundaki değerlendirmeleri ise, son derece isabetli ve dikkate değerdir.

AYM kararına göre, " *(...) Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir. /Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. /Anılan ilke, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır*"[917].

AYM'ye göre, bu kapsamda, sendika hakkına yapılan müdahalenin de, Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ilkelere, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Sözü edilen

---

[915] Güzel, "**2013 Yılı Kararları**", 323-324; Alpagut, **Genel Görüşme - 2013 Yılı Kararları**, 439; Canbolat, **Genel Görüşme - 2013 Yılı Kararları**, 444-445; Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 112; Süzek, **İş Hukuku**, 684; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 181; Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları**", 236; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 314.

[916] Yarg. 22. HD., 18.04.2016, E. 2015/9304, K. 2016/11154, (Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları**", 236).

[917] Sözü edilen 22.10.2014 tarihli AYM kararı, § 104-106.

gerekçelerle, AYM, sendikal tazminatın "*fesih dışında*" söz konusu olmasının ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin, İşK. m. 18 hükmüne göre dava açma hakkına sahip olması şeklinde sendikal örgütlenmeyi engelleyecek olan yasakların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle örtüşmediği sonucuna varmıştır[918].

"*Sendikaya üye olmanın güvenceye kavuşturulmasının temelini, işçilerin sendikal nedenle ayrımcılığa karşı teminat altına alınması ve en önemlisi de feshe karşı korunma tedbirleri*"nin oluşturduğunu belirten AYM, STİSK'nın ilgili düzenlemesi sonucunda, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminattan yoksun bırakılmasının, yalnızca sendika üyeliği hakkının sınırlandırılması ve güvenceden mahrum bırakılmasını değil, aynı zamanda bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve teminattan yoksun bırakılması sonucunu doğurduğunu vurgulamıştır[919].

AYM kararına göre, sendikalı olarak çalışmakta olan işçileri sendikal ayrımcılığa karşı korumak için getirilen sendikal tazminatın, iş güvencesine sahip olan ve olmayan işçiler yönünden farklı şekilde düzenlenmesi, aynı hukuki statüye sahip işçilere farklı muamelede bulunulması anlamına geleceğinden, eşitlik ilkesi ile de bağdaşmaz. Zira iş güvencesine sahip olsun ya da olmasın sendikal tazminat ödenmesini gerektiren husus, sendikalı olarak çalışmaktayken ayrımcılığa tabi tutulmaktır[920].

Belirtilen gerekçelerle, " *(...) sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesini, sadece otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışan, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanıyıp diğer işçileri bu haktan mahrum bırakan kurallar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir*"[921].

STİSK m. 25 hükmü ve bu kapsamda sözü edilen AYM kararı, hem ölçülülük hem de eşitlik ilkesine aykırılığın irdelenmiş olması nedeniyle dikkat çekici olmanın yanında; İş Kanununda öngörülen diğer ayrım kriterleri açısından da benzer

[918] Aynı karar, § 112.
[919] Aynı karar, § 115.
[920] Aynı karar, § 116.
[921] Aynı karar, § 117.

değerlendirmeler yapılıp yapılamayacağını akla getirmesi yönüyle önem taşımaktadır.

c) Sendikal nedene dayanan fesihteki yaptırım, İşK. m. 5'teki diğer ayrım halleri için de, *de lege ferenda* olarak öngörülebilir mi?

6356 sayılı STİSK m. 25 hükmü, AYM kararının ardından, artık, -İşK.'na tabi olsun olmasın, iş güvencesinden yararlansın yararlanamasın- tüm işçiler için aynı sonucu öngörmektedir[922]. İşçiler iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği nedeniyle işe iade davası açabileceklerdir. Bu davanın yanında veya bu yola başvurmasına gerek olmadan doğrudan, sendikal tazminat talep edebileceklerdir.

Kanımızca ölçülülük ve eşitlik ilkesinin gereği olarak ve isabetli biçimde, AYM kararının ardından, 25. maddenin son halinin öngördüğü bu olanak, ayrım yasağı kapsamında sayılan diğer kriterlere dayalı feshin yaptırımına ilişkin soru işaretlerini de gündeme getirebilir.

Bilindiği gibi, ayrım yasaklarına konu olan kriterler, işçinin temel hakları ile doğrudan bağlantılı olduğundan, hukuk sistemimizde mutlak emredici biçimde düzenlenmiştir[923]. İşçinin sendika üyeliği, sendikal faaliyetleri, kısacası sendika özgürlüğü de, işte bu kriterlerden birini teşkil eder.

İşçinin sözleşmesinin, işveren tarafından, kadın olduğu için, eşcinsel eğilimleri olduğu için, etnik kökeni, dini inancı veya derisinin rengi nedeniyle feshedilmesi, bir sendikaya üye olması nedeniyle feshedilmesinden farksızdır. İşçi, değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi talep edilemeyecek özellikleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshine maruz kalmaktadır. Her halde, bu fesih işleminin dayandığı gerekçe nedeniyle, işçinin, insan onuru zedelenmekte, temel hakları ihlal edilmektedir. Bu ihlalin yaptırımının, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı olması ise, eşitlik ilkesiyle, kanımızca bağdaşmamaktadır.

---

[922] Güzel, "**2013 Yılı Kararları**", 323-324; Alpagut, **Genel Görüşme - 2013 Yılı Kararları**, 439; Canbolat, **Genel Görüşme - 2013 Yılı Kararları**, 444-445; Tuncay/Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 112; Süzek, **İş Hukuku**, 684; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 181; Özkaraca, "**2014 Yılı Kararları**", 236; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 314.

[923] Süzek, **İş Hukuku**, 502; Tuncay, **Eşit Davranma**, 123-127; Yıldız, **Eşit İşlem**, 68; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 844; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 433; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1627. Aynı yönde: Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895; Yarg. 9. HD., 17.3.2009, E. 2008/32183, K. 2009/7045; Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741, (Kazancı İçtihat Bankası).

Nitekim, yukarıda ortaya konulduğu üzere, 6356 sayılı STİSK m. 25 hükmü ile, sendikal nedenle fesihte, ölçülülük ve eşitlik ilkesine aykırı bu farklılık, ortadan kaldırılmış durumdadır.

İşK. m. 5 hükmü ise, sadece tazminat yaptırımı öngörmekte; İşK. m. 18/III, d hükmünde ise iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından ayrım yasaklarına aykırı feshin geçersizliği düzenlenmiş bulunmaktadır[924]. Mevcut pozitif düzenlemelerimiz kapsamında, iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmesinin ayrımcı bir fesihle sona erdirilmesi halinde ise, işçi ayrımcılık tazminatı talep edebilmekte ancak sözleşmenin feshi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır[925]. İş güvencesinden yararlanma koşullarını sağlayıp sağlamama, işçiler arasında, insan onuru ve temel haklarının ihlaline karşı korunma noktasında isabetsiz bir ayrım yaratmaktadır.

Önemle ekleyelim ki, Fransız Hukukunda, ayrım kriterlerine dayalı bir fesih mutlak emredici bir hükümle yasaklanmış (İş Kodu Art. L. 1132-1) ve bunun ihlali halinde yaptırım, iş sözleşmesinin feshinin hükümsüz (*nullité*) sayılması biçiminde düzenlenmiştir[926]. İşveren tarafından yapılan ayrımcı feshin hükümsüz sayılmasının sonucunda, işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına bakılmaksızın, işçinin işe iadesine karar verilebilmektedir[927]. Bu noktada işçiye tercih hakkı tanınmış; işçi dilerse işe geri dönmek yerine, yalnızca feshe dayalı haklarını ve ayrımcı fesih nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi için tazminat da talep edebilmektedir[928]. İşe geri dönmek isteyen işçinin, işveren tarafından işe yeniden başlatılmasında dahi, işçinin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekliliği göz ardı edilmemektedir. Bu halde, işçinin, iş sözleşmesinin ayrıma dayalı feshi ile işe yeniden başlaması arasında geçen sürede elde edemediği ücret geliri üst sınır olmak üzere, uğradığı zararın bütününün işverence karşılanmasına hükmedilmektedir[929].

---

[924] Bkz. Engin, **İşletme Gerekleri**, 113; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64.

[925] Nitekim öğretide, ayrımcı feshin, hükümsüz sayılmasının, işvereni tekrar bu işçiyle çalışmaya zorlamak açısından, iş ilişkisinin ruhuna ters düşeceği belirtilmiştir (Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 454).

[926] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 517 vd.; Michel Miné, "Discriminations: une transposition laborieuese... (suite)", **RDT**, Décembre 2008, 744.

[927] Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, yasada bu yönde bir hüküm olmamasına karşın ilk kez, 1972 yılında, bir sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshine dair uyuşmazlıkta, feshin hükümsüzlüğüne ve bunun sonucunda, işçinin işe iadesine karar vermiştir (Cass. soc. 14 juin 1972, n° 71-12508, Bull civ. V, N° 425). Bu yöndeki yaklaşım, daha sonra Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin yerleşik içtihadı haline gelmiştir: Cass. soc. 30 avril 2003, n° 00-44811, Bull civ. V, N° 152. Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 522; Miné, "**Transposition laborieuse - suite**", 744.

[928] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 522.

[929] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 523.

Açıklanan bu gerekçelerle, İş Kanununun 5. maddesindeki ayrım yasaklarının, iş sözleşmesinin feshinde ihlal edilmesi halinde de, sadece İşK. m. 18/III, d gereği iş güvencesinden yararlanan işçilerin değil; bu ayrımcılığa maruz kalan tüm işçilerin, feshin geçersizliğini ileri sürebilmesini sağlayacak bir pozitif düzenleme yapılmasının; ölçülülük ile eşitlik ilkesine ve ayrım yasaklarının hukuki niteliğine daha uygun olacağı savunulabilecektir. Gerçekten, dar anlamda eşit davranma borcundan farkını açıklamaya çalıştığımız ayrım yasakları, emredici bir düzenlemeye konu olduğundan, buna aykırı fesih işleminin, kesin hükümsüz sayılması hukuk tekniği açısından da, daha isabetli olacaktır. Bu noktada, ayrımcı feshe maruz kalan işçinin, aynı işverenle çalışmaya devam etmek istememesi olasılığı dikkate alındığında, yine iş güvencesi kapsamında olup olmamaya bağlı olmaksızın; işçiye işe iadesini isteme ya da tazminat talep etme seçeneklerinin sunulması düşünülebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, ayrıma dayalı feshin, tüm işçiler açısından geçersiz sayılmasının, bu yönde pozitif düzenleme yapılmaksızın olanaklı olmadığı ileri sürülebilir. Kanunda, feshin hükümsüz sayılması gerektiğini düzenleyen bir kuralın bulunmaması halinde, yargıcın, buna hükmedebilmesinin olanaklı olup olmadığı başlarda Fransız Hukukunda da tartışılmıştır. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi ilk kez, *Clavaud* kararıyla[930], anayasa ile güvence altına alınan bir hakkı (ifade özgürlüğünü) ihlal eden işveren feshinin, kendine özgü bir yaptırıma uğraması, dolayısıyla hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bu kararın ardından, temel bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesine neden olan fesihler, hükümsüz kabul edilmiş[931]; bu durum, 1992 yılında İş Kodu'na eklenen hükmün en önemli sonuçlarından biri olarak değerlendirilmiştir[932].

Türk Hukuku açısından da, işçinin temel haklarının ihlali niteliğindeki, işçinin cinsiyetine, dinine, inancına, siyasal görüşüne, etnik kökenine ya da bunlara benzer değiştiremeyeceği özelliklerine dayanan bir feshin, hükümsüz sayılmasının olanaklı ve gerekli olduğu; bu konuda da iş güvencesinin bir kriter olamayacağı kanaatini taşımaktayız.

---

[930] Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. V., N° 257, bu karara ve işçilerin ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Grégoire Loiseau, "La liberté d'expression du salarié", **RDT**, 2014.396; Benjamin Dabosville, "Les contours de l'abus d'expression du salarié", **RDT**, 2012.275.
[931] Cass. soc. 31 mars 2004, n°s 01-46.960, 01-46.961, Bull. V, N° 101; Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41.695, Bull. V, N° 127; 29 oct. 2013, n° 12-22.447, Bull. V, N° 252.
[932] Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386.

Ayrım yasaklarından farklı olarak, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı fesih ise, işverenin girişim özgürlüğüne müdahalenin daha sınırlı olacağı bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. İşverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının bir diğer sınırı olarak dar anlamda eşit davranma borcu

a) İş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcu

İşverenin eşit davranma borcunun, öğreti tarafından, ayrım yasakları ve dar anlamda eşit davranma borcu biçiminde kademelendiğinin kabul edilmesi, işverenin fesih hakkının sınırlarının tespitinde daha da anlam kazanmaktadır. Zira öğretide, dar anlamda eşit davranma borcunun, işverenin fesih hakkının bir sınırı sayılıp sayılmayacağı konusu tartışmalı olup; işverenin girişim özgürlüğüne bu açıdan gerçekleşebilecek olan müdahalenin, ölçülülük kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öğretide bir görüş tarafından, işverenin, fesih hakkını kullanırken, sözleşmesini feshedeceği her işçinin özel durumunu göz önünde bulunduracağı; bu nedenle fesihte eşit davranma borcunun bulunmadığı ileri sürülmektedir[933]. Aynı yönde *Çelik*, iş sözleşmesinin feshini, işverenin eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı haller arasında saymaktadır. Yazara göre iş sözleşmelerinin feshinde eşit davranma borcunun uygulanabilmesi, haklı nedenle ya da işletme, işyeri ya da işin gereklerinden kaynaklanan bir nedenle, birden çok işçinin sözleşmesinin feshedilmesi gerekliliğine bağlı bulunmakta; tek bir işçinin sözleşmesinin feshedilmesinde işverenin eşit davranma borcunu göz önünde bulundurması gerekmemektedir[934]. Birden fazla işçinin, aynı sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkmasına neden olması karşısında ise; haklı nedenle feshin birçok değişik faktöre ve işçilerin kişisel durumlarına bağlı olması gerekçesiyle, işverenin, bu işçilere fesihte eşit davranmakla yükümlü olmadığı kabul edilmektedir[935].

Öğretide bir diğer görüş, işverenin, iş sözleşmesinin feshinde sübjektif değer yargılarıyla hareket etmesinin olanaklı olması nedeniyle, bu aşamada eşit işlem

---

[933] Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 146.
[934] Çelik, "**Eşit Davranma Borcu**", 5.
[935] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 333; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 146; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1630.

borcunun mutlak bir uygulamasından bahsedilemeyeceği yönündedir[936]. Bu görüşteki *Demir*, iş sözleşmesinin feshinde eşit işlem borucunun varlığını tümden reddetmek yerine; işverenin feshe karar verirken dayanacağı çalışkanlık, beceriklilik, kabiliyet ve liyakat gibi sübjektif değerlerin, işçilerde eşit olarak bulunmasının imkansızlığı karşısında eşit işlem borcunun mutlak olarak uygulanamayacağını savunmakta; aynı kabiliyet, liyakat ve beceriklilikteki işçilere eşit davranmak gerektiği noktasında ise tartışma bulunmadığını belirtmektedir[937].

Ancak önemle ekleyelim ki, iş sözleşmesinin feshinde kural olarak eşit davranma borcunun bulunmadığı ya da eşit davranmanın fesihte mutlak olarak uygulanamayacağı görüşünü benimseyen yazarlar da, işverenin fesih konusundaki serbestisini hakkın kötüye kullanılması sınırları içinde kullanması gerektiğini vurgulamaktadır[938].

Buna karşın, bazı yazarlar, iş sözleşmesinin feshinde de, işverenin eşit davranma borcunun var olduğunu kabul etmektedir[939]. İşçinin, fesih ile ekonomik geleceğinin kayba uğraması söz konusu olduğundan, işçinin en kritik dönemeçte işverenin keyfi uygulamalarıyla karşı karşıya kalmaması adına[940], iş hukukunda kabul edilen eşit davranma ilkesinin, iş sözleşmesinin feshi aşamasında dışlanmasının yerinde olmadığı[941] belirtilmektedir. *Tuncay*'a göre, fesihte eşit davranma borcunun olmadığını ileri süren görüşün gözden kaçırdığı nokta, eşit davranma ilkesinin fesihte uygulanamayacağı değil; fakat fesihte farklı uygulamayı haklı gösteren birçok neden olabileceği hususudur[942].

Alman Hukukunda da, fesihte eşit davranma borcundan bahsedilebilmesi için, işten çıkarılacak işçiler arasında karşılaştırma yapılabilecek bir durumun arandığı ve işçilerin sübjektif niteliklerinin aynı olması ihtimalinin düşüklüğü nedeniyle iş

---

[936] Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 162; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 24; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3.
[937] Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 162; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 24.
[938] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 332; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 24; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1630. *Engin*, fesihte eşit davranma ilkesinin, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birleştiğini ve bununla sınırlı olduğunu; aynı durumdaki işçiler arasında seçim yapılırken kötüniyetle hareket edildiği takdirde, fesih hakkının amacından sapacağını ifade etmektedir (Engin, **İşletme Gerekleri**, 112-113).
[939] Münir Ekonomi, **İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1984, 157; Tuncay, **Eşit Davranma**, 213 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 504 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 257 vd.; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 445; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61 vd.
[940] Ertürk/Gürsel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", 445.
[941] Tuncay, **Eşit Davranma**, 213.
[942] Tuncay, **Eşit Davranma**, 214; aynı yönde, Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64.

sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun sınırlı bir uygulama alanı bulduğu ifade edilmektedir[943].

Süzek, haklı veya geçerli nedenle fesih hakkı doğan işverenin, sözleşmesini feshedeceği işçilerin seçiminde, olayın özelliğine göre hakkaniyete, diğer bir deyişle, eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini belirtmektedir[944].

Doğan Yenisey de, eşit işlem ilkesinin, iş sözleşmesinin sona ermesinde sınırlı bir uygulama alanı bulacağı görüşünde olup; kural olarak işverenin hangi işçisinin sözleşmesini sona erdireceğini belirlemede serbest olduğunu ancak, objektif bir nedene dayanmaksızın keyfi veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmelerini feshetmesi halinde eşit işlem borcunun uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir[945]. Buna göre, yazar tarafından, fesihte eşit işlem, objektif ve haklı bir neden bulunmaksızın, salt keyfi nedenlerle veya kötüniyetle bazı işçilerin işten çıkarılıp, diğerlerinin çıkarılmaması durumuna engel olma biçiminde açıklanmıştır[946].

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olacak bir fiili gerçekleştiren birçok işçiden bazılarının sözleşmesinin feshine ilişkin olarak; örneğin, yasaya aykırı bir eyleme katılan işçilerden, yalnızca bir kısmının ya da devamsızlık yapan üç işçiden sadece birinin iş sözleşmesinin feshedilip edilemeyeceği hususu da, öğretide tartışmalıdır: Bir görüş, bu soruya olumlu yanıt verirken[947]; diğer görüş taraftarlarınca, bu halde de, işverenin eşit davranmakla yükümlü olduğu savunulmaktadır[948]: *Tuncay*, işverenin kararı üzerinde rol oynayan haklı nedenler

---

[943] Çelik, **"Eşit Davranma Borcu"**, 5, dn.9.; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61-62. Alman iş hukuku öğretisinde, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun varlığına ilişkin farklı görüşler ve bunların gerekçeleri konusunda ayrıntı için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 207-211.

[944] Yazar, eşit verimle çalışan işçilerden, kıdemli olanın; emekliliğe hak kazanan işçiler varken, emekliliğine kısa süre kalmış olanın iş sözleşmesinin feshedilmesinin, eşit davranma borcuna ve hakkaniyete aykırı olduğunu vurgulamaktadır (Süzek, **İş Hukuku**, 504, 506).

[945] Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997; aynı yazar, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 61; aynı yazar, "**Eşitlik İlke**si", 69.

[946] Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 62.

[947] Bkz. Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 146; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 333; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1630-1631; Şahin Çil, "Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Legal YKİD**, 2007/5, 7, (www.legalbank.net). *Doğan Yenisey*, eşit işlem ilkesinin, fesihte sınırlı bir uygulama alanı olduğunu savunan görüşü benimsemekle birlikte, birden çok kişinin katıldığı bir olayda, işverenin, mutlaka tüm işçilerin sözleşmesini feshetmesi gerektiğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar, işverenin yeniden işe almadaki serbestisinin de bu konuda dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmektedir (Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 62, 64).

[948] Tuncay, **Eşit Davranma**, 215. Aynı yönde, *Akı*, direniş yapan işçilerin sadece bir kısmının işten çıkarılması varsayımında, eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu kabul etmektedir (Akı, "**Eşit İşlem**",

bulunmadığı sürece, işverenin, örneğin, aynı yasa dışı greve katılan işçilerin tamamını işten çıkarması ya da hiçbirinin sözleşmesini feshetmemesi gerektiğini ifade etmektedir[949]. Ne var ki, fesihte farklı işlemi haklı kılan sayısız neden olabileceğinden, yazar, eşit davranma ilkesinin, fesihte, işyerinin çıkarlarına aykırı biçimde uygulanamayacağını da vurgulamaktadır[950].

Yargıtay ise, işverenin, iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranmakla yükümlü olduğu yönünde kararlar vermektedir: Örneğin, Yargıtayın bir kararına konu somut uyuşmazlıkta, işveren vekilinden, kızının düğünü için izin alan işçiye, aynı işyerindeki şoför başının izin vermek istememesi üzerine yaşanan tartışma sonucunda, işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilirken; işçiye küfrettiği sabit olan şoför başının sözleşmesi feshedilmemiştir. İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı talebiyle dava açtığı söz konusu somut uyuşmazlığa ilişkin olarak Yargıtay, işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranmakla yükümlü olduğunu açıkça ifade etmiş ve davacı işçinin taleplerini hüküm altına almıştır[951].

Öğretide de farklı yönde görüşlerin ileri sürülmesine neden olan, işyerinde birçok işçinin aynı eyleme katılması veya aynı davranışı sergilemesi sonucunda, işverenin sadece bir kısım işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi durumuna ilişkin olarak Yargıtay, işverenin bu halde de eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır. Örneğin, işveren temsilcisi konumundaki işçinin, işçilere kötü davranışları nedeniyle, işletme müdürü ve şefin bilgisi dahilinde, işyerindeki 30 işçinin mesai saatleri içinde yaklaşık 1,5 saat toplantı yaptığı ve bunun üzerine sadece 4 işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği uyuşmazlıkta; işçilerin, mesai yapmadıkları 1,5 saat yerine, vardiya bitiminden sonra 3-4 saat

---

140). *Ertürk* de, yasa dışı greve katılmanın kolektif bir haklı neden yaratması nedeniyle, bu greve katılan işçilerin işten çıkarılmasında farklı davranılmasının olanaklı olmadığını; ancak işçilerin tümünün işten çıkarılmasının işyerinin varlığını tehlikeye sokması durumunda, bir kısım işçinin çalıştırılmaya devam edilmesinin, eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını belirtmektedir (Ertürk, **Temel Haklar**, 114-115). Bu halde, yasal bir hakkın kullanımı niteliğinde olmayan eyleme katılan işçilerin bir kısmının işten çıkarılmasının, işverenin eşit davranma borcuna aykırı olmadığını savunan *Çil*'e göre, aksine çözüm tarzı, işçi yararına yorum ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi; işçilerin tamamının işten çıkarılması, işin yürütümünü de tehlikeye sokabilecektir (Çil, "**Fesihte Eşit Davranma**", 7).

[949] Tuncay, **Eşit Davranma**, 215.

[950] Tuncay, **Eşit Davranma**, 217.

[951] Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21658, K. 2008/18649, (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer yönde, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun varlığına işaret eden kararlar için bkz. Bkz. Yarg. 9. HD., 1.2.2005, E. 2004/7540, K. 2005/2732; Yarg. 9. HD., 25.4.2005, 11204/14365; Yarg. 9. HD., 10.4.2006, 7385/9027; Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21658, K. 2008/18649; Yarg. 9. HD., 5.7.2010, 22100/22105; Yarg. 9. HD., 11.3.2010, E. 2008/16959, K. 2010/6582; Yarg. 9. HD., 7.3.2013, E. 2010/50084, K. 2013/8211; Yarg. 9. HD., 2.12.2010, E. 2009/37196, K. 2010/35464; Yarg. 22. HD., 2.2.2015, 1987/2009;Yarg. 7. HD., 11.2.2016, E. 2015/35713, K. 2016/2659; Yarg. 9. HD., 31.5.2016, E. 2015/31120, K. 2016/12799, (Kazancı İçtihat Bankası).

çalışarak bunu telafi etmelerini de dikkate alarak, somut olayda fesih için haklı nedenin bulunmadığına hükmedilmiştir[952]. Bu kararda Yargıtay, toplantıya 30 işçi katılmış olmasına karşın, sadece davacının da aralarında bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmesinin feshini, eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak değerlendirmiştir.

Aynı yöndeki bir diğer kararında da Yargıtay, " *Davalı işveren (...) eyleme katılan işçilerden 12 kişinin iş sözleşmesini, diğer işçileri toplu olarak iş bırakmaya yönlendirdikleri gerekçesiyle feshetmiştir. (...) işverenin eşit davranma borcu iş sözleşmesinin feshinde de dikkate alınmalıdır. (...) aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği halde, davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur*[953]." gerekçesiyle, davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini yerinde görmüştür.

İşyerinde 690 işçinin, seçtikleri 11 temsilcinin iş sözleşmesinin feshedilmesini protesto etmek amacıyla katıldıkları toplu eylemde, 240 işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği somut olayda da Yargıtay, toplu eylem nedenine dayalı fesihler açısından davalı işverence eşit davranma borcuna aykırı davranıldığına karar vermiştir. Yargıtaya göre, işveren, eyleme katılan işçiler arasında, davacı işçinin eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumunda olduğunu kanıtlayamamış olduğundan; toplu eyleme dayalı fesih, haklı görülemeyecektir[954].

Kanımızca, dar anlamda eşit davranma borcu, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir sınırını teşkil ettiği gibi; iş sözleşmesinin feshinde bu borcun varlığının kabul edilmemesi, bu aşamada işçinin çalışma hakkı ile işverenin sözleşme özgürlüğü arasındaki dengenin, işçi aleyhine sarsılması ve işverenin keyfi kararlarına geçerlilik tanımak anlamına gelecektir. Bu nedenle iş sözleşmesinin feshinde de işveren, eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlü olmalıdır.

Bununla birlikte, işverenin, iş sözleşmesini feshedeceği işçileri belirlemedeki serbestisinin sınırlarını çizerken, gözden kaçırılmaması gereken iki temel husus söz konusudur: Birincisi, işçilerin eşit/benzer konumda olması gerekliliği; ikincisi, aynı

---

[952] Yarg. 9. HD., 25.4.2005, 11204/14365, (Kazancı İçtihat Bankası), kararın değerlendirmesi için bkz. Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 60 vd.
[953] Yarg. 9. HD., 18.9.2007, 28938/26952, karar ve değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 2 vd.
[954] Yarg. 9. HD., 10.3.2016, 2451/5421, (Kazancı İçtihat Bankası).

fesih nedenini doğuran, eşit konumdaki işçilerin tümünün iş sözleşmesinin feshedilmesinin gerekli olup olmadığı meselesi.

Dikkat edilmesi gereken ilk husus, fesihte de eşit davranma borcunun, eşit/benzer konumdaki işçiler arasında söz konusu olmasıdır[955]. Aynı koşullar içinde, karşılaştırılabilir durumda bulunmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, eşit davranma borcu, uygulanma alanı bulamayacaktır. Bu konuda belirtmek gerekir ki, işyerinde aynı kavgaya ya da tartışmaya karışmaları nedeniyle iş sözleşmeleri haklı nedenle feshedilebilecek olan işçilerden sadece bir tanesinin sözleşmesinin feshedilmesini Yargıtay da, eşit davranma borcuna aykırı olarak nitelendirmektedir[956]. Gerçekten, bu kararlara konu uyuşmazlıklarda, kavgayı başlatan ya da sözlü tartışma sırasında karşı tarafa müessir fiil uygulamaya teşebbüs ettiği için daha fazla kusurlu olan veya kıdemi daha az olan işçinin iş sözleşmesi feshedilmezken, kavgayı başlatmayan, daha az kusurlu veya daha kıdemli işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmiş olması, feshin dayandığı nedenin haklılığını sorgulanır duruma getirmekte; bu feshin haklı olduğu sonucuna varmak, adalet duygusunu rahatsız etmektedir. Bu nedenle belirtilen kararlarda, feshin haklı olmadığı yönünde hüküm kurulması kanımızca da isabet taşımaktadır. Bununla

---

[955] Örneğin, Yargıtay, işyerinde iki işçi arasında çıkan tartışma sonucunda, işçilerden birinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine karşın; diğer işçinin sözleşmesinin feshi sonucunda yasal haklarının ödenmiş olduğu bir somut uyuşmazlıkta, İşK. m.5 hükmünün koşullarının oluşmadığına karar vermiştir. Zira iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçinin, diğerini dövdüğü tespit edilmiş; dövülen işçinin iş sözleşmesinin ise işveren tarafından, verimsiz çalışması nedeniyle feshedildiği ortaya konulmuştur. Bu nedenle Yargıtay, iki işçinin durumlarının farklı hukuki nitelik taşıdığına ve 5. maddenin uygulanma alanı bulmayacağı kanaatine varmıştır (Yarg. 9. HD., 4.4.2011, E. 2009/8924, K. 2011/9990, Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Serkan Odaman, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2013, 207-208.

[956] Örneğin, işyerinde karşılıklı olarak birbirini darp eden iki işçiden, kavgayı başlattığı Ceza Mahkemesi kararıyla sabit olan işçinin sözleşmesi feshedilmeyerek, dokuz yıl kıdemi olan diğer işçinin sözleşmesinin feshedildiği somut uyuşmazlıkta, Yargıtay, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığına hükmetmiştir (Yarg. 9. HD., 4.11.2004, 8413/24957, Kazancı İçtihat Bankası, kararın değerlendirmesi için bkz. Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1625 vd.). Yine işyerindeki bir kavga sonucu iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin bir diğer uyuşmazlıkta Yargıtay, tartışmayı başlatan ve iş sözleşmesi feshedilen davacı işçiye küfreden işçinin, işyerinde çalıştırılmaya devam ediyor olması karşısında, somut olayda eşit işlem borcuna aykırılığın var olduğuna karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 7.3.2013, E. 2010/50084, K. 2013/8211, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtayın önüne gelen, benzer bir başka somut uyuşmazlıkta, işyerinde tartışan işçilerden, davacı işçi hakkında, Ceza Mahkemesince hakaret suçundan; iş sözleşmesi feshedilmeyen işçi hakkında ise hakaret ve müessir fiile teşebbüs suçundan cezaya hükmedilmiştir. Bu halde, sadece daha düşük ceza alan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, Yargıtaya göre, eşit işlem borcuna aykırı olup, fesih haksız sayılmalıdır (Yarg. 9. HD., 29.2.2012, E. 2009/45107, K. 2012/6474, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay kararına konu, benzer bir diğer uyuşmazlıkta, işyerinde yaşanan tartışmada, daha fazla kusurlu olduğu tespit edilen işçinin sözleşmesi feshedilmemiş olmasına karşın, davacı işçinin sözleşmesine son verilmesi, fesihte eşit davranma borcunun ihlali olarak değerlendirilmiştir (Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21658, K. 2008/18649, Kazancı İçtihat Bankası).

birlikte, esasında aynı kavgaya karışan ve bu nedenle aynı konumda oldukları varsayılan bu işçilerin, gerek kavgayı başlatma ve kusur, gerek kıdem gibi unsurlar nedeniyle aynı konumda olmadıkları açıktır. Bu nedenle, feshin haksız sayılmasının gerekçesi, eşit davranma borcuna aykırılık olarak ifade edilmek yerine; işçilere karşı uygulanan yaptırımların, kusurlarıyla oransız olması biçiminde açıklanabilecektir.

Ancak, aynı kavgaya karışan, daha az ve daha fazla kusurlu olan iki işçinin de iş sözleşmesinin feshedilmesi varsayımında, eşit davranma borcu, yargıcın kararının gerekçesi olabilecektir. Zira bu halde, durum farklılık taşımaktadır. Eşit konumdakilere eşit davranılmaması, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi; farklı konumdakilere eşit davranılması da eşitliğin ihlali sayılmaktadır. Bu nedenle, yargıç, kusur dereceleri farklı olan işçilere aynı yaptırımın uygulanamayacağı yönünde vereceği kararda, bu kez, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı gerekçesine dayanabilecektir. Nitekim, Yargıtayın da, feshin haklı olup olmadığının ve işverenin eşit davranma borcunu ihlal edip etmediğinin belirlenebilmesi için, işçilerin kusurlarının ağırlığının tespit edilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır[957].

Üzerinde durulması gereken ikinci husus ise, aynı fesih nedeni söz konusu olduğunda ve işçiler benzer konumda bulunduğunda, işverenin, bu işçilerden tümünün iş sözleşmesini feshetmesini ya da tümünü çalıştırmaya devam etmesini beklemek, işverenin sözleşme özgürlüğüne, ölçüsüz bir müdahale teşkil edebileceğidir. Bu halde işverene, sadece bazı işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi yönündeki kararının, keyfi olmadığını, haklı gerekçelerinin bulunduğunu ortaya koyma olanağının tanınması; sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçüsüz olmamasını sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, eşit davranma borcu, işyerindeki

[957] Gerçekten, bir Yargıtay kararına konu somut uyuşmazlıkta, mağazaya gelen ürünün taşınması, kolilerin yüklenmesi işinde tek kalan davacı işçi, bir başka işçiyle tartışmış; tartışma kavgaya dönüşmüştür. Yargıtay, meydana geldiği tartışmasız olan kavgaya kimin sebep olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin de kusurlu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmadan, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının belirlenemeyeceğine karar vermiştir (Yarg. 22. HD., 3.10.2011, 447/1829, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay kararına konu bir diğer uyuşmazlıkta ise, iş sağlığı ve güvenliği mühendisi olan davacı işçi, gerekli önlemleri almadığını iddia ettiği amiri ile tartışmış; davacı işçi ile amiri arasında itişmeler ve sataşmalar yaşanmıştır. Buna karşın, yalnızca davacı işçinin iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay, tartışmanın kim tarafından çıkarıldığının tespit edilememesi ve diğer işçinin sözleşmesinin feshedilmemiş olması gerekçesiyle, işverenin eşit işlem borcuna aykırı hareket ettiğine karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 24.10.2013, E. 2011/36860, K. 2013/27208, Kazancı İçtihat Bankası). Benzer yönde bir diğer uyuşmazlıkta da, işçiler arasında yaşanan kavganın, hangi tarafça başlatıldığının tespit edilememesi nedeniyle, yalnızca davacı işçinin sözleşmesinin feshedilmesi, eşit işlem borcuna aykırılık olarak nitelendirilmiştir (Yarg. 9. HD., 31.5.2016, E. 2015/31120, K. 2016/12799, Kazancı İçtihat Bankası).

faaliyet açısından çok kritik öneme sahip işçilerin de sözleşmesinin feshedilmesi veya işyerindeki faaliyetin tümden sona ermesi sonucunu doğuracak biçimde, tüm işçilerin işten çıkarılmasını gerektirme olarak anlaşılmamalıdır. Bu yaklaşım, ölçülülük kapsamında, eşitlik ilkesi – girişim özgürlüğü arasında sağlanmak istenen dengede, girişim özgürlüğünün gerekli olmayan düzeyde, ölçüsüz biçimde sınırlamaya uğramasına neden olur.

Bu doğrultuda, Yargıtay da, yukarıda yer verilen kararlarında ortaya konulduğu üzere, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranmakla yükümlü olduğunu kabul etmekle birlikte; nesnel nedenlerin varlığı halinde, eşit işlem borcunun uygulanmayacağının altını çizmektedir. Gerçekten, Yargıtaya göre, "*işçinin objektif, sübjektif nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez*[958]".

İş sözleşmesinin feshinin derhal ya da bildirimli gerçekleşmesi veya fesih nedeninin işçiden[959] ya da işletme gereklerinden[960] kaynaklanması açısından bir fark gözetmeksizin, işverenin, iş sözleşmesini fesihte de eşit davranma borcuna uygun davranması gerekir. Ancak, işçinin kıdemi ya da sicili, o işçiye fesihte farklı davranılmasını haklı kılan bir gerekçe olabileceği gibi; işçiden değil de, iş piyasası ya da işyerinden kaynaklanan bazı nedenler de diğer işçilerden farklı olarak, bazı işçilerin sözleşmesinin feshedilmesini haklı gösterebilecektir: Örneğin, işin yürütülmesi için bazı işçilerin çalışmaya devam etmesine ihtiyaç duyulması; işin

[958] Yarg. 9. HD., 2.12.2009, 33837/32939, (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200; Yarg. 9. HD., 15.1.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741; Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727, (Kazancı İçtihat Bankası).

[959] Örneğin Yargıtay, banka işyerinde çalışan ve sözleşmesi performans düşüklüğü nedeniyle feshedilen işçi ile eşdeğer sürede çalışan ve aynı performans puanını alan diğer işçilerin de sözleşmesinin feshedilip feshedilmediğinin; davacı işçinin zam aldığı dönemlerde bu işçilere de zam yapılıp yapılmadığının, işverenin eşit işlem borcu çerçevesinde araştırılması ve buna göre feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 2.2.2009, E. 2008/9781, K. 2009/996, Kazancı İçtihat Bankası).

[960] İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde de Yargıtayın, işverenin fesih işleminin geçerliliğini değerlendirirken, aynı durumdaki diğer işçilerle kıyaslama yoluna gittiği dikkat çekmektedir. Bankada şube müdürü olarak çalışan davacı işçinin, organizasyon değişikliği gerekçesiyle, geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshine karşı işe iadesini talep ettiği uyuşmazlıkta; kapatılan 37 adet merkez şube müdürlüğünde görev yapmakta olan müdürlerin, ikisi emekli olmuş, 34'ü başka görevlere atanmış, davacının sözleşmesi ise feshedilmiştir. Yargıtay, diğer görevlere atanan 34 çalışanın durumlarının, yerel mahkeme tarafından incelenmemiş olmasını, bozma nedeni saymış; hem davacı işçinin durumunun diğer işçilerin durumuyla kıyaslanması gerektiğine, hem de feshin son çare olması ilkesine kararında işaret etmiştir (Yarg. 9. HD., 11.12.2003, 20222/20604, Kazancı İçtihat Bankası).

niteliği gereği o mesleğe mensup işçinin bulunmasının ya da işçinin konumu gereği yerine bir başka işçinin bulunması veya yetiştirilmesinin güçlük arz etmesi gibi[961].

Haklı gerekçeleri ortaya konulamayan, salt işverenin iradesine ve aslında keyfiyetine dayanan farklı uygulamalar, eşit davranma borcunun ihlali sayılacaktır. Dolayısıyla işverenin girişim özgürlüğüne müdahalenin ölçülü olması, işverene bu doğrultuda işletmenin menfaatleri kapsamında farklı uygulamalar yapabilmesi adına bir takdir yetkisinin tanınması, keyfi davranma serbestisi olarak da algılanmamalıdır.

Çatışan menfaatler arasında, herbirine optimal etki tanınması yoluyla denge sağlanmasını amaçlayan ölçülülük ilkesi, bu tespiti gerekli kılar. İşverenin farklı uygulamasının haklılığını ortaya koyan gerekçeleri ve bunların işverence tutarlı biçimde uygulanıp uygulanmadığını ise yargıç takdir edecektir. Örneğin, işveren, işyeri yönetmeliğinde kıyafet ve tıraş konusunda bir düzenleme getirmiş ve buna aykırılık halinde belli yaptırımlar uyguluyorsa, bu düzenlemenin, tutarlı ve eşit davranma borcuna uygun biçimde, aynı durumdaki tüm işçilere uygulanması gerektiği, Yargıtay kararına da konu olmuştur[962].

Fransız Hukukunda konu, işverenin disiplin yetkisi açısından tartışılmıştır. Nitekim iş sözleşmesinin feshi, işverenin uygulayabileceği en ağır disiplin yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır[963]. Fransız Hukukunda, disiplin yaptırımları, kural olarak, işverenin eşit davranma borcunun kapsamı dışında kalan bir alandır[964]. Ayrım yasakları ve işverenin yetkisini kötüye kullanması dışında, işverenin benzer fiiller için farklı disiplin yaptırımları uygulama hakkı saklı tutulmuştur. Bu kapsamda, işverenin disiplin cezalarını bireyselleştirme yetkisinden bahsedilmektedir[965].

---

[961] Bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 213 vd.; Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64; Süzek, **İş Hukuku**, 507; Yıldız, **Eşit İşlem**, 258; aynı yazar, "**Fesihte Eşit İşlem**", 860.

[962] Karara konu somut uyuşmazlıkta, davacı işçi, bıyık bırakması üzerine işverence iki kez ihtar edilmiş; bıyıklarını kesmemesi üzerine ise, iş sözleşmesi 1475 sayılı Kanun m.17/g uyarınca feshedilmiştir. Davacının işe girdiği tarihten sonra yürürlüğe giren işyeri yönetmeliğinde ise, kıyafet ve tıraş konusunda işverence alınmış ve işin gereği olan emir ve talimatlara uymamanın yaptırımı, ihtar cezası olarak öngörülmüştür. Somut olayda, bu nedenle, işçinin bıyıklarını kesmemesi, Yargıtay tarafından fesih nedeni olarak görülmediği gibi; aynı işi yapan bir diğer işçinin, işe girerken, bıyıklarını kesmeme yönünde ileri sürdüğü koşulun işverence kabul edilmiş olması, eşit davranma ilkesine de aykırı bulunmuştur (Yarg. 9. HD., 6.3.2003, E. 2002/15937, K. 2003/3176, Kazancı İçtihat Bankası).

[963] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 820 vd.

[964] İşverenin disiplin yetkisini, aynı kusurlu eylemi gerçekleştirmiş işçilerden yalnızca bazılarını cezalandırmak için kullanabileceği yönünde bkz. Cass. soc. 15 mai 1991, n° 89-42270, Bull. V, N° 236; aynı yönde, Cass. soc. 17 décembre 1996, n° 95-41858, Bull. V, N° 445. Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 834; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 171, 240-241.

[965] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240-241; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 834.

Gerçekten, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, işveren tarafından aynı nitelikte hatalı davranışlar sergilediği tespit edilen işçilere, farklı disiplin yaptırımları uygulanmasının ya da yalnızca bazı işçilerin disiplin cezasına tabi tutulmasının olanaklı olduğunu kabul etmektedir; ancak, ayrım yasakları ve işverenin yönetim yetkisini kötüye kullanması yasağı, bu serbestinin sınırını teşkil etmektedir[966]. İşverenin disiplin yetkisine dayanarak verdiği bu kararını, ayrımcılık sayılmayan objektif unsurlarla açıklayabilmesi ve disiplin yetkisini kötüye kullanmaması aranmaktadır[967]. İşverenin disiplin yetkisini kötüye kullanmaması ise, aynı durumdaki işçilerine farklı disiplin yaptırımları uygulaması yönündeki kararının, işletme gereklerine dayanması biçiminde anlaşılmaktadır[968].

İşverenin, disiplin cezalarını bireyselleştirme yetkisinin sınırları olan ayrım yasakları ve yönetim yetkisinin kötüye kullanılması yasağı, esasında işverenin bu konudaki kararlarını objektifleştirmeye yönelik bulunmaktadır[969]. Sözü edilen disiplin cezası, aynı kusurlu davranışı gerçekleştiren işçilerden yalnızca bazılarının sözleşmesinin feshedilmesi biçiminde de ortaya çıkabilecektir.

Yakın tarihli kararlarına dek, Sosyal Dairenin kararlarının, aynı kusurlu davranışı sergileyen işçilere farklı disiplin yaptırımları uygulamanın, tek başına ayrımcılık yapıldığını ortaya koymayacağı yönünde olduğu dikkat çekmektedir[970]. Ne var ki, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin içtihadı, yakın zamanda, işverenin disiplin yetkisine ve kendisine tanınan serbestiye dayanan kararlarının sınırını çizmeye yönelik olarak, genel anlamda eşitlik ilkesi lehine bir gelişim göstermiştir.

Gerçekten, bir taşımacılık şirketinde, kamyon şoförü olarak çalışan davacı işçinin, aynı kusurlu davranışı sergileyen çalışma arkadaşları ile aynı yaptırım uygulanmayarak, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği uyuşmazlığa ilişkin Sosyal Dairenin bir kararı[971], bu noktada önem taşımaktadır: İşçinin, güvenlik amacıyla getirilen araç kullanma süresi sınırına birden fazla kez uymamış olması gerekçesiyle, ağır kusurlu davranışı nedeniyle haklı nedenle sözleşmesi feshedilmiştir. İstinaf mahkemesi, somut olayın koşullarını dikkate alarak; davacı

[966] Cass. soc. 14 mai 1998, n° 96-41.755, Bull. V, N° 250.
[967] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 834; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 171.
[968] Jean Mouly, "Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement", **Dr. soc.**, 2014.385; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 171.
[969] Mouly, "Pouvoir disciplinaire", 385.
[970] Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-28.199, Bull. V, N° 173.
[971] Cass. soc. 5 févr. 2014, n° 12-24.980, (www.legifrance.gouv.fr).

işçi tarafından, işverenin aynı kusurlu davranışı sergileyen diğer işçileri işten çıkarmamış olduğuna dikkat çekilmesine karşın, işverenin kararının herhangi bir ayrımcılık teşkil etmediğine ve feshin haklı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay Sosyal Dairesi ise bu kararı bozma yoluna gitmiştir. İstinaf mahkemesinin, işverenin yetkisini kötüye kullanmasının söz konusu olup olmadığını denetlememiş olması, bozma nedenlerinden bir tanesidir. Bu aşamaya kadar Sosyal Dairenin kararı, yerleşik içtihadına uygun biçimde, işverenin disiplin cezalarını bireyselleştirme yetkisinin sınırlarını hatırlatır niteliktedir[972].

Ancak, Sosyal Daireye göre, aynı kusurlu davranışta bulunmasına karşın, iş sözleşmesi feshedilmeyen işçilerin var olması, işverenin ayrımcılık yaptığı ihtimalini gündeme getiren bir nitelik taşıdığından; işveren, disiplin yetkisini, aynı durumdaki işçileri için farklı kullanmasının objektif nedenlerini ispat etmek zorundadır. İstinaf mahkemesi tarafından bu konu göz ardı edilerek, ispat yükünün işçi üzerinde olduğunun kabul edilmiş olması, bozma nedeni sayılmıştır. Sosyal Dairenin, ayrımcılık konusundaki ispat kuralından hareketle geliştirdiği bu yaklaşımının, işverenin sözü edilen serbestisine, önceki kararlarında sergilediği yaklaşımdan farklı olduğu dikkat çekmektedir.

Böylece Fransız Hukukunda, günümüzde, işverenin, disiplin cezalarını bireyselleştirme yetkisinden çok; işverenin, disiplin yetkisini, aynı durumdaki işçiler arasında, farklı biçimde kullanmak istediğinde, bunu eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, objektif nedenlerle gerekçelendirmesi gereğinden söz edilebilecektir. Bunun için, işçinin, mahkeme önünde, aynı durumdaki işçilerden, daha ağır bir yaptırıma tabi tutulduğunu, örneğin sadece kendisinin iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederek, konuya ilişkin emareleri mahkemeye sunması yeterli olacaktır[973]. Mahkeme ise, işveren tarafından, söz konusu farklı uygulamanın, gerçek, objektif ve tutarlı unsurlara dayandığının ispat edilmesini arayacaktır[974].

Sosyal Dairenin içtihadının gelişimi ışığında, işverenin kararlarının objektifleştirilmesi eğiliminin giderek baskın hale geldiğini ve böylece işverenin disiplin cezalarını bireyselleştirme serbestisinin, eşitlik ilkesi karşısında gerilediğini söylemek olanaklıdır[975]. Bu durum, Fransız Hukukunda, işverenin, ayrım yasakları

[972] Mouly, "**Pouvoir disciplinaire**", 385.
[973] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 241.
[974] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 834.
[975] Mouly, "**Pouvoir disciplinaire**", 385.

dışında farklı davranma serbestisinin; her türlü farklı davranışın objektif gerekçesini ortaya koyma gerekliliğine dönüşümü olarak ifade edilmiştir[976].

b) İş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı olarak yaptığı fesih, geçersiz sayılacak mıdır? İşçi, bu halde de İşK. m. 5 hükmünde düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebilecek midir? İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı konusunda da öğretide görüş birliği olduğunu söylemek olanaklı değildir.

Alman Hukukundan hareketle, bu halde, eşit davranma borcuna aykırı davranmanın, tek başına feshi geçersiz kılmayacağı; ancak feshin geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinde, bunun bir unsur olarak dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür[977]. Bu doğrultuda, eşit davranma borcuna aykırılık, feshin geçerliliği üzerinde dolaylı bir etki yaratacaktır: Somut olayın koşullarına göre, işverenin, aynı olaya katılan işçilerden bazılarını çalıştırmaya devam etmesi, bu olayın kendisi için feshi gerektirmeyen, kabul edilebilir bir olay olduğunu ortaya koyabilir[978].

Pozitif dayanağını Anayasada da bulan eşit davranma ilkesine aykırı herhangi bir işlemin, kesin hükümsüz sayılması gerektiğini belirten *Tuncay*, henüz iş hukuku sistemimizde iş güvencesinin öngörülmediği dönemde, eşit davranma ilkesine aykırı bir feshin ise, geçersiz sayılmasının, bu sisteme uygun düşmeyeceğini belirtmiştir[979]. Yazara göre, bu halde haksız bir feshe uğrayan işçinin, iş sözleşmesinin feshi geçerli sayılacak ancak işçi, haksız fesihten doğan haklarını isteyebilecektir.

Aynı yönde, *Ertürk/Gürsel*, işvereni tekrar o işçiyle çalışmaya zorlamanın, iş ilişkisinin ruhuna ters düşeceği gerekçesiyle, ayrımcı feshin kesin hükümsüz sayılmaması gerektiğini belirtmektedir[980].

Buna karşın, iş güvencesi kavramının, işverenin keyfi fesihlerini engellemesi amacından ve eşit davranma borcunun ihlali niteliğindeki bir feshin de keyfi

---

[976] Cesaro, "**Égalité**", 39.
[977] Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64.
[978] Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 64.
[979] Tuncay, **Eşit Davranma**, 237.
[980] Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 454.

olmasından hareketle; işverenin eşit davranma borcuna aykırı biçimde bir işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin, geçersiz sayılması gerektiği de ileri sürülmektedir[981].

Belirtmek gerekir ki, Yargıtayın da, bu konuya ilişkin, farklı yönde kararları mevcuttur. Örneğin, 1475 sayılı Kanun döneminde, iş güvencesinin sistemimize dahil olmasından önce verdiği bir kararda Yargıtay, işyerinin verimli çalışmasını önleme ve çalışanlar arasında eşit davranmama gerekçeleriyle, işvereni Bölge Müdürlüğüne şikayet eden dilekçeye imza atan işçilerden, sadece davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, işverenin fesihte eşit davranma borcuna aykırı davrandığına, feshin haksız olduğuna ve bu nedenle işçiye ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir[982].

4857 sayılı Kanun döneminde ise, yukarıda da yer vermiş olduğumuz bir kararında[983] Yargıtay, eşit işlem borcuna aykırı feshin sonucunda, işçinin işe iadesine karar vermiştir: " *(...) toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmesinin feshi, eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. (...) Somut bu olgulara göre, iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir*".

Ancak Yargıtayın, eşit işlem borcuna aykırı bir feshin, haksız sayılması gerektiğine, ne var ki bu halde dahi feshin geçerli sayılabileceğine hükmettiği kararları da bulunmaktadır. Gerçekten, işyerindeki eyleme tüm işçilerin katılmış olmasına karşın, davacının da arasında bulunduğu bir kısım işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve davacı işçinin işe iadesini talep ettiği uyuşmazlıkta[984]; yerel mahkeme, eşit davranma ilkesine aykırılık nedeniyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermiştir. Somut olayda, işyerinde vardiya değişimi sırasında, vardiyası biten ve başlaması gereken işçilerin, dinlenme odasında toplanarak, 3 işçinin iş sözleşmesinin feshi nedeniyle işveren temsilcisinden görüşme talep ettiği; işverenden açıklama gelmemesi üzerine, bir saatten az bir süre iş başı yapmadıkları

---

[981] Yıldız, **Eşit İşlem**, 258.

[982] Yarg. 9. HD., 1.11.1999, 13603/16485, (Kazancı İçtihat Bankası). Karara ilişkin değerlendirmede bulunan Uşan, kararı eleştirerek, işverenin, İşyeri Bölge Müdürlüğü'ne kendisini şikayet eden dilekçeye imza atan işçilerin tümünü işten çıkarmaya zorlanması durumunun, işyerinin kapanmasına dahi neden olabileceğini ileri sürerek, bu tür durumlarda esnek olunmasının daha isabetli olacağını savunmuştur (Uşan, **"Fesihte Eşit Davranma Borcu"**, 1631).

[983] Bkz. yukarıda yer verilen Yarg. 9. HD., 25.4.2005, 11204/14365 sayılı karar ve karara ilişkin inceleme, Doğan Yenisey, "**Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma**", 60 vd.

[984] Yarg. 9. HD., 10.4.2006, 7385/9027, (Kazancı İçtihat Bankası). Kararın değerlendirmesi için bkz. Çil, "**Fesihte Eşit Davranma**", (www.legalbank.net).

anlaşılmaktadır. Yargıtay Özel Dairesi, işçilerin yapmış olduğu eylemi, kanun dışı grev olarak nitelendirerek, haklı fesih nedeni ortaya çıktığında dahi, eşit davranma borcuna aykırı hareket edilmemesi gerektiğine vurgu yapmış ancak, "*haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez*." ifadelerine yer vererek, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığının yaptırımının geçersizlik olmadığı sonucuna varmıştır.

Aynı yönde, davacı işçi ile davalı işverenin bir diğer işçisi arasında, işyerinde kavga çıkması üzerine, sadece davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği uyuşmazlıkta Yargıtay, "*Dosya kapsamından kavganın kim tarafından başlatıldığı tespit edilemese de karşılıklı olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davrandığı ve bu sebeple davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır. Ancak fesih haklı nedene dayanmasa da davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından (...)*" gerekçesiyle, işe iade talebinin kabulünün yerinde olmadığına hükmetmiştir[985].

İşverenin, iş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığı, fesih hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir. İşveren açısından feshi olanaklı kılan, geçerli ya da haklı neden doğmuş olmasına karşın, işveren, bazı işçilerin sözleşmesini, keyfi olarak, haklı bir gerekçe ileri sürmeksizin feshetmişse, sahip olduğu fesih hakkını, amacının dışında, kötüye kullanmış olacaktır. Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ise, söz konusu hakkın kullanılması ile doğması beklenen hukuki sonucun korunmaması biçiminde ortaya çıkar[986].

Bu durum, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği iddiasına karşılık, feshin geçersiz sayılmasını; haklı nedenle yapıldığı ileri sürülen fesihte ise haklı nedenin bulunmadığı sonucuna varılmasını gerektirecektir. Haklı nedenin yokluğuna karşın, işverenin fesih için geçerli bir

---

[985] Yarg. 9. HD., 31.5.2016, E. 2015/31120, K. 2016/12799, (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, Yargıtay, 10.3.2016 tarih ve 2451/5421 sayılı kararında (Kazancı İçtihat Bankası), eyleme katılan 690 işçiden 240 tanesinin sözleşmesinin feshedildiği somut olayda, işverenin fesihte eşit davranma borcuna aykırı davrandığına ve bu nedenle feshin haksız olduğuna kanaat getirmiş olmasına karşın; fesihte geçerli bir nedenin olup olmadığının ayrıca araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

[986] Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 285 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 16 vd.; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 42 vd.

nedeninin bulunması olasılığı da, somut olayın koşullarına göre değerlendirilebilir. İş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmesinin, eşit davranma borcuna aykırı olarak feshedilmesi ise, fesih hakkının kötüye kullanılması, diğer bir ifadeyle kötüniyetli fesih anlamına geleceğinden, işçi, kötüniyet tazminatı talep edebilecektir. Bu halde, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel yaptırım, feshin niteliği gereği uygulama alanı bulamayacak; fesih yine de hüküm doğuracak ancak işçi, bunun karşısında kötüniyetli fesih nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır[987].

Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı yapılan fesih halinde, ayrımcılık tazminatının istenip istenememesi konusu da tartışmalıdır. Bu tartışma, sadece iş sözleşmesinin feshinde eşit davranmanın ötesinde, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığının her türü açısından söz konusu olan bir yaptırım sorununa ilişkindir.

Öğretide, İşK. m. 5 hükmünde öngörülen ayrımcılık tazminatının sadece ayrım yasaklarının ihlali söz konusu olduğunda talep edilebileceği; eşit davranma borcuna aykırılık halinde, işçinin sadece yoksun kaldığı hakları talep etmesinin olanaklı olduğu savunulduğu gibi[988]; aksi yönde, maddenin lafzına karşın, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde dahi ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir[989].

Yargıtayın, İşK. m. 5 hükmünde sayılan kriterlerden bağımsız olarak, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranışın tespit edilmesi ve buna göre m. 5 uyarınca elde edilebilecek haklara hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur: Yukarıda da yer verdiğimiz bir karara[990] göre, deniz trafik operatörü olarak çalışan işçiye emsal olarak değerlendirilen işçilerin görev ve unvanlarının ne olduğu, farklı iş kanunlarına tabi olup olmadıkları konusunda araştırma yapılması, buna göre kıyaslama yapılması gerektiği vurgulanmış; belirtilen hususların açıklığa kavuşturulması sonucunda, " (...) *4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlendiği biçimde eşit davranma borcuna aykırılığın tespiti halinde davaya konu olan mahrum kalınan haklar da belirlenmeli ve istekler bakımından hüküm kurulmalıdır*." sonucuna varılmıştır.

---

[987] Engin, **İşletme Gerekleri**, 16.
[988] Süzek, **İş Hukuku**, 511.
[989] Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 449.
[990] Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 13930/9895, aynı yönde: Yarg. 9. HD., 22.4.2008, 14403/9841, (Kazancı İçtihat Bankası).

Ne var ki, Yargıtay, aksi yönde de karar vermektedir: Bu yöndeki bir karara konu uyuşmazlıkta[991], işverenin, işyerindeki dokuz işçi açısından, toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak daha fazla ücret artışı uyguladığı ancak bunun muhasebe sisteminin hatasından kaynaklandığı ve uygulamadan dönüldüğü anlaşılmaktadır. Yargıtay, birkaç işçiye bir süreliğine yapılan fazla ödemenin, toplu iş sözleşmesinin düzenini etkileyecek şekilde tüm üye işçilere teşmilini yerinde görmediği gibi; olayda ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini de hatalı bulmuştur. Yargıtaya göre "*(...) sözü edilen tazminat bakımından 4857 Sayılı Kanunun 5. maddesinde öngörülen şartlar oluşmamıştır. İlgili hükümde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, gebelik ve engelli olma durumu gibi sebeplere dayalı ayrım yasağının ihlali halinde ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Somut olayda sözü edilen nedenlere dayalı bir ayrım olmadığından mahkemece tazminata hükmedilmesi de hatalıdır*".

İşK. m. 5 hükmünün içeriği, yalnızca ayrım yasaklarını düzenler nitelikte olmasına karşın; -işverenin eşit davranma borcunun içeriği ve kademelenmesine ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalarda da ortaya koymaya çalıştığımız gibi- AY m. 10 hükmünün bireyler arası ilişkilerde de uygulanması gereğinden hareketle işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun varlığının tereddütsüz kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Bunun yanında, 5. maddede ayrım yapılmaması ifadesinin kullanılmasına karşın; gerek maddenin kenar başlığında, gerek madde gerekçesinde, eşit davranmadan söz edilmesi, ne yazık ki, yasa koyucunun bu kavramları yerinde ve bilinçli kullanmadığının bir göstergesidir. Yargıtayın da kararlarında, ayrım yasakları ile eşitlik kavramlarına, bilinçli olmayan tercihler doğrultusunda yer verdiği dikkat çekmektedir. Gerçekten, "*Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davalı işverenin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yaptığının davacılar tarafından ispatlanamadığı, (...) davalının davranışının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmediği bu sebeple de eşitsizlik tazminatı taleplerinin reddine dair kararın yerinde olduğu (...)*[992]" yönündeki ifadelerde de görülebileceği gibi, Yüksek Mahkeme, ayrım, eşit davranma ve eşitsizlik tazminatı gibi kavramlara, bunları birbirinden ayırt etmeyi sağlayacak hukuki değerlendirmeyi yapmadan başvurmaktadır.

[991] Yarg. 22. HD., 2.2.2015, E. 2013/30769, K. 2015/1902, (Kazancı İçtihat Bankası).
[992] Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727, (Kazancı İçtihat Bankası).

İşverenin ayrım yasakları yanında, dar anlamda eşit davranma borcunun da var olduğu noktasında kuşku bulunmamakla birlikte; İşK. m. 5/VI hükmü, işçinin tazminata hak kazanmasını, "*yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında*" ifadesiyle, maddenin önceki fıkralarında sözü edilen ayrım yasaklarının ihlal edilmesi koşuluna bağlamış olduğundan, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranışın yaptırımının 5. maddede düzenlenmediği kabul edilebilecektir. Mevcut pozitif düzenleme ışığında varılması gereken bu sonucun, hukuki açıdan tatmin edici olduğunu söylemek ise güçtür. Zira hem öğreti, hem Yargıtay, aynı 5. maddeden ve AY m.10 hükmünden hareketle, işverenin eşit davranma borcunun içeriğinin ayrım yasaklarından ibaret olmadığı sonucuna ulaşabilmektedir.

Eşitlik ilkesi ve girişim özgürlüğü çatışmasında ölçülülük ilkesi, bunlar arasındaki pratik uyuşumu sağlamasının ötesinde, işverenin meşru bir amaç izleyerek işçileri arasında yapacağı bazı farklı uygulamaların hukuka uygunluğunun denetim aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. İzleyen başlıkta, işverenin hem bu kapsamda ileri sürebileceği haklı gerekçeleri, hem de bu gerekçeler doğrultusunda uygulamalarının hangi koşullarla ölçülü sayılacağı irdelenmeye çalışılacaktır.

§9. İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINDA EŞİT DAVRANMA BORCU – YÖNETİM YETKİSİ DENGESİ

I. İşverenin İşçileri Arasında Farklı Uygulama Yapabilmesi

1. Mutlak eşitliğin, özünde eşitlik doğurmaması: farklı uygulamanın gerekçelendirilebilmesi

Eşitlik, bir anlamda mutlak bir ölçülülük ilişkisi arar, bu nedenle en ufak bir ölçüsüzlüğün, eşitliğin ihlali olabileceği belirtilmiştir[993]. O halde eşitliğin sağlanması, ölçülülüğün gözetilmesine bağlıdır. Ancak bu ifadenin, mutlak eşitlik ile karıştırılmaması gerekir. Zira mutlak eşitlik, ölçülülük ile kurulmak istenen dengenin ve eşitliğin aksine, esasında çoğu zaman eşitliğe aykırı sonuçların doğmasına neden olur; çünkü eşitlik, aynı konumda bulunanlara aynı işlemin yapılması anlamını taşımaktadır[994]. Burada, aynı konumda bulunma ön koşulunu göz ardı etmek,

[993] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 92.
[994] Yargıtay da eşit davranma borcuna aykırılığın varlığını tespit etmeden önce, aynı konumda işçiler olup olmadığının belirlenmesinin ve bunlar arasında kıyaslama yapılmasının gerekliliğine işaret etmektedir: "*Somut olay yönünden çözümü gereken konu davacı gibi birlikte istihdam edilen diğer*

istenilen sonucun aksini getirir. Bu nedenle, eşitlik, her şeyden önce, aynı kategoridekilere aynı davranma; farklı kategorilere farklı davranma olarak anlaşılmalıdır.

Bunun da ötesinde, aynı kategori içinde farklı uygulamanın da haklı gerekçeleri bulunabilecektir. Böylece, dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında işveren, ilk aşamada, işçilerin durumlarının karşılaştırılabilir ya da benzer olmadığını ileri sürerek farklı bir uygulamayı haklılaştırabileceği gibi; ikinci aşamada, benzer durumların varlığına rağmen yapılan farklı uygulamanın objektif nedenlere dayandığını da ortaya koyabilir[995]. İşçiler arasında, meşru olan istisna haller dışında, iş görme edimine ilişkin objektif bir gerekçeye dayanmayan her farklı uygulama, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır[996]. Farklı uygulamanın objektif bir gerekçesinin olması ise, tek başına yeterli değildir. İşverenin, söz konusu objektif gerekçeye dayandırdığı uygulaması, bu gerekçe ile ölçülü de olmalıdır.

Aynı ya da benzer durumdaki işçilere, aynı ya da benzer işlemin yapılması gerektiği anlamını taşıyan eşit davranma borcu, işverenin ayrım gözetmede haklı bir amaç izlemesi ve başvurduğu araç ile amacının ölçülü olması durumunda ihlal

---

işçiler olup olmadığını belirlemek ve davacı ile bu işçiler bakımından işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın olup olmadığını tespit etmekten ibarettir." (Yarg. 9 HD., 12.2.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114, Kazancı İçtihat Bankası). "*İşverenin eşit davranma borcu aynı durumdaki işçiler yönünden geçerlidir*." (Yarg. 9. HD., 17.2.2009, E. 2007/36441, K. 2009/2758, Kazancı İçtihat Bankası). Ücret konusunda da benzer yönde: "*Eşit işe eşit ücret prensibi gereği Ocak/2000 tarihinde uygulanan zam sonucu davacı ile aynı statüde bulunan modelist şeflerin ücretlerinin ne kadar olduğu belirlenmeli, aynı kıdem ve aynı statüdeki işçilerden davacının daha az ücret alma konumunda kaldığı belirlenirse şimdiki gibi davacının akdi fesihte haklı olduğu kabul edilerek (...)*." (Yarg. 9. HD., 18.2.2003, E. 2002/13208, K. 2003/1836, Kazancı İçtihat Bankası). "*Eşit işe eşit ücret aynı kıdem ve statüdeki kişiler açısından geçerli olup (...)*" (Yarg. 9. HD., 10.3.2005, 3960/7942, Kazancı İçtihat Bankası).

[995] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 747; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 427 vd.; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 152 vd.; Tuncay, **Eşit Davranma**, 121 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 178; Süzek, **İş Hukuku**, 496 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 330 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 144; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 996-997; Erol Akı, "İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu", **Sicil**, Haziran'09, 137.

[996] Peano, "**L'intuitus personae**", 131; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 441; Yıldız, **Eşit İşlem**, 206 vd.

edilmiş sayılmayacaktır[997]. Bu durum, işçiler arasında, haklı gerekçelerle, akla uygun olduğu ölçüde farklı uygulamalar yapılabileceği biçiminde de ifade edilmektedir[998].

O halde, eşit davranma borcu, mutlak olmayıp[999]; işverenin her koşulda işçilerine mutlak olarak eşit davranmakla yükümlü olduğunun kabulü, işverenin girişim özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirilebilecektir[1000]. İnsan haklarından yararlanma bağlamında eşitlik ilkesinin ve iş ilişkilerine özgülenen biçimiyle eşit davranma ilkesinin, istisnasız her durum ve koşulda mutlak olarak uygulanması gereken ilkeler olmadığı; "mutlak eşitlik" anlayışının doğasında eşitsizlik barındırdığı vurgulanmalıdır[1001]. Yargıtay'a göre de, "*İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca aykırılık da oluşturur*[1002]".

2. İş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği : Farklı uygulamanın temeli

İşçiler arasında farklı uygulamalar, genel bir ifadeyle çalışma koşullarının bireyselleştirilmesi, iş ilişkisinin *intuitus personae* niteliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. İşveren iş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliği karşısında, istihdam etmek istediği işçileri seçmek, kimi zaman sübjektif, kimi zaman objektif kriterlere[1003] bağlı olarak bu işçiler arasında, keyfi olmayan farklı uygulamalara başvurmak olanağına sahip bulunmaktadır. İşveren elbette, keyfiyetten uzak,

---

[997] Süzek, **İş Hukuku**, 497; Doğan Yenisey, **"Metodoloji ve Orantılılık"**, 996; Yıldız, **Eşit İşlem**, 178.

[998] Tuncay, **Eşit Davranma**, 121; Süzek, **İş Hukuku**, 497; Yıldız, **Eşit İşlem**, 65-66; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 10; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 24, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf).

[999] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 330 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 496 vd.; Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 242; Tuncay, **Eşit Davranma**, 120; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 22 vd.; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 996; Yıldız, **Eşit İşlem**, 65 vd.; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1626; Akı, "**Eşit İşlem**", 137 vd.; Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 37-38; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 70; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 425 vd.

[1000] Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 977; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1626.

[1001] Gülmez, "**Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik**", 242; Demir, **İş Hukuku ve Uygulaması**, 161; aynı yazar, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 23; Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, 186 vd., 190; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 69.

[1002] Yarg. 9. HD., 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090, (Kazancı İçtihat Bankası).

[1003] Bu kriterler, yapılan iş, sahip olunan uzmanlık, öğrenim durumu, kıdem gibi objektif nedenler ve çalışkanlık, yetenek, verimlilik, deneyim, liyakat gibi sübjektif nedenler biçiminde ifade edilmektedir. Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 331; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Süzek, **İş Hukuku**, 496; Tuncay, **Eşit Davranma**, 128 vd. ve özellikle 132-137; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Engin, **İşletme Gerekleri**, 110; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 27.

objektif, haklı nedenlerini ortaya koyabildiği kararları sonucunda, işçileri arasında farklı uygulamalar yapabilecek, işçi adayını işe almayabilecek ya da işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Yargıtay da, " *(...) eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğini ortadan kaldırmadığından işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır*[1004]." ifadelerine yer vererek, keyfiyete dayanmadıkça, eşitlik ilkesinin, çalışma koşullarının işveren tarafından bireyselleştirilmesine engel teşkil etmediğini kabul etmektedir.

İşe alma, işin sevk ve dağıtımı ve iş sözleşmesinin sona ermesinde ayrım yapılmasını yasaklayan düzenlemelerde farklı uygulamaya esas alınamayacak kriterlerin sayılmış olması karşısında, ilk bakışta bu konudaki pozitif düzenlemelerin, iş ilişkisinde *intuitus personae* niteliğine fazla alan bırakmadığı söylenebilecektir. Ne var ki, bu düzenlemelerin getiriliş amacına bakıldığında, işçinin kişiliğine ilişkin unsurların işverence göz önünde bulundurulmasının bütünüyle önüne geçilmesinin hedeflenmediği anlaşılmaktadır. Esasında amaç, işveren tarafından gerçekleştirilen farklı uygulamanın, işçinin iş görme edimine yabancı, işçinin mesleki yaşamı dışında kalan yaşamına ilişkin unsurlara dayanmasına engel olmak[1005]; işçiyi, işverenin keyfi kararlarına karşı korumak ve işverenin yönetim yetkisi ile eşit davranma borcu arasında bir denge kurulmasını sağlamaktır.

II. İşverenin İşçileri Arasında Yaptığı Farklı Uygulamanın Eşit Davranma Borcuna Aykırı Sayılmamasının Ölçütü

1. Farklı uygulamanın meşru bir amaca dayanması

a) Esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik

İş ilişkisi devam ettiği sürece, işveren yönetim yetkisini kullanırken, işçilere ücret ödeme, sosyal haklar sağlama ve çalışma koşulları açısından, eşit davranmakla ve ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür. İşveren, kural olarak, aynı konumdaki işçilerine eşit işlem yapma ve işçileri arasında hukuka aykırı kabul edilen ayrım kriterlerine dayanarak farklı işlem yapmama borcu altında olsa da; meşru ve objektif

[1004] Yarg. 9. HD., 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090, (Kazancı İçtihat Bankası).
[1005] Marie-Annick Peano, "L'intuitus personae dans le contrat de travail", **Dr. soc**. N° 2, Février 1995, 132; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 237.

gerekçelerini ortaya koyabildiği sürece, işçileri arasında farklı uygulamalar yapabilecektir. Aksi durum, işverenin sözleşme serbestisine kabul edilmesi güç bir müdahaleyi doğuracaktır[1006].

Yargıtay da, "*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 ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır*." ifadelerine yer vererek, haklı ve objektif nedenin varlığı halinde farklı uygulamayı olanaklı görmektedir[1007].

Esasında, işverenin girişim özgürlüğü ve bunun uzantısı olarak yönetim yetkisinin, eşitlik ilkesi karşısında nasıl ve ne derece sınırlanacağına ilişkin olarak iş mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. İşK. m. 5 hükmü de, her ne kadar eşitlik ilkesine istisna getirmeye yönelik herhangi bir genel düzenleme öngörmemişse de, maddenin farklı uygulamayı mutlak olarak yasaklamamakta olduğu, kullanılan bazı ifadelerden anlaşılabilmektedir.

Öğretide de, işverenin eşit davranma borcunu ihlal etmeksizin, işçileri arasında farklı işlem yapabilmesinin gerekçesi, "keyfi olmayan, objektif ve haklı neden"[1008]; "haklı neden"[1009]; "objektif kriterler/ölçüler"[1010] ve "farklı davranmayı haklı gösterecek objektif neden"[1011] gibi kavramlarla ifade edilmektedir.

Nitekim, 5. madde, "*esaslı sebepler olmadıkça*", tam süreli-kısmi süreli ve belirli süreli-belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara farklı işlem yapılamayacağını öngörmektedir. Buna ek olarak, "*biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça*", cinsiyet veya gebelik nedeniyle, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde ayrım yapılamayacağı yine 5. maddede düzenlenmiştir[1012]. Ayrıca İşK. m. 12/I ve 13/II

[1006] Süzek, **İş Hukuku**, 497; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 977; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1626; Cesaro, "**Égalité**", 36-37.
[1007] Yarg. 7. HD., 1.3.2016, E. 2015/45726, K. 2016/4969; aynı yönde, 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727, (Kazancı İçtihat Bankası).
[1008] Doğan Yensey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997.
[1009] Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Süzek, **İş Hukuku**, 500; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma**", 1627; Yıldız, "**Fesihte Eşit İşlem**", 843.
[1010] Tuncay, **Eşit Davranma**, 172; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 330.
[1011] Akı, "**Eşit İşlem**", 137.
[1012] Yıldız, **Eşit İşlem**, 170-171; Süzek, **İş Hukuku**, 501.

hükümleri de "*ayırımı haklı kılan bir neden*" halinde, farklı uygulamaya olanak tanımaktadır[1013].

İşverenin, belirli süreli ve belirsiz süreli çalışan işçiler arasında, eşit davranma borcuna aykırı sayılmayacak farklı uygulamalar yapabilmesinin koşulları pozitif düzenlemenin de ışığında şu şekilde ifade edilmektedir: İşverenin, yasaya uygun belirli süreli sözleşmeler yapması, belli olanaklardan yararlanma konusunda getirilen kıstasların ayrımcı nitelik taşımaması veya bu kıstasların özellikle belirli süreli çalışanları dışlama amacıyla getirilmemiş olması, belirli süreli sözleşme yapma hakkının ayrımcı amaçlar için kullanılmaması[1014]. Tam süreli ve kısmi süreli çalışanlar arasında ayrımı haklı kılan nedenler konusuna da, İşK. m. 13'ün gerekçesi açıklık getirmektedir. Gerçekten, gerekçeye göre, "*... Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftada iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz*".

Yargıtayın da yerleşik içtihadında, bu noktaya dikkat çekilmektedir: "*4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak "esaslı nedenler olmadıkça" ve "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır*"[1015].

O halde, "*esaslı sebepler*" ve "*ayırımı haklı kılan nedenler*"in varlığı veya "*biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler*", işverenin işçileri arasında farklı uygulamalar yapabilmesine olanak tanımaktadır[1016]. Sözü edilen gerekçelerin,

---

[1013] Ayrıntı için bkz. Alpagut, "**Oransallık**", 40 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, 226 vd.
[1014] Yıldız, **Eşit İşlem**, 228.
[1015] Yarg. 9. HD., 30.6.2011, E. 2009/17321, K. 2011/19795; aynı yönde, Yarg. 7. HD., 2.5.2016, 14034/9727 (Kazancı İçtihat Bankası). Kararlarda yer verilen bu ifadenin; esaslı nedenler, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kıldığı takdirde, işverenin eşit davranma borcunun olmadığı biçiminde anlaşılması yerinde olacaktır.
[1016] Örneğin tam süreli ve kısmi süreli çalışma açısından, çalışma süresine bağlı olarak, farklı ücret ödenmesi, bu sözleşme tiplerine göre çalışanlar arasında farklı uygulama yapılmasının hukuka uygun kabul edilmesini sağlayan esaslı bir nedendir. Benzer biçimde, kadın mayosu defilesinde, erkek

işverenin işçilerini farklı işleme tabi tutmasında kabul edilebilir bir temeli ifade eden, nesnel nedenler olduğu ifade edilmektedir[1017]. Gerçekten, işçiler arasında, belirli ya da belirsiz süreli, kısmi ya da tam süreli çalışmaya bağlı işlem farklılığı, işçinin niteliklerine, tecrübesine ve işyerinin farklı ihtiyaçlarına dayanabilecektir. Bu hususların, yasaya uygun, nesnel nedenler sayılabilmesi için, işverenin farklı işleminin, meşru bir işletme hedefine yönelik olması, ayrıca, hedefe ulaşmak için gerekli ve ölçülü olarak değerlendirilebilmesi gerekmektedir[1018].

İşverenin haklı nedenle fesih hakkının düzenlendiği İşK. m. 25 hükmünde, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunması koşuluyla, sağlık nedenlerine dayanarak iş sözleşmesinin feshi olanağı öngörülmüştür (m. 25/I, b)[1019]. Dolayısıyla, işçinin sağlık durumuna dayanan fesih işleminin ayrımcılık teşkil etmemesinin koşulları, bu madde ile pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Şu halde, işçinin, tedavisi olanaklı olmayan bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması ve bunun diğer işçilere ya da muhatap olduğu müşterilere bulaşma tehlikesinin bulunması durumunda işveren, bu işçinin iş sözleşmesini feshedebilecek ve bu fesih, sağlık durumuna dayalı bir ayrımcılık sayılmayacaktır. Bu feshin, ayrım yasağının bir istisnası olmasını gerektirecek biçimde bir tehlikenin varlığının tespiti ise, her somut olayın koşulları içinde, hastalığın bulaşma yolları ve işyerindeki çalışma koşullarının birlikte değerlendirilmesini gerektirecektir[1020].

Aynı değerlendirme, işçinin, bulaşıcı bir hastalık -örneğin HIV virüsü- taşıması nedeniyle işe alınmamasının, ayrımcılık sayılıp sayılmayacağı noktasında da yapılmalıdır. Zira, bu hastalığın, yapılacak işin niteliği dolayısıyla muhatap olunan kişilere bulaşma tehlikesi olmamasına karşın; işverenin, bu adayı, hastalığı nedeniyle işe almaması, bu kez, İşK. m. 5 kapsamında, "*benzer sebepler*" içinde kabul edilebilecek ve ayrımcılık sayılacaktır.

6701 sayılı Kanun da, "Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller" kenar başlıklı 7. maddesinde, bir anlamda, işverenin, ayrımcılık yapmış olma iddiası

---

manken istihdam edilmemesi, işin niteliğine ilişkin nedenler bunu gerektirdiğinden, cinsiyete dayalı ayrımcılık sayılmayacaktır. (Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 144).

[1017] Alpagut, "**Oransallık**", 40.

[1018] Alpagut, "**Oransallık**", 41.

[1019] Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", **Sicil**, Haziran'08, 84.

[1020] Yıldız, "**Özürlülük ve Sağlık Durumu**", 84.

ve bunun yaptırımıyla karşılaşmaksızın, işçileri arasında bazı ayrım kriterlerine dayanarak da olsa, farklı uygulamalar yapmasının meşru sayılabileceği durumları öngörmüştür[1021]. Gerekçesinde, AB Müktesebatı ışığında hazırlandığı belirtilen bu maddede, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller 8 bent halinde sayılmıştır: İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele (a); sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar (b); işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele (c); çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri (ç); bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı (d); 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 (e); eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele (f); vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele (g).

Sözü edilen hükümde, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller olarak sayılan bentlerdeki ortak ilk nokta, kural olarak başvurulması yasak olan bir kıstasa dayanarak yapılacak olan uygulamanın, o "işin/mesleğin gereği" olmasıdır. Bu durum ise ilk bentte zaten ifadesini bulmuştur. Kanımızca, izleyen bentlerde sayılan cinsiyet (b), yaş (c), din (d), görüş (e), vatandaşlık (g) kıstaslarına bağlı olarak sayılan haller, (a) bendi kapsamında değerlendirilebileceği için, bunların ayrıca sayılmasına gerek dahi bulunmamaktadır. Kaldı ki ayrım yasakları, bu sayılan hallerle de sınırlı değildir. Belli kimseler için özel tedbirler (ç) veya eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik işlemler (f) ise, fiili eşitsizliğin giderilmesi yönünde yapılması gereken farklı ve meşru sayılan uygulamaları ifade ettiğinden, diğer bentlerden ayrılmaktadır[1022].

[1021] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 514.

[1022] Fiili eşitsizliklerin ortadan kaldırılması ve gerçek eşitliğin sağlanması yönünde, kadınlara, hamileliğe ve engelliliğe ilişkin kurallar, AB Hukukundan hareketle ortaya çıkmış ve kabul edilmiştir. Ayrıntı için bkz. Jérôme Porta, "Égalité, discrimination, égalité de traitement, À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie)", **RDT**, 2011.354; Morgan Sweeney, "Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination", **RDT**, 2012.87. AİHS sisteminde de, fiili eşitsizliklerin giderilmesi için, özellikle korunmaya muhtaç kişilere sağlanacak özel avantajlar

Ancak esasında iki bent halinde düzenlenmesinin olanaklı olduğunu düşündüğümüz bu uygulamaların hepsinin ortak ikinci noktası ve ayrımcılık teşkil etmemesinin vazgeçilmez koşulu, -izleyen başlıkta ele alınacağı üzere- bu uygulamaların, dayandıkları gereklilikle "ölçülü" olmalarıdır. 6701 sayılı Kanun m. 7'de de bu, uygulamaların "*amaca uygun*" ve "*orantılı*"[1023] olması biçiminde ifade edilmiştir.

Fransız Hukukunda, işverenin, ayrım yasakları içinde sayılabilecek herhangi bir kıstasa dayalı bir uygulamasının, ayrımcılık sayılmaması için bir araya gelmesi gereken koşullar, m. L. 1133-1 hükmünde öngörülmüştür. Bu hüküm, AB 2000/78 sayılı Yönergesinin iç hukuka aktarılmasının bir sonucudur[1024].

Maddeye göre, ayrım yasakları, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilikten kaynaklanan farklı uygulamalara, bu uygulamaların meşru bir amaca dayanması ve amaçla ölçülü olması koşuluyla engel olmamaktadır[1025]. Eşitlik gerekliliğinin, bu yönüyle, iş sözleşmesinin *intuitus personae* niteliğini ortadan kaldırmadığı; işverenin halen, ayrım yasaklarından uzak, objektif kriterlere dayanarak, farklı işlem ya da uygulamalar gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir[1026]. İzleyen maddelerde ise, yaş, sağlık durumu ve engellilik kıstaslarına dayalı uygulamaların ayrımcılık sayılmamasının koşulları benzer biçimde düzenlenmiş; engelliler, belli coğrafi bölgelerde yaşayanlar ve ekonomik durumundan dolayı muhtaç durumda olanlar için yapılabilecek fiili eşitsizlikleri giderme amaçlı uygulamaların hangi hallerde ayrımcılık oluşturmayacağı öngörülmüştür.

---

konusunda, bu yöndeki uygulamaların da objektif ve makul gerekçelerinin bulunması ve ölçülülük ilkesine uygun olmaları aranmaktadır (Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 140).

[1023] Çalışmamızın ilk bölümünde, terminolojiye ilişkin açıklamalarımızda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, başvurulan aracın/uygulamanın, amacıyla "orantılı" olmasından çok, "ölçülü" olması gerektiğinden söz edilmesi, kanımızca daha isabetli olacaktır. Zira anayasada düzenlenen iki hakkın, karşılıklı sınırlandırmalara tabi tutularak dengelenmesi, bu konuda önceden belirlenmiş bir cetvel ya da bir ölçek olamayacağından, matematiksel bir orantı kurma işleminden çok daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu açıdan, aracın amacı gerçekleştirmede elverişli ve gerekli olmasının yanında; karşı tarafın menfaatlerine aşırı bir yük getirmemesi için oranlı olmasını da kapsayacak biçimde aracın, amaçla "ölçülülüğü" kavramının, 6701 sayılı Kanunda da kullanılması daha yerinde olurdu.

[1024] Miné, "**Transposition laborieuse**", 533; Karima Saïd, "La justification des mesures discriminatoires: un contrôle limité des juges du fond?", **RDT**, 2012.364; Marie-Thérèse Lanquetin, "Discriminations: la loi d'adaptation au droit communautaire du 7 mai 2008", **Dr. soc.**, N° 7-8 Juillet-Août 2008, 778 vd.

[1025] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 151; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 237; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 745; Lokiec, **Relations individuelles**, 19; Guyon, **Normes supranationales**, 210; Miné, "**Transposition laborieuse**", 533.

[1026] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 745; Cesaro, "**Égalité**", 36-37.

Fransız Yargıtayı tarafından da, eşit işe eşit ücret düşüncesinden hareketle kabul edilen eşit davranma borcu mutlak olarak algılanmamakta; "objektif ve tutarlı bir gerekçe" söz konusu olduğunda işverenin farklı uygulamalar yapabileceği kabul edilmektedir[1027]. Böylece, işveren tarafından ileri sürülen gerekçe, gerçeklik ve tutarlılık denetimine tabi tutulmaktadır[1028]. Ayrım yasağı kapsamındaki bir kritere dayanılarak farklı bir uygulama gerçekleştirebilmek için ise, işçinin görevi ve/veya işyerinin niteliğinin bu kritere başvurmayı haklı kılması gerekmektedir[1029]. Fransız Yargıtayı, söz konusu pozitif düzenlemelerin de ışığında, işverenlerin ayrım teşkil edebilecek uygulamalarını sıkı bir ölçülülük denetimine tabi tutmaktadır[1030].

Fransız Hukukundaki pozitif düzenlemenin temelini oluşturan ve Türk Hukukunda da, gerek İşK., gerek 6701 sayılı Kanun hükümlerinin hazırlanmasında esas alınan AB Yönergeleri de, kural olarak bir uygulamanın temelinde yer alması yasaklanan bu kriterlere dayalı bir farklı uygulamanın, ayrımcılık olarak nitelendirilmemesi için aranan unsurlara ışık tutmuştur.

Gerçekten, istihdam ve çalışma alanında eşit işlem ilkesine ilişkin genel bir çerçeve oluşturulmasına yönelik bulunan ve ayrım kriterleri olarak din, kanaat, engellilik, yaş ve cinsel yönelimi esas alan 2000/78 sayılı Yönergenin m. 2/5 hükmü, bu Yönergenin, demokratik bir toplumda, kamu güvenliği, güvenliğin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının sağlığı ile hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ulusal düzenlemelerin öngörülmesine engel olmadığını ifade etmektedir. Adalet Divanına göre bu düzenleme ile, istihdam ve çalışmaya ilişkin olarak, eşit işlem ilkesi ile kamu düzeni, kamu güvenliği ve sağlığı gibi gereklilikler arasındaki çatışma önlenmek ve çözülmek istenmiştir[1031]. O halde istisnai olarak, yalnızca sözü edilen gereklilikler söz konusu olduğunda, Yönergeye konu bu kriterler dikkate alınarak yapılan düzenlemeler, ayrımcılık sayılmayacaktır.

[1027] Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından, işverenin kadrolu olması gerekçesine dayanarak, bazı işçilere daha uzun yıllık ücretli izin süresi tanımasının, işçiler arasında eşit işlem ilkesi karşısında hukuki dayanağının olmadığı kabul edilmiştir. Kadrolu olup olmama, yıllık ücretli izin konusunda farklı uygulamanın gerekçesi olamayacaktır. İşveren, işçilere sağlanan hakka göre, yapılan farklı uygulamanın tutarlılığını ispat etmek zorundadır (Cass. soc. 1er juill. 2009, no 07-42.675). Ayrıca bkz. Cass. soc. 30 janv. 2008, no 06-46447 (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 181 vd.).

[1028] Bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 242; Sweeney, "**Diversité des sources**", 49; Dockès/Fouvet/Géniaut/Jeammaud, "**Droit du travail mai 2007-août 2007**", 3033; Ray, "**À travail inégal, salaire inégal**", 42.

[1029] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 237.

[1030] Cour de cassation, **Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation**, 110.

[1031] ATAD, 13.9.2011, *Reinhard Prigge et autres c. Deutsche Lufthansa AG.*, C-447/09, Rec. 2011 I-08003. Ayrıca bkz. Teyssié, **Droit européen du travail**, 299 vd.

Görünüşte tarafsız olmakla birlikte, esasında belli bir grup kişiyi olumsuz etkileyen bir düzenleme, kriter ya da uygulama açısından ise 2000/78 sayılı Yönergenin m. 2/2 hükmü, ırk ve etnik kökene dayalı fark gözetmeksizin eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesine yönelik 2000/43 sayılı Yönerge m. 2/2 hükmü ile istihdam ve çalışma konusunda kadınlar ve erkekler için fırsat ve işlem eşitliğini konu alan 2006/54 sayılı Yönergenin m. 2/1, b hükmü, belli koşulların varlığı halinde, bu düzenleme, kriter ya da uygulamanın, dolaylı bir ayrım sayılmaması olanağını öngörmektedir. Bu hükümlere göre, bir düzenleme, kriter veya uygulama, meşru bir amaç ile objektif olarak gerekçelendirilmesi ve bu amacı gerçekleştirmek için başvurulan araçların elverişli ve gerekli olması koşuluyla, ayrımcılık sayılmayacaktır[1032].

Bu gerekçelendirme olanağı, doğrudan ayrımlar açısından düzenlenmemiş olmakla birlikte[1033], yine her üç Yönerge de, "esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik" (*une exigence professionnelle essentielle et déterminante*) söz konusu olduğunda, yasak kapsamındaki kriterlere dayalı bir işlem yapılabileceğini kabul etmektedir.

Gerçekten, üç Yönergede de (2000/43, 2000/78 ve 2006/54), bir mesleğin icrası için bir gerekliliğin söz konusu olması hali, ayrım kriterlerinin dikkate alınabileceği bir istisna olarak öngörülmüştür[1034]. 2000/78 sayılı Yönerge m. 4/1 ve 2000/43 sayılı Yönergenin m. 4 hükmüne göre, işlem farklılığının dayandığı kriter, bir mesleki faaliyetin niteliği ya da yapılma koşulları gereği, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa; izlenen amaç meşru ise ve aranan gereklilik, amaçla ölçülü ise, işlem farklılığı, ayrımcılık oluşturmayacaktır[1035]. 2006/54 sayılı Yönerge de m. 14/2 hükmünde aynı yönde bir düzenleme öngörmüş; bununla birlikte

---

[1032] Bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 78, 90; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 316; Teyssié, **Droit européen du travail**, 300; aynı yazar, **JurisClasseur Égalité**, 4; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 342 vd.; Lanquetin, **Discrimination**, §125-126; Géniaut, **Proportionnalité**, 394-395.

[1033] Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 316; Martin, "**Approche comparative**", 761; Denis Martin/Marie Mercat-Bruns, "Approche comparative du droit de la non-discrimination (seconde partie)", **RDT**, Janvier 2009, 59; Miné, "**Transposition laborieuse**", 533. Fransız Hukukunda da, artık, İş Kodu'nun L.1133-1 hükmü nedeniyle, esaslı ve belirleyici bir mesleki gerekliliğin varlığı halinde, doğrudan ayrımın da haklı gerekçeleri olabileceği kabul edilmektedir (Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 101).

[1034] Bkz. Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 78; Teyssié, **Droit européen du travail**, 301 vd.; aynı yazar, **JurisClasseur Égalité**, 10; Lanquetin, "**Les femmes et les hommes**", 318; Géniaut, **Proportionnalité**, 396; Yıldız, **Eşit İşlem**, 197.

[1035] Teyssié, **JurisClasseur Égalité**, 5.

mesleki gereklilik, gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik (*une exigence professionnelle véritable et déterminante*) biçiminde ifade edilmiştir[1036].

Örneğin Adalet Divanı, itfaiyede görev almak için getirilen 30 yaş üst sınırını, zorunlu ve belirleyici bir mesleki gereklilik olarak nitelendirmektedir[1037]. Buna karşın, Divan kararlarına göre, müşterilerin ya da diğer işçilerin tercihi, zorunlu ve belirleyici bir mesleki gereklilik olarak ileri sürülemeyecektir. Zira aksi halde, salt müşterilerin tercih etmemesi nedeniyle örneğin belli bir etnik kökenden bir tezgahtar çalıştırılmaması, önyargıların kabulü ve tekrarı sonucunu doğuracak, ayrımcılık teşkil edecektir[1038, 1039].

Belirtelim ki, 2006/54 sayılı Yönerge uyarınca Adalet Divanı, ayrım kriterlerine dayalı farklı uygulamaların geçerliliği konusunu, birçok kararında irdelemiş ve bu uygulamaların, şeffaflık ve ölçülülük güvencesi tanıdığına kanaat getirdiği takdirde geçerliliğine karar vermiştir[1040]. Örneğin, hasta bakıcısının, hasta ile ilişkisi gereği cinsiyetinin önem taşıması[1041]; ceza infaz kurumlarında gardiyanlık işinde[1042], yapılacak işin gerektirdiği fiziksel güç dikkate alınarak, cinsiyete dayalı olarak işe alınacak işçinin tercih edilmesi[1043]; işçinin, işyerinin bulunduğu yer ve

---

[1036] Teyssié, **Droit européen du travail**, 314-315; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 86; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 320, 342.

[1037] ATAD, 12.1.2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main – Allemagne*, C-229/08, Rec. 2010 I-00001. Gerçekten Adalet Divanı, ilk kez Wolf kararı ile, itfaiye görevlilerinin işe alınmasında, bir yaş sınırı getirilmesini, yapılacak olan işin gerektirdiği fiziksel özellikler nedeniyle, amaçla ölçülü olarak nitelendirmiştir. Bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 342.

[1038] ATAD, 10.7.2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV.*, C-54/07, Rec. 2008 I-05187. İşverenin iş ilanında belli etnik kökene mensup kişileri istihdam etmeyeceğine dair ifadelere yer vermesinin doğrudan ayrımcılık sayılacağına ilişkin kararda, somut olayda işveren, çalışanların belli etnik kökene mensup olmaması yönündeki talebin müşterilerden geldiğini zira çalışanların müşterilerin evlerine giderek kurulum yaptıklarını ileri sürmüştür. Adalet Divanı ise, bu gerekçenin, uygulamayı ayrımcılık sayılmaktan kurtaramayacağına; aksine, ilanda belirtilen etnik kökene mensup kişilerin bu işe balvurmasına engel teşkil edeceğine ve bu nedenle uygulamanın ayrım yasaklarının ihlali biçiminde olmadığını ispat etmesi gerekenin işveren olduğuna karar vermiştir.

[1039] Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesinin bir kararına konu somut olayda da, restoran işletmesi sahibi olan işveren, burada garson olarak çalışan davacı (erkek) işçinin, taktığı küpeyi çıkarmayı reddetmesi üzerine, sözleşmesini feshetmiştir. Davalı işveren, restoran müşterilerinin bu restoranı, marka değerindeki tanınmışlığı nedeniyle tercih ettiğini; bu müşterilerle muhatap olan çalışanın sade bir görünüme sahip olmasının, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik olduğunu ileri sürmüştür. Ne var ki, işçiye yapılan fesih bildiriminde, "müşteriye hizmet sunma göreviniz, bu görevi yapan bir erkeğin küpe takmasının hoş görülmesine engel teşkil etmektedir" biçimindeki ifade nedeniyle Sosyal Daire, işçinin cinsiyeti ve görünümü nedeniyle ayrımcılığa uğradığı, işverenin ise mesleki gerekliliği ispat edemediği sonucuna varmıştır (Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, Bull. 2012 V, N° 12).

[1040] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 87; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 16.

[1041] ATAD, 8.11.1983, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 165/82, Rec. 1983 03431.

[1042] ATAD, 30.6.1988, Commission c. France, aff. 318/86, Rec. 1988 03559.

[1043] ATAD, 1.7.1986, *Gisela Rummler c. Dato-Druck GmbH*, aff. 237/85, Rec. 1986 02101.

çalışma saatleri konusunda esnekliği ve değişen koşullara uyum sağlama kapasitesinin önem arz etmesi[1044]; belli bir işin yapılması konusunda uygun işgücünün bulunmasında yaşanan zorluk nedeniyle bu pozisyonda istihdam edilecek işçiye daha yüksek ücret ödenmesi[1045], Divan tarafından ayrımcılık kabul edilmeyen hallerdir.

İşverenin, cinsiyet kriterine dayalı olarak, işe başvuranlar ya da işçileri arasında ayrım yapması yasak olmakla birlikte, işin yapılması açısından belli bir cinsiyete sahip olma, belirleyici bir koşul olduğu takdirde, işverenin, cinsiyete dayalı olarak yaptığı bir uygulama, hukuka aykırı olmayacaktır[1046]. Cinsiyetin, belirleyici bir koşul olarak ortaya çıkması, kadın ya da erkek bedeninin farklılıklarından veya işin niteliğinden kaynaklanmaktadır[1047].

Yapılacak işin niteliği, örneğin, mankenlik, oyunculuk, hasta bakıcılık, gardiyanlık gibi işler için, cinsiyetin belirleyici bir kriter olmasından dolayı, bazı farklı uygulamaları haklı kılabilir[1048]. Bu halde yapılacak uygulama, işin niteliğinden ve/veya işten etkilenecek olan bireylerin temel haklarının korunması gerekliliğinden dolayı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak örneğin Avusturya Hukukunda, yapılacak işin ağır bir iş olması, tek başına, istihdam edilecek olan kişinin erkek olması koşulunu getirmek için yeterli görülmemektedir[1049]. Burada belirleyici olan, bu işin yapılması için aranan fiziksel özelliklerin varlığıdır.

Örneğin, İngiltere Deniz Kuvvetlerinde "Royal Marines" olarak adlandırılan özel birlikte, sadece erkeklerin istihdam edilmesi ve bu birlikte aşçılık yapmak üzere başvuran kadının başvurusunun reddedilmesine ilişkin olarak Adalet Divanı, birliğin kendine özgü özellikleri, aşçıların dahi komandoluk yapabilecek nitelikte olmasının aranması gibi gerekçeleri dikkate alarak, bunun kadın-erkek eşitliği ilkesini ihlal

---

[1044] ATAD, 17.10.1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening (agissant pour Danfoss)*, aff. 109/88, Rec. 1989 03199.

[1045] ATAD, 13.5.1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1986 01607. Belli bir iş için işgücü teminin zor olmasının, daha yüksek ücretlerin verilmesini -ölçülülük ilkesine uygun olmak koşuluyla- haklı gösterebileceği yönünde bkz. ATAD, 27.10.1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State of Health*, C-127/92, Rec. 1993 I-05535, ayrıca bkz. Lanquetin, "**Preuve de la discrimination**", 440.

[1046] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 637; Yıldız, **Eşit İşlem**, 177; Çil, "**Fesihte Eşit Davranma**", 6.

[1047] Çil, "**Fesihte Eşit Davranma**", 6.

[1048] Teyssié, **Droit européen du travail**, 314; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 322.

[1049] Hekimler, "**Avusturya İş Hukukunda Eşitlik**", 592.

etmediğine karar vermiştir[1050]. Buna karşın, Adalet Divanı tarafından, kadınların orduda, silah kullanılan hiçbir görevde istihdam edilemeyeceğine, sadece sağlık hizmetleri ve müzik eğitimi bölümünde çalışabileceklerine ilişkin genel bir düzenlemenin, haklı gerekçeye dayanan bir farklı uygulama olarak görülemeyeceği kabul edilmiştir[1051].

AİHM'nin *Emel Boyraz* kararına[1052] konu olayda ise, devlet memuru olmak için girdiği sınavı geçen ve ilk tercihi doğrultusunda Tedaş'ın Batman şubesine güvenlik görevlisi olarak atanan başvurucuya, bu şirketin insan kaynakları birimi, erkek olmadığı ve askerlik yapmadığı gerekçesiyle atanamadığını bildirmiştir. Başvurucu, bu durumun, cinsiyet temelli ayrımcılık sayılması nedeniyle m. 14'ün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükûmet ise, söz konusu görevin niteliği ve erkek personel ihtiyacının, bu uygulamanın objektif ve makul gerekçesi olduğu yönünde savunma yapmıştır. Mahkeme, sözü edilen görevin, geceleri kırlık kesimlerde çalışmayı ve saldırı halinde ateşli silahlar kullanmayı gerektirdiği için risk taşıyan ve sorumluluk gerektiren bir görev olduğunu belirlemiştir. Ne var ki, AİHM, hükûmetin, kadınların bu sorumluluğu niçin üstlenemeyeceğine ilişkin açıklama yapmaması ve Danıştay İDDGK'nun üç ay önceki bir kararında, bu göreve bir kadının atanmasına hiçbir engel olmadığına hükmetmiş olması nedeniyle, kadın ve erkekler arasındaki farklı uygulamanın meşru amacının ortaya konamadığı sonucuna varmıştır.

Üzerinde durulan bu konuda, Fransız İş Kodu somut bir düzenleme öngörmektedir. Gerçekten, belli bir cinsiyete sahip olma, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik ise, izlenen amacın meşru olması ve bu gerekliliğin ölçülü olması koşuluyla, cinsiyet kıstasına dayalı bir işlem, ayrımcılık sayılmayacaktır (art. L. 1142-2)[1053]. Aynı hükümde, hangi işler açısından belli bir cinsiyetin belirleyici bir koşul olduğu konusunun, kararname ile düzenleneceği belirtilmiş ve 2008-244 sayılı

[1050] ATAD, 26.10.1999, *Angela Maria Sirdar c. The Army Board et Secretary of State for Defence*, C-273/97, Rec. 1999 I-07403. Nitekim Adalet Divanı, daha önce, polis teşkilatında, silah taşıyan birlikte görev yapmak için cinsiyetin, mesleki bir gereklilik olup olmadığını tartıştığı Johnston kararında da, kural olarak polis olmak için cinsiyetin belirleyici bir kriter olmadığına ancak bazı görevlerin yerine getiriliş koşulları nedeniyle, cinsiyetin, mesleki gereklilik sayılabileceğine karar vermiştir (ATAD, 15.5.1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. 1986 01651). Ayrıca bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 321-322.

[1051] ATAD, 11.1.2000, *Tanja Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, Rec. 2000 I-00069.

[1052] AİHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, n° 61960/08, 2.12.2014.

[1053] Lanquetin, "**La loi d'adaptation**", 783.

bir kararname ile bu işler, kadın ya da erkek rolü üstlenecek oyunculuk; giysi ya da aksesuar sunacak olan mankenlik ya da modellik işleri olarak düzenlenmiştir (art. R. 1142-1)[1054].

Mesleki gereklilikler, Türk Hukukunda 6701 sayılı Kanunun m. 7 hükmünde de belirtildiği üzere, dini inanç ve politik görüş gibi ayrım kriterleri açısından söz konusu olabilecektir. Ancak dini inanç veya politik görüşün hangi koşullarla, ayrımcılık yaratmaksızın mesleki gereklilik sayılabileceği pozitif düzenlemeye konu olmamıştır. Bu noktada yine AB Hukuku ve Adalet Divanının yaklaşımı yol gösterici olacaktır. 2000/78 sayılı Yönerge, inanç ve kanaat özgürlüğüne hangi gerekçeyle ve ne düzeyde sınırlamalar getirilebileceği sorusuna yanıt getirmeye çalışmaktadır[1055]. Zira inanç ve özellikle siyasi kanaatleri nedeniyle işçilerin ayrımcılığa uğramasının önlenmesi hedeflenirken; diğer yandan belli bazı meslekler ya da görevler açısından belli bazı inançlara ya da görüşlere sahip olmanın ya da olmamanın gerekli kılınıp kılınamayacağı tartışma konusu yapılabilmektedir.

Mesleki gereklilik kavramının düzenlendiği, Yönergenin m. 4/2 hükmü, kiliselerin veya etik yapıları dine ya da kanaatlere dayanan özel hukuk veya kamu hukuku örgütlerinin mesleki faaliyetleri söz konusu olduğunda, devletlerin, bir kimsenin dini veya kanaatlerine dayalı farklı uygulamanın ayrımcılık sayılmayacağına ilişkin düzenlemeler getirebileceğini öngörmektedir. Ancak bu şekildeki bir farklı uygulamanın ayrımcılık sayılmaması için, faaliyetlerin niteliği veya bunların gerçekleştirildiği ortam gereği, din ya da kanaatlerin, meşru ve örgütün etik yaklaşımı ile açıklanabilir, esaslı bir mesleki gereklilik teşkil etmesi gerekecektir. Ayrıca Yönergeye göre, kilise ve belirtilen özellikleri taşıyan örgütler, çalışanlarından, örgütün etik yaklaşımına karşı iyiniyetli ve sadık bir tutum sergilemelerini talep edebilecektir. Bir katolik okulunun çalışanının, eşinden boşanmamasının beklenebilmesi, bu konuda verilen örnekler arasındadır[1056].

Dini inanca dayalı ayrım yasağının, işverenin yönetim yetkisi ile uyumlaştırılması gerektiği vurgulanmaktadır, bu açıdan işverenin, kendi menfaatleri ile işçilerin mensup olduğu inancı herhangi biçimde ortaya koyma menfaati arasında bir denge kurmakla yükümlü olduğu kabul edilebilir[1057]. AİHM de, bir hastane

[1054] Miné, "**Transposition laborieuse**", 533.
[1055] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 73.
[1056] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 73.
[1057] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 428.

çalışanının, dini inancını ortaya koyacak biçimde üniforması üzerinde görünen ve hastaların açık yaralarına temas etme riski olan bir haç takmasının, işveren tarafından, hastaların sağlığı ve güvenliği gerekçesiyle yasaklanabileceğini kabul etmektedir[1058].

Fransız Hukukunda, "*Entreprises de tendance*" olarak ifade edilen, belli bir görüş, inanış açısından eğilim gösteren siyasi parti, sendika, dini kuruluş gibi işyerlerinde, söz konusu zorunlu ve belirleyici mesleki gerekliliklerin daha rahat kabul görebileceği de belirtilmektedir[1059]. Avusturya Hukukunda da benzer yönde, kiliseler ve bağlı organizasyonlarında istihdam edilecek kişinin, o dine mensup olmasının ya da belirli bir dünya görüşüne sahip olmasının aranabileceği kabul edilmektedir[1060].

AB Hukukuna benzer bir yaklaşım, UÇÖ normlarında da söz konusudur. Gerçekten, UÇÖ'nün 111 sayılı İş ve Meslek Açısından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşmesinin ilk maddesinin ikinci fıkrasına göre, belirli bir işin gerektirdiği niteliklere (*les qualifications exigées pour un emploi déterminé*) dayanan ayrım gözetme, ayrı tutma ve üstün tutma halleri, ayrım sayılmayacaktır[1061]. Dolayısıyla, farklı uygulamanın, işin gerektirdiği nitelikler nedeniyle haklı olduğu ortaya konulabiliyorsa, bu uygulama, fırsat ve işlem eşitliğini sarsıcı nitelikte bir ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecek ve 111 sayılı Sözleşmeye aykırı düşmeyecektir. Sözleşmedeki bu istisna hükmünün anlamı ve nasıl uygulanması gerektiği, Konferans (Aplikasyon) Komitesi tarafından açıklanmıştır[1062]. 111 sayılı Sözleşmenin sağlamayı hedeflediği korumanın, haksız biçimde sınırlanmaması adına, bu maddenin getirdiği istisnanın dar yorumlanması zorunluluğuna işaret edilmektedir[1063]. Farklı bir uygulamanın, sözü edilen biçimde ayrımcılık sayılmaması durumu, bir istisna teşkil ettiğinden, bu hükmün dar yorumlanması gerektiği, UÇÖ Uzmanlar Komitesi tarafından da vurgulanmaktadır[1064]. Uzmanlar Komitesi,

---

[1058] AİHM, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.5.2013.
[1059] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 237.
[1060] Hekimler, "**Avusturya İş Hukukunda Eşitlik**", 599.
[1061] Bkz. Valticos, **Droit international du travail**, 288; Tuncay, **Eşit Davranma**, 130.
[1062] Bkz. **Étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable 2008**, CIT 101e session, 2012, 362-363.
[1063] OIT, **Étude d'ensemble 2012**, 363.
[1064] CEACR, demande directe, adoptée 2012, publiée 102e session, CIT 2013, Convention no 111, Estonie; aynı yönde, CEACR, demande directe, adoptée 2013, publiée 103e session, CIT 2014, Convention no 111, Monténégro.

yalnızca "objektif ve makul biçimde meşru bir amaçla açıklanabilen işlem, eylem ya da eylemsizlik" (*l'acte, l'action ou le manquement d'action objectivement et raisonnablement justifiés par un objectif légitime*) söz konusu olduğunda, bunun doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın istisnası sayılabileceğini ifade etmektedir.

Farklı bir uygulamanın, ayrımcılık sayılmamasının yolunu açan "belirli bir işin gerektirdiği nitelikler" ifadesinde, belirli bir iş ile kastedilen, spesifik ve belirlenebilir (*spécifique et définissable*) bir iş/görevdir[1065]. Bu görevin gerektirdiği nitelikler ise, doğrudan bu belirli olan işin gerçek ve mutlak özellikleri uyarınca belirlenecektir. Aranan niteliklerin, ayrımcılık teşkil etmemesi, yapılacak işin özellikleri ile ölçülü olmasına bağlı bulunmaktadır[1066]. Bu açıdan her somut olay, kendi koşulları içinde değerlendirilmeli; somut bir iş pozisyonu açısından aranan niteliklerin, gerçekten bu işin gereği olup olmadığına bakılmalıdır. Bu nedenle, Uygulama Komisyonu tarafından, belli bir sektörün ya da işkolunun bütününde, yasaklanan ayrım kriterlerinden birinin uygulanmayacağına ilişkin bir yaklaşımın, Sözleşmeye aykırı olduğu vurgulanmaktadır[1067].

Şu halde, işin niteliğinden kaynaklanan haklı gerekçelerin varlığı, farklı uygulamaları hukuka uygun hale getirebilecektir[1068]. Sözleşme serbestisi ile eşitlik ilkesi ikileminde, işverenin, elbette, hukuka aykırı ve keyfi ayrımlar yapmaktan kaçınması gerekmektedir; ancak, işin gerekleri, işverenin sözleşme serbestisinin ön planda tutulmasına neden olabilecektir. İşte, işverenin meşru sayılabilecek farklı uygulamalarının arka planında, işçinin yaptığı iş, işin türü ve gerektirdiği sorumluluk, işçinin uzmanlığı, öğrenim durumu, kıdemi gibi objektif nedenler veya

---

[1065] OIT, **Étude d'ensemble 2012**, 363.
[1066] Bkz. yukarıda yer verilen Uzmanlar Komisyonu kararları.
[1067] OIT, **Étude d'ensemble 2012**, 363.
[1068] Bkz. Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 142; Süzek, **İş Hukuku**, 496-497; Tuncay, **Eşit Davranma**, 121; Yıldız, **Eşit İşlem**, 66; Şahlanan, "**Eşit Davranma**", 3; Uşan, "**Fesihte Eşit Davranma Borcu**", 1625-1626; Akı, "**Eşit İşlem**", 137; Dilek Baybora, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?", **Legal İHSGHD**, 21/2009, 41. AB Hukukunda da, kural olarak işverenin bir kararına temel olması olanaksız olan bir ayrım kriteri, işin niteliği ya da yapılma koşulları nedeniyle, o iş için belirleyici bir koşul teşkil ediyorsa, bu kritere dayalı olarak yapılan uygulama, ayrım sayılmayacaktır (Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 460; Martin, **Égalité et non-discrimination**, 158-163; Servais, **Droit social de l'union européenne**, 78; Teyssié, **Droit européen du travail**, 301 vd.). Fransız Hukuku açısından da, İş Kodu art. L. 1132-1 hükmü ışığında, aynı yönde tespit yapılabilir (Manigot, **Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise**, 37-38; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 240; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 747; Radé, "**Le principe d'égalité de traitement**", 983).

çalışkanlık, verimlilik, liyakat, yetenek, deneyim gibi sübjektif nedenlerin olabileceği Türk Hukuku öğretisinde de ifade edilmektedir[1069].

Bu kapsamda, belli bir iş için aranan niteliklerin, nesnel ve orantılı olması gerektiği ifade edilmekte; bunun tespiti için, işin gereklilikleri ve bu gerekliliklerin, istihdam eden kuruluşun hedefleri üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir[1070].

b) Ücret konusunda farklı uygulamanın meşru sayılması

Farklı yetenek ve niteliklere sahip işçiler arasında ücretler açısından farklı uygulama yapılmasının olanaklı olduğu ve eşit davranma borcunun ihlali sayılmayacağı ifade edilmektedir[1071]. Ancak işverenin, işçileri arasındaki farklı ücret uygulamasının, şeffaf olması gerektiği ve keyfi olamayacağına da dikkat çekilmektedir[1072]. Uygulamanın şeffaf olması, denetlenebilir olmasını sağlamaya yöneliktir. Söz gelimi, işçilerin performanslarının değerlendirilmesine bağlı ücret artışı yapıldığı takdirde, bu değerlendirmenin şeffaf ve objektif ölçütlere dayalı olması aranmalıdır[1073]: İşçilerin, bu konuda önceden bilgilendirilmesi esas olup; performansa dayalı ücret artışı da keyfi yapılmamalıdır[1074].

Örneğin, kıdem ve kıdeme bağlı tecrübe, işçiler arasında farklı ücret uygulamasının haklı bir nedeni olabilecektir. Yargıtay'a göre de, " ... *önemli nokta*

[1069] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 331; Süzek, **İş Hukuku**, 496; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 196; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 442. Aynı yönde, Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 242.

[1070] Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, 134.

[1071] Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 158; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 331; Ulucan, "**Eşitlik İlkesi ve Uygulaması**", 195; Demir, "**Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı**", 23-24; Erdem Özdemir, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme", **Legal İHSGHD**, 5/2005, 260; Ertürk/Gürsel, "**İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**", 442; Yıldız, **Eşit İşlem**, 210 vd.

[1072] Özdemir, "**Ücret Artışında Eşitlik**", 260.

[1073] Avusturya Hukukunda, bu şeffaflığın sağlanmasına yönelik olarak, işverenin, iki yılda bir, istihdam ettiği kadın-erkek işçi sayısı ve farklı gruplandırmalar doğrultusunda uygulanan ücretleri raporladığı bir ücret analiz raporunu hazırlayarak, işyerinde varsa merkez çalışma konseyi ya da çalışma konseyine sunması, aksi halde işyerinde açık biçimde ilan etmesi öngörülmüştür (Hekimler, "**Avusturya İş Hukukunda Eşitlik**", 593-594). Eşit işe, eşit ücret kuralının hayata geçirilebilmesi için, Fransız Hukukunda da, işletmeler açısından, işletme toplu iş sözleşmesinde mutlaka düzenlenmesi gereken konular veya bunun yokluğunda bir faaliyet planı (*plan d'action*) oluşturulması biçiminde bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Ayrıntı için bkz. Michel Miné, "Mise en oeuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes", **RDT**, Février 2013, 109-110.

[1074] Yıldız, **Eşit İşlem**, 212-213; Özdemir, "**Ücret Artışında Eşitlik**", 259-260. İşverenin yönetim yetkisi kapsamında uygulayabileceği performans değerlendirme sistemi ve işverenin bu konudaki yetkisinin sınırlarına ilişin olarak bkz. Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Değerlendirme", **Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, Seçkin, 356 vd.

da işverenin "eşit davranma" ilkesinin de mutlak şekliyle anlaşılmamasıdır. İşverenin, işçiler arasında, gerek objektif ve gerek sübjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödemesi" eşit davranma borcuna aykırı olmayacaktır[1075].

Nitekim Yargıtay, 6111 sayılı Kanun uyarınca başka bir kurumdan, davalı kuruma nakledilen bir işçinin, baştan itibaren davalı kurumda çalışan bir işçi ile toplamda aynı kıdeme sahip olmasına karşın, sürekli aynı kurum bünyesinde çalışan işçiye göre, kurumsal geçmiş ve tecrübe açısından, aynı bilgi ve birikime sahip olamayacağını belirtmiştir. Bu koşullar altında Yargıtay, farklı düzeyde ücret uygulamasının, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir[1076].

Belirtelim ki, Fransız Hukukunda, eşit işe eşit ücret ilkesi doğrultusunda, önceleri işverenin yalnızca kararların alınmasında şeffaf davranması yeterli görülürken, daha sonra işçilere menfaatler tanınması açısından işverence ileri sürülen kriterlerin önceden belirlenmiş ve kontrol edilebilir olması aranmıştır. Günümüzde ise yargıç, işçilere farklı düzeyde menfaatler sağlanması halinde işverenin, bunun haklılığını, objektif ve tutarlı gerekçelerle ortaya koymasını beklemektedir[1077]. Dolayısıyla işçiye sağlanan menfaatin salt işverenin ya da işveren vekilinin keyfiyetine bağlı olmaması; işverenin bu kararı alırken dayandığı gerekçelerin objektif olması ve bu gerekçelerle işçiye sağlanan menfaat arasında tutarlılık bulunması aranmaktadır. Bu denetim, Fransız Yargıtayı tarafından, ileri sürülen gerekçelerle uyumun tespit edildiği bir ölçülülük denetimi olarak nitelendirilmektedir[1078].

İşçinin kıdemi, deneyimi[1079], performansı, yaptığı işindeki başarısı, yapılan işin kalitesi[1080] gibi işçiden kaynaklanan nedenler objektif ve yargıç tarafından somut olarak denetlenebilir nedenler arasında sayılmaktadır[1081].

Salt işe giriş tarihinin farklı olması, işçiler arasında ücret farklılığını haklı kılmak için yeterli görülmemektedir[1082]. Nitekim, Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesi,

---

[1075] Yarg. 9. HD., 20.5.1985, 2546/5437, (Kazancı İçtihat Bankası).
[1076] Yarg. 7. HD., 1.3.2016, E. 2015/45726, K. 2016/4969, (Kazancı İçtihat Bankası).
[1077] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 106-107.
[1078] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 192; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 767.
[1079] Christophe Radé, "Variations autour de la justification des atteintes au principe 'à travail égal, salaire égal'", **Dr. soc.**, N° 4 Avril 2009, 399.
[1080] Lyon-Caen, "**De l'égalité de traitement en matière salariale**", 1013.
[1081] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 762; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 242.
[1082] Radé, "**İnégalités salariales**", 1123; aynı yazar, "**Justification des atteintes**", 399 vd.

Ritz kararında, ücretlerin yüzde usulüne göre ödenmesine ilişkin anlaşmanın sona erdiği tarihte çalışmakta olan işçilerle, daha sonra işe alınan işçiler arasında, ücretler konusunda sadece işe giriş tarihinden kaynaklı oluşan farklılığın, işverence objektif ve tutarlı gerekçelerle açıklanamaması nedeniyle, eşit işe eşit ücret kuralının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[1083]. Buna karşın, işe giriş döneminde istihdam piyasasındaki koşullar, istihdam konusunda yaşanan zorluklar, ücrette farklı bir uygulamayı haklı gösterebilir[1084]. Sosyal Daire, bu halde, istihdam piyasasındaki koşulların, işçiden kaynaklanmayan ancak farklı uygulamaları haklılaştırabilecek objektif bir neden olarak kabul edilebileceğini kararlaştırmaktadır[1085]. Dolayısıyla eşit işe eşit ücret kuralı, tarafların, aralarında dilediği ücreti belirlemelerine, bütünüyle engel teşkil etmemekte; ancak işverenden, ücrete ilişkin bu sözleşme hükmünün, objektif gerekçesini ortaya koyması beklenmektedir[1086, 1087]. Bir sonraki

---

[1083] Cass. soc. 25 mai 2005, n° 04-40.169, Bull. V, N° 178. Ayrıca bkz. Radé, "**Inégalités salariales**", 1123.

[1084] Radé, "**Inégalités salariales**", 1123.

[1085] Örneğin Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına konu somut uyuşmazlıkta, kreşte müdür olarak çalışan işçinin, hastalığı nedeniyle izinli olduğu dönemde, onun yerine belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmak üzere işe alınan işçiye, daha yüksek bir ücret ödenmesi; Sosyal Daire tarafından, eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı değerlendirilmemiştir. Zira izinli olan işçinin yerine, kreşin kapanmasına engel olacak biçimde, acilen, kalifiye birinin bulunmasının güçlüğü, ücretin daha yüksek olmasının objektif nedeni sayılabilecektir (Cass. soc. 21 juin 2005, n° 02-42658, Bull. 2005 V, N° 206). Kararın değerlendirmesi için bkz. Christophe Radé, "Rémunération. Principe 'à travail égal, salaire égal'. Justification des inégalités de traitement", obs. sous Cass. soc. 21 juin 2005, **Dr. soc.** 2005.1047. Ancak Sosyal Daire, işveren tarafından tek taraflı bir karar sonucunda sağlanan hakların verilmesinden vazgeçilmesi tarihinden önce ya da sonra işe alınmış olmanın, farklı bir uygulamaya tabi tutulma konusunda objektif bir gerekçe sayılamayacağına hükmetmiştir (Cass. soc. 12 fevr. 2008, n° 06-45.397, Bull. 2008 V, N° 36). Bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 242-243; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 766-767; Favennec-Héry, "**Non-discrimination, égalité**", 4.

[1086] Yargıtay Sosyal Dairesi bir kararında, yalnızca yabancı işçilere, yerleşim yerlerini terk etmiş olmaları nedeniyle prim ödenmesini, çalıştıkları proje nedeniyle yerleşim yeri değişen Fransız vatandaşı olan işçilerin ise söz konusu primden yararlandırılmamasını, milliyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirmemiş; eşit işe eşit ücret ilkesine işveren tarafından getirilen istisnanın ayrımcılık teşkil etmeyen, objektif nedenlere dayalı haklı bir farklı uygulama olduğuna hükmetmiştir (Cass. soc. 9 nov. 2005, n° 03-47.720, Sandrine Jean, **Droit du travail: Les arrêts décisifs 2007/2008**, Paris, Liaisons Sociales, 2008, 103-104. Sosyal Dairenin bu kararında, işçilere ödenen primde milliyet unsurunun doğrudan bir kriter olarak uygulanmasına karşın ayrımcılık olarak nitelendirilmemesi, bunun yerine eşitlik ilkesine getirilen haklı ve objektif bir istisna olarak değerlendirilmesi öğretide isabetli olarak eleştirilmiştir (Sweeney, **L'égalité en droit social**, 171-172). Ayrıca bkz. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 69 vd.

[1087] Gerçekten, ücret konusunda da eşitliğe aykırı bir uygulama yapıldığını ileri süren işçinin, ispat yükünün hafifletilmiş olması nedeniyle, yalnızca böyle bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde ortaya koyması yeterli olup; bu uygulamanın objektif nedenlerini ispat etmekle yükümlü olan işverendir. Fransız Yargıtayı Sosyal Dairesinin bir kararına konu somut uyuşmazlıkta, davacı işçi, avukatlık ofisinde çalışan ve benzer işler yapan diğer avukatlara göre daha düşük aylık ücret aldığını ortaya koymuş olmasına karşın; Sosyal Daire, avukatların dosya üzerindeki çalışma süresine bağlı olarak yüzde aldığı sistemde, işçinin, benzer durumdaki diğer işçilerin saat ücreti ve aldığı yüzde hakkında hiçbir bilgi sunamadığı gerekçesiyle, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılamayacağına hükmetmiştir (Cass. soc. 20 oct. 2010, n° 08-19.748, **Dr. soc.** 2011, 97-98). Öğretide, bu karar, mahkemece, işverenden, sözü edilen saat ücreti ve yüzdeler hakkında bilginin talep edilmemesi; işçinin erişmesinin olanaklı olmadığı verileri sunmasının beklenmesi açısından,

aşamada ise, sözleşmede kararlaştırılan bu ücretin, iş ilişkisinden doğan diğer hakları da etkilemesi noktasında, ölçülülük denetimi de yapılması gerekmektedir. Zira farklı bir ücret kararlaştırılması için yalnızca objektif bir gerekçenin tek başına varlığı yeterli olmayacak; işverenin buna bağlı tüm uygulamalarının, aynı zamanda bu gerekçe ile ölçülü olması aranacaktır[1088].

Uygulamanın meşru olma özeliğini kaybetmemesi, esasında, amacı gerçekleştirmek için ölçülü olmasıyla doğrudan ve sıkı sıkıya bağlantılıdır. İşverenin, ücret konusunda gerçekleştirdiği politika, haklı bir amaca dayanıyor dahi olsa, işçileri arasında yarattığı farklılıklar, bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olanı aşıyorsa, bu uygulama meşruiyetini kaybetmektedir[1089].

AB Hukuku kapsamında da, eşit işe eşit ücret kuralı ihlal edilmeksizin, ayrım kriterlerine dayanmayan, objektif kıstaslara göre, amaç ile ölçülü olan[1090] farklı ücret uygulamalarının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir[1091]. Bu doğrultuda ATAD tarafından, bazı işler açısından farklı çalışma saatlerine, çalışma yerinin değişkenliğine uyum sağlayabilme nedeniyle[1092] ya da belli görevler için işçi bulmanın güçlüğü nedeniyle[1093] daha yüksek ücret uygulaması eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir.

2. Farklı uygulamanın amaçla ölçülü olması

a) Farklı uygulamanın ölçülülüğü denetimi: objektif ve dinamik bir denetim

İşverenin farklı uygulamasının hukuka uygunluk kontrolünde ikili bir denetim söz konusudur: İşveren tarafından alınan kararlar, keyfi nedenlere ya da hukuka aykırı kabul edilen ayrım kriterlerine dayanmamalı ve işverenin belli bir amaca

---

isabetli bulunmamıştır (Christophe Radé, "Harcèlement. Principe 'à travail égal, salaire égal'. Élements de fait laissant supposer l'atteinte", obs. sous Cass. soc. 20 oct. 2010, **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2011, 97-99).

[1088] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 767.

[1089] Radé, "**Justification des atteintes**", 401.

[1090] ATAD, 26 juin 2001, C-381/99, Rec. 2001, I-04961, §67-68.

[1091] Teyssié, **JurisClasseur Égalité**, 29.

[1092] ATAD, 17.10.1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening (agissant pour Danfoss)*, aff. 109/88, Rec. 1989 03199; aynı yönde, ATAD, 30.3.2000, Jämställdhetsombudsmannen c. Örebro läns landsting, C-236/98, Rec. 2000, I-02189.

[1093] ATAD, 27.10.1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Health Authority et Secretary of State of Health*, C-127/92, Rec. 1993 I-05535.

ulaşmak için başvurduğu bir araç olan bu kararı, amacı ile ölçülü olmalıdır[1094]. Dolayısıyla, önce izlenen amacın, yukarıda açıklamaya çalıştığımız meşru nedenlere dayanıp dayanmadığı denetlenecek; bunun tespitinin ardından işverenin bu amaç doğrultusunda gerçekleştirdiği uygulamanın, amaç ile ölçülülüğü denetim konusu yapılacaktır[1095].

Her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gereken bu durumda, farklı davranmanın ölçüsü; haklı, objektif olma, gerçeğe, işin özüne veya amaca uygunluk biçiminde ifade edilmiştir[1096]. İşveren tarafından ileri sürülen nedenlerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı, bunların dayandığı amacın meşru olup olmadığı ve işverenin uygulamasının tutarlı olup olmadığı, yargıç tarafından denetlenebilir olmalıdır. Aksi halde, farklı uygulamaların, eşitliği zedeleyip zedelemediğinin belirlenmesinde, sübjektif olma gibi bir sakınca ortaya çıkar[1097]. İşte, yargıç, bu sakıncanın bertaraf edilmesi için, farklı uygulamanın, eşitliği (hem dar anlamda eşit davranma, hem de ayrım yasaklarını) ihlal edip etmediği yönünde yapacağı denetimde, kaçınılmaz olarak ölçülülük ilkesini, bu dinamik ve objektif denetim yöntemini kullanacaktır.

Ölçülülük denetiminde yargıç, işverenin uygulamasının, amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmasını arayacak; ayrıca uygulama elverişli ve gerekli dahi olsa, işverenin bu yöndeki menfaatinin gerçekleşmesi için, işçinin menfaatlerine aşırı bir müdahalenin söz konusu olup olmadığını değerlendirecektir. Bu halde farklı uygulama (araç)-somut durum-amaç üçlüsü içinde hukuka aykırılık, ölçülülük sayesinde tespit edilecek; ölçülülük, eşitlik ilkesine yapılan müdahalenin kabul edilebilir eşiğinin tespitinde önemli bir işleve sahip olacaktır[1098].

Fransız Hukukunda, işverenin, işçileri arasında işlem farklılığı yapmasının temelinde yatan meşru amaca ulaşmak için, belli bir kriteri esas alarak işçilerini kategorilere ayırdığında; önecelikle bu kriteri tutarlı olarak uygulaması aranmaktadır. İşverence dikkate alınan kriterin tutarlı olması ise, farklı uygulamaya konu olan menfaat açısından değerlendirilmeli; menfaatin sağlanacağı veya sağlanmayacağı

[1094] Sweeney, "**Diversité des sources**", 46; Michel Miné, "Reconnaissance d'une discrimination indirecte liée au sexe", **RDT**, 2012.496; Saïd, "**La justification des mesures**", 364; Süzek, **İş Hukuku**, 497; Doğan Yenisey,"**Metodoloji ve Orantılılık**", 996.
[1095] Miné, "**Transposition laborieuse**", 533.
[1096] Tuncay, **Eşit Davranma**, 121.
[1097] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 70.
[1098] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 103.

işçilerin belirlenmesinde esas alınacak olan kriter, salt işverenin keyfi tercihinden kaynaklanmamalı, tanınan menfaatin niteliğinden de doğmalıdır[1099]. Bunun yanında, işverenin keyfi olmayan bu uygulamasında izlediği amacı en iyi gerçekleştirecek olan yöntemi tercih etmesi gerekmektedir[1100].

Gerçekten, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına[1101] konu somut olayda da, tarım sektörü sosyal sandığında çalışmakta olan bir grup işçinin, tamamlayıcı emeklilik sistemine dahil olmalarına, yaptıkları (sekreterlik, danışmanlık gibi) görevler nedeniyle izin verilmemiştir. Bunun gerekçesi olarak ileri sürülen, sandık rejiminin istikrarı, uyumluluğu ve sürekliliğinin sağlanması gerekçesi, Sosyal Daire tarafından, meşru bir gerekçe olarak kabul edilmiş olsa da; bu gerekçe doğrultusunda yapılan uygulamaların aynı zamanda ölçülü olması hususuna da vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda, belirtilen görevlerde çalışanların, sigortanın kapsamı dışında bırakılması, izlenen amacın gerçekleştirilmesi açısından ölçüsüz bulunmuş; özellikle de bu düzenleme uyarınca kapsam dışı kalan 39 işçiden 38'inin kadın olması, kadın çalışanlara karşı dolaylı bir ayrımcılığın olduğu sonucuna varılmasını gerektirmiştir.

Fransız Chambéry İstinaf Mahkemesinin bir kararına[1102] konu somut olayda ise, Fransa'da faaliyet gösteren, ingiliz sigorta şirketinde, tercüme biriminin başında çalışmakta olan ve ingiliz vatandaşı olan davacı işçinin, çalışmakta olduğu pozisyonun, işyerinde reorganizson nedeniyle ortadan kaldırılacağı gerekçesiyle, sözleşmesi feshedilmek istenmiştir. Ancak fesihten önce, kendisine daha az sorumluluk gerektiren, kıdemli tercümanlık işi önerilmiştir. Davacı işçi ise, bu öneriyi kabul etmemiş olmakla birlikte, açık olan, tercüme birimi müdür yardımcılığı pozisyonu ile ilgilendiğini bildirmiştir. Bunun üzerine kendisine tebliğ edilen fesih bildiriminde, önerilen poziyonu reddetmesi ve başvurduğu diğer görev için, daha uygun adayların bulunması nedeniyle, kendisini bu işyerinde istihdam etme olanaklarının kalmadığı bildirilmiştir. Sözleşmesi feshedilen işçi, başvurduğu

---

[1099] İşverenin yalnızca kadrolu olup olmamaya bağlı olarak yemek fişi vermesi, Fransız Yargıtayı tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunmuş, kullanılan kriterin sadece objektif olmasının yeterli olmadığı, bu kriterin aynı zamanda tutarlı olması, salt işverenin keyfiyetinden kaynaklanmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yemek fişi verilmesi açısından kadrolu olup olmama, farklı uygulamayı haklı kılabilecek bir kriter olarak değerlendirilmemiştir (Cass. soc. 20 fév. 2008, n° 05-45.601, Jean, **arrêts décisifs**, 71-72).

[1100] Sweeney, "**Diversité des sources**", 50.

[1101] Cass. soc. 6 juin 2012, n° 10-21.489 (karar ve değerlendirmesi için bkz. Miné, "**Reconnaissance d'une discrimination**", 496).

[1102] Cour d'appel Chambéry, ch. soc., 9 juin 2011, n° 10/00578.

görevin tanımında, doğuştan fransızca bilme (*native french speaker*) koşulunun bulunduğunu ve bu nedenle kendisinin bu göreve getirilmemesi ve sözleşmesinin feshedilmesinin, vatandaşlık kriterine bağlı bir ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle, feshin kesin hükümsüz sayılması gerektiği iddiasıyla dava açmıştır.

Davalı şirket ise, davacının, bu pozisyon için gerekli teknik bilgiye sahip olmadığı ve şirkette yabancı kökenli birçok işçinin çalıştığı, bu nedenle de herhangi bir ayrımın bulunmadığı savunmasında bulunmuştur. Chambéry İstinaf Mahkemesi ise, iş tanımında ifade edilen "*native french speaker*" koşulunun, kişinin anadilinin fransızca olması ve doğuştan itibaren en iyi bilinen dil anlamına geldiğine ve Fransa'da faaliyet gösteren bir ingiliz şirketinin tercüme biriminin yöneticisi için bu koşulun, objektif bir mesleki gereklilik teşkil ettiğine kanaat getirmiştir. Bu kapsamda, aranan koşulun, meşru bir amaca dayanması ve amaçla ölçülü olması gerekçesiyle, davacı işçinin ayrımcılığa uğramadığı sonucuna varılmıştır. Ne var ki mahkeme, davacı işçinin de başvurduğu müdür yardımcılığı görevi kendisine önerilmediği ve bu nedenle feshe son çare olarak başvurulmadığı için, feshin geçersizliğine hükmetmiştir.

Karar, öğretide, gerekçelerindeki çelişki ve ölçülülük denetiminin gerektiği gibi yapılmamış olması nedeniyle haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır[1103]. Zira mahkeme, hem işçinin başvurusunun kabul edilmediği görev açısından ileri sürülen "doğuştan fransızca bilme" koşulunun, bu iş için objektif bir mesleki gereklilik olduğunu kabul ederek, bunun ayrımcılık teşkil etmediğine hükmetmiş; hem de feshin son çare olması açısından işçiye bu görevin de önerilmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer yandan, mahkemenin, "doğuştan fransızca bilme" koşulunun, izlenen amaçla ölçülü sayılmasının nedenlerini açıklamaktan imtina etmesi de eleştirilmiştir. Böyle bir koşulun ölçülü sayılabilmesi için, bunun, ayrımcılık teşkil etmeyecek, başka bir biçimde ifade edilmesinin olanaklı olmaması aranmalıdır. Oysa somut olayda, istihdam edilecek kişinin, çok ileri düzeyde fransızca bilmesinin gerektiği de ifade edilebileceğinden, "doğuştan fransızca bilme" koşulunun, izlenen amaçla ölçüsüz olduğu sonucuna varılabilecektir.

Gerçekten, Fransız Yargıtayı, ayrım yasaklarına ilişkin "meşru bir amaca dayanan ve bu amaçla ölçülü olan esaslı ve belirleyici mesleki gereklilik" istisnasının, İş Kodu'nun L. 1133-1 hükmüne 2008 yılındaki değişiklikle eklenmesi

[1103] Kararı isabetsiz bulan değerlendirme için bkz. Säid, "**La justification des mesures**", 364.

üzerine, bu konuda yargıcın uygulaması gereken denetimi, 2008 yılı raporunda açıklığa kavuşturmuştur[1104]. Fransız Yargıtayına göre, ayrımcılık iddiası söz konusu olduğunda yargıç, izlenen meşru amaç karşısında, başvurulan önlemin, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil edip etmediğini ve bunun ölçülü olup olmadığını belirlemelidir. Böylece yargıca düşen görev, başvurulan önlemin sadece objektifliği ve tutarlılığını denetlemekten ibaret olmayıp; aynı zamanda önlemin ölçülülüğüne ilişkin sıkı bir denetim (*un contrôle lourd*) yapmaktır.

Ekleyelim ki, ayrım yasakları kapsamındaki kriterlere dayalı yapılan bir farklı uygulamanın ölçülülük denetimi; dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı olabilecek bir davranışın denetimine göre daha katı olacaktır[1105]. Zira, yasaklanmış olan bir kritere dayanarak yapılacak olan bir işlemin ya da uygulamanın, çok istisnai hallerde haklı bir gerekçesi olabileceği gibi[1106]; işçinin müdahaleye uğrayan menfaatinin önemi nedeniyle, işverenin mümkün olan en az müdahaleci aracı seçip seçmediği ve menfaat dengesinin işçi aleyhine bozulup bozulmadığı titizlikle değerlendirilecektir. Burada, işçinin müdahale riski altındaki menfaatinin önemi, ayrım kıstaslarının, kişinin değiştiremeyeceği nitelikleri ile yakın ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, işverenin, örneğin gebelik ya da cinsiyet temelli bir uygulamayı gerekçelendirebilmesinin; dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı bir işlemini gerekçelendirmesinden daha güç olacağı ifade edilmektedir[1107].

İşverenin yönetim hakkı kapsamında, işçinin kıdemi, performansı, yaptığı işin niteliği gibi nedenlerle işçiler arasında yapacağı farklı işlemin, izlenen amaç ile ölçülü sayılabilmesi ve böylece gerekçelendirilebilmesi daha rahat olacaktır.

Ayrım yasakları kapsamındaki kriterlerden birine göre ayrımcılığa maruz kaldığı, bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini ya da bazı haklardan yararlanamadığını ileri süren işçinin bu iddiasına karşılık işverenin, neleri ispat etmesi gerekecektir? Örneğin işçi, cinsel tercihinden dolayı işverenin onu işyerinde terfi ettirmediğini ileri sürüyorsa, İşK. m. 5 hükmünde öngörülen hafifletilmiş ispat yükü uyarınca, bu iddiasını ispat etme yükü altında ise de, ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu takdirde, işveren bunun aksini

---

[1104] Cour de cassation, **Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation**, 110.
[1105] Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 997; aynı yazar, "**Eşitlik İlkesi**", 66.
[1106] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 237.
[1107] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 736-737; Doğan Yenisey, **"Eşitlik İlkesi"**, 67; aynı yazar, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 979; Yıldız, **Eşit İşlem**, 302; aynı yazar, "**Orantılılık**", 689.

ispatla yükümlü olacaktır. Herhangi bir ihlal olmadığını ispat etme yükü altındaki işveren, bu yükten, işçinin, cinsel tercihinin ileri sürdüğü yönde olmadığını ortaya koyarak kurtulamayacaktır. İşverenden beklenen, uyuşmazlık konusu terfi ettirmeme işleminin haklı olduğunun ispatıdır, yoksa işçinin ayrım kriterleri kapsamındaki bir durumun içinde olmadığının ispatı değil.

Kaldı ki, işçinin cinsel tercihi, hangi dine ya da inanca mensup olduğu, siyasi görüşü gibi konular, doğrudan kişilik haklarının bir parçasıdır[1108]. İşverenin, işçi hakkında bu bilgilere sahip olmaması beklenebilecek ve hatta bu bir gereklilik olarak görülecektir. Nitekim, işverenin bu bilgiye sahip olması ya da işçinin cinsel tercihinin, dini ya da siyasi görüşünün belli bir yönde olduğunu zannetmesi arasında bir fark yoktur. Diğer bir deyişle, işverenin, işçinin eşcinsel olduğunu öğrenmesi ya da sadece zannetmesinin, buna dayanan terfi ettirmeme işleminin ayrımcılık sayılması açısından bir etkisi olmayacaktır.

b) AİHM içtihadında AİHS m. 14 uyarınca izlenen ölçülülük denetimi

AİHS'de tanınan haklardan yararlanma konusunda hiçbir ayrımcılık yapılmaması yönündeki 14. maddeye ilişkin içtihadında AİHM, sözleşmeye taraf devletlerce getirilen bir düzenleme sonucu ortaya çıkan farklı uygulamanın, m. 14'ü ihlal edip etmediğini, diğer bir ifadeyle ayrımcılık teşkil edip etmediğini tespit ederken, maddede açıkça bahsedilmemesine karşın, ölçülülüğü bir kriter olarak esas almaktadır. Sözleşme, taraf devletlerin pozitif düzenlemelerini, örtülü bir ölçülülük gerekliliği altına sokmakta olmasına karşın[1109]; AİHM, ayrım yasaklarına ilişkin uyguladığı denetimde ölçülülüğü açıkça ifade etmektedir[1110].

Mahkeme için ayrım yasağı, farklı uygulamanın, objektif ve makul biçimde gerekçelendirilmesini, dolayısıyla somut etkileri ve ölçülülük ilişkisi bağlamında değerlendirilmesini gerektirir[1111]. Uygulamanın objektif bir gerekçesinin olması, kişilere göre değişmeyen, bu anlamda sübjektif olmayan ve keyfi olarak

---

[1108] Yıldız, **Eşit İşlem**, 302.

[1109] Marc-André Eissen, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", **La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article**, Louis-Edmond Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, 69, 76; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 238; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 125.

[1110] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 257; Géniaut, **Proportionnalité**, 383 vd.

[1111] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 290; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 125; Burgorge-Larsen, **ConvEDH**, 200; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 260; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 156.

belirlenmeyen bir grubun tamamı açısından geçerli bir uygulama anlamına gelmektedir[1112]. Mahkeme, objektif ve makul nedenin varlığını, demokratik toplumlarda geçerli olan ilkeler ışığında belirlemektedir[1113]. Başvurulan önlemin ölçülülüğü ise, amaçla önlem arasındaki ölçülülük ilişkisi veya sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel yarar arasındaki denge biçiminde ifade edilmektedir[1114]. AİHM'nin, farklı işlemin amaçla ölçülülüğü açısından yaptığı değerlendirmede, AB Hukukundan ve dolayısıyla Adalet Divanının uygulamasından ayrıldığı bir nokta, AİHM denetiminin, doğrudan veya dolaylı ayrım olmasına bağlı olarak değişiklik arz etmemesidir[1115]. Nitekim, dolaylı ayrımcılık kavramı, AİHM içtihadında daha geç yer bulduğu gibi, bu konuda AB Hukukunun etkisi, ATAD kararlarına yapılan atıflar dolayısıyla belirginlik kazanmaktadır[1116].

AİHM'nin Belçika Dil Davası kararı[1117], her ne kadar iş hukuku ile bağlantılı bir somut uyuşmazlığa ilişkin bulunmasa da; ölçülülük ilkesinin, AİHM tarafından ilk defa açıkça uygulanması[1118] nedeniyle, AİHS m. 14 ve farklı uygulamanın gerekçelendirilmesi noktasında ölçülülük ilkesinin işlevini ortaya koymak açısından son derece önemlidir. Somut olayda, Mahkeme, resmi iki dilin olduğu Belçika'da, günlük hayatında bu dillerden birini daha sık kullananlara, yerleşik oldukları bölge nedeniyle yalnızca diğer resmi dilde eğitim alma zorunluluğu getirilmesi uygulamasının, meşru ve ölçülü bir gerekçesi olmadığı takdirde, ayrımcılık sayılabileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu kararında, Belçika hükûmeti tarafından izlenen, bölgenin dil açısından homojenliğinin korunması yönündeki amacın meşru olduğuna; ayrıca getirilen sistemin, istenen dilde eğitim alınması olanağını tamamen ortadan kaldırmadığı, yalnızca devlet yardımından

---

[1112] Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 127.
[1113] AİHM, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, 16.11.2004, §50.
[1114] Mustafa Kılıçoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Hakim Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı", **Legal İHSGHD**, 36/2012, 45.
[1115] Martin, "**Approche comparative**", 763.
[1116] AİHM, *D.H. et autres c. République Tchèque*, n° 57325/00, §81-91; Bkz. Burgorge-Larsen, **ConvEDH**, 206; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 128.
[1117] AİHM, *Affaire "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal)*, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.7.1968. Bkz. Drooghenbroeck, "**Le temps, la proportionnalité...**", 346 vd.; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 231.
[1118] Çetin, **Çalışanların Hakları**, 131; Erdem, "**Takdir Yetkisi**", 976; Géniaut, **Proportionnalité**, 384; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 290, 427; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 49-50.

(sübvansiyondan) yararlanılamaması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle, orantılı olduğuna hükmetmiş bulunmaktadır.

Kararda, Flaman bölgesinde yerleşik olan Fransızca konuşan ailelerin, çocuklarını bölge dışında Fransızca eğitim veren kurumlara göndermelerinin yasaklanması ise, amaç ile oransız bulunmuş ve bu nedenle ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir[1119].

Gerçekten Mahkeme, demokratik ülkelerin hukuk uygulamasından kaynağını alan ilkeleri izleyerek, farklı uygulamanın objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olması halinde, eşitliğin ihlal edildiğini ifade etmektedir. Mahkemeye göre, söz konusu gerekçenin, demokratik toplumlarda değer verilen ilkeler ışığında, başvurulan önlemin etkileri ile amaç arasındaki ilişki bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Mahkeme şu sonuca ulaşmaktadır: AİHS tarafından tanınan bir hak açısından farklı uygulamaya gidilmesinde yalnızca meşru bir amaç izlenmesi yeterli değildir. AİHS m.14 aynı zamanda, söz konusu amaç ile başvurulan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmadığında da ihlal edilmiş sayılacaktır[1120]. Böylece her farklı uygulamanın değil, ancak bu uygulamanın gerekçesini oluşturan kamusal menfaat ile ölçüsüz olan farklı uygulamanın Sözleşmeye aykırı olacağı sonucuna varılmaktadır[1121].

Kararın, konumuz açısından önem taşıyan bir diğer noktası, Mahkemenin, bu kararında, farklı uygulamanın ayrımcılık teşkil edip etmediğini tespit ederken izlediği yolun aşamalarını açıkça ortaya koymuş olmasıdır[1122]. İlk bölümde, AİHM tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetimi açıklanırken ortaya koymaya çalıştığımız gibi, Mahkeme üç aşamalı bir yöntem takip etmektedir: İlki, farklı uygulamanın varlığının tespiti; ikincisi, farklı uygulama yapılırken meşru bir amaç izlenmesi gerekliliği; üçüncüsü ise, izlenen amaç doğrultusunda başvurulan araçların, amaç ile ölçülü olması.

AİHM, ayrımcılığı tespitte kullandığı ölçülülük tekniği ile, izlenen amaç ve bu amaca ulaşmak için gerçekleştirilen farklı uygulama -başvurulan araçlar- arasındaki

---

[1119] AİHM, *Affaire "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal)*, I. E. §32.

[1120] AİHM, *Affaire "Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique (au Principal)*, I. B. §10. Aynı yönde, AİHM, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, 16.11.2004, §50. Ayrıca bkz. Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 260.

[1121] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 258; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 427.

[1122] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 228; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 157.

uyumu, somut biçimde değerlendirmektedir[1123]. Böylece başvurulan aracın hem amacı, hem etkileri göz önünde bulundurulmaktadır[1124]. Ölçülülük, uyuşmazlık konusu uygulamanın devlet tarafından ileri sürülen gerekçeleri ile somut etkilerinin karşılaştırılmasını sağlamakta; ulusal makamların takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir[1125].

Belirtelim ki, AİHM içtihadında, (özellikle cinsiyet, cinsel eğilim, din, ırk, vatandaşlık gibi) bazı ayrım kriterleri, Devletlerin takdir yetkisinin en alt düzeyde olduğu haller olarak belirlenmiş bulunmakta, bunlar ayrım kriterlerinin çekirdeği/özü (*noyau dur*) olarak adlandırılmakta ve bu kriterlere dayanan farklı uygulamaların ölçülülük denetimi güçlendirilmiş biçimde yapılmaktadır[1126]. Bu kriterlerin sınırlı sayı esasına göre sayılması olanaklı olmayıp, AİHM de bu listenin 14. maddede sayılan kriterler ile sınırlı olmadığını belirtmektedir. Şüphesiz bu durum, Mahkemenin, AİHS'yi yaşayan bir belge haline getirmesine örnek teşkil eden hallerden biridir[1127].

AİHM, cinsiyet ya da cinsel eğilim kriterlerini, devletlerin takdir alanının dar olduğu, ayrım kriterlerinin çekirdeği kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, salt cinsiyete dayalı bir farklı uygulamanın, ancak çok güçlü gerekçeler (*considérations très fortes*) nedeniyle Sözleşmeye uygun görülebileceğini[1128]; aynı şekilde cinsel eğilime dayalı farklı uygulamaların özellikle ağır/ciddi nedenlerle (*raisons particulèrement graves*) gerekçelendirilmeleri gerektiğini vurgulamıştır[1129].

Mahkemeye göre, her ne kadar akit Devletler, benzer konumdakiler arasında farklı uygulamayı gerekli kılan unsurları belirlemede takdir yetkisine sahip kabul edilse de; bu yetkinin kapsamı, koşullar, konu ve somut olaya göre

---

[1123] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 290; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 240.
[1124] Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 125; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 260.
[1125] Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 262; Lambert, "**Marge nationale d'appréciation**", 63 vd., Favoreu et autres, **Droit de libertés fondamentales**, 471; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 236.
[1126] Martin, "**Approche comparative**", 762.
[1127] Sweeney, **L'égalité en droit social**, 247.
[1128] AİHM, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24.7.2003. Aynı yönde, AİHM, *Ünal Tekeli c. Turquie*, §52-53; AİHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, §51.
[1129] AİHM, *Karner c. Autriche*, §37. Ayrıca bkz. Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 128. Toplumda savunmasız olarak görülen bir grubun, temel haklarını kullanması açısından getirilen sınırlamalar da, devletlerin takdir marjının sınırlı olduğu ve sınırlama için önemli gerekçelerin arandığı konulardandır (Çetin, **Çalışanların Hakları**, 173). Benzer yönde, vatandaşlık kriterine dayalı ya da evlilik dışı doğum temeline dayalı bir ayrım gözetmenin, AİHS ile bağdaşır olması, çok güçlü nedenlere bağlı kabul edilmektedir (Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 261).

değişebilecektir[1130] ve Mahkeme, bu konuda son kararı verme açısından kendini yetkili görmektedir[1131]. Müdahale konusu hakkın, demokratik toplumun ilkeleriyle olan bağlantısı güçlendikçe, gerçekleştirilecek olan ölçülülük denetimi de daha sıkı hale gelmekte; bu oranda devletin takdir marjı daralmaktadır[1132].

Gerçekten, *Konstantin Markin* kararına[1133] konu olayda, başvurucu, istihbarat amaçlı, radyo operatörü olarak Rus ordusunda çalışmaktadır. Boşandığı için, evliliğinden olan üç çocuğuna bakmak için üç yıllık ebeveyn izni talebinde bulunmuş; ancak yasanın bu izni sadece kadınlara tanıması nedeniyle talebi reddedilmiştir. Başvurucu, bu mevzuatın, eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünerek anayasa mahkemesine başvurduğunda ise, mahkeme, bunun gerekçesinin, yüksek oranda askerin görevini yerine getirme olanaksızlığına düşmesini engellemek olduğunu; orduda daha az sayıdaki kadına ise, sosyal rollerinden ötürü istisnai olarak ebeveyn izni verildiğini açıklamıştır.

AİHM'e göre, ulusal güvenlik nedeniyle ordunun önemi, ebeveyn iznine bazı sınırlamalar getirilmesini haklı kılabilecektir. Ancak bunların kadın ve erkek askerlere aynı biçimde uygulanması gerekecektir. AİHM, kadın ya da erkek askerler için, bu sınırlamayı haklı gösterebilecek nedenlerin, askerin hiyerarşik pozisyonu, ender teknik nitelikleri, sahada askeri operasyonlara katılması gerekçesiyle yerine başkasının bakmasının güçlüğü gibi nedenler olabileceğini kabul etmiştir. Oysa Rusya'daki mevcut pozitif düzenleme, bu tür kıstasları dikkate almaksızın, sadece erkek askerleri, otomatik olarak ebeveyn izni uygulamasının dışında bırakmakta olduğundan, bu genel ve otomatik sınırlama, devletin takdir yetkisinin kapsamının aşılması olarak nitelendirilmiştir[1134]. Bu nedenle meşru sayılabilecek amaca yönelik uygulama, amacın gerçekleşmesi için gerekeni aştığından, ölçüsüz olarak nitelendirilmelidir. Ulusal güvenliğin sağlanması biçiminde ifade edilen meşru amaca, ebeveyn izni hakkından tüm erkek askerleri yoksun bırakma dışında bir

---

[1130] AİHM, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, §78; AİHM, *Ünal Tekeli c. Turquie*, §52; AİHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, §51; AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, §126. Ayrıca bkz. Favoreu et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 471; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 236; Lambert, "**Marge nationale d'appréciation**", 63 vd.

[1131] AİHM, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, §72; AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, §126.

[1132] Favoreu et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 471; Grabarczyk, **Les principes généraux**, 240.

[1133] AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, 22.3.2012. Ayrıca bkz. Burgorge-Larsen, **ConvEDH**, 201.

[1134] AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, §148.

yöntemle de erişilebileceği Mahkeme tarafından kabul edilmiş ve sözü edilen düzenleme, m. 14'ü ihlal eder nitelikte bulunmuştur[1135].

AİHM'nin, ayrımcılığın önlenmesi kapsamında gerçekleştirdiği ölçülülük denetimine, cinsiyete dayalı ayrımlar gibi çarpıcı bir diğer örneği, sağlık durumuna dayalı ve özellikle HIV taşıyan kişiye yönelik ayrım konusu oluşturmaktadır.

I. B./Yunanistan kararına[1136] konu olayda başvurucu, takı üretimi yapılan bir şirkette çalışmaktadır. Çalıştığı işyerindeki üç arkadaşına, kendisine HIV bulaşmış olabileceğini söylemiş; virüsün taşıyıcısı olduğunun yapılan test sonucu kesinleşmesi üzerine, I. B. yıllık izindeyken, bu üç çalışma arkadaşı, durumu işverene bir yazı ile bildirmiş ve işten çıkarılması gerektiğini belirtmişlerdir. İşyerinde bu bilginin, tüm işçiler arasında yayılması ve herkesin, başvurucunun işyerinden gönderilmesi yönündeki talebine karşın işveren, işyerindeki diğer işçileri HIV'nin bulaşma yolları hakkında bilgilendirmek üzere bir doktor görevlendirmişse de, çalışanların baskısı üzerine işveren, I. B.'nin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmıştır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine I. B., HIV taşıdığı için, iş sözleşmesinin feshinin, Yargıtay tarafından geçerli bulunduğunu belirterek, özel yaşamının gizliliğinin ihlali ve ayrımcılığa uğradığı iddiası ile AİHM'ye başvurmuştur.

Öncelikle başvurucu, doğrudan ulusal makamların bir işleminden dolayı şikayet etmemekte; işvereninin müdahalesine karşı, ulusal makamların, kendisinin özel alanını koruma konusundaki ihmalinden söz etmektedir, ki bu durum da, devletin sorumluluğunu doğuracaktır[1137]. Her ne kadar başvurucunun iş sözleşmesinin feshinin gerekçesi, işyerindeki ortamın zarar görmemesi olarak ileri sürülmüş olsa da, bunun gerçek nedeni, işçinin sağlık durumudur. Diğer işçilerin baskısı üzerine işçinin sözleşmesinin feshedilmesiyle de, taşıdığı virüse karşın, hastalığın hiçbir belirtisini göstermeyen ve diğerlerinin sağlığı için tehlike arz etmeyen işçi, küçük düşürülmüş/damgalanmıştır.

AİHM somut olaya ilişkin değerlendirmeleri öncesinde, m. 14 kapsamında ölçülülük denetimine ilişkin diğer kararlarında da yaptığı açıklamalara yer vermiştir[1138]: AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, objektif ve makul bir gerekçesi

---

[1135] AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, §147.
[1136] AİHM, *I. B. c. Grèce*, n° 552/10, 3.10.2013. Ayrıca bkz. Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 135; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 208.
[1137] AİHM, *I. B. c. Grèce*, § 68.
[1138] AİHM, *I. B. c. Grèce*, § 75, 78. Aynı yönde, AİHM, *Kiyutin c. Russie*, §62.

olmadıkça, aynı ya da karşılaştırılabilir durumda olanlara farklı işlem yapılması, ayrımcılık sayılacaktır. Yapılan uygulama ile meşru bir amaç izlenmeli ve başvurulan araçlar, bu amaçla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olmalıdır. Bu konuda devletlerin sahip olduğu kabul edilen takdir yetkisi, somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterecektir.

Somut olaya ilişkin olarak ise, ulusal yargı organlarının, işyerindeki işleyişin korunması gerekliliği ile işçinin yaşamının zor bir döneminde korunmaya yönelik beklentisi arasında bir denge kurmaya çalıştıkları gözlemlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Yargıtay haricindeki yargı organları, işyerinin işleyişi üzerinde olumsuz etkileri olmayan bir hastalığın, fesih için geçerli bir neden sayılamacağına hükmetmiştir. Buna karşın, kurulmaya çalışan bu menfaatler dengesinde, Yargıtay, işverenin menfaatlerinin korunması gerekçesiyle feshi geçerli bulmuş; üstelik niçin işverenin menfaatlerine üstünlük tanındığına ilişkin yeterli gerekçeleri ortaya koyamamıştır. Bu nedenle AİHM, Yargıtay tarafından verilen kararda, iki tarafın menfaatlerinin, Sözleşmeye uygun olarak dengelenmediğine ve başvurucunun sağlık durumu nedeniyle ayrımcılığa uğradığına, böylece m. 14'ün ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir[1139].

AİHM'nin I. B. kararında da atıfta bulunduğu, HIV taşımadan dolayı ayrımcılık iddiası üzerine verdiği bir diğer kararında da[1140], bu kez sağlık durumuna ilişkin bir farklı uygulamanın, hangi gerekçelerle Sözleşme ile korunan sisteme aykırılık taşımayabileceği irdelenmiş ve yine uygulamanın ölçülülüğü, kararda belirleyici rol oynamıştır.

Kiyutin kararına konu olayda başvurucu, Rus makamlarınca oturma izni talebinin, sağlık durumu nedeniyle reddedilmesinin, kamu sağlığının korunması amacıyla ölçüsüz olduğunu ve ailesiyle birlikte yaşama hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür[1141]. Bu konuda, Mahkeme tarafından yapılacak ölçülülük değerlendirmesinin dozunu, somut olayda devlete tanınan takdir yetkisinin ne derece geniş olacağı belirleyecektir. Takdir marjını sınırlayan unsurlardan bir tanesi de, daha önce de ayrımcılığa uğramış olmaları nedeniyle, toplumda savunmasız

[1139] AİHM, *I. B. c. Grèce*, § 85-91.
[1140] AİHM, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, 10.3.2011.
[1141] AİHM, *Kiyutin c. Russie*, §53. AİHM, AİHS'nin 8. maddesinin, yabancılara, bir ülkeye yerleşme ve oturma izni alma hakkı tanımadığını ancak, devletlerce göç konusunda yapılacak kontrolün, yabancıların temel hakları, özellikle özel yaşamları ve aile yaşamları ile ayrımcılığa uğramama hakları dikkate alınarak yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

oldukları kabul edilen kişilerin temel haklarına sınırlama getirilmesidir. Mahkeme, HIV taşıyan kişilerin, bu virüsün bulaşma nedenlerinin geçmişte çok iyi bilinmemesinden kaynaklı oluşan önyargıların kurbanı olduklarını kabul ederek, devletin bu konuda yapacağı uygulamayı, bu ön kabul ışığında değerlendirmiştir.

Gerçekten, kamu sağlığının, bulaşıcılık düzeyi yüksek (örneğin, kolera, sarı humma, SARS, H5N1 gibi) hastalıklara karşı korunması açısından, seyahat özgürlüğüne getirilebilecek kısıtlamalar, etkili olacaktır. Sadece o ülkede bulunmakla, olağan temaslarla, solunum yoluyla bulaşabilecek hastalıkları taşıyanların ülkeye girişine engel olmak, bu hastalıkların yayılması tehlikesiyle açıklanabilir. Ancak HIV virüsü taşıyan biri için bu tehlike, aynı düzeyde söz konusu değildir. Ayrıca, HIV gerekçesiyle seyahat engeli, Rusya'ya turist olarak veya kısa süreli gelen kişilere uygulanmamaktadır. Bu durum, hükûmetçe ileri sürülen kamu sağlığı gerekçelerinin samimiyeti konusunda da şüphe uyandırmıştır.

Bu nedenle Mahkemeye göre, kamu sağlığının korunması, meşru bir amaç olsa da; hükûmet, oturma izni talebinin reddedilmesiyle, bu amaca ulaşılabileceği konusunda ikna edici ve objektif gerekçeler sunamamıştır. Kişilerin bireysel, kendilerine özgü hukuki durumları dikkate alınmaksızın, sadece bir sağlık problemine dayanılarak oturma izni talebinin sistematik olarak reddedilmesi, m. 14 ile ayrımcılığa karşı sağlanmak istenen korumaya uyum göstermemektedir. Bu tespit üzerine AİHM, devletin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini aştığına karar vermiştir.

Görüldüğü gibi, ölçülülük, kişiye tanınmış olan özgürlük nedeniyle korunmakta olan kişisel menfaat ile buna müdahaleyi haklı kılan kamusal menfaat arasında dengenin kurulması açısından, Mahkemenin izlediği yöntemde bir mihenk taşı niteliğindedir[1142]. AİHS m. 14 kapsamında yapılan denetim açısından da ölçülülük ilkesi, aynı önemi korumaktadır. Zira makul ölçülülük bağının yokluğu, uygulamanın, işlem eşitsizliği olarak nitelendirilmesine olanak veren kesin ölçüttür[1143]: Bir uygulamanın ayrımcılık sayılıp sayılmamasını belirleyecek olan, ölçülülük denetimi olmaktadır.

[1142] Grabarczyk, **Les principes généraux**, 235; Sweeney, **L'égalité en droit social**, 239; Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 290.
[1143] Xynopoulos, **Proportionnalité**, 258; Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, 260.

Farklı uygulama, objektif ve makul bir gerekçesi olmadığında, diğer bir deyişle, meşru amaç güdülmediğinde ya da başvurulan araçla izlenen hedef arasında makul bir ölçülülük ilişkisi kurulmadığında, ayrımcılık teşkil etmektedir[1144].

c) Adalet Divanı içtihadında eşitliğe en az müdahale eden uygulamanın tespitinde izlenen ölçülülük denetimi

Bilindiği gibi, Adalet Divanı içtihadında ölçülülük, Birlik Hukukunun genel bir ilkesi olarak ifade edilmektedir[1145]. Alman içtihadının da etkisiyle Divan, ayrımcı olarak nitelendirilmeyecek bir düzenleme ya da uygulama ile güdülen amacı gerçekleştirmek için başvurulacak önlemlerin, uygun ve gerekli olmasından söz etmektedir[1146]. Öyle ki, önlemin gerekli olması, amaç ile önlem arasında bir nedensellik bağı kurulması anlamına gelmektedir. Başvurulan bu önlemin gerekli olduğuna kanaat getirildikten sonra ise, bunun orantılılığı değerlendirmeye alınacaktır. Bu ise, uygun ve gerekli pek çok önlem arasından en az müdahaleci olan, diğer bir ifadeyle, amaca kıyasla oransız külfetler getirmeyen önlemin tercih edilmesini gerektirmektedir[1147].

Adalet Divanının ayrımcılığın önlenmesinde izlediği yöntem, gerçek eşitliğin sağlanmasına yönelik olup[1148], somut koşulların dikkate alındığı soyut olmayan bir analiz içermektedir[1149]. Bu analiz, üye devletlerin pozitif düzenlemelerini ve daha da

---

[1144] AİHM, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, 25.5.1985, §72; AİHM, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, 22.3.2012, §125; AİHM, *Emel Boyraz v. Turkey*, §50.

[1145] Rumpf, "**Ölçülülük**", 28; Le Gac-Pech, **Droit privé des contrats**, 18; Molinier, **Principes Généraux**, § 120; Fromont, "**Le principe de proportionnalité**", 160; Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 56; Xynopoulos, **Proportionnalité**, 263; Mekki, **L'intérêt général**, 430.

[1146] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 433. Xynopoulos, **Proportionnalité**, 274.

[1147] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 433.

[1148] Bkz. Lanquetin, **Discrimination**, §61 vd.; aynı yazar, "**Égalité des rémunérations**", 628 vd.; aynı yazar, "La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire", **Dr. soc.**, N° 5 Mai 1995, 435. Gerçekten eşit işlem ilkesi, Divanın içtihadının etkisiyle, bir kararın gerekçelerinin denetimi yoluyla, yetki ve bunun kullanımının denetlenmesinin ötesine geçmiştir. İlke, AB Hukukunda artık, ulaşılmak istenen bir sonuç olarak ortaya çıkmakta, soyut eşitlik algısı aşılarak, gerçek ve somut bir eşitlikten (*égalité materielle, égalité substantielle, égalité réelle*) söz edilmektedir. Somutlaştırılan bu eşitlik anlayışları, yasa önünde eşitlik düşüncesinin yetersizliği karşısında, belli kategorilere mensup kişilere yönelik pozitif ayrımcılığı kabul eden, fırsatlara erişim olanaklarını eşitlemeyi hedefleyen ve hak edileni değil, ihtiyaçları dikkate alan nitelikler taşımaktadır (Porta, "**Sens de l'égalité**", 30-38).

[1149] Mercat-Bruns, "**Le jeu des discriminations multiples**", 256. Gerçekten, Adalet Divanının somut uyuşmazlık konusu uygulama ve bunun eşit işlem kuralını ihlali üzerinde yaptığı değerlendirme ve ölçülülük denetimi, doğrudan zedelenen menfaatin niteliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yaşlı ve genç işçiler arasında farklı bir işlemin yapılması biçiminde ortaya çıkan ve hem meşru amaca dayanan, hem de ölçülü olduğuna karar verilebilen bir uygulama; dolaylı olarak engelli işçileri de olumsuz

somut olarak bunların uygulanmasını kapsamaktadır. Örneğin devletlerin, yalnızca vatandaşlık kriterine dayalı ayrım gözeten yasal düzenlemeleri değil; Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkından yararlanması konusunda yıldırıcı olabilecek düzenlemeleri de yürürlükten kaldırması beklenmektedir. Serbest dolaşım hakkının icrasına engel olmakla birlikte, herkese uygulanması gerektiği için ayrımcılık teşkil etmeyecek düzenlemelerin ise, devletler tarafından sadece meşru ve zorlayıcı bir menfaat (*intérêt légitime et impérieux*) söz konusu olduğu takdirde korunabileceği kabul edilmektedir.

Gerçekten, Adalet Divanının, ayrım yasağının, aynı zamanda, Birlik Hukukunun temel ilkelerinden olan genel eşitlik ilkesinin özel bir ifadesi olduğunu belirttiği *Rückdeschel* kararında[1150], hangi koşullarla farklı işlemin meşru sayılacağına işaret edilmiştir. Kararda ifade edildiği üzere, Divana göre, eşitlik ilkesi, objektif olarak gerekçelendirilebilen bir ayrık tutma bulunmadığı sürece, aynı durumların farklı işlemlere tabi tutulamayacağını öngörmektedir.

Objektif bir gerekçenin varlığı, farklı bir işlem ya da uygulamanın, eşitliği ihlal etmemesinin ön koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır[1151]. Ancak, bir uygulamanın dolaylı bir ayrımcılık teşkil etmemesi için gerekçesinin objektif olması ya da 2000/78 sayılı Yönergede belirtildiği gibi, doğrudan bir ayrımcılık sayılmaması için kamu düzeni, kamu güvenliği ve sağlığı gibi bir gerekçeye dayanması tek başına yeterli değildir [1152.] Geçerlilik, AB Hukuku açısından da iki koşula bağlıdır: meşru bir amaç ve ölçülü bir uygulama[1153].

---

etkilediğinde, bu etkinin ölçülülüğü, bu işçiler için ayrıca değerlendirilmektedir (ABAD, 6.12.2012, *Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH*, C-152/11, publié au Recueil général).

[1150] ATAD, 19.10.1977, *Albert Rückdeschel § Co. et Hansa Lagerhaus Ströh § Co. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, C-117/76, Rec. 1977 01753. Aynı yönde, ATAD, 16.10.1980, *René Hochstrass c. Cour de justice des Communautés européennes*, aff. 147/79, Rec. 1980 03005.

[1151] Porta, "**Sens de l'égalité**", 21.

[1152] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 482. Nitekim, ATAD, *Segers* kararında, sosyal güvenliğe ilişkin getirilebilecek bir ulusal düzenlemenin, ayrımcılık teşkil etmemesi için, yalnızca kamu düzeni, kamu güvenliği ve sağlığı gerekçelerine dayanmasının yeterli olmadığına karar vermiştir (ATAD, 10.7.1986, *D. H. M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, Rec. 1986 02375, §17). Aynı yönde daha yakın tarihli bir kararında da ABAD, toplu iş sözleşmesiyle sağlanan bazı hakların, yalnızca farklı cinsiyetten bir kişiyle yapılan evlilik neticesinde kazanılan statüye bağlı olarak verilmesi ve aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliği (medeni sözleşme/pacte civil) halinde bu haklardan yararlanama durumunun, ayrımcılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Bu tip bir düzenlemenin ayrımcılık sayılmaması, ancak kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, başka kişilerin sağlığının veya temel hak ve özgürlüklerinin korunması gibi nedenlere dayanmasına bağlı bulunmaktadır (ABAD, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charante-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12.12.2013, C-267/12, §45).

[1153] Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 342.

Adalet Divanı tarafından yapılan denetim uyarınca, eşitlik ilkesi, Birlik Hukukunun temel bir ilkesi olduğu için, buna getirilecek istisnaların dar yorumlanması gerekmekte ve bu istisnaların kamu yararı ile yakından ilişkisi bulunmalıdır[1154]. Divan, daha az müdahaleci önlemlerle de aynı sonuca ulaşmanın olanaklı olup olmadığını denetlemektedir[1155].

Adalet Divanı, dolaylı ayrım ve ölçülülük değerlendirmesi açısından ilke kararı niteliğindeki[1156] *Bilka* kararında[1157], objektif amacın yanında, bu amaçla ölçülü bir uygulama yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Gerçekten, karara konu somut uyuşmazlıkta, Bilka mağazalarında, tam süreli iş sözleşmesiyle en az 15 yıl çalışmış olanların dahil olabildiği ek bir emeklilik sigortası söz konusu olup; önceden tam süreli çalışan ancak daha sonra kısmi süreli çalışmaya başlayan Bayan Weber, 15 yıl koşulunu sağlayamadığı için bu sigortadan yararlandırılmamış ve bunun, kısmi süreli çalışanların daha çok kadın işçilerden oluşması nedeniyle, kadınlara yönelik bir ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

Adalet Divanı, kendisine yöneltilen sorulara açıklık getirirken, Birlik Hukukunun ihlal edilmemiş sayılması için, işverenin, bu uygulamanın objektif gerekçeleri olduğunu ve bu gerekçelerin cinsiyet temelli bir ayrıma dayanmadığını ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir. Divana göre, işveren, işletmesi açısından objektif ve ekonomik gerekçelerle, belli ücret politikaları izleyebilecektir ancak, bu uygulamanın, işverence izlenen ve meşru olan amaç açısından gerekli ve orantılı olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylece, işverenin meşru, ekonomik bir gerekçeyle başvurduğu yöntemlerin, gerekçeyle ölçülü olmasını beklemek, aynı zamanda işverenin kararlarının şeffaf olmasını aramak anlamına gelmektedir[1158].

[1154] Gerçekten, ATAD, çalışanların serbest dolaşım hakkına getirilebilecek bir sınırlama konusunda, bu sınırlamanın ayrımcılık oluşturmaması için, işçinin durumunun, kamu düzenini gerçek anlamda ve önemli düzeyde tehdit edecek olmasını aramaktadır. Bu nedenle bu konuda getirilebilecek bir ulusal düzenleme, kamu düzeninin korunması için gerekli olan düzeyi aşmamalı; mümkün olan en az kısıtlayıcı uygulama tercih edilmelidir (ATAD, 28.10.1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Rec. 1975 01219). Ayrıca bkz. Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 481; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 50.

[1155] Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 453; Lanquetin, "**Preuve de la discrimination**", 440.

[1156] Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 100; Lanquetin, "**Preuve de la discrimination**", 440; Doğan Yenisey, "**Metodoloji ve Orantılılık**", 1002.

[1157] ATAD, 13.5.1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1986 01607, §35.

[1158] Bkz. Lanquetin, "**Discrimination à raison du sexe**", 692.

Lommers kararında da[1159] Divan, ölçülülük ilkesini ön plana çıkarmış; ölçülülük ilkesinin işlevlerini açık biçimde ortaya koymuştur. Karara konu somut uyuşmazlık, Hollanda'da Tarım Bakanlığı bünyesinde memur olarak çalışan Bay Lommers'in çocuğunun, Bakanlık bünyesinde çalışan kadın memurlara tanınmış bulunan ve Bakanlıkça sübvanse edilen kreş hizmetinden yararlanmasına ilişkindir. Eşi başka bir işverene bağlı çalışan Bay Lommers, Bakanlığın kadın çalışanlara sağladığı kreş olanağından yararlanma talebinde bulunmuş, ancak acil durumlar dışında, bu hizmetin sadece kadın çalışanlar için öngörüldüğü yanıtını almıştır. Bunun gerekçesi olarak ise, Bakanlıkta çalışanların daha az bir kısmını oluşturan kadınların çalışmasının teşvik edilmesi biçiminde açıklanmıştır. Adalet Divanına göre, kreşten yararlanma olanağının yalnızca kadın işçilere verilmesinin, cinsiyete dayalı bir farklı uygulama olduğunda kuşku yoktur. Dolayısıyla bu farklı uygulamanın, 76/207 sayılı Yönergenin, gerçekte var olan eşitsizlikleri gidermek adına, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılabileceğini gösteren hükmüne uygun olup olmadığı tartışılacaktır.

Bu değerlendirmenin sağlıklı yapılabilmesi için Adalet Divanı, öncelikle o dönemde ilgili Bakanlıkta çalışan ve özellikle üst pozisyonlarda bulunan kadın çalışan sayısının, erkeklere oranla çok az olduğunu tespit etmiştir. İkincisi, Divan, uygun ve finansal olarak karşılanabilir düzeyde çocuk bakımı hizmetinin bulunmayışının, daha çok kadın çalışanların iş yaşamından çekilmesine neden olduğu yönündeki tespite katılmıştır. Bu koşullar altında, Bakanlık tarafından getirilen düzenlemenin, kadınların, bazı çalışma koşullarından yararlanması yoluyla, mesleki kariyerlerinin sürekliliğini kolaylaştırdığı ve kadınların, erkeklerle eşit koşullarda kariyerlerini sürdürme olasılıklarını artırma amacı taşıdığı sonucuna varılmıştır.

Bunun yanında, Divan, yerleşik içtihadı uyarınca, eşit işlemin de içinde bulunduğu her bireysel hakkın sınırlanmasında, ölçülülük ilkesine uyulması gerektiğini vurgulama gereği duymuştur[1160]. Divana göre, ölçülülük ilkesi ise, sınırlamaların, izlenen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olan düzeyi

---

[1159] ATAD, 19.3.2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, Rec. 2002 I-02891.

[1160] Gerçekten bu ifade, Divanın, *Lommers* kararına atıfla, başka kararlarında da yer verdiği bir ifade olmuştur: ATAD, 30.9.2004, *Serge Briheche c. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Minstre de la Justice*, C-319/03, Rec. 2004 I-08807, §24; ATAD, 22.11.2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, Rec. 2005 I-09981, §65.

aşmamasını ve eşit işlem ilkesi ile izlenen amacın gerekliliklerinin mümkün olduğu ölçüde uyumlaştırılmasını gerektirir. Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilen ölçülülük denetiminin metodunu genel hatlarıyla incelediğimiz ilk bölümde açıklandığı gibi; Divan, somut olayın koşulları çerçevesinde ölçülülük ilkesine uygun hareket edilip edilmediği değerlendirmesini, ulusal yargı organının yapmasının daha isabetli olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın, ulusal yargı organına, bu değerlendirmeyi yapabilmesi için, Birlik Hukukunun tüm yorum araçlarını sağlama konusunda kendisinin yetkili olduğunu da hatırlatmaktadır.

Bu kapsamda Divan, somut olayın koşulları içinde, kreşin kapasitesinin sınırlı olmasının; her kadın işçinin dahi bu hizmetten yararlanamamasının ve erkek işçilerin bu hizmetin tamamen dışında bırakılmamış olmasının da altını çizmiştir. Bu noktaya dek, kadın çalışanlar açısından söz konusu olabilecek fiili eşitsizliği gidermeye yönelik uygulama, izlenen amacı gerçekleştirmek için ölçülü olarak nitelendirilmiştir. Ne var ki, babanın da çocuğun bakımını tek başına üstleniyor olması, menfaat dengesinde bazı değişiklikler doğurabilecektir.

Nitekim, Divan'a göre, çocuğunun bakımını tek başına üstlenen bir erkek çalışanın, sübvanse edilen bu kreş hizmetinden yararlanabileceklerin dışında tutulması, sözü edilen yönerge tarafından düzenlenen eşit işlem hakkına aşırı bir müdahale sayılmalıdır. Bu hal, yönergenin tanıdığı istisnanın sınırlarını aşmaktadır. Zira, çocuğunun bakımını tek başına üstlenen bir erkek çalışan söz konusu olduğunda, Bakanlığın ileri sürdüğü, kadınların, çocuk bakımı nedeniyle iş yaşamından çekilmek zorunda kalmalarının önlenmesi yönündeki gerekçesinin, artık tutarlılığı kalmamaktadır. Bu nedenle, bu ihtimalde, kadın ve erkek çalışanların eşit koşullarda kreş hizmetinden yararlandırılmaması, ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Adalet Divanının içtihadı ile ayrım yasağı, doğrudan belli bir ayrım kriterine dayanan ayrımcılıkların yanında, görünüşte başka bir kritere dayalı zannedilebilecek ancak sonucu itibariyle aynı etkiyi doğurmaya elverişli farklı uygulamaları da kapsar hale gelmiştir. Böylece ilk kez *Sotgiu*[1161] davası ile dolaylı ayrımcılık kavramı ortaya çıkmıştır. Divana göre, ayrım gözetmeden herkese uygulanan bir kuralın dahi, doğası

[1161] ATAD, 12.2.1974, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, C-152/73, Rec. 1974 00153. Dolaylı ayrımcılık kavramı, AB Hukukunda bu nedenle yargıcın yarattığı hukukun bir meyvesi olarak nitelendirilmiştir (Hernu, **Principe d'égalité et principe de non-discrimination**, 268). Ayrıca bkz. Lyon-Caen/Lyon-Caen, **Droit social international et européen**, 215; Lanquetin, "**Égalité de traitement**", 872.

gereği göçmen işçileri, ilgili üye devlet vatandaşı olan işçilere göre daha dezavantajlı bir konuma getirme riski taşıması halinde ayrımcılık söz konusu olacaktır. Bu uygulamanın ayrımcılık teşkil etmemesi ise, uygulama ile hedeflenen amaçla açıklanabilir ve orantılı olmasına bağlı bulunmaktadır. O halde dikkate alınan kriter açısından değil, doğurduğu sonuç açısından ayrımcılık olarak nitelendirilen dolaylı ayrımcılık hallerinde işveren, farklı uygulama sonucunu doğuran kuralın, meşru bir amacı olduğunu, objektif nedenlere dayandığını ve bu konuda alınan tedbirlerin amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olduğunu ortaya koyarak, dolaylı bir ayrımcılık söz konusu olmadığını ispat edebilecektir. Diğer bir ifadeyle işverenin gerçekleştirdiği uygulama, taşıdığı amaç ile ölçülü olmalıdır.

AB Hukukunda, ayrım kriterleri arasında yaş kriterine, belli koşullar altında başvurulması olanaklı olarak nitelendirilen[1162] bir kriter olması açısından farklı yaklaşılmaktadır. Gerçekten çalışma yaşamında yaş, iki yanı keskin bir bıçak gibi, yaşlıların işten çıkarılmaları ya da tekrar iş yaşamına dönmelerine engel; gençlerin ise deneyimsizliklerinden ötürü istihdam edilmemelerinin veya düşük ücretle istihdam edilmelerinin nedeni olabilmektedir[1163]. Farklı yaşlar arasında işlem farklılığı, en çok işe alma aşamasında görülmektedir[1164]. Ayrıca yaş konusu, ülkenin istihdam politikasını ve hatta sosyal güvenlik politikalarını da yakından ilgilendirdiğinden[1165], bu kıstas dikkate alınarak yapılan işlem farklılıklarının denetimi de özellik taşımaktadır.

Gerçekten, 2000/78 sayılı AB Yönergesinin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki genel düzenlemeye ek olarak, yaşa dayalı farklı bir uygulamanın hangi koşullar altında haklı gerekçesinin olabileceği, ayrı bir düzenlemenin konusu yapılmıştır. Sözü edilen 6. madde hükmüne göre, yaşa dayalı farklı işlemler, ulusal hukuk çerçevesinde, özellikle istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki formasyon gibi

---

[1162] ATAD, 5.3.2009, The Queen (à la demande de The Incorporated Trustees of The National Council on Ageing) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, Rec. 2009 I-01569. Bkz. Lanquetin, **Discrimination**, §56; Martin/Mercat-Bruns, "**Approche comparative – seconde partie**", 63; Mélanie Schmitt, "La CJCE précise le régime des différences de traitement fondées sur l'âge", **RDT**, Juin 2009, 385-386; Marie Mercat-Bruns, "La discrimination fondée sur l'âge: un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires", **RDT**, 2007.360; aynı yazar, "Retour sur la discrimination fondée sur l'âge", **RDT**, 2010.587; Yann Leroy, **Âge du salarié**, Rép. trav. Dalloz, septembre 2011, § 20 vd.

[1163] Gérard Lyon-Caen, "Différence de traitement ou discrimination selon l'âge", **Dr. soc.**, N° 12 Décembre 2003, 1047; Mercat-Bruns, "**Retour sur la discrimination fondée sur l'âge**", 587; Leroy, **Âge du salarié**, § 26 vd.

[1164] Baybora, "**Yaş Ayrımcılığı**", 44.

[1165] Jean Pélissier, "Age et perte d'emploi", **Dr. soc.**, N°12 Décembre 2003, 1061 vd.

meşru bir amaç ile objektif ve makul olarak gerekçelendirildikleri ve bu amaca yönelik araçlar, elverişli ve gerekli oldukları takdirde, ayrımcılık teşkil etmeyecektir[1166]. Maddenin devamında, öngörülebilecek farklı uygulamalara, örnekseme yoluyla yer verilmiştir. Böylece, diğer ayrım kriterlerine ilişkin uygulamalarda, sadece dolaylı ayrımcılık halinde istisna kabul edilmekle birlikte (m. 2/2); yaş kriterine dayalı doğrudan ayrımların da belirtilen gerekçelerle istisnası gündeme gelebilmektedir (m.6)[1167]. Diğer yandan, m. 2/2'ye göre, meşru amaç ve ölçülü araçlarla yapılabileceği kabul edilen istisna, hem Devlet makamlarına, hem de işverenlere yönelikken; m. 6'da sayılan istihdam politikası, iş piyasası ve mesleki formasyon gibi gerekçeler, doğrudan Devlet makamlarını ilgilendirmektedir.

Nitekim, AB Hukukunun etkisi sonucunda, Fransız İş Kodu art. L.1133-2 hükmüne göre, yaş koşuluna dayalı farklı uygulamalar, objektif ve makul olarak meşru bir amaçla açıklanabiliyorsa ve bu amacı gerçekleştirmek için başvurulan araçlar gerekli ve elverişliyse, ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir[1168]. Maddede aynı zamanda, meşru amaç sayılabilecek hallere örnekler, "özellikle" denilerek, işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması; çalışma yaşamına dahil olmalarının desteklenmesi; istihdam edilmelerinin sağlanması; işlerini kaybetmeleri halinde ise işe yeniden yerleştirilmeleri ya da zararlarının tazmin edilmesi kaygısı biçiminde sayılmıştır. İş Kodu art. L. 1133-1 maddesinde, mesleki gerekliliklere dayalı farklı uygulamaların eşitlik ilkesinin bir ihlali sayılmaması için, hem meşru bir amacın varlığı hem de mesleki gereklilikle ölçülü bir uygulama olması aranmaktadır[1169]. Buna karşın, yaş kriterine dayalı bir uygulama farklılığının, bu açıdan, objektif ve makul biçimde, meşru bir amaçla açıklanabilir olması yeterli görülmüştür. İşverenin, işçileri arasında, yaş nedeniyle farklı uygulamalar yapabilmesi için daha hafif koşullar arandığını söylemek olanaklıdır[1170].

[1166] Bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 343-348; Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 74; Teyssié, **Droit européen du travail**, 302; Lanquetin, **Discrimination**, §56; Mélanie Schmitt, "La CJCE précise le régime des différences de traitement fondées sur l'âge", **RDT**, Juin 2009, 385; Yıldız, **Eşit İşlem**, 203; Baybora, "**Yaş Ayrımcılığı**", 51-52.

[1167] Schmitt, "**Différences de traitement fondées sur l'âge**", 386.

[1168] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 238; Lanquetin "**La loi d'adaptation**", 783; Mercat-Bruns, "**La discrimination fondée sur l'âge**", 360 vd.

[1169] Saïd, "**La justification des mesures**", 364.

[1170] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 238.

Adalet Divanının *Mangold* kararı[1171], yaş kıstasına dayalı işlem farklılıklarının kabul edilebilirliği açısından önem taşımaktadır. Karara konu olan Almanya'daki yasal düzenleme, 52 yaşını geçen işçilerle, herhangi bir sınırlama olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesini öngörmektedir. Bu düzenlemenin 2000/78 sayılı AB Yönergesine uygun olup olmadığı yönündeki soruyu değerlendiren Adalet Divanı, bu düzenlemeyi, yaş kriterine dayalı bir farklı uygulama olarak nitelendirmiştir. Ancak, belli bir yaşın üzerindeki kişilerin iş yaşamına dahil olmasını teşvik eder nitelikteki bu tip uygulamalar, 2000/78 sayılı Yönergenin 6. maddesine uygun olmak koşuluyla geçerli kabul edilmekte ve sözü edilen amaç, bu uygulamaların makul ve objektif gerekçesini oluşturmaktadır[1172]. Dolayısıyla, sözü edilen düzenleme, ikili denetimin ilk aşaması olan, makul ve objektif gerekçeye sahip olma aşamasını geçmiştir.

Ne var ki, sözü edilen Alman yasasının, Yönergeye uygun olması için, yalnızca meşru bir amacın izlenmesi yeterli değildir. Bunun yanında, bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen uygulamanın, amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması da aranacaktır[1173]. Diğer bir ifadeyle, Adalet Divanının her zaman başvurmadığı, klasik anlamda ölçülülük denetiminin son aşaması olan oranlılık değerlendirmesi bir kenara bırakılacak olursa, Divan, uygulamanın, meşru bir amaca hizmet etmesinin yanında, amaç ile ölçülülüğünü kontrol etmektedir[1174].

Bu kapsamda, Almanya'da yasal düzenlemenin bir sonucu olarak, 52 yaşına gelen herkesle, objektif bir neden ve belli bir süre işsiz kalmış olması koşulu aranmaksızın, herhangi bir süreyle de sınırlı olmayacak biçimde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabildiği tespit edilmiştir. Bu durum, kuşkusuz, bu kategoride yer alan kişilerin, mesleki kariyerlerinin önemli bir bölümünde, iş güvencesinden ve böylece bu konudaki Çerçeve Sözleşmenin[1175] sağlamak istediği korumadan yoksun kalmalarına neden olmaktadır. Bunun üzerine Adalet Divanı, bu tip bir yasal düzenlemenin, bu kategorideki işçilerin iş yaşamına dahil olması amacının gerçekleşmesi açısından, elverişli ve gerekli olan düzeyi aşan (böylece ölçülülüğü

[1171] ATAD, 22.11.2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, C-144/04, Rec. 2005 I-09981. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 345; Géniaut, **Proportionnalité**, 286-287; Leroy, **Âge du salarié**, § 10 vd.; Lanquetin, **Discrimination**, §56-59; Martin/Mercat-Bruns, "**Approche comparative – seconde partie**", 63 vd.
[1172] Servais, **Droit social de l'Union européenne**, 75-76; Sweeney, "**Diversité des sources**", 46.
[1173] Ayrıca bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, 203.
[1174] ATAD, C-144/04, §62.
[1175] 1999/70 sayılı AB Yönergesi ile kabul edilen, 18 Mart 1999 tarihli Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Çerçeve Sözleşme.

aşan) bir düzenleme olduğuna karar vermiştir[1176]. Karara konu pozitif düzenleme, başka herhangi bir koşul öngörmeksizin, otomatik olarak uygulanma alanı bulduğundan, denetimin ikinci aşamasında, amaçla ölçüsüz bulunmuştur[1177].

Görüldüğü gibi, Divanın kararının odak noktasını, ölçülülük değerlendirmesi oluşturmaktadır. Divana göre, ölçülülük ilkesi, bireysel bir hakka getirilen her sınırlamada, eşit işlem ilkesinin gerekleri ile izlenen amacın gerekleri arasında bir uyumlaştırmayı zorunlu kılmaktadır[1178]. Bu yönüyle Almanya'daki bu pozitif düzenleme, 2000/78 sayılı Yönergenin 6. maddesi ile açıklanabilir nitelikte bulunmamıştır. Nitekim, Divanın kararı sonrasında, Alman yasa koyucu, aykırılığı gidermek amacıyla, ilgili pozitif düzenlemede değişiklik yapmıştır. Getirilen yeni düzenleme ile 52 yaşını tamamlamış kişilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle söz konusu kişinin, sözleşmenin başlangıç tarihinden önce en az 4 ay süreyle işsiz kalmış olması aranmış; koşulların varlığı halinde 52 yaşını tamamlamış kişilerle objektif bir neden olmaksızın 5 yıla kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği öngörülmüştür[1179]. Böylece, düzenlemenin, belli bir yaşın üzerindeki kişilerin istihdamını kolaylaştırma yönündeki amaç ile ölçülü hale getirildiği söylenebilecektir.

Benzer yönde, Adalet Divanı, Almanya'da bir havayolu şirketinin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi ile, 60 yaşını tamamlayan pilotların iş sözleşmelerinin otomatik olarak sona ereceğine ilişkin hükmün, 2000/78 sayılı Yönergeye uygunluğuna ilişkin kendisine yöneltilen önsoruna cevabında, bu düzenlemenin yaş kriterine dayanan bir farklı uygulama getirmekte olduğuna işaret etmiştir[1180]. Adalet Divanı, ulusal yasa koyucular gibi, toplu sözleşme taraflarının da AB normlarına uygun düzenlemeler getirmesi gerekliliğine işaret ettikten sonra[1181], bu konuda pilotlar açısından getirilen yaş sınırlamasının, hava trafiğinin güvenliğinin korunması amacını taşıdığı ve özellikle, pilotların, yolcuların ve uçuş güzergahında yaşayan kişilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik olduğunu tespit etmiştir.

[1176] ATAD, C-144/04, §65.
[1177] Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 345.
[1178] ATAD, C-144/04, §65.
[1179] Ali Güzel/Ercüment Özkaraca/Deniz Ugan, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, İstanbul, Beta, 2011, 514.
[1180] ABAD, 13.9.2011, *Reinhard Prigge et autres c. Deutsche Lufthansa AG.*, C-447/09, Rec. 2011 I-08003. Karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Sweeney, "**Diversité des sources**", 48.
[1181] ABAD, C-447/09, §47-49.

Ancak, ayrım yasaklarına istisna getiren, 2000/78 sayılı Yönergenin m. 2/5 hükmü, dar yorumlanmalıdır. Bu yönüyle Adalet Divanı, uçuş güvenliğinin, bu hükümde sözü edilen gereklilikler arasında yer alıp almadığını ve ilgili toplu sözleşme maddesinin bu hükme uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Divan, pilotların fiziksel kapasitelerinin kontrolü sayesinde uçak kazalarının önlenmesi amacının, Yönergenin m. 2/5 hükmünde belirtilen kamu güvenliğinin sağlanması amacı ile örtüştüğünü tespit etmiştir. Ne var ki, bu amacı, Yönergenin m.6/1'de eşit işlem ilkesine getirilebilecek istisnalar açısından sayılan meşru amaçlar arasında kabul etmemiştir[1182].

Sosyal taraflarca pilotlar için getirilen 60 yaş sınırının, Yönergeye uygunluğunun denetiminde etkili olan ve önem taşıyan hüküm ise, Yönergenin mesleki gereklilik başlıklı m. 4/1 hükmü olmuştur: Bu hükme göre, işlem farklılığının dayandığı kriter (olayda yaş), bir mesleki faaliyetin niteliği ya da yapılma koşulları gereği, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa; izlenen amaç meşru ise ve aranan gereklilik, amaçla ölçülü ise; işlem farklılığı, ayrımcılık oluşturmayacaktır. Pilotlar açısından, mesleklerinin gereği olarak sahip olmaları beklenen ve yaş ile azalacağı yadsınamayacak olan fiziksel kapasite, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik niteliğindedir. Ancak bu tespitin ardından belirlenmesi önem taşıyan nokta, sosyal taraflarca, pilotların 60 yaşından sonra sözü edilen fiziksel kapasiteye sahip olmadıklarına karar verilmesinin, ölçülü bir gereklilik olup olmadığının belirlenmesidir[1183].

Bu değerlendirmenin yapılmasında, Adalet Divanı için yol gösterici olan ise, Almanya'nın konuya ilişkin olarak taraf olduğu uluslararası düzenlemelerde ve Alman yasalarında, pilotlara, belli koşullarla, 65 yaşına kadar mesleklerini icra etme olanağının getirilmiş olmasıdır. Bu durum karşısında Divan, sözü edilen düzenlemelerde getirilen yaş sınırı 65 olmasına karşın, uyuşmazlık konusu toplu iş sözleşmesinde 60 yaş sınırının getirilmesinin, m. 2/5 kapsamında izlenen kamu güvenliğinin sağlanması amacının gerçekleştirilmesi için gerekli bir önlem olmadığı[1184] ve m. 4/1 uyarınca öngörülen bu gerekliliğin, pilotlar aleyhine

[1182] ABAD, C-447/09, §77 vd.
[1183] ABAD, C-447/09, §70.
[1184] ABAD, C-447/09, §63-64.

öngörülen ölçüsüz bir gereklilik olduğu[1185] sonucuna varmıştır. Böylece, devletin sosyal politikasına ilişkin aldığı bir önlemin, amacı gerçekleştirmek için uygun ve tutarlı sayılıp sayılamayacağı, başvurulabilecek en az müdahaleci önlem olup olmadığı, ölçülülük denetimi ile tespit edilmektedir[1186].

Belli bir mesleğin icrası için getirilmek istenen yaş sınırına ilişkin ve bu konuda Adalet Divanının gerçekleştirdiği ölçülülük denetiminin aşamalarını açıkça gösteren bir diğer örnek, Adalet Divanının, Macaristan'da yargıçların emeklilik yaşlarının 70'ten 62'ye indirilmesine ilişkin çıkarılan yasa hakkındaki değerlendirmeleridir[1187]. Yargıçların re'sen emekli edilmeleri konusundaki bu yaş değişikliğinin meşru gerekçesi olarak; kamu görevlerine girişlerde yaş kriterinde yeknesaklık sağlanması, yaşlılık aylığı rejiminin sürdürülebilirliği, adalete ilişkin faaliyetlerin kalite ve etkinliğinin artırılması ve gençlerin yargıçlık mesleğine daha kolay girebilmelerini sağlama gerekçeleri ileri sürülmüştür. Belirtilen bu gerekçeler, Adalet Divanı tarafından meşru olabilecek nitelikte görülmüştür. Bu meşru amaçlara erişebilmek için, yargıçların emeklilik yaşının düşürülmesi ise, elverişli bir önlem sayılabilecektir[1188]. Buna karşın, bu uygulamanın, aynı zamanda bu amacın gerçekleşmesi için gerekliliğinin de araştırılması zorunludur.

Bu kapsamda Divan, Macaristan'daki bu pozitif düzenlemenin, izlenen amaçlara ulaşmak için gereken düzeyi aşıp aşmadığını ve ilgili kişilerin menfaatlerinin aşırı bir müdahaleye uğrayıp uğramadığını denetleyecektir[1189]: Bu yasal düzenlemeden etkilenen yargıçlar, bu değişiklik öncesinde, 70 yaşına kadar bu mesleği icra edecekleri konusunda haklı bir beklenti içindedirler. Oysa yasal düzenlemede yapılan değişiklikle, herhangi bir geçiş hükmü getirilmeden,

---

[1185] ABAD, C-447/09, §75. Benzer biçimde, Fransa'da Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına konu olan somut olayda, 60 yaşına geldiği için işten çıkarılan bir pilotun, sözleşmesinin feshine itiraz etmiştir. Sosyal Daire, AB'nin 2000/78 sayılı Yönergesine atıfla, hava trafiğinin güvenliği ve havayolunu kullananların güvenliği açısından, pilotluk mesleğinin özellikleri de dikkate alındığında, pilotlar için getirilen çalışma yaş sınırının meşru bir amaca dayandığını kabul etmiştir. Ne var ki, Sosyal Daire, bu yönde karar vermiş olan istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. Zira, istinaf mahkemesi, amacın meşru olduğuna kanaat getirmiş dahi olsa, pilotların 60 yaşına geldiğinde işten ayrılmak zorunda olmaları biçimindeki uygulamanın, bu amacı gerçekleştirmek için gerekli olup olmadığını da değerlendirmelidir (Cass. soc. 11 mai 2010, n^{os} 08-45.307, 08-43.681, Bull. 2010 V, n^{o} 105). Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Mercat-Bruns, "**Retour sur la discrimination fondée sur l'âge**", 587 vd.

[1186] Mercat-Bruns, "**Retour sur la discrimination fondée sur l'âge**", 587.

[1187] ABAD, 6.11.2012, *Commission européenne c. Hongrie*, C-286/12, publié au Recueil général. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Nicolas Moizard, "Discrimination en raison de l'âge et mise à la retraite d'office de magistrats hongrois", **RDT**, Février 2013, 111-113.

[1188] ABAD, C-286/12, §64.

[1189] ABAD, C-286/12, §66.

çalışabilecekleri yaş sınırı, kesin bir şekilde 70'den 62'ye indirilmiştir. Buna göre, bu değişikliğin kapsamındaki kişiler, özellikle ekonomik anlamda bir hazırlık yapmaksızın çalışma yaşamından ayrılmak zorunda bırakılmaktadırlar. Bu noktada Macaristan hükümeti, izlenen amaca, daha az müdahaleci, daha hafif bir önlemle ulaşmanın olanaklı olmadığını da ortaya koyamamıştır. Bu nedenle, yapılan yasal düzenlemenin, ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır[1190]. Yargıçların re'sen emeklilik yaşını 62'ye düşüren yasa, hükümetçe izlenen amaca oranla ölçüsüz bir görünüm sergilemekte, bu anlamda da yaş kıstasına dayalı bir ayrımcılık teşkil etmektedir.

Divan tarafından yapılan ölçülülük denetiminde, esas noktayı, gereklilik olarak adlandırdığı aşamanın oluşturduğu dikkat çekmektedir. Divan, bu aşamada, önlemin aşırılığını değerlendirmekte ve kamu menfaati ile müdahaleye uğrayan bireysel menfaatler tartılarak, bunların gereğinden fazla düzeyde zedelenmesine engel olmak istenmektedir[1191]; ki gereğinden fazla bir sınırlama, önlemin ölçüsüzlüğüne ve böylece işlem eşitsizliğine işaret edecektir[1192].

İnceleme konusu yapılan kararlarda gerek pilotlara gerek yargıçlara ilişkin yapılan değerlendirmelerden anlaşılmaktadır ki, ölçülülük denetimi, meşru bir amaca yönelik alınan önlemlerin, aşırı olup olmadığını; her mesleğin[1193] ya da somut olayın kendine özgü özelliklerini[1194] dikkate almaksızın sistematik bir uygulama[1195] doğurup doğurmadığını belirleme işlevi göstermektedir.

[1190] ABAD, C-286/12, §80.

[1191] Moizard, "**Mise à la retraite d'office**", 111.

[1192] Örneğin, 25 yaşından önceki çalışmaların, ihbar süresinin hesabında dikkate alınmayacağına ilişkin bir yasal düzenlemenin, yaşa dayalı bir ayrım teşkil edip etmediğinin değerlendirildiği Küçükdeveci kararında Divan, getirilmek istenen uygulamanın, istihdam politikaları nedeniyle makul görülebileceğini kabul etmiş olsa da; işçinin iş sözleşmesinin feshi sırasındaki yaşı dikkate alınmaksızın, 25 yaşından önceki çalışmaların hesaba katılmamasının, işverene büyük bir esneklik tanıdığına kanaat getirmiştir. Bu uygulama, izlenen amacı gerçekleştirmek için uygun ve gerekli bulunmamıştır (ABAD, 19.1.2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.*, C-555-/07, Rec. 2010 I-00365). Ayrıca bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 345.

[1193] Diş hekimlerine yaş sınırı getirilmesi konusunda bkz. ABAD, 12.1.2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, C-341/08, Rec. 2010 I-00047.

[1194] Örneğin, İspanya'da, işçilerin 65 yaşında re'sen emekli sayılmasına ilişkin düzenleme, istihdam olanağının, nesiller arasında paylaştırılması açısından, Adalet Divanı tarafından, ölçülü olarak değerlendirilmiştir (ATAD, 16.10.2007, *Félix de la Villa c. Cortefiel Servicios SA.*, C-411/05, Rec. 2007 I-08531). Ayrıca bkz. Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 346; Schmitt, "**Différences de traitement fondées sur l'âge**", 385.

[1195] Marie Mercat-Bruns, "Âge et discrimination directe: une jurisprudence en gestation", **RDT**, 2011.441.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İŞVERENİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ İLİŞKİSİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

§10. İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE İŞVERENİN MÜDAHALE OLASILIĞI

I. Sözleşme Özgürlüğü ile İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri Dengesinde Ölçülülüğün İşlevine Genel Bakış

Özgürlük, siyasi düşünceler tarihi, felsefe ve toplumbilimin ele aldığı soyut bir kavram olarak nitelendirilir; hukuk ise, söz konusu özgürlüğü tanır, korunmaya değer olarak nitelendirir ve bunun kullanım biçimini belirler[1196]. Böylece "*hak*" olarak düzenlenmekle, "*özgürlük*" bir biçim kazanır[1197]. "*Kişi, şu ya da bu biçimde karar verme ve davranma, iradesi doğrultusunda yapma ya da yapmama yetkisine sahip olduğu zaman "özgür"dür*"[1198].

Özgür birey, serbest iradesiyle hukuki ilişkiler kurar, borç altına girer; iradenin serbest oluşu, özgürlüğe işaret eder. İşçinin, iş sözleşmesi ile iradi olarak işverenin otoritesi altında iş görmeyi kabul etmesi sonucu ortaya çıkan bağımlılık ilişkisi ise, belirtilen bu özgürlüğün sınırlanması anlamına gelmektedir[1199].

Yeniden vurgulamak gerekir ki; iş sözleşmesine göre bağımlı çalışmayı kabul eden işçi, dilediğini yapma veya yapmama yetkisinden, kendi iradesiyle belli ölçüde vazgeçmiş olmakla birlikte, tüm özgürlüklerini, işyerinin kapısından içeri girdiğinde, ardında bırakmamaktadır. İşverenin iş organizasyonu içinde, onun emir ve talimatları altında çalışmaya rıza göstermesi, işçinin temel hak ve özgürlüklerinden bütünüyle

---

[1196] Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 11.
[1197] Hennette-Vauchez/Roman, **Droits de l'Homme**, 7.
[1198] Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 12. *Rivero* da, özgürlüğü, kişisel olarak takınılacak tutumu seçmeyi sağlayan, kendi kendine karar verme yetkisi (*un pouvoir d'autodétermination*) biçiminde tanımlamıştır (Jean Rivero, **Libertés publiques**, 9e édition, Paris, PUF, 2003, 5).
[1199] Supiot, "**Pourquoi un droit du travail?**", 485; Cornesse, **Proportionnalité**, 67.

vazgeçtiği anlamına, elbette gelmeyecektir[1200]. İş sözleşmesinin tarafı olarak işçi, bir birey ve bir yurttaştır[1201]. Dolayısıyla iş sözleşmesi ile rıza gösterilen bağımlılık, mesleki faaliyetle ya da iş görme edimiyle ilişkili ve sınırlı bir bağımlılık olup[1202]; işçinin kişi olmasına bağlı hakları, işyerinin sınırları içinde dahi varlığını koruyacaktır. Sözleşmede zayıf olan tarafın özgürlüklerinin sınırlanabilmesi söz konusu olduğunda, irade özerkliği ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale edilebilmesi konusu, daha da fazla önem kazanmaktadır[1203]. Zira, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin hak ve özgürlüklerinin, onurunun korunması[1204], insana yaraşır bir çalışma düzeninin olmazsa olmaz koşuludur.

Asla unutulmaması gereken ve belki de daha başlangıçta yapılabilecek tespit, özgürlüğün kural olması; yetkinin ise, bu özgürlüğe, yalnızca yetkinin veriliş amacına sıkı sıkıya bağlı amaçlarla ve bu amaç için gerekli olan düzeyi aşmayacak sınırlamalar getirebilmesidir[1205]. İşte kural ve istisna, diğer bir deyişle, işçinin özgürlükleri ve işverenin bunlara müdahale yetkisi, iş ilişkisinin odağında, bir arada varlığını sürdürmektedir. Yetki ve özgürlük kavramlarının yan yana anılması, tıpkı bağımlılık ve özgürlük kavramlarına benzer biçimde[1206], hemen bir çatışmayı,

---

[1200] Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 439, 449; Lyon-Caen, Antoine, "Destin de la legislation du travail, Propos d'un observateur français", **Prof. Dr. Turhan Esener II. Uluslararası İş Hukuku Kongresi**, yayımlanmamış tebliğ; Philippe Waquet, "Le pouvoir de direction et les libertés des salariés", **Dr. soc.**, N° 12 Décembre 2000, 1051. Örneğin Fransız Yargıtayının bir kararına konu uyuşmazlıkta, işçinin, işyerinde ve dışında, kötüye kullanmadığı sürece, ifade özgürlüğünün var olduğunun altı çizilmiş ve bu özgürlüğün, işçinin yaptığı işin niteliği ile açıklanamayan, ölçüsüz hiçbir kısıtlamaya uğrayamayacağı vurgulanmıştır. (Cass. soc. 14 déc. 1999, Bull. 1999 V, N° 488). Fransız hukuk yargılamasında, Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda, davaya devlet adına müdahil olan kamu görevlisinin (*avocat général*), karara ilişkin olarak yayınlanan değerlendirmesinde de, iş sözleşmesine göre işverenin otoritesi altında, bağımlı çalışan işçinin, "özgür bir insan" (*homme libre*) olarak kalacağı hususuna, ayrıca dikkat çekilmiştir (Jacques Duplat, Conclusions de l'avocat général Cass. soc. 14 déc. 1999 "Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise", **Dr. soc.**, N° 2 Février 2000, 164).

[1201] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 115; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 169, 221; Cornesse, **Proportionnalité**, 61; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 94; Engin, **İşletme Gerekleri**, 26.

[1202] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 169; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 820; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 41.

[1203] Cornesse, **Proportionnalité**, 67; Ertürk, **Temel Haklar**, 50.

[1204] Olivier De Tissot, "Pour une analyse juridique du concept de 'dignité' du salarié", **Dr. soc.**, N° 12 Décembre 1995, 972 vd.; Patrice Adam, "La dignité du salarié (Deuxième partie)", **RDT**, 2014.244.

[1205] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 155; Cornesse, **Proportionnalité**, 60; Alain Lacabarats, "À propos de quelques libertés en entreprises: propos conclusifs", **RDT**, 2014.409.

[1206] Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 1. Gerçekten, iş ilişkisinin temelindeki bağımlılık ilişkisi ile kişinin temel hakları arasında da ilk bakışta göz ardı edilemez bir karşıtlık olduğu düşünülebilecektir (Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 423).

uyumsuzluğu çağrıştırsa da[1207]; iş ilişkisinde bu kavramların, kaçınılmaz olarak birlikte var oluşu, bunların uyumlaştırılması ihtiyacını doğurmaktadır[1208].

İşverenin müdahalesine açık olan, dolayısıyla işverenin yönetim yetkisi ile karşı karşıya gelen özgürlüklerin, yani işçinin işyerinde sahip olduğu özgürlüklerin tanımlanabilmesi ise, sayısız menfaat çatışmasını gündeme getirdiği için, güçlük arz eder[1209]. Bu nedenle özgürlük ile yetki arasındaki dengenin kurulması da kolay değildir. Karşı karşıya gelebilecek menfaatler arasında adil bir dengenin kurulmasında, her durum için ortak olan, tek bir cevabın bulunamayacağı açıktır[1210]. Gerçekten, işyerinde, işçinin hak ve özgürlüklerinin tanınması, kaçınılmaz olarak bunların sınırlamalara uğramasını da beraberinde getirdiğinden[1211]; işçinin, bireysel ve kolektif özgürlükleriyle temel haklarının işletmedeki yeri üzerine düşünme, iş hukukunda ölçülülüğün işlerlik kazanmasını tetiklemiştir[1212]. İşverenin yetkileri ve işletme menfaati kavramına ilişkin tartışmalar, işverene tanınan yetkilerin, işçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahalesinin sınırlı olması gerektiği noktasına erişmiş ve yetkiyle özgürlükler arasındaki dengenin kurulmasında ihtiyaç duyulan araç, ölçülülük ilkesi olarak ortaya çıkmıştır. Bunun nedeni, kuşkusuz, ölçülülüğün, vurgulamaya çalıştığımız ikili işlevidir[1213]: İş ilişkisinde işçinin hak ve özgürlüklerine yapılabilecek müdahalelerin sınırlanması işlevi ve bunun yanında, müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinin ölçüsü olma işlevi.

Bu durum, bir yandan, işçinin hak ve özgürlüklerinin güvencesinin güçlenmesi; diğer yandan, ölçülü olması koşuluyla bu hak ve özgürlükleri sınırlandırabilmesi nedeniyle işverenin yetkilerinin güçlenmesi olarak algılanabilecektir. İşte, her iki tarafın da menfaatlerinin, göz ardı edilmeksizin, hem olumlu, hem de olumsuz etkilenmesi, tam anlamıyla bir denge meselesidir.

[1207] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 93.
[1208] Cornesse, **Proportionnalité**, 69; Waquet, "**Vie privée**", 20; Lacabarats, "**Libertés en entreprises**", 409.
[1209] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 36. Gerçekten, bu güçlüğün kaynağı, iş ilişkisinde kişinin korunması konusuna eğilindiğinde karşımıza çıkan iki tür çeşitliliktir: Kişinin korunmasına yönelik kuralların çeşitliliği ve kavram çeşitliliği (Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 425; Géniaut, **Proportionnalité**, 92).
[1210] Perraki, **La vie personnelle**, 360.
[1211] Waquet, "**Vie privée**", 15; Lacabarats, "**Libertés en entreprises**", 409.
[1212] Cornesse, **Proportionnalité**, 41, 60.
[1213] Philippe, **Le contrôle de proportionnalité**, 46; Géniaut, **Proportionnalité**, 78; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 123; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 155; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 440-441.

Çalışmamızın bu bölümü, bu kapsamda, işçilerin hak ve özgürlüklerine yapılabilecek olan işveren müdahalesinin sınırları ve meşruiyeti konusuna ayrılmıştır. Önemle belirtelim ki, işçilerin, işverenin yetkileri ve müdahalesi karşısında korunması gereken hak ve özgürlüklerinin sınırlı sayı esasına göre belirlenmesi olanaklı değildir. Çünkü bu hak ve özgürlüklerin kaynakları çok çeşitlidir. Ayrıca, işçinin hak ve özgürlüklerinin içeriği ve kapsamının açıklanması, ölçülülüğü konu alan araştırmamızın sınırlarını aşacağından, bu bölümde de, konuya ve dolayısıyla söz konusu hak ve özgürlüklere ölçülülük çerçevesinden yaklaşılacaktır.

Bu yaklaşım, çok daha kapsamlı başka bilimsel çalışmaların konusu olan işçilerin hak ve özgürlüklerinin[1214], özellikle ve yalnızca sınırlanması konusuna ve bu sınırlamanın kabul edilebilir düzeyini belirlemede yargıcın denetim aracı olan ölçülülük ilkesi üzerinde durmayı gerektirmektedir. Bu konunun incelenmesi, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin kurulduğu noktanın tespit edilmesine katkı sağlayacaktır.

II. İşçinin Kişilik Değerlerinin İş Sözleşmesi ile Bütünleşmesi

Devlet, egemenlik, siyasal iktidar, anayasa gibi kavramların temelinde, insan hakları olgusunun yattığı; siyasal iktidarı sınırlama mücadelesinin ve böylece anayasal düzen ve hukuk sistemine geçişin nedeninin, insan hakları ülküsü olduğu isabetli olarak vurgulanmıştır[1215]. İş hukukunun da tarihçesi, işçinin hak ve

---

[1214] Ertürk, **Temel Haklar**, 49 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 6 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 7 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 13 vd.; Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 9 vd.; Philippe Waquet, **L'entreprise et les libertés du salarié**, **Du salarié-citoyen au citoyen-salarié**, Paris, Editions Liaisons, 2003; José João Abrantes, **Contrat de travail et droits fondamentaux, Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais**, Frankfurt, Peter Lang, 2000; Gill Bertrand Wandji Kemadjou, **Les droits et libertés fondamentaux du salarié: réflexion sur la hiérarchie des normes**, Thèse pour le Doctorat en Droit privé, présentée et soutenue le 14 septembre 2007, Université Panthéon-Assas (Paris II); Valérie Berset Bircher, **Les systèmes d'information et la vie privée du salarié, Analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français**, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit privé Spécialité droit social, Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013, Université de Strasbourg; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 18 vd.; Perraki, **La vie personnelle**, 8 vd.; Gérard Champenois/ Alain Ghozi/ Laurent Leveneur/ Jean-Michel Olivier, **La personne en droit du travail**, sous la direction de Bernard Teyssié, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999; Carine Ursini, **Le corps de la personne au travail selon le droit social**, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lumière Lyon 2, Institut d'études du travail de Lyon, soutenue publiquement le 12 octobre 2013; Pierre Bèfre, **La liberté d'expression des salariés**, Aix-En-Provence, PUAM, 2013; Georges Dole, **La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail**, Paris, LGDJ, 1997.

[1215] Yüzbaşıoğlu, **Anayasallık Bloku**, 25; Sağlam, **Anayasa Hukuku**, 1; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 94; Favoreu et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 7 vd.

özgürlüklerinin tanınması ve böylece işverenin otoritesinin sınırlanmasının tarihçesi biçiminde gelişim göstermiştir. Nitekim, insan haklarının tanınması ve korunmasının, daima yetki ya da otorite ile yakın bir ilişki içinde olduğu ifade edilmelidir[1216].

Bu ilişki, iş hukukunda, işverenin yetkilerini kullanarak, işçinin hak ve özgürlüklerini sınırlama ve hatta ihlal etme tehlikesine karşılık; işçinin sahip olduğu bu hak ve özgürlükler neticesinde işverenin yetkilerinin sınırlanması, bir anlamda rasyonelleşmesi biçiminde ortaya çıkar.

Her ne kadar iş hukukunun tarihçesi, işçinin, iş sözleşmesinin süjesi ve objesi olarak korunması gerekliliğinin fark edilmesi yönünde gelişim göstermiş olsa da; bu süreçteki çarpıcı gerçek, işçinin kolektif özgürlüklerinin, daha erken tarihlerde pozitif düzenlemelere konu olarak yaşama geçirilmiş olmasına karşın; işçinin kişi olmasına bağlı hak ve özgürlüklerinin -diğer bir ifadeyle, "işçi" adı altındaki "insanın"[1217]- çok geç, ancak 1980'li yıllardan itibaren fark edilmiş olmasıdır[1218].

Bu tarihten itibaren ise, işçilerin hak ve özgürlükleri, iş ilişkisinde, önemli işlevler üstlenmiştir. Öncelikle, işverenin yetkilerine dayanarak gerçekleştirdiği uygulamaların, hukuka uygunluğunun sorgulanmasını sağlamış; böylece işverenin otoritesini sınırlama işlevi kazanmışlardır[1219]. İkincisi, rekabet yasağında olduğu gibi; yasa koyucunun veya yargıcın, işçinin bir hak ve özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olduğunda, bunun sınırını çizebilmesi, hatta işveren aleyhine bir karşı edim öngörebilmesini sağlamaktadırlar[1220]. İşçinin hak ve özgürlükleri, aynı zamanda, iş ilişkisini düzenleyen kuralların yorumunda da etkili olmaktadır[1221]. Bu, özellikle

---

[1216] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 95.
[1217] Cornesse, **Proportionnalité**, 68.
[1218] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 94, 109; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 710; Waquet, "**Vie privée**", 14.
[1219] Balkır, "**Etik Sınırlar**", 200, 205; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 224; Perraki, **La vie personnelle**, 402; Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 141; Wyler, **Droit du travail**, 301. Çalışmamızın ikinci bölümünde de açıklandığı üzere, Fransız Hukukunda, temel bir hakkın ihlal edilmesine neden olan bir işveren işlemi, hükümsüz sayılmaktadır (Bu yöndeki Sosyal Dairenin ilk kararı olan *Clavaud* kararı için bkz. Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. V, N° 257).
[1220] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 224. Rekabet yasağının geçerliliği için, işveren aleyhine karşı edim yükümünün öngörülmesine ilişkin bkz. Cass. soc. 10 juill. 2002, Bull. 2002 V, N° 239.
[1221] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 224. Örneğin işyerinde üniforma giyilmesini zorunlu kılan işyeri iç yönetmeliği hükmünün; dilediği gibi giyinebilme özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğinde şüphe bulunmamaktadır. Bu kapsamda, işletme menfaati ya da işletmenin marka imajının korunması yönündeki menfaatinin korunması gerekliliği ile ölçülü olarak görülebilecek olan üniforma uygulaması, ancak müşteriler ile temas halindeki işçiler açısından söz konusu olabilecektir. Rastlantısal biçimde dahi müşterilerle muhatap olmayan işçilere üniforma giyme zorunluluğunun

işveren tarafından tek taraflı olarak öngörülen iç yönetmelik gibi düzenlemelerle getirilmiş olabilecek kısıtlayıcı hükümler açısından önem taşımaktadır. Bu hükümlerin amacı ve uygulanma alanı tespit edilirken, işçilerin hak ve özgürlükleri ile bunların izlenen amaç doğrultusunda aşırı kısıtlamaya uğramaması gerekliliği mutlaka göz önünde bulundurulacaktır.

İşte, işverenin sahip olduğu yetkiler ile işçinin iş sözleşmesine zorunlu olarak dahil ettiği, kendisinden ayrı düşünülemeyecek olan kişisel değerleri ve özgürlükleri, sürekli bir etkileşim içindedir. Bu, bağımlılık ilişkisinin doğal bir sonucudur. Gerek, iş sözleşmesi açısından iş görme edimini yerine getiren işçinin kişiliğinin önem taşıması nedeniyle, gerekse de işverenin sahip olduğu yetkiler ve özellikle iş görme ediminin yerine getirilmesini denetleme yetkisi nedeniyle; işçinin temel hak ve özgürlükleri, işverenin müdahalesine açık bir alan oluşturmaktadır.

Çalışma gücünü işverenin hizmetine sunan işçi, kaçınılmaz olarak, kişiliğine bağlı unsurları da işyerine taşımakta; işveren ise sözleşmenin konusu olan edimden çok, bu edimi yerine getirecek tarafın şahsını dikkate aldığı için, iş sözleşmesinde *intuitus personae* unsurundan söz edilmektedir[1222]. İş sözleşmesinde kişilik unsurunun önem taşıması, işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyal anlamda kişiliğinin unsurlarının dikkate alınması anlamına gelmektedir[1223]. Buna göre, işçinin iş görme edimi ile doğrudan bağlantılı olan bazı özelliklerinin işverence dikkate alınması işin niteliğinden kaynaklanmakta iken; işçinin iş görme edimi ile doğrudan ilgisi olmayan bazı özelliklerinin de işverenin yönetimi ve denetimi altındaki alana taşınması,

---

öngörülmesi ise, belirtilen işletme menfaatinin korunması açısından gerekli ve elverişli bir uygulama olarak nitelendirilemeyecektir. Böylece ilgili iç yönetmeliğin bu hükmü yorumlanırken, üniforma giyilmesini zorunlu kılabilecek bu tür bir durumun olup olmadığı, böylece işçinin dilediği gibi giyinme hakkına aşırı bir müdahale bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır (Cass. soc. 3 juin 2009, Bull. 2009 V, N° 144; kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Cécile Robin, "L'employeur ne peut pas imposer le port d'un uniforme aux salariés sans contact avec la clientèle", **RDT**, Novembre 2009, 656-657). Benzer yönde, İsviçre Hukukunda da, işçilerin dış görünüşü hakkında işverenin verebileceği talimatların, yapılan işin gerekleri ile açıklanabilir olması aranmaktadır (Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 141).

[1222] Peano, "**L'intuitus personae**", 129; Güzel, "**Intuitus Personae**", 180; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 73 vd.; aynı yazar, "Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, 11 vd.; İbrahim Aydınlı, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", **TÜHİS**, Kasım 2005, 23.

[1223] Peano, "**L'intuitus personae**", 129.

işçinin özel yaşamına ve kişilik hakkına müdahale riskini beraberinde getirmektedir[1224].

1. Kişilik hakkı ve korunması: İşçinin kişilik değerleri

İş sözleşmesinin hem tarafı (süjesi); hem de bu sözleşmenin ifasına, emeğiyle, işgücüyle katkı yapması nedeniyle konusu (objesi) olan işçi[1225], ekonomik ve hukuki yönden sözleşmenin zayıf tarafıdır[1226]. İşveren, işletmesinin işleyişi için en uygun olarak nitelendirdiği işçilerin seçimi ve işletmesinin yönetimi konusunda bazı özgürlüklere sahip olsa da, bu özgürlüklerin kullanılması, işçinin temel haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurmamalı; iş ilişkisi tamamen işverenin keyfi davranışlarına terk edilmemelidir[1227]. Gerçekten, işçinin kişiliğinin ve böylelikle özgürlüğünün korunması[1228], iş ilişkisinin *intuitus personae* niteliğinin kaynaklık ettiği, işverenin işçiyi koruma borcunun[1229] da bir gereğidir. Zira, işveren, herhangi bir kimse gibi, işçinin kişilik hakkına saygı göstermekle yükümlü olmanın yanında; onun kişiliğini de koruma borcu altındadır.

[1224] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 104; aynı yazar, "**Intuitus Personae**", 182; Güzel/Ugan Çatalkaya, "**Dürüstlük**", 57 vd.; Sevimli, **Özel Yaşam Hakkı**, 55 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 1; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 372; Waquet, "**Vie privée**", 15.

[1225] Alain Supiot, **Grandeur et misère de l'État social**, Leçons Inaugurales du Collège de France, Fayard, 2013, 33.

[1226] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 104.

[1227] Güzel, "**Intuitus Personae**", 182; Cornesse, **Proportionnalité**, 64.

[1228] Süzek, **İş Hukuku**, 438.

[1229] Bkz. İlhan Ulusan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı, 1990, 22 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 437 vd.; aynı yazar, **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara, 1985, 176 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 280 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 159 vd.; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 132 vd.; Güzel, "**Intuitus Personae**", 176; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 83 vd.; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 12; Ertürk, **Temel Haklar**, 89 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 89 vd.; aynı yazar, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum**, 2013/1, 108 vd.; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 59; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Sicil**, Aralık'11, 13 vd.; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 22; Emine Tuncay Kaplan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", **Sicil**, Aralık'11, 41 vd.; aynı yazar, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 372 vd.; Murat Şen, "İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları", **Sicil**, Aralık'12, 133 vd.; Levent Akın, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", **Sicil**, Mart'06, 152 vd.; İbrahim Aydınlı, "İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi", **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, 109 vd.; Ali Güzel/ Deniz Ugan Çatalkaya, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)", **Çalışma ve Toplum**, 2012/3, 168; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 739 vd.; Balkır, "**Etik Sınırlar**", 205; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 140 vd.

Nitekim, Yargıtay'a göre de, "İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır"[1230].

İşverenin, işçinin kişiliğini koruma borcu, öncelikle Anayasadan kaynaklanır. Temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenleyen AY m. 12/I'e göre, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*". Anayasanın, temel haklar ve ödevlere ayrılmış ikinci kısmının, ikinci bölümünde ise, kişinin hakları ve ödevleri düzenlenmiş, bu kapsamda, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (m. 17); zorla çalıştırma yasağı (m. 18); kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19); özel hayata ve aile hayatına ve bunların gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 20); özel hayatın gizliliğinin bir uzantısı olarak konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti (m. 21, 22); yerleşme ve seyahat hürriyeti (m. 23); din ve vicdan hürriyeti (m. 24), düşünce ve kanaat, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 25 ve 26); bilim ve sanat hürriyeti (m. 27); toplantı hak ve hürriyetleri (m. 33 ve 34); mülkiyet hakkı (m. 35); hak arama özgürlüğü (m. 36) kişilik hakkını güvence altına alan hükümler olarak öngörülmüştür[1231]. Çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48), çalışma hakkı (m. 49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (m. 50), sendika hakkı (m. 51, 53), ücrette adalet (m. 55) ve sosyal güvenlik hakkının da (m. 60) bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmektedir[1232]. Dolayısıyla kişilik, kişinin hak ve fiil ehliyeti ile maddi, manevi ve ekonomik kişilik değerlerinin bir bütünüdür[1233].

Görüldüğü gibi kişilik hakkı kavramı, çok geniş bir kapsama sahiptir: Bu hakkın bileşenlerini, kişinin bağımsız varlığının parçaları olan, yaşam, beden ve ruh

---

[1230] Yarg. 9. HD., 13.2.2012, E. 2009/42452, K. 2012/3132 (Karar ve değerlendirmesi için bkz. Şen, "**İşçiyi Koruma**", 129 vd.

[1231] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 438-439; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 110; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 132; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 24.

[1232] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 24.

[1233] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 141; Agathe Lepage, **Droits de la personnalité**, Rép. civ. Dalloz, septembre 2009, 6 vd.; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, 454; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009, 94; Bilge Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 39. Bası, Ankara, Turhan, 2014, 274; Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, 57; Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, XII Levha, 2014, 56 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 27; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliğinin Korunması**", 112; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 112; Emine Tuncay Kaplan, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", **AÜSBFD**, Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan, C.LII, No 1-4, 1997, 369; aynı yazar, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 41; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 9; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 13; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 21.

bütünlüğü, bedensel ve ruhsal sağlık, ahlaki bütünlük, kişisel ve mesleki onur, itibar, bireysel özgürlükler (vicdan, din, düşünce, örgütlenme, çalışma özgürlüğü, cinsel özgürlüğü gibi) ve kişinin (ismi, resmi, sırları, aile birliği gibi) özel alanı ile duygusal değerlerinin tümü oluşturur[1234]. Kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı tanımlamak üzere, "kişilik hakkı" kavramı kullanılmaktadır. Kişilik hakkı, mutlak bir hak olup; kişi, buna saygı gösterilmesini herkesten talep edebilecektir[1235].

Bu yönde, Medeni Kanun da, "Kişiliğin Korunması" kenar başlığı altında, kişilik hakkı kapsamında yer alan özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını ve hangi halde sınırlamanın hukuka uygun sayılacağını düzenlemektedir[1236]. Gerçekten, MK m. 23/I ve II uyarınca, "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. / Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*". İzleyen madde ise, kişilik hakkına yapılan ve kural olarak hukuka aykırı olan bir saldırıyı haklı kılabilecek halleri öngörmektedir (MK m. 24/II). Bu hükme göre, "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*".

Bu iki hükümle, korunmaya muhtaç tarafın kişiliğinin, güçlüye karşı korunmasının temelinde, sosyal devletin, sözleşme serbestisine müdahalesinin ilk belirtilerinin yer aldığı ve hatta sosyal hukuk düşüncesi ile bu hükümlerin, iş hukukunun temel taşlarını döşediği de vurgulanmıştır[1237].

[1234] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 141; Wyler, Droit du travail, 291; Karabağ Bulut, **Kişilik Hakkı**, 60; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 9 vd.; Sevimli, "**İşçinin Kişiliğinin Korunması**", 111; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 369; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 106. Kişilik hakkının kapsamına giren değerlerin çeşitliliğine benzer biçimde; AİHS'nin, özel yaşam, aile yaşamı, konuta ve haberleşmeye saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi de, Sözleşmenin ucu açık bir maddesi olarak nitelendirilmekte, her somut olayın şartları, sosyal ve teknolojik gelişmeler ışığında maddenin kapsamı AİHM tarafından geliştirilmektedir (Evra Çetin, "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5)**, Seminer 28 Şubat 2015 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya, Araş. Gör. Hande Heper), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 84).

[1235] Dural/Öğüz, **Kişiler**, 97; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, 138-139; Serozan, **Kişiler Hukuku**, 455; Öztan, **Temel Kavramlar**, 275; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 58; Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, 3. baskı, İstanbul, Legal, 2010, 1074; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 112; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 17; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 13; Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 41; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 21; Sevimli, "**İşçinin Kişiliğinin Korunması**", 112; Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 41; aynı yazar, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 369; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 741.

[1236] Serozan, **Kişiler Hukuku**, 458-480; Dural/Öğüz, **Kişiler**, 136 vd.; Öztan, **Temel Kavramlar**, 274, 283 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 57; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 49 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 62 vd.; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 60 vd.; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 370 vd.

[1237] Serozan, **Kişiler Hukuku**, 456-457.

MK m. 23 hükmü ile kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılacağına ilişkin TBK m. 27 hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir[1238]. Gerçekten, kişilik hakkının sınırlanmasına gösterilen rızanın, müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkarabilmesi için, sınırları belirli, somut bir müdahaleye ilişkin ve açık olması; rızanın, vazgeçmenin sonucunu öngörebilecek biçimde bilinçli ve serbest iradeye dayalı olması ve ahlaka aykırılık taşımaması gerekmektedir[1239]. Aksi halde, özgürlüklere getirilen sınırlama, hukuka aykırı olacaktır[1240]. Ekleyelim ki benzer yönde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin 2016 yılında kabul edilen 6698 sayılı Yasa da, kişilik hakkı kapsamında olan ve müdahale konusu olabilecek kişisel verilerin işlenmesine ilişkin açık rızayı, "Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza" biçiminde tanımlamış ve rızanın sınırlı bir konuya ilişkin, bilinçli ve açık olması hususlarına vurgu yapmıştır.

Kişilik değerlerini, taraf olduğu sözleşmeye dahil eden; sözleşmeden doğan borcunu yerine getirirken, bağımlı çalışmayı kabul etmiş olan işçinin rızasının geçerliliği ise; işçinin iradesinin tam anlamda bağımsız olduğundan söz edilemeyeceğinden, ayrıca dikkatle değerlendirilmesi gereken bir hususdur[1241]. Özellikle, işçinin, müdahale teşkil eden uygulamalara örtülü rıza göstermiş sayılabilmesi için, mutlaka bu müdahalenin kapsamı hakkında önceden bilgilendirilmiş olması gerektiği gibi, rızanın hangi hususlara ilişkin ve ne dereceye kadar müdahale edilmesine yönelik olduğu da, kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık olmalıdır[1242].

Bağımlılık ilişkisi nedeniyle ve işini kaybetme riski altındaki işçinin gösterdiği rızanın, serbest iradeye dayanıp dayanamayacağı konusu tartışılması gereken bir

---

[1238] Serozan, **Kişiler Hukuku**, 462; Dural/Öğüz, **Kişiler**, 137; Karabağ Bulut, **Kişilik Hakkı**, 127 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 50; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 63; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 61; Uncular, **Kişisel Veri**, 59.

[1239] Serozan, **Kişilik Hakları**, 469 vd.; Dural/Öğüz, **Kişiler**, 141; Öztan, **Temel Kavramlar**, 284; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 63; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 65; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 61; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 23; Hayrunnisa Özdemir, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", **EÜHFD**, C. XIV, S. 1-2, 2010, 248.

[1240] Örneğin, ötanaziye, düelloya, onurun çiğnenmesine veya iş sözleşmesinin sonuna dek kayıtsız koşulsuz üst aranmasına rıza gösterilmesi, hükümsüz sayılacaktır (Serozan, **Kişiler Hukuku**, 469).

[1241] Bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 95 vd.; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 61 vd., 70; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 751.

[1242] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 98.

husus olmakla birlikte, işçinin iradesi ve bunun serbest olup olmadığı hususu, tek başına, kapsamlı bir bilimsel incelemenin konusu olabilecek nitelik taşıdığından[1243], çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Bu nedenle, konunun ayrıntılarına girmeden belirtmek gerekir ki, kişilik haklarına müdahale teşkil eden uygulamaya rıza göstermediği takdirde, iş sözleşmesinin sona erdirileceğini bilen işçinin, buna rağmen işverenin müdahalesini reddedebileceğini ileri sürmek, gerçekçi olmayacaktır[1244]. Özellikle müdahalenin ağır olabileceği hallerde, öncelikle, işçinin rızası dışında bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını aramak ve bu halde müdahaleyi hukuka uygun olarak nitelendirmek, kanımızca daha isabetli olacaktır.

Kişilik değerlerine müdahaleye, iş ilişkisi içinde en sık karşılaşılan örnek olarak, işyeri giriş ve çıkışlarında arama yapılması açısından işçinin rızası konusu, öğretide de farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. İşçiye ait eşyalar ve bunların korunması, kuşkusuz, kişilik değerleri arasında yer alan özel yaşam hakkı kapsamında düşünülmelidir[1245]. Kişisel her türlü eşyayı içerebilecek olan çantaların, dolapların, araçların aranması, kişilik hakkına müdahale anlamına gelecektir. MK m. 24 uyarınca üstün bir yarar, kanunun verdiği yetki veya işçinin rızasının söz konusu

[1243] Bkz. Martine Gourves-Barbier, **La volonté du salarié dans le rapport de travail**, thèse de doctorat en Droit, Lyon II, 2010. İşçinin iradesi konusunun ayrıntılı olarak inceleme konusu yapıldığı bir bilimsel toplantıda sunulan tebliğler arasında özellikle bkz. Antoine Lyon-Caen, "Liberté et volonté", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 3-7; Patrice Adam, "La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 31-46; Tatiana Sachs, "La volonté du salarié en actes", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 47-62; Antoine Jeammaud, "Consentir", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 65-102; Pascal Lokiec, "Refuser", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 103-112; Laurène Gratton, "Volonté du salarié et droits fondamentaux", **La volonté du salarié** (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 183-198.

[1244] İşçinin, kişilik değerleri kapsamında yer alan kişisel verilerinin, işverence işlenmesi konusunda değinileceği üzere, bu konuda AB Hukukunda yürürlükte bulunan 95/46 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiği Yönergesinin, 29. maddesine göre oluşturulan Çalışma Grubunun 8/2001 sayılı görüşünde, işçinin rızası konusuna kuşku ile yaklaşılması gerektiği, isabetle vurgulanmıştır. Çalışma Grubuna göre, işçinin, reddetmek gibi bir seçeneği bulunmadığı takdirde, bu, rıza sayılamayacaktır. Rıza, her zaman, özgür iradeye dayanabilmeli; işçi, olumsuz bir sonuçla karşılaşma endişesi taşımaksızın, rızasını geri de alabilmelidir (Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel**, 5062/01 FR/Final WP 48, 13 septembre 2001, 31-32).

[1245] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 377; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 233; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 104; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 124-125; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 293; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 27; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 32; Uncular, **Kişisel Veri**, 97; Géniaut, **Proportionnalité**, 102.

olmaması halinde, işverenin tek taraflı bir kararıyla işçilerin üstünü ve eşyasını araması, hukuka aykırılık taşıyacaktır[1246].

Bu aramanın yapılması, üstün bir yararın var olmasına, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasına veya işçinin rızasının alınmasına bağlı olduğu gibi; işçinin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalenin ölçülü olması gerekliliği karşısında[1247]; işçinin, aramayı reddedebileceği veya bir başkasının tanıklığında arama yapılmasını talep edebileceği konusunda bilgilendirilmesi de gerekmektedir[1248].

İşçinin rızasının alınmasına gerek olmaksızın arama yapılabilmesi için işyerinde güvenliğin sağlanması gibi veya üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle sıkı bağlantı içinde olan bir nedenin varlığı gerekir[1249]. Bu durum öğretide, örf ve adet ya da dürüstlük kuralının aramaya olanak vermesi durumunda da, işçinin rızasının alınmasına gerek olmadığı yönünde, daha geniş de algılanabilmektedir[1250]. Ancak aksi yönde, işyerinde hırsızlığı önlemek amacıyla veya örf ve adet kuralları gereği, işçinin rızası aranmaksızın işverenin arama yapmasının kabul edilemeyeceği de ileri sürülmüştür[1251]. Gerçekten, bizce de, yapılan iş açısından, salt bir örf ve adetin bulunması, işçinin rızası olmaksızın yapılacak aramayı hukuka uygun hale getiremeyecektir. Buna ek olarak, bir geleneğin varlığı tek başına, işçinin rıza göstermesi gerektiği sonucunu da doğurmamalıdır[1252]. İşçinin kişilik değerlerine müdahale niteliğindeki bir uygulamaya rıza göstermesi gerekip gerekmediği noktasında dürüstlük kuralı ve işçinin sadakat borcu devreye girmeli[1253]; somut

---

[1246] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 234; Süzek, **İş Hukuku**, 377; Tunçomağ/ Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 104; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 125; Uncular, **Kişisel Veri**, 97.

[1247] Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 27-28.

[1248] Bkz. yukarıda anılan karar: Cass. soc. 11 février 2009, n° 07-42068; (ayrıca bkz. Françoise Favennec-Héry, "Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2010, 26).

[1249] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 95.

[1250] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 234; Süzek, **İş Hukuku**, 377; Tunçomağ/ Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 104; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 594-595; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 294.

[1251] Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002, 130.

[1252] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 97; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 63.

[1253] İşyerinde tekrarlanan hırsızlığın, rakip işletmelere bilgi sızdırılmasının önlenmesi gibi haller, özel yaşam karşısında üstün bir yarar olarak görülemeyecekse de, sadakat borcu gereği bu hallerde, işçinin, özel yaşamına müdahale eden bir uygulamaya katlanmasını gerektirebilir. Buna karşın, yeterli nedenin bulunmadığı ya da duraksama yaratan somut koşullarda, kişilik hakkına ve dolayısıyla özel yaşam hakkına üstünlük tanınması yerinde olacaktır (Sevimli, "**Özel Yaşam Hakkı**", 62). Nitekim, sadakat borcu gereği, işçinin kişisel verilerini ihlal edebilecek denetim uygulamalarına rıza göstermesi gerektiğinden söz edilemeyeceği de ifade edilmektedir (Uncular, **Kişisel Veri**, 95).

olayın koşulları içinde işçinin rıza göstermesinin beklenip beklenemeyeceği değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır.

Müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir diğer hal olarak özel nitelikteki üstün yararın saptanabilmesinin güçlüğü açıktır. Bu üstün yarar, müdahale eden kişiye (işverene) ilişkin olabileceği gibi, müdahale edilene (işçiye) veya bir diğer üçüncü kişiye ilişkin de olabilecektir[1254]. Burada karşılıklı gelen menfaatlerin tartılması gerekir ve kişilik değerleri sınırlanan kişinin mi, yoksa diğer tarafın mı yararının daha üstün olduğu ölçülmeye çalışılır[1255].

Üstün nitelikte bir özel yararın, işçinin kişilik hakkının sınırlanmasına neden olabilmesi açısından, bu yararın, diğer kimselerin (işverenin, işçilerin, müşterilerin vs.) kişilik hakkıyla bağlantılı olması gerekecektir[1256]. Nitekim, MK m. 24'te yer verilen "daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar" ifadesinin, isabetli olmadığı; bunun, "öncelikle göz önünde tutulması gereken bir temel hakkın kullanılması" biçiminde anlaşılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir[1257]. Gerçekten, yasada belirtilen üstün yararın, örneğin mülkiyet hakkından ya da alacak hakkından doğan bir yarar olduğu düşünülemeyecektir; zira hiçbir yararın, kişisel değerlerden üstün tutulması söz konusu olamayacaktır[1258]. Böylece, işverenin salt ekonomik yararının, işçinin kişilik hakkını sınırlandırabilecek biçimde üstün bir yarar olarak görülmesi isabetli olmayacaktır[1259].

Ekleyelim ki, doğrudan işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin olarak, TBK m. 417/I hükmü, "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*." düzenlemesini öngörerek, işçinin kişiliğinin korunması gerekliliğini, hukukumuz açısından pozitif düzenlemeye kavuşturmuştur[1260]. Maddenin düzenlenmesinde esas

---

[1254] Dural/Öğüz, **Kişiler**, 142.
[1255] Serozan, **Kişiler Hukuku**, 471.
[1256] Dural/Öğüz, **Kişiler**, 143; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 103; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 61; Uncular, **Kişisel Veri**, 58.
[1257] Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 64.
[1258] Dural/Öğüz, **Kişiler**, 142.
[1259] Sevimli, "**Özel Yaşam Hakkı**", 70.
[1260] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 439 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 280 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 160; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 137; Centel, "**Kişiliğin Korunması**", 13 vd.; Sevimli, "**İşçinin Kişiliğinin Korunması**", 108 vd.; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 111-112; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 25 vd.; Kaplan, "**İşçinin**

alınan, mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 328. maddesine ilişkin olarak, İsviçre öğretisinde belirtildiği gibi, iş ilişkisinin kendine özgü niteliğinin temeli olan bağımlılık ilişkisinden dolayı, iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin korunması hakkında öngörülen düzenlemeler ve ilkeler, özel bir önem taşımaktadır[1261]. Bunun gerekçesi, kuşkusuz, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan kişilik haklarının, iş ilişkisinin kendine özgü niteliği gereği daralma eğilimi göstermesidir[1262].

İşçi, kaçınılmaz biçimde, işyerine, kişiliği ve özgürlükleriyle bir bütün olarak adım atar. İşçinin, işyerine kendisiyle birlikte getirdiği, kişiliğinden ayrı düşünülemeyecek özgürlükleri de, işverenin müdahalesi riski altındaki ve bu nedenle korunması gereken kişilik değerleri arasında yer alır[1263]. İşçinin, bu özgürlüklerini kullanmak istemesi, kimi zaman, işin işleyişi veya iş görme edimiyle çelişebilir. Bu nedenle bir yandan işletme menfaatini gözetmek, diğer yandan işçinin onurunu ve kişiliğini korumak amacıyla, karşılıklı uyumlaştırma ihtiyacı, yine gündeme gelecektir.

İşte, temel hak ve özgürlüklerden yararlanma, hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak biçimde, yasada sayılan nedenlerle kısıtlanabilecektir. İş ilişkisi ise, bu kısıtlamanın en açık örneklerinden birini oluşturmaktadır; zira işçi, kendi rızasıyla, özgürlüklerinden belli ölçüde vazgeçerek, işverene bağımlı olarak çalışmayı kabul etmektedir[1264]. Kişilik değerlerinden vazgeçmenin ölçüsü açısından, işçinin, kişilik değerlerinden özveride ya da ödünde bulunmasının, kabul edilebilir düzeyinin tespitinde, bazı ölçütler geliştirilmiştir[1265]. Bunlar, kişilik değerlerinin sınırlanmasıyla katlanılan ödünün ağırlığı; buna karşılık sağlanabilecek maddi veya manevi menfaatin ağırlığı; bu sayede başkalarının sağladığı menfaatin ağırlığı ve kişilik değerlerinden ödün veren kişinin -ki özellikle işçi söz konusu olduğunda, bu ölçüt büyük önem kazanmaktadır- ekonomik, sosyal veya zihinsel güçsüzlüğüdür. Sözü edilen ölçütlerde yer alan menfaatlerin dengesi, kişilik değerlerine getirilen

---

Kişilik Hakları", 40 vd.; Şen, "**İşçiyi Koruma**", 133; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 248-249, 259 vd.

[1261] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 140; Wyler, **Droit du travail**, 291.

[1262] Fatma Burcu Savaş, "İş Hukukunda 'Siber Gözetim'", **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, 98-99.

[1263] Waquet, "**La vie personnelle**", 515.

[1264] Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1051; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 741. Gerçekten, iş ilişkisi içinde, işçinin, işverene bağımlı olarak iş görme edimini şahsen ifa ile yükümlü olması, MK m. 23/II'de yer alan, yasaya uygun sınırlamalar arasında yer almaktadır (Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 42.

[1265] Serozan, **Kişiler Hukuku**, 458.

sınırlamanın, aşırı olup olmadığını, böylece ölçülü olup olmadığını ortaya koyacak niteliktedir.

İş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu, işverenin organizasyonu içinde yerine getirirken; işçinin, bu iş organizasyonu içinde özgürlüklerini de kullanabilmesi; işveren ile işçinin menfaatlerinin pratik uyuşumunun sağlanmasına bağlı bulunmaktadır. Bu uyumlaştırmada, işçinin özgürlüklerinin, işletmenin meşru menfaatlerinin korunması için gereken düzeyi aşacak biçimde sınırlanmaması ve böylece ihlal edilmemesi; işveren yetkileri karşısında, özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması, sözü edilen ölçütler esas alınarak gerçekleştirilecek olan ölçülülük denetiminin temelini oluşturacaktır.

İşçinin işyerinde özgürlüklerini kullanmasına ilişkin olarak, ilk vurgulanması gereken, işçinin, işyerinde veya dışında dilediğini, sınırsız biçimde düşünme özgürlüğüne sahip olduğudur (AY m. 25, AİHS m. 9). Düşünce özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olamayacağı gibi; işçi, düşüncesini dile getirmeye de zorlanamayacaktır[1266]. Nitekim, AİHS'nin 9. maddesinin ilk fıkrasında, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiş olmasına karşın; ikinci fıkrada, din ve vicdan özgürlüğü için öngörülen, yasayla ve demokratik toplumda gerekli olma koşuluyla gerçekleştirilebilecek sınırlamaların kapsamının dışında tutulmuştur[1267].

Buna karşın, düşünce özgürlüğünden farklı olarak, işçinin ifade özgürlüğü (AY m. 26, AİHS m. 10), bazı sınırlamalara tabi kılınabilecektir[1268]. Zira işçinin, ifade özgürlüğünün, sadakat borcu ile çeliştiği noktada; işçinin ifade özgürlüğünü

[1266] Waquet, "**La vie personnelle**", 516; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 32; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 120.

[1267] Bkz. Waquet, "**La vie personnelle**", 516; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 143 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 188 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 269 vd.

[1268] Bèfre, **Liberté d'expression**, 223 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 159 vd.; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 153 vd.; Grégoire Loiseau, "La liberté d'expression du salarié", **RDT**, 2014.396; Ertürk, **Temel Haklar**, 121 vd.; Mustafa Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi –Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu-(Whistleblowing)**, İstanbul, Beta, 2013, 106; Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 240 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 378 vd.; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 32; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 121-121; Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Kamu-İş**, C.8, S.4/2006, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf); Sezgi Öktem Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", **DEÜHFD**, C. 15, Özel sayı, **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, 2013, 610 vd.

kullanması, işyerinde olumsuzluklara neden olabilecek veya işverenin iş yaşamındaki saygınlığını zedeleme sakıncasını beraberinde getirebilecektir[1269].

Fransız Hukukunda "*entreprise de tendance*" olarak, Türk iş hukuku öğretisinde de "ideal bir amaca hizmet eden"[1270] kurumlar biçiminde ifade edilen; belli bir görüş, inanç konusunda eğilime sahip olan, siyasi veya dini kurumların, çalışanlarının görüşlerine, inançlarına ilişkin sahip oldukları özgürlüğe müdahalesi hususu özellik arz etmektedir. Bu tip kurumların işveren olduğu iş ilişkilerinde, işçinin çalışma yaşamı ile kişisel yaşamı arasındaki sınırların belirsizliği, daha da güçlenmektedir[1271]. Zira, iş görme edimi ile doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, bu kurumlarla yapılan iş sözleşmelerinde, kurumun görüşleri ile çelişebilecek görüş açıklamalarında bulunmama, belirli törenlere katılma, ibadetlerini öngörülen biçimde yerine getirme, inançlarının gerektirdiği gibi bir yaşam tarzı benimseme gibi koşulların öngörüldüğü dikkat çekmekte; bu koşullar, işçinin sadakat borcu gereği kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir[1272]. Ancak, önemle vurgulayalım ki; kurumun sahip olduğu eğilime, dışarıdan bakıldığında uyumlu davranmanın zorunlu kılınabilecek olması; işçinin düşünce özgürlüğüne herhangi bir müdahalenin de kabul edilebileceği anlamı taşımayacaktır.

İşçinin din ve vicdan özgürlüğü, inanma veya inanmama; dilediği dine inanma, dinini terk etme; dini inanç ve kanaatlerini ifade etme veya bu konuda açıklama yapmak zorunda olmama; inancından ötürü ayrımcılığa uğramama, kınanmama ve cezalandırılmama özgürlüklerini kapsar[1273]. İş ilişkisinin, çalışma süreleri dışında, din ve vicdan özgürlüğü üzerinde hiçbir kısıtlayıcı etkisi olamayacaksa da; iş ilişkisinde, işçinin din ve vicdan özgürlüğünün kapsamında yer alan bazı özgürlükleri, işyerinin amaç ve organizasyonu ile çelişebilir niteliktedir. Söz gelimi, işçi, inancını ifade edecek tutum ve davranışlar sergilemek veya buna uygun giyinmek, simgeler kullanmak istediğinde; çalışma saatlerinde, ibadet etmek istediğinde veya dini inancı gereği tatil günlerinde çalışmak istemediği takdirde,

---

[1269] Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 32; Ertürk, **Temel Haklar**, 122-123.
[1270] Ertürk, **Temel Haklar**, 124.
[1271] Bkz. Waquet, "**Vie privée**", 19; Jean Savatier, "Liberté religieuse et relations de travail", **Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier**, Paris, Dalloz 2001, 465 vd.; François Gaudu, "La religion dans l'entreprise", **Dr. soc.**, N^o 1 Janvier 2010, 66 vd.; aynı yazar, "Droit du travail et religion", **Dr. soc.**, N^o 9/10 Septembre-Octobre 2008, 962 vd.; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 33.
[1272] Waquet, "**Vie privée**", 20; Ertürk, **Temel Haklar**, 124.
[1273] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 315; Waquet, "**La vie personnelle**", 518.

kaçınılmaz olarak işin işleyişi ile işçinin din ve vicdan özgürlüğünün korunması arasında denge kurulması ihtiyacı gündeme gelecektir[1274].

İşçinin yaşamı, iş/işyeri dışındaki yaşamı ile işyerindeki/işverenin otoritesi altındaki yaşamı biçiminde, bir anlamda ikiye bölünmektedir; ancak, görüldüğü gibi; ikiye bölünmüş bu yaşamın öznesi olan işçinin sahip olduğu hak ve özgürlükler, onun kişiliğine bağlı olduğu için, bunların da bölümlere ayrılması olanaklı değildir[1275]. Buna karşın, kural olarak, çalışma yaşamından ayrı düşünülmesi gereken, işçinin kişilik değerleri arasında yer alan ve işyerinde hangi düzeyde korunacağı hususunun önem taşıdığı özel yaşam hakkı, ayrıca üzerinde durulması gereken bir kavramdır.

2. İşyeri dışında ve içinde işçinin kişisel yaşamı

İşçinin, özel yaşamı ve bunun başkaları tarafından bilinmesini istememesi, korunmaya değer bir menfaat olarak, kişilik hakkının kapsamındaki değerler arasında yer alır[1276]. Özel yaşam, kişiye sıkı sıkıya bağlı, temel bir hak olarak nitelendirilmekte[1277]; kişinin, dış müdahaleden uzak, özgürce hareket edebileceği ve ancak kendisinin belirlediği düzeyde başkalarına açık edebileceği kişisel bilgileri barındıran alan olarak ifade edilmektedir[1278]. Özel yaşamın gizliliği, kural olarak,

---

[1274] Bkz. Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 173 vd.; aynı yazar, "**La vie personnelle**", 518-519; Savatier, "**Liberté religieuse**", 460-461; Michel Miné, "Liberté d'expression religieuse versus lois du Marché", **RDT**, 2015.405; Jean-Christophe Sciberras, "Travail et religion dans l'entreprise: une cohabitation sous tension", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2010, 72 vd.; Isabelle Desbarats, "De la neutralité des lieux de travail", **RDT**, 2015.309; Patrice Adam, "Entreprise sans foi... ni voile?", **RDT**, 2011.182; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 33 vd.; Ertürk, **Temel Haklar**, 140.

[1275] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 109.

[1276] Bkz. Serozan, **Kişiler Hukuku**, 465-466; Dural/Öğüz, **Kişiler**, 127 vd.; Öztan, **Temel Kavramlar**, 277-278; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 64-65; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 7 vd; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 53; Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 45; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 26, 258 vd.; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 17 vd.; Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1055; Lepage, **Droits de la personnalité**, 11 vd. Alman Hukukunda da, özel yaşamın gizliliğinin korunması gerekliliğinin, öncelikle yargı kararlarıyla, kişilik hakkı kavramı aracılığıyla ortaya konulduğu; insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı kapsamında da, 1949 yılından itibaren anayasal düzeyde güvence altına alındığı belirtilmelidir (Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 29-30).

[1277] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 36; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 163.

[1278] Bkz. Dural/Öğüz, **Kişiler**, 127-128; Öztan, **Temel Kavramlar**, 277; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 26 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 18 vd.; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 53; Ertürk, **Temel Haklar**, 128 vd.; Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta, 2011, 2 vd.; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 106 vd.; Perraki, **La vie personnelle**, 12 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 39.

işverenin buna her türlü müdahalesini dışlar ancak özel yaşamın müdahalelere karşı mutlak anlamda korunduğunu söylemek olanaklı değildir[1279].

Nitekim AİHS sisteminde de, m. 8 ile öngörülen özel yaşam hakkının; sınırlamanın yasayla öngörülmesi, meşru gerekçelere dayanması ve ölçülü olması koşuluyla, sınırlamaya konu olabileceği kabul edilmektedir[1280]. AB Hukukunda ise, Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesinde öngörülen özel yaşama saygı hakkı, aynı Şart'ın 52. maddesine uygun olarak, yasayla öngörülme, hakkın özüne dokunmama, ölçülülük ilkesine uygun biçimde meşru amaçların gerçekleşmesi açısından gerekli olma koşullarıyla sınırlanabilecektir[1281]. Ayrıca özel yaşama müdahale, salt gizli bilgilerin öğrenilmesi veya açıklanması değil, özel yaşam alanında özgürlüğü kısıtlayıcı herhangi bir eylem veya düzenleme olabilecektir; zira, korunan, işçinin özel yaşamına ilişkin bilgilerinin gizliliğinden öte, kişinin bu alandaki özgürlüğüdür[1282].

Bu nedenle işçinin özel yaşamına, özellikle işveren tarafından, müdahale edilebilecek ve edilemeyecek alanın sınırlarının çizilmesi, koşullarının ortaya konulması önem taşımaktadır. Kaldı ki, çalışma süresinin, yalnızca, üretim ve hizmet amaçlı görevlerin yerine getirildiği bir süre olarak değil; aynı zamanda sosyal ilişkilerin kurulduğu bir zaman dilimi olarak da kabul edilmesi sonucu, bu süre zarfında işveren, *ne mutlak bir yetkinin sahibi, ne de tek yetkilidir*[1283]. Bu nedenle, işyerinin sınırları içinde ve çalışma saatlerinde dahi işçinin, işverence müdahaleye açık olmayan gizlilik alanının olduğu kabul edilmelidir[1284].

[1279] Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 155; Perraki, **La vie personnelle**, 362; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 25; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 53.

[1280] Bkz. Perraki, **La vie personnelle**, 364; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 133 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 228 vd.; Teyssié, **Droit européen du travail**, 15-16; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 27; Favoreu et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 269; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 28; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 38 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 176.

[1281] Bkz. Perraki, **La vie personnelle**, 364; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 42-43.

[1282] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 17-18.

[1283] "Le pouvoir patronal n'est donc pas un pouvoir total, ni totalitaire." (Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 719).

[1284] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 41; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 205 vd.; Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1055; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 14-15. ABD Hukukunda da, işçinin, işyerinde, dar da olsa özel yaşam alanının bulunduğu kabul edilmektedir (Robert J. Mignin/ Bart A. Lazar/ Josh M. Friedman, "İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar: 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı", (çev. K. Ahmet Sevimli), **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, 368).

AİHM de, özel yaşam kavramını değerlendirdiği kararlarından *Niemietz* kararında[1285], özel yaşam kavramının kapsamının, sınırlı sayıdaki unsurların sayılması ile tanımlanamayacağını vurgulamış; özel yaşamı, kişinin, kendi tercihleri doğrultusunda kişisel yaşamını sürdürdüğü "*mahremiyet çemberi*" (*cercle intime*) ile sınırlamanın ve bu çember dışında kalan dünyayı tamamen özel yaşamın dışında bırakmanın çok kısıtlayıcı olacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre özel yaşama saygı, belli ölçülerde, kişinin, diğerleriyle ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da kapsamaktadır. Mahkemenin, *Niemitz* kararına da atıfta bulunduğu *Fernández Martínez* kararında[1286] ise, açıkça, çalışma ilişkilerinde de AİHS m. 8'in uygulama alanı bulacağı ve özel yaşam kavramının, mesleki faaliyetleri dışlamadığı ifade edilmiştir.

Nitekim, AİHM, işyerinden gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin de, özel yaşam ve haberleşme hakkı kapsamında kaldığını; kullanılan iletişim araçlarının mülkiyetinin, işverende olmasının, buna aykırı bir sonucun doğmasına neden olmayacağını kabul etmektedir[1287]. Hatta, *Halford* kararında Mahkeme, hükümetin, başvurucunun işyerinde gizliliğe ilişkin makul bir beklentisinin olamayacağına ilişkin itirazını reddetmiş; somut olayda da, telefonların dinlendiğine ilişkin önceden bir bilgilendirme yapılmamış olması ve üstelik başvurucunun –idareye karşı açtığı ayrımcılığa ilişkin dava hakkında- ofisindeki telefondan görüşmeler yapma konusunda izin almış olmasına da dikkat çekmiştir[1288].

Anayasa Mahkemesi de, AİHM'ye benzer biçimde, özel yaşam kavramının, eksiksiz bir tanımı olmayan, geniş bir kavram olduğunu kabul etmektedir[1289]. Mahkemeye göre, özel yaşam kapsamında korunan hukuki değer, esasında, kişisel bağımsızlık olup; istenmeyen müdahalelerden uzak, kişinin kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir. Bunun yanında, özel yaşama kısıtlayıcı yaklaşılmamasına ilişkin olarak AİHM tarafından dikkat çekilen husus, AYM tarafından da benzer biçimde ifade edilmektedir. Gerçekten AYM'ye göre de, " *(...) özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu*

[1285] AİHM, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88, 16.12.1992; (ayrıca bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 15; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 182; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 32-33).
[1286] AİHM, *Fernández Martínez c. Espagne*, n° 56030/07, 12.6.2014, § 109-110.
[1287] AİHM, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, 25.6.1997, § 43-44, 46.
[1288] AİHM, Halford c. Royaume-Uni, § 45.
[1289] AYM, 3.4.2014, B. no: 2013/1614, §31; aynı yönde AYM, 21.1.2015, B. no: 2013/9660, RG. 3.6.2015, 29375, §30.

açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır. (...) mahremiyet alanı, Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekanı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır"[1290].

AİHM ve AYM'nin benzer yöndeki bakış açısından da anlaşıldığı üzere, özel yaşam kavramı, kişinin, yalnızca mahrem olarak nitelendirilecek dar kapsamlı özel alanını değil, kamusal alana da genişleyebilen, sosyal yaşamını da içine alan ve böylece çalışma ortamında dahi korunması gereken bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, kararlarında, işçinin, iş yaşamı ile özel yaşamı arasındaki çizgiye vurgu yapmaktadır. Sosyal Dairenin bir kararına konu somut uyuşmazlıkta, Renault Fabrikası çalışanı bir sekreterin, Renault marka arabasını satarak, Peugeot marka bir araba alması üzerine, iş sözleşmesi feshedilmiştir. Buna karşın Sosyal Daire, bu durumun, fesih için geçerli neden sayılamayacağına; zira, işçinin, özel yaşamı kapsamında, dilediği mal veya ürünü satın almakta özgür olduğuna; üstelik, işçinin farklı marka bir araba tercih etmesinin, çalışma yaşamında hiçbir olumsuzluğa neden olmadığına karar vermiştir[1291]. Böylece, işçinin özel yaşamına ilişkin bir unsurun, sözleşmenin feshi için gerekçe oluşturamayacağı sonucuna varılmıştır. Benzer biçimde bir diğer kararda, işverenin, işçinin, evinde çalışmayı sürdürmesini veya iş ile ilgili dosya ve araçları evine götürmesini isteyemeyeceği; bu durumun, işçinin özel yaşamına kabul edilemez bir müdahale teşkil edeceğine işaret edilmiştir[1292].

Daha da çarpıcı olarak, işçinin, işyerinde de özel yaşam alanına saygı duyulması gerektiği, Fransız Hukukunda, Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından, ilk kez *Nikon* kararında ifade edilmiştir[1293]. Karara konu somut olayda davacı işçinin

---

[1290] AYM, 3.4.2014, B. no: 2013/1614, §31-34; aynı yönde AYM, 21.1.2015, B. no: 2013/9660, RG. 3.6.2015, 29375, §30-33.

[1291] Cass. soc. 22 janv. 1992, n° 90-42517, Bull. 1992 V, N° 30; (ayrıca bkz. Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 45).

[1292] Cass. soc. 3 oct. 2001, n° 99-42727, Bull. 2001 V, N° 292.

[1293] Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942, Bull. 2001 V, N° 291. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Philippe Waquet, "La vie personnelle du salarié", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2004, 25 vd.;

elektronik postasındaki "kişisel" olarak adlandırdığı mesajları, işveren tarafından okunmuş; işçinin, yapmakta olduğu işe ek olarak çalışma saatleri içinde başka bir iş daha yaptığı öğrenilince, iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Yargıtay Sosyal Dairesi, bu halde, işverence ileri sürülen gizlilik anlaşmasının hükümlerinin, işçinin bu işi yapmasına engel olmadığı yönünde değerlendirme yaparak, ağır kusurlu harekete dayalı haklı feshi yerinde bulan istinaf mahkemesinin kararını bozma yoluna gitmiştir. Sosyal Dairenin, işçinin özel yaşamının gizliliğine ilişkin açıklamaları ise son derece dikkat çekicidir. Sosyal Daireye göre, işçinin, işyerinde ve çalışma saatleri içinde dahi özel yaşamının gizliliğinin korunması ve buna bağlı olarak yazışmalarının da gizliliğine saygı duyulması gerekmektedir. İşveren, bu temel hakkı ihlal etmeksizin, işçiye sağlanan elektronik cihaz üzerindeki kişisel mesajlar hakkında bilgi sahibi olamayacaktır. Bu durum, işverence sağlanan cihazın, kişisel amaçlı kullanılmasının yasaklanmış olması varsayımında da değişiklik göstermeyecektir.

Buna karşın, işçinin, işyerinde kişisel yaşamının korunması hakkı da sınırsız olmadığı gibi; işin niteliği, istisnai hallerde, işverenin, işyeri dışında dahi işçilerin davranışlarına müdahale olanağı verebilir[1294]. Banka veznedarlarının kumarhaneye gitmelerinin yasaklanması; hastanenin acil servisinde çalışan sağlık personelinin hastaneye yakın ikamet etmelerinin istenmesi; manken olarak çalışan kişilerin ise formuna özen göstermesinin beklenmesi, bu müdahalelere örnek teşkil etmektedir[1295].

Bu nedenle, işçinin mesleki ve özel yaşamı arasındaki sınırların, çoğu zaman çok fazla belirgin olmadığı vurgulanmalıdır[1296]. Sözü edilen belirsizlik, işçinin özel yaşamı dışında kalan konuların işverenin müdahalesine açık olduğu izlenimi

---

Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 719 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 41; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 44-45; Waquet, "**Vie privée**", 16; aynı yazar, "**La vie personnelle du salarié**", 28; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 41; Favennec-Héry, "**Temps et lieux de vie personnelle**", 26; Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 33.

[1294] Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 41 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 304.

[1295] Gerçekten, işverenin, istisnai biçimde, işin ve işyerinin niteliğinin gerektirmesi koşuluyla, işçilerin, dış görünüşlerine, giyimlerine, saç modellerine karışmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir. İşin niteliği açısından ise, lokanta işyerinde çalışan garsonların belli bir kıyafet giymelerinin zorunlu tutulabileceği; makyaj ve kişisel bakım ürünlerinin satışında çalışan işçilerin saçlarının ve tırnaklarının bakımlı olmasının istenebileceği örnekleri verilmektedir (Bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, 163; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 306).

[1296] Bkz. Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 18 vd.; Philippe Waquet, "La vie personnelle du salarié", **Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier**, Paris, Dalloz 2001, 514 vd.; Waquet, "**Vie privée**", 18; Favennec-Héry, "**Temps et lieux de vie personnelle**", 24 vd.; Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 29; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 744 vd.

yaratabilecektir. Buna karşın, işçinin özel yaşamı ile çalışma yaşamı dışında, toplum içindeki yaşamında da işverenin otoritesi altında olmayacağı bir alanın var olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, işverenin müdahale edemeyeceği ve işçinin özel yaşamından farklı olarak, işçinin toplumsal yaşamının da unsurlarını kapsayan bir kavrama ihtiyaç duyulması karşısında, Fransız Hukukunda, "kişisel yaşam" (*la vie personnelle*) kavramı ortaya atılmış[1297]; kişisel yaşam, özel yaşama ve kamusal özgürlüklere indirgenemeyecek, işverenin otoritesi dışında kalan tercihler ve davranışlar alanı olarak tanımlanmıştır[1298].

Kişisel yaşam, iş sözleşmesi alanı dışında kalan alanı kapsamaktadır[1299]. Bu yönüyle, işyeri ve çalışma saatleri dışındaki durum ve olayların, işçinin kişisel yaşamına ilişkin olduğu konusunda mutlak olmayan bir karinenin varlığından söz edilebilir[1300]. Özel yaşam kavramı yerine, kişisel yaşam kavramının tercih edilmesinin nedenlerinin başında, kişisel yaşamın, işçinin, toplumsal yaşam içindeki davranışlarını da kapsaması gelir. Bu kavram, işçinin, işyerinde, çalışma saatleri içinde dahi işverenin otoritesi altında sayılmaması gereken tercihleri, kararları olabileceğinin kabul edilmesini sağlar. Bu nedenle, özel yaşam kavramından daha kapsamlı olarak, bazı temel hakların kullanılması biçiminde görünüm kazanır[1301].

İşçinin, iş ilişkisine kaçınılmaz olarak dahil olan ve işverenin müdahale riski altında bulunan bir diğer kişilik değeri ise, kişisel verileridir. Yakın geçmişte, teknolojinin etkisiyle, müdahalelere karşı korunmasında, gerek uluslararası, gerek ulusal düzeyde özel pozitif düzenlemelere ihtiyaç duyulan kişisel veriler ve bu verilerin işlenmesi konusu da; bu nedenle, işçinin kişilik değerlerine işverence müdahale riski başlığı altında, ayrıca ele alınması gereken bir başlıktır.

[1297] Ayrıntı için bkz. Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 436; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 44 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 169; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 717 vd, 822; Perraki, **La vie personnelle**, 11 vd.; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 18; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 435 vd.; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 40 vd.

[1298] Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386.

[1299] Waquet, "**La vie personnelle**", 513; aynı yazar, "**Les libertés des salariés**", 1056.

[1300] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 169; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 719.

[1301] Bkz. Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 436; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 164.

3. İşçinin kişisel verileri

İşçinin kişisel verileri de, kişilik hakkının kapsamındaki değerler arasında yer alır[1302]. Gerek yasal zorunluluklar, gerek işverenin sözleşme özgürlüğü ve işin işleyişi gereği[1303], işveren, işçi hakkında edindiği bilgileri, dosyalama, depolama, saklama, gerekli kurumlara iletme gibi işlemler gerçekleştirecektir. Nitekim İşK. m. 75 uyarınca, çalıştırdığı her işçinin özlük dosyasını düzenlemek zorunda olan işveren, işçinin kimlik bilgileri yanında, İşK. ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kaydı saklamak; gerektiğinde de ilgili memur ve mercilere göstermekle yükümlü tutulmuştur[1304]. Burada, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren unsur, yasadan doğan yetki ve hatta işverenin yasadan kaynaklanan yükümlülükleridir[1305].

İşverenin, işçinin kişisel verileri hakkında yapacağı her işlem, kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelecektir[1306]. Günümüzde bilgisayar ve internet teknolojisinin gelişimi, kişilere ilişkin verilerin, "işlenme" olarak ifade edilen her türlü işleme konu

---

[1302] Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 283; Süzek, **İş Hukuku**, 441; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 261 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 113; aynı yazar, "Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", **Sicil**, Aralık'11, 120; Emine Tuncay Kaplan, "Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Bilgilere (Verilere) Karşı Korunması", **Kamu-İş**, C.4, S. 4/1999, 51 vd.; aynı yazar, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 376 vd.; Zeki Okur, "Türk İş Hukuku'nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, 369; Selen Uncular, **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Ankara, Seçkin, 2014, 24 vd.; Şen, "**İşçiyi Koruma**", 134.

[1303] Süzek, **İş Hukuku**, 442; Okur, "**Kişisel Veri**", 370-371; Uncular, **Kişisel Veri**, 57.

[1304] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 283; Süzek, **İş Hukuku**, 442; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 266 vd.; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 19; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 117-119; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 122; Okur, "**Kişisel Veri**", 371; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 31; Şen, "**İşçiyi Koruma**", 134; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 260.

[1305] Yasadan doğan yetkiye dayanarak, kişilik hakkına müdahale edebilecek olan yalnızca işveren de olmayacaktır. Örneğin, yasal gerekçelerle işyerinde gerçekleştirilen bir denetim nedeniyle, denetimi yapan kurum da, işçilerin kişisel verilerine erişim sağlayabilecektir. Buna örnek olarak, Fransız Hukukunda, Rekabet Kurumunun, işveren aleyhine yürütülen bir soruşturma kapsamında, işyerinde yapacağı bir denetim nedeniyle, işyerinde belgelerde ve bilgisayarda yer alan kayıtları inceleyebileceği kabul edilmektedir. Versailles İstinaf Mahkemesinin bu kapsamdaki bir kararına konu somut olayda, bir şirket aleyhine Rekabet Kurumunca yürütülen soruşturmada el konulan belgelerin, bazı işçilerin elektronik postalarını ve bu nedenle kişisel verilerini de içerdiği, bu nedenle soruşturmanın yürütülmesi için gerekli olmayan belgelere de erişildiği ve bu nedenle işçilerin kişilik değerlerine gerekli olmayan, ölçüsüz bir müdahale gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. Buna karşın, mahkeme, somut olayın koşulları içinde, el konulan belgelerin bölünemez niteliğinden hareketle, el koymanın, soruşturma ile izlenen amaçla ölçüsüz olmadığına karar vermiştir. Mahkeme yalnızca, soruşturma ile ilgili görülmeyen, kişisel nitelikteki elektronik posta gibi belgelerin, Kurum tarafından iade edilmesi gerektiğine hükmetmiştir (CA Versailles, 19 févr. 2010, n° 09-4350, www.legalis.net). Kararın, ölçülülük ilkesinin ihlali nedeniyle, yapılan soruşturmanın iptal edilmesi biçiminde olabileceği yönünde değerlendirme için bkz. Philippe Neiss, "Les enquêtes de concurrence et la vie privée des salariés", **RDT**, Juillet/Août 2010, 445-446.

[1306] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 154; Uncular, **Kişisel Veri**, 47; Okur, "**Kişisel Veri**", 374; Sevimli, "**Veri Koruma**", 123.

edilmesini kolaylaştırmıştır[1307]. İşK., bu bilgilerin kullanılması açısından sınırı, dürüstlük kuralı ve hukuka uygunluk biçiminde genel olarak ifade etmiş; gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgilerin ise işverence açıklanamayacağı, aynı hükmün ikinci fıkrasında öngörmüştür.

İşlenebilecek kişisel veriler konusu, iş sözleşmesinin kurulması aşaması açısından özel bir önem arz etmektedir. İşveren, kuşkusuz, istihdam edeceği kişi hakkında, bilgi sahibi olmak isteyecek ve soracağı sorular, uygulamak isteyeceği sınavlar ve testler aracılığıyla bilgi edinme çabası içinde olacaktır. İşveren tarafından, iş görüşmeleri sırasında, işe başvuran aday hakkında elde edilen verilerin işlenmesi de, bu verilerin elde edilmesi, bir dosyada ya da bilgisayar ortamında depolanması, işletme içinde veya dışında ilgili birimlerle paylaşılması, işe almaya karar verilmesi durumunda ilgili kurumlara iletilmesi gibi tüm işlemleri kapsar[1308].

İşe almada, işverenin, adaylar arasından istihdam edeceği işçiyi seçmede tüm bu unsurları tercih kriterlerinin dışında bırakmasını beklemek olanaklı değildir. İşe alma aşamasındaki görüşmelerde işçi adayı, görünümü, tutum ve davranışları, tepkileri ve açıklamaları ile kendisi hakkında işverene pek çok bilgi vermekte; bunlar işveren açısından tercih sebepleri olabilmektedir. Özellikle başvurulan çalışma pozisyonunun taşıdığı sorumluluk derecesi arttıkça ve işverenle yakın temas halinde çalışmayı gerektirdikçe işveren, işçi adayının kişilik özelliklerini daha da fazla dikkate alma eğilimi gösterecektir. İşverenin istihdam edeceği ve birlikte çalışacağı kişileri, sübjektif değerler ışığında seçme serbestisi ile açıklanabilecek bu durum, *intuitus personae* niteliğinin, iş ilişkisinde halen önemli bir boyut olduğunun da göstergesidir.

İşe alma aşaması, diğer deyişle iş görüşmeleri, hukuki zeminden yoksun olmayıp; aksine, hem sözleşmeler hukuku, hem kamusal özgürlükler nedeniyle anayasa hukuku, hem de iş hukukuna ilişkin kuralların uygulama alanı bulduğu bir süreçtir[1309]. Sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflar arasında edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır[1310]. Bu nedenle, görüşmeler sırasında

---

[1307] Süzek, **İş Hukuku**, 441; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 121.
[1308] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 154; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 145.
[1309] Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi, 56.
[1310] Süzek, **İş Hukuku**, 324-325; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 240; Ertürk, **Temel Haklar**, 67; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 147; Uncular, **Kişisel Veri**, 71; İbrahim Aydınlı, "İşverenin

taraflar, dürüstlük ilkesi gereğince, birbirlerini korumalarını gerektirecek düzeyde yakın bir sosyal temasa girmelerinden dolayı, birbirlerinin menfaatlerine zarar vermemek konusunda özen göstermekle yükümlüdür. Nitekim, işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleyen TBK m. 417 hükmü hazırlanırken esas alınan mehaz İsviçre BK m. 328 hükmünün, sözleşme görüşmeleri sırasında da uygulanacağı kabul edilmektedir[1311].

İşe başvuran aday ile işçi istihdam etmek isteyen işverenin, karşılıklı menfaatlerinin ise farklı yönde olduğunda kuşku bulunmamaktadır. İşveren, adayı, istihdam edip etmemeye karar vermeden önce, onun hakkında, olabildiğince bilgi edinme çabası içinde olacak[1312]; bu çaba ise, adayın kişilik haklarıyla çatışacaktır[1313]. O halde, iş ilişkisinde, hak ve özgürlükler, iş ilişkisinin kurulmasından dahi önce, müdahale tehlikesi altındadır. Çünkü, işverenin, sözleşme özgürlüğüne dayanarak, istihdam edeceği kişiyi seçme özgürlüğü ve böylece işin görülmesine ilişkin ekonomik menfaatleri ile işe başvuran kişinin hak ve özgürlükleri karşı karşıya gelmektedir.

Henüz işçi sıfatına sahip olmaması, işe başvuran adayın, işe alınmama endişesi içinde olduğundan, işveren tarafından talep edilen bilgileri vermekten ya da tabi tutulacağı sınav ve testleri kabul etmekten imtina edebileceği anlamına gelemeyecektir[1314]. İş sözleşmesinin ekonomik olarak zayıf ve bağımlı çalışan tarafı sıfatıyla korunma ihtiyacı gündeme gelen işçi ile bire bir aynı olmasa da; başvurduğu işe ve bundan elde edeceği gelire ihtiyaç duyan işçi adayı da, ekonomik olarak zayıf taraf olarak değerlendirilmeli; bu kez işçi adayının kişilik değerlerinin işverenin müdahalesine açık olduğu göz ardı edilmemelidir. İşe başvuran aday da, işçi gibi, işe ihtiyaç duyan taraf olarak, korunması gereken bir hukuk süjesi olup[1315]; verilerinin

---

Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", **Kamu-İş**, C.8, S.1/2005, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf).

[1311] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 140; Wyler, **Droit du travail**, 314.

[1312] Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 50; aynı yazar, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 376 vd.; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 52 vd. İşverenin, bu aşamada, işçinin kişiliği ve aslında erdemlerini dikkate aldığı belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, işveren, işçinin, eğitim durumu, iş tecrübesi, dürüstlüğü, güvenilirliği, ahlakı, yaşam biçimi ve hatta sağlık durumu hakkında bilgi edinmek isteyecektir (Bayram, **Kişilik Hakkı**, 75).

[1313] Wyler, **Droit du travail**, 314 vd.; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 239; Süzek, **İş Hukuku**, 324; Ertürk, **Temel Haklar**, 66 vd.; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 29.

[1314] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 147.

[1315] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 20.

korunması yönündeki menfaati de işçinin sahip olması gereken korumadan farksızdır[1316].

İşe başvuran aday ya da işçi hakkında olması önem arz etmeksizin, kişisel verilerin işlenmesi, işçinin ya da işe başvuran adayın kişilik haklarını, onurunu, temel hak ve özgürlükleri ile özel veya kişisel yaşamını ihlal etmemelidir[1317].

Kişisel verilere ilişkin koruma, Anayasanın, özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesinin, 2010 yılında eklenen 3. fıkrasıyla da öngörülmüştür. Buna göre, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilr. Kişisel verilern korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*"[1318].

Bu konuda TBK m. 419 hükmü de, "*İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir*." yönünde öngördüğü düzenleme ile, işverenin, kaçınılmaz olarak işçi hakkında edineceği verileri işlemesine bir sınır getirmektedir. Veriler, yalnızca, işçinin işe yatkınlığıyla ilgili ve iş sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde işlemeye konu olabilecektir[1319]. İşçinin işe yatkınlığından anlaşılması gereken, işçinin iş görme edimini yerine getirme konusundaki yetenekleridir[1320].

Ayrıca, AY m. 20/III'te, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esasların kanunla düzenleneceğinin öngörülmesinin sonucunda, TBK m. 419/II'de de, konuya ilişkin özel kanun hükümlerinin saklı tutulmasından hareketle; 6698 sayılı Kişisel Verilerin

---

[1316] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 146; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 30; Uncular, **Kişisel Veri**, 70-71.

[1317] Bkz. Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 75-76; Süzek, **İş Hukuku**, 442; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 145 vd.; Okur, "**Kişisel Veri**", 368.

[1318] Bkz. Uncular, **Kişisel Veri**, 43; Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 50; Okur, "**Kişisel Veri**", 377; Sevimli, "**Veri Koruma**", 121; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 252.

[1319] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 283; Süzek, **İş Hukuku**, 442; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 138; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 28-29; Şen, "**İşçiyi Koruma**", 134; Kaplan, "**İşçinin Kişilik Hakları**", 40 vd.; Sevimli, "**Veri Koruma**", 134 vd.; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 256; Mehaz İsviçre BK m. 328b hükmü de aynı yönde bulunmaktadır (Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 154 vd.; Wyler, **Droit du travail**, 332 vd.).

[1320] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155; Sevimli, "**Veri Koruma**", 134.

Korunması Kanununun hükümleri, kuşkusuz, işçilerin kişisel verilerinin korunması konusunda da uygulanma alanı bulacaktır[1321].

6698 sayılı Yasanın amacı, Yasanın 2. maddesinde, "*kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek*" biçiminde ifade edilmiştir. Kişisel veri kavramının kapsamı da, m. 3/d ile açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*", kişisel veri sayılacak olup; bunlar özel nitelikli olan ve bunun dışında kalan veriler olarak ikiye ayrılmaktadır[1322]. Özel nitelikli kişisel veri ise, kişinin, ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleri ile biyometrik[1323] ve genetik verileri olarak öngörülmüştür (m. 6/1).

Kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği öngörülmüş olmasına karşın (m. 5/I), aynı hüküm, açık rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği istisna halleri, 7 bent halinde saymıştır. Bunlar: "*a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve*

[1321] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 284; Süzek, **İş Hukuku**, 443-448.

[1322] Süzek, **İş Hukuku**, 443-444; Okur, "**Kişisel Veri**", 372-374; Sevimli, "**Veri Koruma**", 123. TBK m. 419 hükmünün hazırlanmasında esas alınan, mehaz İsviçre BK m. 328b hükmü kapsamında kişisel veri kavramı da iki tür olarak algılanmaktadır. Kişisel veri, işveren ya da yetkilendirdiği kişi tarafından, işçi hakkında mesleki olan veya olmayan her konuda elde edilebilecek bilgi olup; özel nitelikli/hassas kişisel veri (*données sensibles*) ise, işçinin özel yaşam alanına ilişkin (sağlığı, ırkı, dini, felsefi, siyasal veya sendikal düşünce ve faaliyetleri, aldığı sosyal yardımlar, cezai veya idari olarak uğradığı mahkumiyetler) veya fiziksel ya da psikolojik durumunun tespiti için yapılabilecek her türlü değerlendirmeden elde edilebilecek veriler olarak kabul edilmektedir (Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 154; Wyler, **Droit du travail**, 333).

[1323] Ayrıntı için bkz. Sophie Bardou, **Les traitements de données biométriques en entreprise**, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Montpellier I, 2010.

özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması." durumlarıdır.

Belirtelim ki, veri işlenmesini hukuka uygun hale getiren bu durumlardan, (c) bendinde düzenlenen, bir sözleşmenin kurulması ve ifasıyla ilgili olma hali, TBK m. 419'da, işçiye ait kişisel verilerin, "hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde" işlenebileceğine ilişkin hükümle örtüşmektedir[1324]. Her ne kadar, bir sözleşmenin ifasıyla ilgili olma ifadesi, çok geniş algılanabilecek ve bu anlamda kişisel verilerin, rıza alınmadan işlenebilmesini kolaylaştırır izlenimi doğurabilecekse de; bu hüküm, iş ilişkileri açısından, TBK m. 419, veri işlemenin genel ilkeleri ve özellikle amaca bağlılık ile ölçülülük ilkeleriyle birlikte değerlendirilmelidir.

Ekleyelim ki, özel nitelikli kişisel veriler, sözü edilen istisnalar kapsamından çıkarılmış ve bunların ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu, ayrıca belirtilmiştir (m. 6/2). Bunlar açısından, açık rıza aranmadan işlemeye konu olma özellik arz etmektedir (m. 6/3): Gerçekten, bu halde, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin olmayan özel nitelikli kişisel verilerin ise, sadece kanunlarda öngörülen hallerde, açık rıza aranmaksızın işlenebilmesi olanaklıdır.

İş ilişkisinde işveren, 6698 sayılı Yasa anlamında, veri sorumlusu sayılacaktır. Zira veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olup; iş ilişkisinde de işçinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda bu yetkilere sahip olan gerçek veya tüzel kişi, işveren olarak karşımıza çıkmaktadır[1325]. Bu kapsamda, Yasanın 10. maddesi, veri sorumlusu olarak işverene, işçiyi aydınlatma yükümlülüğü getirmektedir. İşveren, veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimliği; kişisel verilerin işlenme amacı, yöntemi ve hukuki nedeni; kişisel verilerin kimlere,

[1324] Sevimli, "**Veri Koruma**", 135.
[1325] Süzek, **İş Hukuku**, 446; Sevimli, "**Veri Koruma**", 124.

hangi amaçlarla aktarılabileceği ve işçinin, bu kapsamda hangi haklara sahip olduğu konusunda, işçiye bilgi vermekle yükümlüdür[1326].

İşçinin, veri sorumlusunun işlemleri karşısında sahip olacağı haklar ise, 11. maddede, kişisel veri işlenip işlenmediğini, işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme; buna ilişkin bilgi talep etme; kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme; kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması halinde bunların düzeltilmesini veya m. 7'deki koşullara göre silinmesini veya yok edilmesini, düzeltme ve silme işlemlerinin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme; işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ve kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi durumunda zarara uğraması halinde zararın giderilmesini talep etme biçiminde öngörülmüştür (m. 11)[1327]. Böylece, verilerin belirtilen biçimde işlenmesinde, şeffaflık da aranan bir unsurdur. Şeffaflık, adayın veya işçinin kendisine ilişkin hangi verilerin işlendiği konusunda bilgilendirilmesi, bu konuda açık rızasının alınması, bu verilere erişebilmesi, bunların düzeltilmesini ve gerektiğinde yok edilmesini talep edebilmesi, hatta şeffaflığa aykırı uygulamalar söz konusu olduğunda buna karşı hukuki yollara başvurabilme anlamına gelmektedir[1328]. Bu durum, Anayasanın 20. maddesine, 2010 yılında eklenen ve yukarıda da değinmiş olduğumuz üçüncü fıkranın da bir gereğidir.

Bilindiği gibi, 6698 sayılı Yasanın hazırlanmasının temelinde, AB'nin, Türkiye ile ilgili ilerleme raporlarında, hukukumuzda veri koruma alanındaki boşluğa dikkat çekilmiş olması ve AB'nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması isteği yatmaktadır. Bu durum, Yasanın genel gerekçesinde de isabetli olarak dile getirilmiştir. Nitekim konuya ilişkin olarak, AB Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesinde, herkesin, kendisine ilişkin kişisel nitelikteki verilerinin korunması hakkına sahip olduğu; bu verilerin, belirli gerekçelere ve kişinin rızasına bağlı olarak ya da yasa ile öngörülmüş meşru temellere dayanarak işlenebileceği; ayrıca,

---

[1326] Bilgilendirme yükümlülüğü konusunda ayrıntı için bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 134 vd.; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 129-132; Uncular, **Kişisel Veri**, 65-66; Okur, "**Kişisel Veri**", 385.

[1327] Aynı yönde, İsviçre Hukukunda da, işçinin, kendisi hakkında işlenen veriler hakkında, sözü edilen biçimde bilgi edinme, gerektiğinde yapılan işlemlere itiraz etme hakkı öngörülmüştür (Bkz. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 156-157; Wyler, **Droit du travail**, 333). Verileri işlenen işçinin sahip olduğu haklar konusunda ayrıntı için bkz. Uncular, **Kişisel Veri**, 66 vd.

[1328] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 78-79; Ertürk, **Temel Haklar**, 75; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 136 vd.; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 71.

herkesin, kendisine ilişkin verilere erişme ve bunların düzeltilmesini talep etme hakkının olduğu öngörülmüştür[1329].

Ayrıca AB Hukukunda, bu konuda, 95/46 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiği Yönergesi yürürlüğe konulmuş bulunmaktadır[1330]. Yönergenin 6. maddesine göre, veriler, hukuka uygun olarak işlenmeli; belirli, açık ve hukuka uygun amaçlarla elde edilmeli ve bu amaçlarla uygun olmayacak biçimde işlemeye konu olmamalıdır. Ayrıca kişisel veriler, elde edilmesi ve işlenmesinde izlenen amaçlarla uyumlu, tutarlı ve amacı aşmayacak düzeyde olmalıdır. Aynı hüküm, verilerin saklanmasının da, izlenen amaçların gerçekleşmesi için gereken süreyi aşmaması gerektiğini düzenlemektedir. Yönergenin 7. maddesi ise, verilerin hukuka uygun işlenmesi konusundaki ilkeleri ortaya koymaktadır[1331].

Bu Yönergede belirlenen esasların, ulusal düzenlemelere aktarılması ve uygulanması hususunda görev yapmak üzere, Yönergenin 29. maddesine göre bir Çalışma Grubu oluşturulmuştur[1332]. Sözü edilen Çalışma Grubunun hazırladığı, İşyerinde Kişisel Verilerin İşlenmesine ilişkin 8/2001 sayılı görüşü[1333] ve İşyerinde Elektronik Haberleşmenin İzlenmesine İlişkin belge[1334], işveren tarafından, işçilere ait kişisel verilerin işlenmesinde dikkate alınması gereken esaslar olarak, veri işlenmesinde meşru amaç, şeffaflık ve ölçülülüğe işaret etmektedir.

[1329] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 113; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 121; Uncular, **Kişisel Veri**, 38; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 17.

[1330] Ayrıntı için bkz. Bayram, **Kişilik Hakkı**, 263 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 114 vd.; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 121; Uncular, **Kişisel Veri**, 38-42; Kaplan, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 58-60; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 17; Okur, "**Kişisel Veri**", 376; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 250 vd.; Savaş, "**Siber Gözetim**", 102-108; Perraki, **La vie personnelle**, 240 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 79 vd.

[1331] Bu hükme göre, veriler, kişinin kuşkuya yer bırakmayacak rızasının varlığı halinde; kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası ya da kişinin talep etmiş olduğu sözleşme öncesi tedbirlerin ifasının; veri sorumlusunun yasal bir yükümlülüğünün veya verileri işlenen kişinin yaşamsal bir menfaatinin korunmasının gerektirmesi; veri sorumlusu ya da verilerin iletildiği üçüncü kişilerin, kamu menfaatine ilişkin görevlerinin ifası için gerekli olması hallerinde veya bu kimselerin izlediği meşru gerekçe doğrultusunda, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile menfaatinin korunmasının öncelikli olmadığı durumda işlenebilecektir. Ayrıca bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırlanması**, 123 vd.; Savaş, "**Siber Gözetim**", 102 vd.

[1332] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 115 vd.; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 121; Savaş, "**Siber Gözetim**", 104; Perraki, **La vie personnelle**, 253 vd.

[1333] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel**, 5062/01 FR/Final WP 48, 13 septembre 2001.

[1334] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Document de travail concernant la surveillance des communications électroniques sur le lieu de travail**, 5401/01 FR/Final WP 55, 29 mai 2002.

Avrupa Konseyi bünyesinde ise, konu, AİHS m.8 ile düzenlenen kişinin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı hakkı ekseninde değerlendirilmekle birlikte, 28 Ocak 1981 tarihinde Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Hakkında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme kabul edilmiştir[1335]. Sözleşmenin ilk maddesi uyarınca izlenen amaç, imzacı devletlerin topraklarında bulunan, milliyeti ve yerleşim yeri ne olursa olsun, her gerçek kişinin, kişisel verilerinin otomatik işlemeye konu olması açısından, temel hak ve özgürlükleri ve özellikle özel yaşam hakkının korunmasıdır. 1981 tarihli bu Sözleşmede de, kişisel verilerin işlenmesi konusundaki ilkelere, verilerin güvenliği ve verileri işlenen kişilerin korunmasına yönelik esaslara yer verilmiş; konumuzla doğrudan bağlantılı olarak da, 5. maddede, işlemeye konu olacak verilerin, elde edilmesi ve kaydedilmesinde izlenen amacı aşmayacak biçimde, elverişli ve tutarlı olması gerekliliği vurgulanmıştır.

UÇÖ Çalışanların Özel Yaşamı Hakkında Uzmanlar Komitesi'nin 7 Ekim 1996 tarihinde hazırladığı Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu[1336] ise, bağlayıcı olmamakla birlikte, işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin önerilere yer vermesi açısından yol gösterici niteliktedir[1337]. Uygulama Kodu da, çalışanlara ait verilerin işlenmesine ilişkin pek çok sınırlama ve ilkeye yer verdiği gibi; yine kişisel verilerin, sadece başlangıçta elde edilmelerinde izlenen amaçla işlenmeleri gerektiğine işaret etmektedir (5.2).

İşte, iş ilişkisinde, işçinin, sözleşmeden doğan borcunu ifa ederken, kişiliğini ve özgürlüklerini, kaçınılmaz olarak sözleşme alanına dahil etmesi; kişilik değerlerini işveren tarafından yapılabilecek bir müdahaleye açık hale getirmektedir. Sözü edilen biçimde bir müdahale olasılığını gündeme getiren bir diğer esas, işverenin yönetim yetkisinin uzantısı olarak, iş görme edimini denetleme yetkisidir. Teknolojik gelişmeler ise, denetim yetkisinin kullanılmasıyla, işçilerin hak ve özgürlüklerine müdahale araçlarının çeşitlenmesi ve gelişmesine neden olduğundan, bu hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi sakıncasını artırmaktadır.

[1335] Belge, kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcılığa sahip, ilk uluslararası düzenleme olma niteliğini taşımaktadır (Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 114; aynı yazar, "**Veri Korunma**", 120-121). Ayrıca bkz. Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 17; Okur, "**Kişisel Veri**", 376.

[1336] BIT, Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs, Genève, 1997.

[1337] Bkz. Uncular, **Kişisel Veri**, 43; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 382-383; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 56-58; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 17; Okur, "**Kişisel Veri**", 377; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 249; Savaş, "**Siber Gözetim**", 100-102.

III. İşverenin denetim yetkisi ve teknolojinin denetime etkisi

İşverenin, işyerinde, kuşkusuz, işin görülmesini denetleme yetkisi bulunmakta[1338]; işyerlerindeki iş organizasyonunun karmaşıklığı, geniş bir alana yayılması, eş zamanlı olarak birçok faaliyet yürütülmesi gibi pek çok nedenle, başta güvenliğin sağlanması gerekçesiyle bu denetim, zorunlu hale dahi gelmektedir[1339]. İşyerinde izleme uygulamalarına başvurulmasının temel nedeni, güvenlik olup[1340]; işveren yasal gerekçelerle ve kimi zaman da işçilerin performansını değerlendirme amacıyla iş görme ediminin yerine getirilmesini izlemektedir[1341]. İş hukukunda, güvenlik denildiğinde, akla en başta, kuşkusuz, işçilerin sağlığı ve güvenliği gelmektedir. Güvenlik, aynı zamanda bilgi ve veri güvenliği biçiminde de karşımıza çıkmaktadır; zira, verilerin bilgisayar ortamında saklanması ve işyerlerinde internet bağlantılı bilgisayarların kullanılması, bu verileri, dıştan gelebilecek tehlikelere karşı da açık hale getirmektedir. İşverenin, bu noktada denetim yetkisinin bir gerekçesini de, bu tehlikelere karşı güvenliğin sağlanması oluşturmaktadır[1342]. Bu durum, işletme menfaati olarak da ifade edilebilecektir.

İşverenin, diğer işçiler ya da üçüncü kişilerin sağlık ve güvenliğini sağlamak gibi, üstün bir yarar veya yasadan doğan bir yükümlülük nedeniyle, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahale edebileceği kabul edildiğinden[1343], işçileri önceden bilgilendirmesi koşuluyla[1344], bazı izleme ve denetleme yöntemlerine başvurabileceği

---

[1338] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 225-226; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 704 vd.; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 435; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 183; Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1056; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 41; Bernard Bossu, "Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance", **Dr. soc.**, N° 12 Décembre 1995, 978; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 289 vd.; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 233; Savaş, "**Siber Gözetim**", 98.

[1339] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 292.

[1340] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 19; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 211; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 750.

[1341] Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 234; Savaş, "**Siber Gözetim**", 98.

[1342] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 21; Sevimli, "**Özel Yaşam Hakkı**", 53 vd.; Savaş, "**Siber Gözetim**", 98.

[1343] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 283; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 289 vd.

[1344] AİHM tarafından da, internet, e-posta ve telefon kullanımının izlemeye konu olabilmesinin bir koşulunun, işçileri önceden bilgilendirme olduğu; bu bilgilendirmenin yapılmadığı hallerde, çalışanlarda iletişimin gizliliği konusunda makul bir beklentinin oluşacağı kabul edilmektedir (AİHM, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, 25.6.1997, § 45; AİHM, *Copland c. Royaume-Uni*, n° 62617/00, 3.4.2007, § 42).

açıktır[1345]. Ne var ki, meşru gerekçelere dayalı olabilecek denetim, işçinin hak ve özgürlüklerinin korunması ile çatışabilecektir[1346].

Bu denetim yetkisi, işyerinin kapılarında sona ermekte; işverenin bu yetkisi, işçinin kişisel yaşamına müdahale olanağı vermemektedir. Bu durumun aksinin kabulü halinde, bağımlılık ilişkisinin kölelikten farkının kalmayacağı ifade edilmektedir[1347].

Fransız Hukukunda, işverenin, uygulayacağı izleme ve denetleme yöntemi hakkında, mutlaka işçileri önceden bilgilendirmesi gerektiği yönünde pozitif düzenleme getirilmiştir (İş Kodu m. L. 1222-4)[1348]. Aksi takdirde, işçilerin bilgilendirilmemiş olduğu araçlarla, kendileri hakkında elde edilen veriler, yasa dışı elde edilmiş delil sayılacaktır. Alman Hukukunda da, işverenin, işçiyi gizlice gözetleyerek elde ettiği bilgiler, işçi aleyhine kullanılamayacak, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayılacaktır[1349].

Dolayısıyla işverenin, güvenlik gibi meşru gerekçelere dayanan bir denetimi gerçekleştirmesinin hukuka uygun sayılması, bu konuda işçileri önceden bilgilendirmiş olmasına bağlı bulunmaktadır[1350]. Gizli yapılan denetim, hukuka aykırı olacaktır. Ne var ki, teknolojinin ulaştığı son nokta, her tür denetim olanakları üzerinde etkisini göstermektedir.

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin bir araya gelmesi, insanlığın özgürleşmesi ve aslında bağımlı hale gelmesi arasında var olan gerilimi, daha da artırmıştır[1351]. Kuşkusuz bu gerilim, iş ilişkilerine de, yoğun biçimde yansımaktadır. Bir yandan,

---

[1345] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 37; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 705; Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1056; Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 41; Bossu, "**La vidéo surveillance**", 982.
[1346] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 707; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 435; Zeki Okur, "Yeni Teknoloji ve İş Hukuku", **Çimento İşveren**, Mayıs 2006, S. 3, C. 20, 4; Savaş, "**Siber Gözetim**", 98 vd.
[1347] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 226.
[1348] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 705; Waquet, "**Les libertés des salariés**", 1056.
[1349] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 13.
[1350] Ancak istisnai hallerde, izlenen meşru amacın gerçekleşebilmesinin tek ve en az müdahaleci yolunun gizli izleme olduğu durumda, izlemenin bilgilendirme yapmadan yapılabileceğine ilişkin bkz. AİHM, *Köpke v. Germany*, 420/07, 5.10.2010. AİHM, bu kararında, işyerinde, hırsızlık şüphesi nedeniyle gizli olarak kamera ile izlenen ve ardından işten çıkarılan başvurucu işçinin, başvurusunu reddetmiş; konuya ilişkin ulusal iş mahkemesinin kararıyla, işverenin mülkiyet hakkı ile işçinin özel yaşam hakkının dengelenmesi konusunda, takdir marjının aşılmadığına ve bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir.
[1351] Bkz. Cohen-Jonathan, Gérard, "Progrès scientifique et technique et droits de l'homme", **Droit et Libertés à la fin du XX^{e} siècle, influence des données économiques et technologiques, Études offertes à Claude-Albert Colliard**, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, 123 vd.; Christophe Radé, "Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination", **Dr. soc.**, N^{o} 1 Janvier 2002, 26 vd.

işveren, işçinin işte geçirdiği her saniyesini takip etmek için elverişli araçlara sahip olduğu gibi; teknolojik gelişmeler, bu takibin, işçinin kendisine ve ailesine ayırdığı zamanlarında dahi sürmesini olanaklı hale getirmiştir[1352]. Bunun karşısında işçi, önce insan olarak algılanmaya başlanmış; işyerinde ve çalışma saatlerinde dahi sahip olduğu hak ve özgürlüklerin göz ardı edilemeyeceği fark edilmiştir[1353]. Birbirine zıt yöndeki bu gelişmeler[1354], sözü edilen gerilimin iş hukukundaki yansıması olarak, işyerinin sınırlarını ve dolayısıyla işverenin denetim yetkisinin sınırlarını belirsiz hale getirmektedir. Teknolojinin getirileri ile bunun neden olduğu sakıncalar arasında denge kurulması ihtiyacı da bu nedenle gündeme gelmektedir[1355].

Teknolojinin sağladığı kolaylık, hız, ekonomik getirisi ve yaratmış olduğu ekonomik piyasa, işletmelerde hızla yerleşmesini sağlamıştır[1356]. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin işyerlerinde yaygınlaşmasının[1357], iş ilişkisi üzerinde giderek artan etkilerinin tümünü tespit etmek ve bundan kaynaklanabilecek hukuki sorunların

---

[1352] Bilim ve teknolojinin geldiği seviye nedeniyle, izleme, denetleme araçlarının oldukça çeşitlenmesine ilişkin olarak bkz. Isabelle De Benalcázar, **Droit du travail et nouvelles technologies**, Paris, Montchrestien, Gualino éditeur, 2003, 83 vd.; Jean-Emmanuel Ray, **Le droit du travail à l'épreuve des NTIC**, Paris, Editions Liaisons, 2001, 83 vd.; aynı yazar, "Géolocalisation, données personnelles et droit du travail", **Dr. soc.**, N° 12 Décembre 2004, 1077 vd.; aynı yazar, "Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle", **Dr. soc.**, N° 11 Novembre 2002, 939 vd.; aynı yazar, "Droit du travail et TIC I", **Dr. soc.**, N° 2 Février 2007, 140 vd.; Bossu, "**La vidéo surveillance**", 978; Bernard Bossu/ Thomas Morgenroth, "La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité", **RDT**, 2012.156; Stéphane Darmaisin, "L'ordinateur, l'employeur et le salarié", **Dr. soc.**, N° 6 Juin 2000, 586 vd.; Laure Marino, "Vidéosurveillance au travail: le principe de proportionnalité mis en œuvre par la CNIL", **RDT**, Février 2010, 108-109; Alexia Gardin, "Géolocalisation du véhicule du salarié: quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi", **RDT**, 2015.544; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 289 vd.; Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 4 vd.

[1353] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 116.

[1354] Daha yeni ve güçlü izleme teknolojileri ve işçinin özel yaşamının daha iyi korunmasına yönelik çabalar biçimindeki bu zıt yöndeki gelişmeler, işverenin içinde bulunduğu bir ikilem olarak da ifade edilmiştir (Mignin/Lazar/Friedman, "**İşyerinde Özel Yaşam**", 376).

[1355] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 13.

[1356] Erdem Özdemir, "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine", **Sicil**, Haziran'08, 13; Zeki Okur, "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", **Kamu-İş**, C.8, S.2/2005, 47; Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 580.

[1357] Avrupa ülkelerinde, 1997 yılında dahi, 50'den fazla işçi çalıştıran işletmelerin %70'inin, çalışanlarının verilerini, bilgisayar kayıtları ile işledikleri belirtilmektedir (Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 4). Türkiye'de ise, 2016 yılı rakamlarına göre, 10'dan fazla çalışanı olan işletmelerin % 95,9'unun bilgisayar teknolojisinden yararlandığı; % 93,7'sinin ise internet bağlantısı olduğu belirtilmektedir. Bu oranlar, 250'den fazla işçi çalıştıran büyük işletmelerde, sırasıyla, % 99,6 ve % 99,5'e ulaşmaktadır (TÜİK, Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, Ekonomik faaliyet ve büyüklük grubuna göre bilgisayar kullanan ve internet erişimine sahip olan girişimler, www.tuik.gov.tr).

gelişimi ve çeşitliliğine yanıt verebilen hukuk mekanizmaları oluşturabilmek, günümüz iş hukukunun çözüm getirmesi gereken en çetin sorunlardan biridir[1358].

İşçinin iş görme edimini yerine getirirken bu teknolojilerden yararlanması, işyerinde internet kullanılması, bağımlılık ilişkisi ve dolayısıyla sahip olduğu hak ve özgürlükler üzerinde etkilere sahip bulunmaktadır[1359]. İşçinin iş görme edimini yerine getirirken yararlandığı araçlar ve bunun gerektirdiği uzmanlık, bir anlamda işçinin "özerkleşmesini" sağlarken; bu durum, işyerindeki bilgi akışı ve talimat verme yöntemlerini de alt üst ettiği için, işyerinin organizasyonel yapısı üzerinde de etkili olmaktadır[1360].

İşçilerin iş görme edimini yerine getirirken kazandıkları söylenen özerklik ise; teknolojik gelişmenin aynı zamanda izleme ve denetleme olanaklarını da güçlendirmesi nedeniyle, bağımlılık ilişkisinin gerçek anlamda zayıflaması sonucunu doğurmamaktadır[1361]. Dolayısıyla teknolojik gelişmelerin etkisiyle, bağımlı çalışmanın uğradığı değişimin, özgürlükler lehine olması, görünürde kalmakta; özde, iş yaşamı ile kişisel yaşam arasındaki sınırın silikleşmesi, işçiyi ve özel yaşam alanını olumsuz etkilemektedir[1362].

Zira bilgisayarlar ve işletim sistemleri ile, yapılan işin en ince ayrıntısına kadar belirlenmesi ve bunun yakından takip edilmesi olanaklı olabilmektedir: Bu uygulamalar, bilgi güvenliği gereği, ziyaret edilen internet sitelerinin tespit edilmesi ve kaydının tutulması; e-postaların içeriği ve eklerinin denetlenmesi; işçinin bilgisayarının başına geçtiği ve oradan ayrıldığı anın tespit edilmesi; aradaki süre içinde bilgisayarda neler üzerinde çalıştığının izlenmesi; işçinin telefon görüşmelerinin süresinin veya içeriğinin kayıt altına alınması ve işyerinde

---

[1358] Bkz. Collomp, "**La vie personnelle au travail**", 43; Cohen-Jonathan, "**Progrès scientifique et technique**", 124 vd.; Alain Supiot, "Travail, droit et technique", **Dr. soc.**, N° 1 Janvier 2002, 13 vd.; Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 26; Ray, "**Droit à la déconnexion**", 939; Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 581; Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 4 vd.; aynı yazar, "**Kişisel Veri**", 368 vd.; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 13; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 232; Savaş, "**Siber Gözetim**", 97 vd.; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 745-748; Vahap Ünlü, "Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?", **Sicil**, Haziran'11, 210 vd.

[1359] Bkz. Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 5; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142; Ray, "**Droit à la déconnexion**", 940.

[1360] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 6-7; Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 27; Supiot, "**Travail, droit et technique**", 17-18.

[1361] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 7, 12; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 705 vd.

[1362] Lacabarats, "**Libertés en entreprises**", 409. Örneğin, işverenin, işyerinde ayrımcılığı, tacizi ve benzer davranışları; düşmanca bir iş ortamını engelleme konusundaki sorumluluğunun, işçilerin özel aktivitelerini, elektronik postalarını izlemeyi gerektirebileceği belirtilmektedir (Mignin/Lazar/ Friedman, "**İşyerinde Özel Yaşam**", 364).

kameralarla görüntülü izleme yapılması gibi çok farklı biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir. Böylece, sadece denetim teknolojileri üreten firmaların yaratıcı yetenekleri ile sınırlı olan işte bu denetim yöntemleri; işçinin, bilgisayarının ekranındaki imleçi hareket ettirmesine yarayan farenin hareketlerinin izlenmesi ile, işçinin konsantrasyonunun ölçülmesi gibi, önceden tahmin edilmesi güç yöntemlere başvurmaya kadar uzanabilmektedir[1363]. Önceleri, işveren veya vekilinin gözetimi altında iş gördüğü belirtilen işçi; artık, her an, her yerde, yazılı, sesli ve hatta görüntülü olarak ulaşılabilir ve denetlenebilir hale gelmiş; izleme ve denetleme, sınır tanımaz, kesintisiz, yorulmaz ve görünmez bir yönteme dönüşmüştür[1364].

Böylece işyerinde teknoloji ve işverenin yetkileri üzerindeki etkileri, paradoksal biçimde, hem işçiye özerklik sağlama; hem de, esasında işverenin denetim olanaklarını güçlendirme olarak ortaya çıkmaktadır.

Meşru kabul edilebilecek ve yargıç tarafından denetlenecek olan gerekçelere dayalı izleme kavramı ile gizliliğin ihlali kavramının birbiriyle karıştırılması ise, bilgi teknolojilerinin, özgürlükler açısından büyük bir tehlikeye dönüşmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Bu nedenle yargıcın, işverenin yetkisini hangi amaçla kullandığı konusundaki denetimi güçlendirmesi gerekmektedir[1365]. Bu kapsamda, yalnızca izlenen amacın meşru olması ve işçilerin bilgilendirilmesi değil; aynı zamanda, bu amaca daha az müdahaleci bir yöntemle ulaşmanın olanaklı olup olmadığı değerlendirilecektir. Zira işçilerin, özgürlüklerinden belli düzeyde vazgeçmesi, koşulsuz ve ölçüsüz olmayıp; yalnızca izlenen meşru amaçların gerçekleşmesine yöneliktir[1366]. Bu da, özgürlüklere müdahalenin ölçülülüğüne işaret etmektedir.

Unutulmamalıdır ki, işverenin yetkilerini kullanırken yararlanabileceği olanakların, teknoloji aracılığıyla gelişmesi karşısında, buna uygun olarak şekillenmesi gereken, özgürlükler değildir. Aksine, hukukun temel gerekleri karşısında, teknolojiye ve bu bağlamda işveren yetkilerine yön verilmelidir. Nitekim

---

[1363] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 10.
[1364] Ray, "**Géolocalisation**", 1078-1079; aynı yazar, "**Droit du travail et TIC I**", 141; Bossu, "**La vidéo surveillance**", 979; Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 26; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 746.
[1365] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 12.
[1366] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 138.

AB Hukukunda kabul edilen "*işin insancıllaştırılması*" ilkesi, bu yaklaşımın bir sonucudur[1367].

Bu yaklaşım ise, işyeri çatısı altındaki ilişkilerin gelişimi, bağımlılık ilişkisinin ve iş hukukunda işverenin yetkilerinin algılanışı üzerinde yeniden düşünmeyi gerektirmektedir. Günümüzde, işverenin yetkileri ile işçinin hak ve özgürlüklerinin karşı karşıya geldiği işyerinin, demokratik bir toplum yapısı algısıyla değerlendirilmesi yerinde olacaktır[1368]. İşçinin, işyerinde sahip olduğu özgürlüklere müdahale niteliği taşıyabilecek işveren uygulamalarının etkin bir şekilde denetlenebilmesi, yargıç tarafından benimsenmesi gereken bu bakış açısına bağlı bulunmaktadır. Bu sayede yetki ve yetki temelli uygulamalar, belirsiz bir karanlık içinde kalmayacak; yargıç tarafından yapılacak denetimle aydınlığa çıkarılacaktır[1369].

İşletme menfaati ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki makul dengenin sağlandığı noktayı işaret eden ibre ise, her somut olayın koşulları içinde, sınırlamanın hangi halde ölçülü sayılacağını gösterecektir.

§11. İŞÇİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE MÜDAHALENİN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ

I. İşyerinde Özgürlükleri Savunma Aracı Olarak Ölçülülük

Üstün bir yarar veya yasadan doğan bir yükümlülük nedeniyle veya işçinin rızasıyla, iş sözleşmesinin niteliğinden doğan sebeplerle, iş ilişkisinde, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahale söz konusu olabilecekse de[1370]; müdahale niteliğindeki davranışın, öncelikle meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı, sonra ise, müdahalenin gerekli, uygun ve oranlı olup olmadığının denetlenmesi zorunludur[1371]. Bu denetim, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ve izlenen amacın meşru olmasına karşın, işçinin hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamanın, meşru amacın gereklerini aşmamasını, diğer bir deyişle sınırlamanın ölçüyü aşmasına engel olunmasını sağlar.

[1367] Supiot, "**Travail, droit et technique**", 21.
[1368] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 11.
[1369] Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 14.
[1370] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 30-31; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 95-107.
[1371] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 283; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 110; aynı yazar, "**Özel Yaşam Hakkı**", 71; Géniaut, **Proportionnalité**, 135; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 442-443; Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386; Perraki, **La vie personnelle**, 362 vd.; Waquet, "**La vie personnelle**", 515; aynı yazar, "**Les libertés des salariés**", 1052; aynı yazar, "**Vie privée**", 16-17; aynı yazar, "**La vie personnelle du salarié**", 28-29.

Böylece ölçülülük, bağımlılık ilişkisinin sonuçları ile işçinin hak ve özgürlükleri arasında bir uyumlaştırma tekniği olarak karşımıza çıkmaktadır[1372].

Ölçülülük denetiminin mekanizmasını ortaya koymaya çalıştığımız ilk bölümde ifade edildiği üzere, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, işçinin bir hak ve özgürlüğüne yapılan müdahaleyi değerlendirirken; ölçülülüğün, son aşamayı oluşturduğu, üç basamaklı bir denetim gerçekleştirmektedir: Öncelikle, bir hak veya özgürlüğün müdahaleye uğradığının tespit edilmesi ve bu müdahalenin meşru amacının ortaya konması gerekmektedir[1373]. İzlenen amaç, yapılan müdahale sonucunda elde edilmesi umulan, beklenen sonuçtur[1374]. Öncelikle bu amacın meşru olması, diğer bir deyimle işçinin özgürlüğüne müdahale nedeninin meşru olması aranır.

Bu değerlendirme yapılırken, İş Kodu L. 1121-1 hükmünde de ifade edildiği gibi; işçinin yaptığı işin niteliği göz önüne alınacak; getirilen sınırlamanın, bu işin niteliği ile açıklanabilir olması beklenecektir[1375]. İşçinin hak ve özgürlüklerine yapılan bir müdahalenin denetiminde, bu aşamaya kadar, müdahale, işletmenin meşru menfaatleri ve işçi tarafından yerine getirilen görev açısından değerlendirilmektedir.

Müdahalenin varlığı ve bunun meşru gerekçelerinin bulunduğu yönündeki saptamanın ardından, bu kez, müdahalenin ölçülü olup olmadığı denetlenecektir. İş ilişkisinde temel haklara ve bunların sınırlanmasının ölçülü olması gerektiğine atıfta bulunulması; yargıcın, sözleşmenin mutlak gibi algılanan hakimiyetine müdahale edebilmesini sağlamaktadır[1376]. Yargıç bu sayede, iş sözleşmesine konulan bir hükmün veya buna dayanan bir uygulamanın, sadece işletmenin meşru sayılabilecek menfaatlerinin korunması için zorunlu olup olmadığını değil, aynı zamanda, başvurulan uygulamanın, bu amacı gerçekleştirmek açısından uygun, gerekli ve oranlı olup olmadığını, böylece işçinin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin

---

[1372] Perraki, **La vie personnelle**, 363.
[1373] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 222-223; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 442; Perraki, **La vie personnelle**, 363.
[1374] Géniaut, **Proportionnalité**, 263.
[1375] Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 443; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 183; Perraki, **La vie personnelle**, 370.
[1376] Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 440; Cornesse, **Proportionnalité**, 65-66.

ölçüsüz olup olmadığını denetleyebilmekte[1377]; bu hak ve özgürlüklere koruma sağlayabilmektedir.

Örneğin, yaptığı işin gereği olarak farklı müşterilerin adreslerine giden işçinin otomobiline izleme cihazı yerleştirilmesinde; işçinin izlenmesi nedeniyle, kişilik haklarına yapılan bir müdahalenin varlığında kuşku yoktur[1378]. İşçinin izlenmesinin, çalışma süresinin tespit edilmesi biçiminde, meşru bir amacı olduğu düşünülebilecektir. Ne var ki, işçinin gün boyunca, gerçek zamanlı olarak, nerede, ne kadar süreyle bulunduğunun sürekli izlenmesi uygulamasının; çalışma süresinin tespit edilmesi amacını gerçekleştirmek için aşırı kısıtlayıcı bir uygulama olduğu; aynı amaca daha az müdahaleci bir uygulama ile ulaşmanın olanaklı olacağı; bu nedenle de araç takip sistemi ile izleme uygulamasının ölçüsüz olduğu sonucuna varılacaktır[1379]. Böylece, gerçekleştirdiği ölçülülük denetimi ile yargıç, işçinin hak ve özgürlüklerine aşırı müdahalenin önüne geçebilecektir. İşverenin, işçinin kişilik haklarını sınırlarken izlediği meşru menfaat doğrultusunda; kişilik haklarının aşırı, diğer bir ifadeyle ölçüsüz müdahaleye uğraması; bu müdahalenin, kişilik haklarının bir ihlali sayılmasına neden olacaktır. Diğer bir ifadeyle, işverenin, işçinin, kişilik haklarına ve dolayısıyla kişisel yaşamına müdahalesi, yalnızca, bu müdahalenin yapılan işin niteliği ile açıklanabilir olmasının yanında, bu müdahale ile izlenen amaçla ölçülü olması koşuluyla kabul edilebilir olacaktır[1380].

Görüldüğü gibi, yargıcın gerçekleştirdiği denetimin kapsamına, işçinin kişiliği, buna bağlı hakları, ancak ölçülülük denetimi aşamasında dahil olmaktadır. Bu

---

[1377] Perraki, **La vie person**nelle, 364; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 110.

[1378] Bu müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesinden önce, hukuka uygunluğunun tespiti için, meşru gerekçenin ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin varlığı incelenmelidir. Bu açıdan, işçinin bilgisi dışında ve rızası alınmadan konumunun belirlenmesinin, kişilik haklarının ihlali niteliğinde ve hukuka aykırı olacağı tartışmasızdır (Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 749). Nitekim Elektronik iletişim sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve özel hayatın korunması hakkında 2002/58 sayılı AB Yönergesi de, cep telefonlarından elde edilebilecek, bulunulan konum gibi verilerin işlenmesi konusunda, kullanıcıların mutlaka bilgilendirilmesi ve onaylarının alınması gerekliliğini düzenlemiştir.

[1379] Bkz. Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-18036, Bull. 2011 V, N° 247, kararın değerlendirmesi için bkz. Bossu/Morgenroth, "**La géolocalisation**", 156 vd. Aynı yönde, bir diğer karara konu somut olayda, bir ilaç firmasında çalışan; yaptığı iş kapsamında, belli bir coğrafi alanda yer alan müşterileri ziyaret eden işçinin; raporunda belirttiği adreslere gerçekten gidip gitmediğinin belirlenmesi için işveren, gizli bir izleme sistemi kurmuştur. Sosyal Daire, işçinin iş görme edimini yerine getirip getirmediğinin başka yöntemlerle de belirlenebileceğine ve bu nedenle bu izleme sisteminin, işverenin meşru menfaatleri ile açıklanamayan, ölçüsüz bir uygulama olduğuna karar vermiştir (Cass. soc. 26 nov. 2002, n° 00-42401, Bull. 2002 V, N° 352, kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 196-197). Bu kararla bağlantılı olarak, işçinin, çalışma saatleri içinde her adımda takip edilmesinin, insan onuru açısından kabul edilemez olduğu yönünde ayrıca bkz. Ray, "**Géolocalisation**", 1080.

[1380] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718.

nedenle ölçülülük, işçinin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin denetimine, kişi boyutunu katan unsurdur[1381]. Ölçülülüğü, işyerindeki özgürlükleri savunma aracı olarak nitelendirmek[1382], bu nedenle abartılı olmayacaktır.

Fransız Hukukunda, 1982 yılında, işçinin hak ve özgürlüklerine yapılabilecek müdahalenin ölçülü olması gerektiğine ilişkin hükmün, İş Kodu'na eklenmesinden ve konuya ilişkin yargı içtihadından önce; işverenin, işçinin kişisel yaşamına müdahalesini sınırlama konusunun daha kısıtlı kaldığı belirtilmektedir[1383]. Örneğin, bu dönemde, iş sözleşmesine, işçinin bekar kalacağına yönelik konulan bir hükmün geçersizliğine hükmeden Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, kararını, işçinin evlenmesinin, iş görme edimini yerine getirme açısından mutlaka bir engel teşkil etmek zorunda olmayacağı yönünde "çekingen" olarak nitelendirilen[1384] bir gerekçeye dayandırabilmiştir[1385]. Ancak 1982 ve 1992 yıllarında yasa koyucunun devreye girmesiyle, önceden de üzerinde durduğumuz, İş Kodu'na ölçülülük ilkesine ilişkin hükümlerin eklendiği yasal düzenlemeler ile, iş ilişkisinde, işçinin temel hak ve özgürlüklerine özel bir koruma getirilmesi isteği açıkça ortaya konabilmiştir[1386].

İşçinin kişilik hakkına getirilebilecek her türlü sınırlamanın ölçülü olması gerekliliği konusunda, iş hukuku mevzuatımız ise, açık bir düzenleme öngörmemektedir. Bu noktada, Fransız İş Kodu L. 1121-1 hükmüne benzer biçimde, hiç kimsenin, işçinin bireysel ve kolektif hak ve özgürlüklerine, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve izlenen amaçla ölçülü olmayan bir sınırlama getiremeyeceği yönünde bir düzenlemenin, İş Kanununda yer almasının, isabetli olacağını belirtmek gerekir[1387]. İş Kanununda açık bir düzenlemenin yokluğunda dahi, ölçülülük ilkesinin uygulanma alanı bulacağı ise kuşkusuzdur. Zira, işçinin kişilik hakkına yapılan bir müdahalenin, hukuka uygunluğu değerlendirmesini yapacak olan yargıç; AY m. 13 hükmü ışığında, temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek olan her türlü sınırlamanın geçerli sayılabilmesi için sınırlamanın ölçülü olması gerektiğini göz

---

[1381] Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 444.
[1382] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 139. Benzer yönde, işçinin özel yaşamına saygı hakkının korunmasında da, en temel denetim aracının ölçülülük olduğu yönünde bkz. Perraki, **La vie personnelle**, 367.
[1383] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 21.
[1384] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718.
[1385] Cass. soc. 7 févr. 1968, n° 65-40.622, Bull. V, N° 67.
[1386] Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 21; Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386.
[1387] Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 110.

ardı edemeyecektir[1388]. Fransız Yargıtayının, L. 1121-1 hükmünün aradığı koşulları, her somut olayda yorumlayarak açıklığa kavuşturmasına ve bu konuda özellikle Fransız Danıştayının 100 yılı aşkın süredir geliştirdiği, temel hakların sınırlanmasına ilişkin ve AİHM kararlarına paralel içtihadından yararlanmasına[1389] benzer biçimde, iş yargıcının ve Yargıtayın, gerek AYM, gerek Danıştay, özellikle de AİHM içtihadından yararlanarak bu çerçeveyi oluşturması olanaklıdır.

II. Ölçülülük Denetiminin Uygulanma Esasları

1. Genel olarak ölçülülüğün denetleme ve önleme işlevleri

Ölçülülük ilkesinin, işyerindeki özgürlükleri savunma aracı olarak görülebilmesinin temelinde, yargıca, özgürlüklere müdahale niteliğindeki işlem ve uygulamaların, bu özgürlüklere izlenen amacın gereğini aşan, ölçüsüz bir sınırlama getirip getirmediğini denetleme olanağı sunması ve ölçüsüz olan müdahalenin geçersiz sayılmasını ya da geçerli görülebilecek düzeye indirgenebilmesini sağlaması yatmaktadır.

Örneğin, Fransız İş Kodu'nda işçinin, kişi hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklerine getirilebilecek sınırlamaların ölçülü olmasını arayan L. 1121-1 hükmü, buna aykırılığın yaptırımını öngörmemiş olmasına karşın; temel hakları ihlal eden işlemlerin hükümsüz olduğu kabul edilmekte; Fransız Yargıtayı da bu yönde hüküm kurmaktadır[1390]. Hatta, Sosyal Daire, hükümsüzlüğü öngören bir yasal düzenleme yokluğuna karşın, temel bir hakkın ihlali (somut olayda mahkemeye başvurma hakkının ihlali) halinde, yargıcın, işlemi (örneğin iş sözleşmesinin feshinin) hükümsüz sayması gerektiğini vurgulamaktadır[1391]. İşveren kararı ile ihlal edilen hakkın temel bir hak olduğuna ilişkin değerlendirmede ise, Fransız yargıcının, AİHS kapsamındaki haklara atıfta bulunduğu[1392]; bu durumun Yargıtayımız için de yol gösterici olabileceğinin altını çizmek gerekir.

[1388] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 45.
[1389] Perraki, **La vie personnelle**, 370; Cornesse, **Proportionnalité**, 70.
[1390] Géniaut, **Proportionnalité**, 138-139; Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından, ilk kez, işçinin ifade özgürlüğünün ihlali niteliğindeki işlemin, temel bir hakkın ihlali kabul edilerek hükümsüz sayılmasına ilişkin yukarıda da yer verilen *Clavaud* kararı için bkz. Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. V, N° 257.
[1391] Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-45735, Bull. 2001 V, N° 87.
[1392] Géniaut, **Proportionnalité**, 143.

İşçinin temel bir hakkına ölçülü olmayan bir kısıtlama getiren işlemin hükümsüzlüğüne alternatif olarak, Fransız Hukukunda şu ana dek yalnızca rekabet yasağı hükümleri açısından uygulama alanı bulmuş olan bir diğer yaptırım ise, müdahalenin ölçülü sayılabilecek bir düzeye çekilmesi olarak karşımıza çıkar[1393]. Zira, ölçülülük ilkesi, yargıcın, sözleşmede bozulan dengenin yeniden kurabilmesini sağlayan bir araçtır[1394]. Böylece, işçinin çalışma hakkını, ölçüsüz biçimde kısıtlayan bir rekabet yasağının, örneğin süre, yer veya işin niteliği açısından kabul edilebilir bir sınırlamaya dönüştürülerek, tamamen hükümsüz sayılması yerine, daha kısa süre, daha dar bir coğrafi alanı kapsayacak biçimde ya da yalnızca belli bazı işler açısından geçerli kalabilmesi sağlanabilecektir. Rekabet yasağının hükümsüz sayılmasının, işletmenin korunmaya değer olabilecek menfaatinin tümüyle göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağı gerçeği karşısında, ölçülülük ilkesi, bu hususta gerçekten, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi aracı olarak işlev kazanmaktadır[1395].

İş sözleşmesi henüz kurulmadan önce, işe başvuran adayın kişiliğine, hak ve özgürlüklerine, sözleşme görüşmelerinde ölçülü olmayan müdahaleler söz konusu olduğunda, ölçülülüğe aykırılığın sonuçlarına farklı yaklaşmak gerekecektir.

Kural olarak, sözleşme görüşmelerinin, taraflardan birinin kararıyla sona erdirilebilmesi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Ne var ki, işe başvuran adayın kişilik haklarını, temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir soruya cevap vermemesi veya bir test, muayene, tahlil ve benzeri uygulamayı kabul etmemesi nedeniyle sözleşme görüşmelerinin işveren tarafından kesilmesi durumunda, işverenin sorumluluğu, *culpa in contrahendo* kapsamında değerlendirilecektir[1396].

Böylece işe başvuran aday, sözleşme görüşmelerinde, kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle, tazminat talep edebilecektir[1397]. Zira işveren, sözleşme

---

[1393] Géniaut, **Proportionnalité**, 145 vd.; Raymonde Vatinet, "Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail", **Dr. soc.**, N° 6 Juin 1998, 534 vd., 538; Yves Picod/ Sébastien Robinne, **Concurrence (Obligation de non-concurrence)**, Rép. trav. Dalloz, mai 2009, § 80; Guillaume Blanc-Jouvan, **Clause de non-concurrence**, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 18-25, 15; Natacha Gavalda, "Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail", **Dr. soc.**, N° 6 Juin 1998, 584; Corinne Pizzio-Delaporte, "La clause de non-concurrence: jurisprudence récente", **Dr. soc.**, N° 2 Février 1996, 146; Yves Serra, note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, "Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail", **Rec. D.**, 2002, n° 32, 2497.

[1394] Le Gac-Pech, **La proportionnalité en droit privé des contrats**, 8.

[1395] Yves Serra, note sous Cass. soc. 18 sept. 2002, "Hiérarchie des conditions de validité de la clause de non-concurrence en droit du travail", **Rec. D.**, 2002, n° 43, 3229.

[1396] Eren, **Borçlar Hukuku**, 1152 vd.; Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku**, 472-476; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 241.

[1397] Ertürk, **Temel Haklar**, 83; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 147-148.

görüşmeleri sırasında, aday ile aralarında kurulduğu kabul edilen, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi çerçevesinde, karşı tarafın menfaatlerine zarar vermeme biçimindeki özen yükümüne aykırı davranmış sayılacaktır[1398]. Bu halde, işe başvuran adayın, *culpa in contrahendo* hükümleri yerine, TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiile ilişkin hükümler uyarınca da tazminat talebinin olanaklı olduğu ifade edilmektedir[1399].

Belirtelim ki, sözü edilen tazminat yaptırımının, kişilik hakkı ihlal edilen aday açısından tatmin edici olmadığı; bu nedenle, çözümün, işe alma sürecinde, yapılacak işin niteliği ile açıklanamayan, adayın kişilik hakkına ölçüsüz müdahale teşkil eden uygulamaların, açıkça yasaklandığı ve yaptırıma bağlandığı pozitif düzenlemeler getirilmesi olduğu da vurgulanmalıdır[1400]. Aksi halde, tıpkı işçi gibi, yapılmak istenen sözleşmenin zayıf tarafı olan ve kişilik değerleri işverenin müdahalesine açık olan adayın, bu müdahalelere karşı yeterince korunabildiğinden söz etmek olanaklı olmayacaktır.

Ölçülülük ilkesinin, işyerinde özgürlüklerin en temel savunma aracı olabilmesini sağlayan bir diğer yöntem, esasında ölçülülüğün, temel hak ve özgürlüklerin ihlalini önleyici bir fonksiyon kazanmasını da sağlar niteliktedir. Bu yöntem, Fransız Hukukunda, işçi temsilcilerinin (*délégué du personnel*), işyerinde, kişi haklarına, işçilerin fiziksel ya da ruhsal sağlıklarına veya bireysel özgürlüklerine, yapılan işin niteliği ile açıklanamayan ve amaçla ölçüsüz olan bir müdahaleyi fark ettiğinde, yargıca başvurabilme olanağı (*procédure l'alerte*) ile somutlaşmaktadır (İş Kodu m. L. 2313-2)[1401]. Bu sistem[1402] ile, işçi temsilcilerinin de, işyerindeki özgürlüklerin güçlü bir savunucusu haline geldikleri, isabetle vurgulanmaktadır[1403].

[1398] Süzek, **İş Hukuku**, 324-325; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 240; Ertürk, **Temel Haklar**, 67; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 147; Uncular, **Kişisel Veri**, 71; Aydınlı, "**Koruma Yükümlülüğü**", (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf). Nitekim, ekleyelim ki, işverenin, işçiyi gözetme borcunu düzenleyen TBK m. 417 hükmünün, mehaz İsviçre BK'daki karşılığı olan m. 328'in, sözleşme görüşmelerinde de uygulanacağı kabul edilmektedir (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 140; Wyler, **Droit du travail**, 314).

[1399] Ertürk, **Temel Haklar**, 83; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 148.

[1400] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 149.

[1401] Bossu, "**La vidéo surveillance**", 978 vd.; Laure Marino, "La consultation des messages électroniques des salariés sous le feu d'une enquête demandée par le délégué du personnel: ombre et lumière de l'arrêt Sanofi", **RDT**, Octobre 2009, 591 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 90 vd.; E. Murat Engin, **İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog**, İstanbul, Beta, 2012, 62.

[1402] İşçi temsilcilerinin başvurabildiği bu sistem, Fransız İş Kodu'na, *G. Lyon-Caen*'ın, Çalışma Bakanlığı'na sunduğu raporun etkilerini taşıyan 31 Aralık 1992 tarihli Yasa ile İş Kodu'na eklenmiştir.

[1403] Marino, "**Enquête demandée par le délégué du personnel**", 592; Bossu, "**La vidéo surveillance**", 978.

Sözü edilen hükme göre, müdahale, işyerinde, özellikle cinsel ya da psikolojik taciz biçiminde veya işe alma, ücret, eğitim, işe iade, atama, derecelendirme, niteleme, mesleki ilerleme, görev değişikliği, sözleşme yenilenmesi, disiplin yaptırımı ya da fesih konularında ayrımcı bir uygulama olarak ortaya çıkabilecektir.

Buna göre, işçi temsilcisi, işçilerin sözü edilen hak ve özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahaleden bizzat veya işçiler aracılığıyla haberdar olduğunda, öncelikle işverene başvurmalıdır. Başvuru üzerine işverenin, işçi temsilcisiyle birlikte, derhal bir soruşturma başlatması ve ihlalin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alması öngörülmüştür. İşverenin, gereğini yapmaması veya ihlalin varlığı konusunda bir uyuşmazlığın ortaya çıkması nedeniyle çözüm üretilememesi halinde ise, bizzat işçi ya da işçi temsilcisi, iş yargıcına başvurabilmektedir[1404]. Yargıç ise, bu prosedür çerçevesinde, sözü edilen hükümle, ihlalin sona erdirilmesi için gerekli gördüğü her türlü önleme hükmedebilme yetkisiyle donatılmıştır[1405].

Belirtelim ki sistemin işlevselliği, işyerinde hak ve özgürlükleri ihlal edilen işçinin, olumsuzluklarla karşılaşma veya işten çıkarılma endişesiyle, ihlal karşısında sessiz kalma olasılığı nedeniyle, işçinin bizzat harekete geçmesi için bir zorlama içermemesi; işçi temsilcisinin, işçi adına hareket etmesinin öngörülmesi; buna karşın, işçiye de seçim hakkı tanınarak, iş yargıcına bizzat başvurabilmesinin düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır[1406]. İşçi, işçi temsilcisinin, ihlalin sona erdirilmesi için işverene ve daha sonra iş yargıcına başvurmasından bağımsız olarak;

[1404] Prosedür hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bossu, "**La vidéo surveillance**", 978 vd.; Marino, "**Enquête demandée par le délégué du personnel**", 591 vd.; Fevrier, **Pouvoir de contrôle**, 81 vd.

[1405] Fransız Yargıtayının bir kararına konu somut olayda, işverene, isimsiz olarak gönderilen bir mesajdan, şirkete ilişkin gizli bilgilere erişilebildiği anlaşılmış; işveren ise bilgi sızdıran sorumluların bulunabilmesi için, işyerinde kullanılan işletim sistemi yetkililerinden, bir soruşturma yürütmesini istemiştir. Yapılan soruşturmada, işyerinde, 17 işçinin, bilgisayarlarında, kişisel olarak adlandırılan mesajlar da dahil olmak üzere inceleme yapılmıştır. İş Kodu L. 2313-2 hükmü uyarınca, işçi temsilcileri, söz konusu işçilerin kişisel mesajlarına da erişilmesi nedeniyle özel yaşamlarının gizliliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle işverene başvurmuş ancak bu başvuru, ihlalin varlığı ve giderilmesi konusunda uyuşmazlıkla sonuçlandığından, iş mahkemesine başvurulmuştur. Yargıç ise, işverence ve işletim sistemi yetkililerince yapılan incelemede, işçilerin özel yaşamının ihlal edilip edilmediği konusunda, işveren ve işçi temsilcisinin birlikte bir soruşturma yürütmesine ve ihlalin varlığının aydınlatılarak, bunun giderilmesi için gerekli olan yöntemlerin tespit edilmesine hükmetmiştir. Sosyal Daire ise, sözü edilen hüküm uyarınca izlenen bu prosedürün yerinde olduğunu karara bağlamıştır (Cass. soc. 7 juin 2009, n° 08-40.274, Bull. 2009 V, N° 153; kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Marino, "**Enquête demandée par le délégué du personnel**", 591 vd.).

[1406] Bossu, "**La vidéo surveillance**", 979.

sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesi halinde, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği talebiyle iş mahkemesine başvurma olanağına da sahip bulunmaktadır[1407].

Yaşamın doğal akışı içinde, işçi veya işe başvuran adayın menfaatleri ile işverenin menfaatlerinin, karşı karşıya gelebileceği sayısız olasılık ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, öncelikle işe başvuran adayın, sonrasında ise işçinin kişilik değerlerine müdahalenin ölçülülüğünü incelemeye çalışacağımız ilerleyen başlıkların altında sayılan hallerin de, bu doğrultuda, sınırlı sayıda olmadığını vurgulamak gerekir. Amaç, işverenin, karşı tarafın kişilik değerlerine müdahale edebileceği her durumu sayarak tüketmek olmayıp; aksine, zıt menfaatler, hangi somut koşullar içinde karşılaşırsa karşılaşsın, bunların dengelenmesi için başvurulabilecek kıstasları tespit edebilmektedir. Dolayısıyla, işçi ve işe başvuran adayın kişilik değerlerine ilişkin yapılan başlıklandırma, yalnızca konunun aktarılmasına hizmet etmeye yönelik olup, herhangi bir hukuki sınıflandırmaya işaret etmemektedir.

2. Sözleşme görüşmelerinde, işe başvuran adayın kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük

İş ilişkisi kurulmadan önce, tarafların, birbirleri hakkında bilgi edinme hakkının varlığı kabul edilebilirse de, işverenin sözleşme özgürlüğünün, işçinin temel hakları ve özellikle kişilik hakları karşısında bir önceliğinin bulunduğu kabul edilemeyecektir[1408]. İşverenin, aday hakkında bilgi edinme hakkı ve buna bağlı olarak adaya soru sorma, adaydan belgeler isteme, adayı testlere veya sağlık kontrollerine tabi tutma hakkı bulunmakla birlikte, bu hak sınırlıdır. Bu tespit, işverenin sözleşme özgürlüğü ile aday işçinin kişilik haklarının korunması arasında kurulan değerler tartısının bir sonucudur[1409].

İşverenin soru sorma hakkının olduğunun kabul edilebilmesi; bu tartıda, adayın kişilik haklarının korunması yönündeki menfaati karşısında, işverenin işyeri için en uygun kişiyi istihdam etme biçiminde ortaya çıkan korunmaya değer ekonomik menfaatinin, objektif olarak daha üstün tutulabilmesine bağlıdır. Bunun sonucu olarak, adaya sorulacak sorular, işyeri veya yapılacak iş ile objektif olarak ilgili

---

[1407] Bossu, "**La vidéo surveillance**", 978.
[1408] Ertürk, **Temel Haklar**, 65; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 28, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf); Yıldız, "**Özürlülük ve Sağlık Durumu**", 83.
[1409] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 249.

olmaları ölçüsünde geçerli olabilecektir[1410]. Bu halde, sözleşme özgürlüğü ve işçinin temel hak ve özgürlükleri, Anayasanın 13. maddesine uygun biçimde, dolayısıyla ölçülülük ilkesi gözetilerek, sınırlamaya konu olacaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, sözleşme görüşmeleri esnasında, işe başvuran adayın, kişisel verilerinin korunmasına yönelik hakkı, işçinin bu yönde sahip olduğu haktan farklı değildir. Bu nedenle verilerin işlenmesine ilişkin esaslar arasında yer alan ve kişilik değerlerine müdahaleyi sınırlamaya yönelik olan ölçülülük ilkesi, hem sözleşmenin devamı, hem de sözleşme görüşmelerinde verilerin işlenmesi noktasında, uygulanma alanı bulacaktır.

Gerçekten, ölçülülük ilkesine, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin pozitif düzenlemelerde, kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için öngörülen temel ilkeler arasında işaret edilmiştir: 6698 sayılı Yasa, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken genel ilkeleri, 4. maddesinde öngörmüş; verilerin, izlenen amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenmesi gerekliliği de, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun işleme ilkeleri yanında yerini almıştır[1411]. Nitekim 95/46 sayılı AB Yönergesinin 6. maddesinde de, belirli, açık ve hukuka uygun amaçlarla elde edilen kişisel verilerin, elde edilmesi ve işlenmesinde izlenen amaçlarla uyumlu, tutarlı ve amacı aşmayacak düzeyde olması aranmaktadır[1412]. Yönergenin 29. maddesi uyarınca oluşturulan Çalışma Grubunca hazırlanan 8/2001 sayılı görüşte ve 5401/01 sayılı belgede de, verilerin işleneceği konusunda işçilerin bilgilendirilmesi ve verilerin hukuka uygun işlenmesi gerekliliğinin yanında; kişisel verilerin,

---

[1410] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 61; Wyler, **Droit du travail**, 315; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718; Ertürk, **Temel Haklar**, 66; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 245; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 151; Keser, "**İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem**", 28, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf); Yıldız, "**Özürlülük ve Sağlık Durumu**", 83; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 376 vd.; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 52 vd.

[1411] Gerçekten, 6698 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce, işçi ve işe başvuran aday hakkındaki verilerin işlenmesi konusunda, Fransız Hukukunda, yasal düzenlemelerde de yer bulan şeffaflık ve özellikle ölçülülük ilkelerinin, hukukumuzda da yasalara yansıtılması gerektiği ifade edilmiştir (Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 20). Bu açıdan, 6698 sayılı Yasada, verilerin işlenmesine ilişkin olarak, ölçülülük ilkesinin düzenleme konusu yapılmış olması, olumlu bir gelişmeye işaret etmekteyse de; genel olarak, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanması konusunda, İş Kanunu'nda da ölçülülük ilkesine yer verilmesi ihtiyacının varlığını koruduğu, bir kez daha not edilmelidir.

[1412] İsviçre Hukukunda da, veri işlemeye hakim olması gereken ilkeler, benzer biçimde, dürüstlük, ölçülülük ile verilerin doğru ve güncel olması gerekliliği olarak ifade edilmektedir (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155).

toplanma ve işlenmesinde izlenen amaçla uyumlu, tutarlı ve ölçülü olması gerektiği vurgulanmıştır[1413].

a) İşe başvuran adayın kişisel verilerinin işlenmesinde ölçülülük

Veri işlemesinin ölçülü olması, işverenin, sadece iş sözleşmesinin kurulması ve ifası için gerekli olan verileri elde etmesi ve işlemesi; işçinin veya adayın kişilik haklarının mümkün olan en az düzeyde zedelenmesi için çaba göstermesi anlamına gelmektedir[1414]. Aday hakkında bilgi edinilmesi, başvurduğu iş için uygun nitelikleri ve yetenekleri taşıyıp taşımadığını değerlendirebilmek amacına yönelik olabilecek[1415]; yalnızca bu değerlendirmenin yapılabilmesi için elverişli ve gerekli yöntemlerle aday hakkında bilgi toplanabilecektir. Adayın işe uygunluğunu tespit amacını aşan her veri edinme çabası, adayın kişilik hakkına ölçüsüz müdahale sayılacaktır.

Adayın, hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğindeki sorulara karşı korunması gerekliliğinin dolanılmaması için, üçüncü kişilere yöneltilebilecek sorular da, adaya sorulabileceklerle aynı olmalıdır[1416]. Eski işveren ya da referans gösterilen kişiler gibi üçüncü kişilerden elde edilen bilgiler söz konusu olduğunda, aday bu konuda da bilgilendirilmelidir[1417].

Bunun yanında, verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi; yine ölçülülüğe işaret eder biçimde, ilgili mevzuatta öngörülen ve işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar saklanması da uyulması gereken genel ilkeler olarak düzenlenmiştir[1418].

Bu kapsamda, işçi adayının kişisel verilerinin işlenmesinde ölçülülük gereği; veriler, hukuka aykırı biçimde elde edilmemeli; aday hakkında toplanan veriler doğru ve işe uygunluğu tespit etme amacına yönelik, bu amacı gerçekleştirmek için

---

[1413] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Avis 8/2001**, 28; Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Document de travail 5401/01**, 17-18.
[1414] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155; Okur, "**Kişisel Veri**", 390; Sevimli, "**Veri Koruma**", 128-129.
[1415] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 377; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 53.
[1416] Ertürk, **Temel Haklar**, 76; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 158.
[1417] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 83.
[1418] Bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 121 vd.; aynı yazar, "**Veri Koruma**", 129; Okur, "**Kişisel Veri**", 388 vd.

elverişli, gerekli ve oranlı olmalı; sadece gerekli olduğu sürece işlenmeli; güvenli biçimde depolanmalı ve gerekli olmadıkça üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır[1419].

İşe başvuran aday hakkında edinilmek istenen bilgiler ve bunun için uygulanmak istenen yöntemler, olası istihdam edilme durumu için gerekli olan düzeyi aştığı ve adayın kişilik hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği takdirde, aday, bu bilgiyi vermeyi veya kendisine uygulanacak sınava/teste tabi olmayı reddedebilmelidir. Yapılacak iş ile bağlantılı olmayan, işe uygunluğun tespiti amacına aykırı olarak veri talep edildiğinde, adayın susma hakkı, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkar[1420].

Kural olarak, işe başvuran adayın, açıklama yükümü gereği, kendisinden istenilen bilgileri gerçeğe uygun olarak vermesi gerekli ise de[1421]; adayın gerçeğe uygun bilgi verme yükümlülüğünün sınırını da, işverence yöneltilen soruların geçerliliği oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, işverenin soru sorma hakkının bulunmadığı konularda, adayın da doğru bilgi vermekle yükümlü olmadığı ya da bu halde de sessiz kalabileceği kabul edilmelidir[1422]. Bunun aksine, kimi zaman, iş ilişkisinin özelliğinden dolayı, soru yöneltilmeden dahi adayın açıklama yapmasının beklenebileceği durumlarda, adayın, bilgi verme yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir[1423]. Bunun en açık örneği, kuşkusuz yapılacak iş ile bağdaşmayan, işin yapılmasına engel bir sağlık durumunun ya da bulaşıcı bir hastalığın olması; işçinin önceki işinden dolayı rekabet yasağının bulunması olabilecektir.

O halde, işverenin, istihdam etme olasılığı olan kişiye, onun kişilik haklarına, özel hayatına müdahale eden bir soruyu sorabilmesi, ancak işin niteliği ve yerine getirilme koşullarının doğrudan bununla bağlantılı olması halinde haklı

[1419] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 77-78.
[1420] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 80; Wyler, **Droit du travail**, 315.
[1421] Wyler, **Droit du travail**, 315; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 244; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 377; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 52.
[1422] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 718; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 246; Ertürk, **Temel Haklar**, 66; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 152. Alman Hukukunda da, işçinin anayasa ile güvence altına alınan haklarının korunması açısından meşru sayılamayacak sorulara, işveren tarafından iş sözleşmesinin hile veya esaslı hata nedeniyle iptal edilmesine olanak tanımayacak biçimde, doğru cevap vermeme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (Bkz. Ertürk, **Temel Haklar**, 76). Türk Hukuku öğretisinde de, esasen işçinin yalan söyleme hakkının bulunmadığı; ancak, sorulan sorunun geçerli olmaması; işçinin kasten yanlış cevap vermemesi; sessiz kaldığı konunun işe alınmada etkili olduğunu bilemeyecek durumda olması veya bu hususun gerçekten işe alınmada etkili olmaması gibi durumlarda, işçinin verdiği yanlış cevabın, iş sözleşmesinin feshine neden olmayacağı belirtilmektedir (Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 377-378; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 53).
[1423] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 245; Ertürk, **Temel Haklar**, 67, 78-79; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 152.

görülebilecektir. Örneğin, oyunculuk, mankenlik, bir spor takımında görev alma, hasta bakıcılık ya da hamile kadının sağlığının korunması ile bağdaşmayacak bir ortamda çalışmasını gerektiren bir iş söz konusu olduğunda, işin niteliği, işverenin, işçi adayının özel yaşamına ilişkin de olsa, bu konudaki bir bilgiye erişimini haklı kılabilir. Diğer yandan, işçi adayına sorulabilecek soruların sınırı açısından, başvurulan işin süresi de bir kıstas olarak ortaya konulmaktadır. Belirli bir zaman dilimi içinde yerine getirilmesi gereken bir iş için belirli süreli bir iş sözleşmesinin yapılacak olması halinde de, işveren, işçinin bu süre içinde çalışabilecek durumda olmasını bekleyebilecektir. Örneğin, yapılacak işin, uzun ya da kısa süreli bir iş olmasının, işverenin, bu işe başvuran kişinin sağlık durumu hakkında sahip olmak isteyebileceği bilgi düzeyini etkileyeceği belirtilmektedir[1424].

Soruların, adayın işe uygunluğunun tespit edilmesi amacını aşarak, bununla bağlantılı olmayan ayrıntılar içermesi, adayın kişilik haklarına müdahalenin aşırı olarak değerlendirilmesine neden olacaktır. Bu halde, esasında, işverence özel yaşama ilişkin bazı soruların yöneltilmesi, işe uygunluğun belirlenmesi için elverişli ve gerekli iken; işveren ve işçinin karşılıklı menfaatlerinin dengesinin bir taraf aleyhine bozulması, işçinin özel yaşamının gizliliğinin korunması yönündeki menfaatinin oransız bir sınırlamaya uğraması sonucunda, işverenin müdahalesi ölçüsüz olarak nitelendirilecektir.

b) Somut olayın koşullarına göre, menfaatler arasında denge arayışı

İşe başvuran adayın kimlik bilgileri, eğitim durumu ve iş deneyimi hakkında soru sorulması; işe uygunluğun tespiti için gerekli olduğundan, bunların geçerliliği tartışma konusu yapılmamaktadır[1425]. Ancak adayı daha yakından tanımak isteyen işverenin soruları, adayın medeni hali, çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmemesi, ailesi, kökeni, sağlık durumu, malvarlığı, ekonomik durumu ve hatta dini inancı veya politik görüşüne ilişkin bilgi edinmeye yönelik olmaya başladığında, konu tartışmalı hale gelebilecektir.

[1424] Yıldız, "**Özürlülük ve Sağlık Durumu**", 84.

[1425] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 62; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155; Ertürk, **Temel Haklar**, 68; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 378; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 53; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 152.

Bu konudaki sınırın, işverenin sözleşme özgürlüğü ile adayın kişilik hakkı çatışmasında optimal dengenin sağlandığı nokta olduğu ifade edilmektedir[1426]. Sözü edilen optimal dengenin sağlandığı noktaya göre, işveren, işin özelliği ve gerektirdiği yeteneklerle ilişkili tüm verileri ve sadece bu verileri isteme hakkına sahip olacaktır. Bu verilerin sınırlı bir katalogunun önceden oluşturulması olanaksız bulunmaktadır. Zira her işin niteliğine göre bunlar farklılık arz edecektir. Buna göre, kamusal özgürlüklerden ve kişilik hakkından hareketle; işverenin birlikte çalışacağı kişiyi seçme hakkı ile bağlantılı olarak adaya ilişkin bilgi edinme hakkına sınırlar getirme yetkisi, yargıca ait olacaktır[1427]. Yargıç, işverene sözleşme özgürlüğü gereği sağlanan bu hakkın, işletmenin işlerliği için en uygun adayı belirleyebilme yönünde bir amacı olduğunu hatırlatacak ve böylece bu amaç doğrultusunda, adayın hak ve özgürlüklerine yapılabilecek müdahalenin, amaçla ölçülü olmasını sağlayacaktır.

Her somut olayın koşulları içinde, başvurulan işin özellikleri doğrultusunda[1428] değerlendirilmesi gereken bu durumda, işin niteliğinin gerektirmesi ve bu gereklilik doğrultusunda yapılan müdahalenin, elverişli, gerekli ve oranlı olması koşuluyla, işverenin, adayın kişilik haklarına müdahalesine olanak tanınabilecektir.

İşe başvuran aday hakkında, başvurulan işe uygunluğun saptanması için öğrenilmesi gereken ve bu saptama için gerekli olan düzeyi aşmayan bilgiler konusunda, somut örnekler üzerinden değerlendirme yapmak gerekirse, işverene getirilecek olan parasal yüklerin miktarını etkileyebileceği için adayın medeni halinin öğrenilmesi olanaklı görülürken; evli olmayan adaya yakında evlenmek isteyip istemediğinin sorulmasının geçersiz olduğu kabul edilmektedir[1429]. Buna karşın, örneğin, Fransız Hukukunda, medeni durumun iş başvurusuyla gerekli bir bağlantı içinde olmadığı kabul edildiğinden, başvuru formunda medeni durumun sorulamayacağı belirtilmektedir[1430]. Bu konuda Fransız Hukukunda vurgulanan nokta; işverenin, adayı istihdam ettikten sonra gerekli bildirimleri yapabilmek için, işçinin medeni durumu hakkında bilgi sahibi olmak zorunda kalacak olmasına karşın;

[1426] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 245.
[1427] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 65.
[1428] Ertürk, **Temel Haklar**, 66; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 151; Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 155.
[1429] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 251; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 378; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 54; Wyler, **Droit du travail**, 315.
[1430] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 62.

işe almadan önceki görüşmelerde adayın medeni durumu hakkında bilgi sahibi olunmasına ihtiyaç bulunmamasıdır[1431].

Sözleşme görüşmelerinde, işçi adayına, kadın olması nedeniyle hamile olup olmadığı ya da çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği yönündeki sorular, hem cinsiyete dayalı ayrımcılık, hem de adayın özel yaşamına müdahale niteliğinde sorulardır[1432]. İsviçre Hukukunda da, gelecekte çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünülmediği konusundaki soruya, kadın işçinin, kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle, doğru cevap verme yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir[1433].

Öğretide, sözleşme görüşmelerinde işverenin, işçinin hamilelik durumu hakkında bilgi sahibi olmasında haklı çıkarı olduğunu kabul eden yazarlar, ileride hamileliğin, işverene mali külfet oluşturacak olmasını gerekçe göstermektedirler[1434]. İsviçre öğretisinde, bu konuda bir ayrıma gidilerek, kural olarak hamilelikle ilgili soruların ayrımcılık sayılacağı ancak işe başvuran adayın, sözleşme görüşmeleri sırasında devam eden hamileliğinin bulunup bulunmadığını öğrenmede işverenin menfaatinin olduğu da savunulmaktadır[1435]. Bu görüş uyarınca, işveren, işin organizasyonu için belli bir pozisyonda işçi istihdam etmek istemesine karşın, işe aldığı bu işçinin kısa süre sonra hamilelik nedeniyle işe devam edemeyecek olması, bu organizasyon açısından olumsuzluk yaratacaktır. Bu nedenle, işverenin, işe girerken devam eden hamileliğin bulunup bulunmadığını, aday işçiye sorabileceği ileri sürülmektedir.

Buna karşın, kadın adaya hamilelik durumuyla ilgili soru sorulmasının, işin niteliği bunu gerektirmedikçe geçerli olmadığını kabul eden yazarlar, hamileliğe ilişkin sorunun kural olarak, özel hayatın gizliliğini ihlal etmesinden dolayı ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi uyarınca istihdam konusunda eşit seçim kıstasları uygulanması gerektiğinden, kadınlara hamilelik ile ilgili soru yöneltilmesinin cinsiyete dayalı ayrım teşkil edeceğini

---

[1431] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 63.
[1432] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 154; Yıldız, **Eşit İşlem**, 199; Ertürk, **Temel Haklar**, 70; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 379; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 55.
[1433] Wyler, **Droit du travail**, 316.
[1434] Ercan Akyiğit, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü**, İstanbul, 1990, 44; A. Nazım Sözer, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları", **Adalet D.**, 1982, C. 73, 1051.
[1435] Wyler, **Droit du travail**, 314.

vurgulamaktadırlar[1436]. Nitekim, İşK. m. 5/III'e göre, işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş sözleşmesinin yapılmasında da, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacaktır. Şu halde, işin niteliği gereği, mankenlik, dansözlük, tiyatro oyunculuğu ve spor öğretmenliği gibi işlerde, adaya bu konuda soru yöneltilmesi, m. 5 uyarınca da olanaklı olduğu gibi; bu hallerde adayın hamilelik durumu hakkında, kendiliğinden bilgi vermesi gerektiği dahi kabul edilmektedir[1437].

Eklemek gerekir ki, Fransız İş Kodu, kadın işçinin ya da adayın -hamilelerin korunmasına ilişkin özel yasal düzenlemelerden yararlanma talepleri dışında- hamilelik durumlarını açıklamak zorunda olmadıklarını açıkça düzenlemiş bulunmaktadır (m. L. 1225-2) [1438]. Bu yönüyle Fransız Hukukundaki yaklaşım, sözleşme görüşmeleri sırasında mevcut olan hamilelik durumu hakkında da bilgi verme zorunluluğu olmadığı ve işverenin bu konuda soru yöneltemeyeceği yönünde bulunmaktadır. Alman Hukukunda da, kadın ve erkekler arasında eşitliğin kabul edilmesi nedeniyle, hamilelik hakkında soru yöneltilmesi, cinsiyete dayalı ayrım kabul edilmektedir[1439].

Gerçekten, işverene ekonomik yük olacağı düşüncesiyle, işverenin, kadın adayın hamilelik durumunu öğrenmekte haklı menfaati olduğunu kabul etmek kanımızca isabetli değildir. Gerek cinsiyete dayalı ayrım yasağı, gerek kadın adayın kişilik haklarının korunması gerekliliği karşısında işverenin ekonomik menfaati, üstün bir menfaat olarak nitelendirilemez. Avrupa Birliği Adalet Divanı da, *Dekker* kararında[1440], açıkça, hamilelik veya hamileliğe dayalı devamsızlığın finansal sonuçları nedeniyle, bir kadının işe alınmamasını, ayrımcılık olarak nitelendirmiş; işverenin maruz kalacağı ekonomik zararın, işe almama biçimindeki ayrımcılığın haklı gerekçesi olamayacağını vurgulamıştır. Aksinin kabulü, işe başvuran kadın adayın kişilik hakkına ölçüsüz bir müdahaleyi beraberinde getirecektir.

[1436] Bkz. Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 254-255; Ertürk, **Temel Haklar**, 71; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 379; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 55; Uncular, **Kişisel Veri**, 77.

[1437] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 246; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 154, dn. 170.

[1438] Bkz. Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 67-68; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 88-89; Berset Bircher, **Systèmes d'information**, 119-120; Jacquelet, **La vie privée du salarié**, 70 vd.

[1439] Ertürk, **Temel Haklar**, 70.

[1440] ATAD, 8.11.1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, C-177/88, Rec. 1990 I-03941, §17; (ayrıca bkz. Lanquetin, "**Égalité de traitement**", 871; Hennion/Le Barbier-Le Bris/Del Sol, **Droit social européen et international**, 324).

Bunun istisnasını, daha önce işaret edildiği gibi, mankenlik, oyunculuk gibi işin niteliği oluşturabileceği gibi; müdahalenin ölçüsüz sayılmaması için, kanımızca, bu istisnai halde dahi, sözleşmenin süresi dikkate alınmalıdır. Bu nitelikteki bir işte, söz gelimi bir yıllık bir iş sözleşmesi yapılmak istendiğinde, işçinin sağlık durumu ya da hamileliği, işin bu kısıtlı sürede yerine getirilebilmesi ile doğrudan ilgili olduğu için, adayın hamile olup olmadığı sorulabilecekse de; daha uzun süreli bir iş ya da belirsiz süreli bir sözleşme söz konusu olduğunda, kadın adaya, ileriye yönelik çocuk sahibi olma planı olup olmadığının sorulması, kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale sayılmalıdır[1441].

Adayın sağlık durumuna ilişkin soruların ise, sağlık durumunun çalışma yeteneğini sınırladığı ölçüde geçerli sayılacağı kabul edilmektedir[1442]. Bu konuda da, karşılıklı yararlar arasında denge kurma ihtiyacı söz konusudur. Bu denge, kimi zaman, işçinin bizzat kendisini ya da diğer işçileri korumak için, yasakoyucu tarafından kurulmuş ve işçiden sağlık raporu istenmesi öngörülmüştür. Gerçekten, iş sözleşmesinin kurulmasından önce, yasal düzenlemeler gereği ya da işverenin talebi doğrultusunda, aday işçiden sağlık raporu istenebileceği gibi; kişinin sağlık durumuna ilişkin sorular da yöneltilebilir[1443]. İşçinin sağlığının, yapılacak işe uygun olması gerekeceğinden, işverenin bu konuda talep edebileceği bilgiler, iş görme edimiyle bağlantılı olan düzeyi aşmamalıdır.

İşyeri hekiminin, hasta-doktor ilişkisinin gizliliği ve sır saklama yükümlülüğü doğrultusunda, muayene sonucunda, işe başvuran kişinin sağlık durumu ile ilgili elde edeceği verileri işverene aktarma konusunda bir filtre görevi göreceği belirtilmelidir[1444]. Bu kapsamda hekim, yapılacak işe uygunluk ile bağlantılı verileri ve yalnızca bu verileri işverenle paylaşma yükümlülüğü altındadır. İş ile bağlantılı olmayan sağlık verilerinin, doktor tarafından işverenle paylaşılması, kişilik hakkının ihlali sayılacaktır.

[1441] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 255; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 156; Ertürk, **Temel Haklar**, 73; Uncular, **Kişisel Veri**, 77.
[1442] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 252; Ertürk, **Temel Haklar**, 69; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 154; Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 378; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 54; Uncular, **Kişisel Veri**, 75.
[1443] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 68 vd.; Yıldız, "**Özürlülük ve Sağlık Durumu**", 83; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 252; Ertürk, **Temel Haklar**, 69; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 180.
[1444] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 69-70; Ertürk, **Temel Haklar**, 70; aynı yazar, "**Hastalık ve Özellikle Aids**", 10; Uncular, **Kişisel Veri**, 78.

Sağlık durumuna ilişkin veriler, kuşkusuz, kişinin özel yaşamına ilişkin olup, özel nitelikli (hassas) veri kategorisinde sayılmaktadır. Buna karşın sağlık durumu, iş görme edimi üzerinde etkili olabileceği gibi; çalışma ortamında temasta bulunulacak diğer kişiler açısından da önem taşıyabilecektir. Bu son halde, bulaşıcı hastalık ve bunun bulaşma yolları da dikkate alınarak, işyerinde diğer kişiler açısından sakınca doğurur nitelik taşıması durumu, işverenin bu konuda bilgi sahibi olması yönünde haklı bir menfaat oluşturur[1445]. Gerçekten, işverenin bu konudaki haklı ve korunmaya değer menfaatinin, objektif olarak, işçinin kişilik hakkının korunmasından üstün olması gerekir[1446]. Öğretide de, yapılacak işin niteliği, işçinin veya işe başvuran kişinin bu virüsü taşıyıp taşımadığını bilmeyi gerektirdiği takdirde, işverenin, HIV testi gibi bir tahlilin yapılmasını istemesinin olanaklı sayılacağı belirtilmektedir[1447]. İşin niteliğinin, işçinin bulaşıcı hastalık (ve özellikle HIV) taşıyıp taşımadığını öğrenmeyi gerektirmesine örnek olarak ise, dikiş makinasıyla, kesici ve delici başka alet ve makinalarla çalışılan işyerleri, tıp alanında ya da tıbbi analiz laboratuvarında çalışma verilebilecektir[1448].

Şu halde, işçiye, çalışma ortamının niteliği gereği bulaşma riski olmayan veya işi etkilemeyecek bulaşıcı bir hastalık taşıyıp taşımadığının sorulması hukuka uygun kabul edilemeyecektir[1449]. İşe başvuran adayın kişilik hakkından, objektif olarak üstün olabilecek özel ya da kamusal bir yararın varlığı halinde dahi, sağlık durumunun tespiti için test, zorla yapılamayacaktır. Nitekim, Avrupa Birliği Adalet Divanının bir kararında[1450], işe başvuran kişinin, HIV/AIDS testine rıza göstermemesine karşın, kişiye, kanında lökosit sayımı yapılmasını sağlayan başka bir testin yapılması sonucu hastalığının ortaya çıkarılması, hukuka aykırı sayılmıştır. Testin yapılmasını haklı gösteren üstün bir menfaatin varlığına rağmen bilgi vermeyi ya da testi reddeden adayın, işe alınmaması halinde ise, işverenin *culpa in contrahendo* kapsamında sorumlu tutulamayacağı açıktır[1451].

[1445] Ertürk, **Temel Haklar**, 70.
[1446] Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **DEÜHFD**, C.4, S.2, 2002, 9.
[1447] Ertürk, "**Hastalık ve Özellikle Aids**", 9; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 181; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 278; Uncular, **Kişisel Veri**, 88.
[1448] Bu hallerde, işe başvuran kişinin, kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaktadır (Uncular, **Kişisel Veri**, 76).
[1449] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 156; Wyler, **Droit du travail**, 315; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 274.
[1450] ATAD, 5.10.1994, *X. c. Commission des Communautées européennes*, C-404/92 P, Rec. 1994 I-04737.
[1451] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 181.

Nitekim, HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili UÇÖ Uygulama Kodu'nda[1452], işyerlerinde hangi hallerde HIV testi yapılabileceği konusunda öngörülen esaslar dışında, HIV testlerinin işyerlerinde yapılmaması gerektiği; aksi halde, işçilerin onur ve temel haklarını ihlal etme sakıncasının ortaya çıkacağı vurgulanmaktadır. Belgenin 8.1 sayılı hükmüne göre, HIV testi, işe alınmada veya iş sözleşmesinin devamı için, bir ön koşul olarak öngörülmemeli; işyerlerinde rutin uygunluk testlerinde HIV testi yer almamalıdır. Buna karşın, insan kanı, vücut salgıları veya dokuları ile herhangi bir temas riski bulunduğu takdirde, işyerinde bu tür temas ve mesleki kaza risklerine karşı gerekli önlemlerin alınması gerekliliği, 8.5 (a) hükmünde öngörülmüştür. Dolayısıyla, bu testin yapılması, yalnızca, yapılan işin gereği olarak yapılmasını haklı gösteren bir durumun varlığı halinde söz konusu olabilecektir.

Yapılmak istenen testler ya da talep edilen sağlık verileriyle, işe başvuran adayın kişiliğine yapılan müdahalenin ölçülülüğü değerlendirmesini somutlaştırabilmek adına, bir örnek üzerinden fikir yürütülebilir: Bir tıbbi analiz laboratuvarında istihdam edilecek kişilerden sağlık raporu ve belli tahlillerin istenmesi, hem diğer çalışanların sağlığının korunmasının hem de yapılacak işin bir gereği sayılmalıdır. Bu koşullar altında, sağlık raporu istenmesi, izlenen amacı gerçekleştirmek için uygun ve gerekli bir uygulama olduğu gibi; aynı zamanda işletme menfaati ile işçinin kişilik hakkı arasındaki dengede, hiçbir menfaat oransız biçimde zedelenmemektedir. O halde, işverenin işçiden bu rapor ve tahlilleri istemesi, ölçülü bir uygulama olarak nitelendirilebilecektir. Ne var ki, aynı işyerinde, telefonlara bakmak üzere işe alınacak olan işçiden de, aynı sağlık raporu ve tahlillerin istenmesi söz konusu olduğunda, bu uygulama artık, izlenen amacı gerçekleştirmek açısından gerekli sayılamayacağı gibi; işveren tarafından, işçinin sağlık durumuna ilişkin sahip olunmasına ihtiyaç olmayan düzeyde bilgi edinilmesi, işçinin kişilik hakkına yapılan müdahalenin de oransız olması sonucunu doğuracaktır. İşte bu halde, aynı işyeri için, aynı uygulama, koşulların ve yapılan işin farklılığı nedeniyle, ölçüsüz bir uygulama sayılacaktır.

[1452] BIT, **Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail**, Genève, 2001. Benzer yönde, UÇÖ'nün, 17 Haziran 2010 tarihli, HIV ve AIDS Hakkında 200 sayılı Tavsiye Kararında da, işe alınma, işin devamı, iş güvencesi ve mesleki ilerleme konularında, kişilere, HIV testi veya benzer testleri kabul zorunluluğunun getirilemeyeceği öngörülmektedir (m.25). Ayrıca bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 193.

İşe başvuran adaylara, adayın öğrenme becerisi, kişilik yapısı, sosyal ilişkilerdeki başarısı, strese dayanıklılığı gibi konularda bilgi edinme amacıyla, psikolojik testler de yapılabilmektedir[1453]. Bu testlerin, adayın kişilik alanına müdahale teşkil ettiğinde tereddüt bulunmamaktadır[1454]. UÇÖ'nün, İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu'nda da, kişilik testi ve buna benzer testlerin yapılması, diğer kişisel verilerin işlenmesinde öngörülen ilke ve esaslara ve dolayısıyla ölçülülük ilkesine tabi kılınmıştır (m. 6.11). Yalan makinası ve benzer cihazlarla yapılan testler ise, bu Kod uyarınca yasaklanması gereken testlerdendir (m. 6.10)[1455].

Testin mutlaka uzmanlarca yapılması gerekli olup; testin hangi amaçla yapıldığı ve sonuçlarının neye yönelik olduğu konusunda adayın bilgilendirilmesi yoluyla rızasının alınması gerektiği gibi; testin hukuka uygun sayılması için salt rızanın da yeterli olmayacağı; ölçülülük ilkesinin de gözetilmesi gerektiği, öğretide de vurgulanmaktadır[1456]. Bu, yapılan testin, işe yatkınlığı ölçmek yönündeki amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olması; amacın gerektirdiği düzeyi aşacak biçimde adayın kişilik haklarına oransız bir müdahale oluşturmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Kişilik testi aracılığıyla edinilecek olan bilgi, başvurulan pozisyonun özellikleriyle objektif olarak bağlantılı olmalı; sadece pozisyonun taşıdığı önemle sınırlı ve orantılı olarak uygulanmalıdır[1457]. Bu nedenle, yapılacak işin önemini aşan ve genel bir psikolojik testin uygulanmasının ölçüsüz sayılacağı ifade edilmektedir[1458].

Sağlık açısından olduğu gibi, eski hükümlülük konusunda da, yapılacak iş ile ilgili olsun veya olmasın, adayın sabıka kaydının bütününün istenmesi, kural olarak geçerli sayılmamalıdır[1459]. İşverenin, yapılacak işin niteliği açısından önem arz etmeyen, iş ilişkisini ilgilendirmeyen bir konuda işçinin sabıkasının bulunup bulunmadığını öğrenme yönünde, korunması gereken bir menfaati bulunduğundan

---

[1453] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 257; Ertürk, **Temel Haklar**, 74 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 274 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 189 vd.; Uncular, **Kişisel Veri**, 91 vd.

[1454] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 257; Ertürk, **Temel Haklar**, 74; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 191; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 274.

[1455] Bu doğrultuda, Türk Hukukunda, bu testlere ilişkin pozitif düzenleme bulunmamasına karşın, UÇÖ'nün yaklaşımı ve özel yaşama ağır müdahale sayılabilecek niteliği nedeniyle, bu testlerin, hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir (Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 195-196).

[1456] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 191-192; Uncular, **Kişisel Veri**, 92-93.

[1457] Ertürk, **Temel Haklar**, 75; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 192.

[1458] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 257; Ertürk, **Temel Haklar**, 75.

[1459] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 61; Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 256; Ertürk, **Temel Haklar**, 73; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 157.

söz edilemeyecektir. İşverenin, adayın, işin görülmesi ile bağlantılı bir suçtan dolayı ceza alıp almadığı hususunda bilgi sahibi olması gerekli ve yeterli sayılmalıdır[1460]. Hatta, adayın önceden hüküm giydiği bir suç, doğrudan başvurduğu görevle bağlantılı ise, adayın kendisinin bu konuda işvereni bilgilendirmesi gerekeceği de ifade edilmektedir[1461].

Örneğin, şoför istihdam edilmek istendiğinde, önceden trafik cezası alıp almadığının veya çocukların gözetilmesi ve bakımıyla ilgili bir görev için alınacak kişinin, şiddete eğilimi olup olmadığının, cinsel istismar benzeri suçlar nedeniyle hükümlülüğünün bulunup bulunmadığının öğrenilmesi, kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale sayılmayacaktır. Bu halde müdahalenin, izlenen amaç ile ölçülü olduğu sonucuna varılabilecektir.

Adayın malvarlığı ve ekonomik durumuna ilişkin, örneğin borcunun olup olmadığının sorulması da kural olarak geçersiz sayılacaksa da; yapılacak olan iş, doğrudan paranın idaresi ve para akışını sağlamak biçiminde ise, işin niteliği bu soruları istisnaen haklı gösterebilecektir[1462]. Örneğin, İsviçre Hukukunda da, işçinin ev sahibi olup olmadığı veya vergi borcunun bulunup bulunmadığı yönünde soru yöneltilemeyeceği kabul edilmektedir[1463]. Öğretide, yöneticilik gibi görevlere gelecek kişilerin, mali durumlarına ilişkin sorular sorulmasının geçerli sayılabileceği de ileri sürülmüştür[1464].

Anayasa ile güvence altına alınan, dini inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğü (m. 24, 25, 67 ve 68) gereği, işe başvuran adayın, inancı ve siyasi görüşü ve sendika üyeliği (6356 sayılı Yasa m. 25) hakkında soru sorulması ise olanaklı olmayacaktır[1465]. Kaldı ki, kişinin inancı, politik görüşü veya sendika üyeliği nedeniyle işe almada farklı bir uygulamaya maruz kalması, aynı zamanda ayrım yasağının da ihlali sayılacaktır. Ayrım yasakları hakkında da belirttiğimiz üzere, sadece bir dini kurum, siyasi parti veya bu tip bir eğilimi olan kuruluşlarda çalışmak

---

[1460] Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 380; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 56.
[1461] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 156.
[1462] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 252; Ertürk, **Temel Haklar**, 69; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 153.
[1463] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 156.
[1464] Kaplan, "**Kişilik Haklarının Korunması**", 379; aynı yazar, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 55.
[1465] Eyrenci, "**Personel Seçimi**", 256; Ertürk, **Temel Haklar**, 74; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 157; Kaplan, "**Bilgisayarda Toplanan Bilgiler**", 54. Ayrıca bkz. UÇÖ, İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu, m. 6.5.

üzere başvuran adaya, inanç ve görüşleri hakkında soru sorulması geçerli kabul edilebilecektir[1466].

3. Sözleşmenin devamı süresince işçinin kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük

İş ilişkisinde kaçınılmaz olarak, işçinin kişiliğinin ön planda olduğunu ve işverenin, iş organizasyonu içinde sahip olduğu yetkilerin, pek çok yönden, işçinin kişilik değerlerine müdahale riski taşıdığını ve hatta kimi zaman bu müdahalenin zorunlu olduğunu, daha önce ortaya koymaya çalışmıştık. İş ilişkisinin taraflar arasında kurduğu bağımlılık ilişkisinin bir sonucu olarak, işyerinde, işçinin temel hak ve özgürlükleri daralma eğilimi gösteriyor olsa da, bunun sınırsız olmayacağı ve müdahalenin ölçülü olması gerektiği açıktır. Amaç, işyerinin meşru menfaatleri ile işçinin kişilik değerleri arasında makul dengenin sağlanmasıdır.

a) İşyerinin meşru menfaatleri ile işçinin kişilik değerleri arasında denge arayışı

İlk olarak belirtmek gerekir ki, işçinin kişiliğinin dikkate alınması ve böylece işçinin kişilik hakkına müdahalenin ölçülü olmasını aramak, işverenin iş sözleşmesinden doğan yetkilerinin sınırlarına ve aslında bir anlamda iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesine, farklı bir yaklaşımı beraberinde getirir.

aa) İşyerinde sağlık ve güvenlik gerekçesiyle işçinin kişilik değerlerine müdahale

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirebilmek için, bazı yetkilere sahip bulunmaktadır. Ancak işveren, bu yetkilerini kullanırken, izlediği amacın, sağlıklı ve güvenli bir iş ortamı kurmak biçiminde meşru bir amaç olmasından hareketle, koşulsuz ve sınırsız biçimde, işçilerin kişilik hakkı üzerinde etki doğuracak uygulamalar gerçekleştiremeyecektir. Kuşkusuz, işyerinde sağlığın ve güvenliğin sağlanması gerekliliği ile işçilerin kişilik hakkı karşı karşıya gelebilecek ve bu çerçevede sayısız menfaat çatışması ortaya çıkabilecektir. Bu konuya, yargı kararlarına da konu olan, işyerinde güvenlik amaçlı üst araması, alkol ve uyuşturucu testleri yapılması, işyerinde cinsel tacizin önlenmesi için önlem alınması gibi somut örnekler üzerinden yaklaşıldığında, her menfaat çatışmasında, esasen, menfaatler arasında makul dengenin arandığı; bu denge noktasının

[1466] Lyon-Caen, **Les libertés publiques et l'emploi**, 60; Waquet, "**Vie privée**", 19; Ertürk, **Temel Haklar**, 74; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 33.

bulunamadığı hallerde ise, işçinin kişilik hakkının, ölçüsüz müdahalelere uğradığı sonucuna varılacaktır.

İşçinin özel yaşam alanına müdahale niteliğinde sayılan üst araması ya da eşyaların aranması konusunda[1467], belirtilmelidir ki, hukuka uygunluk nedenlerine[1468] dayalı yapılan aramanın ölçülü olması gerekecektir[1469]. AİHM'nin de, özel yaşamın korunmasına ilişkin içtihadında, ölçülülük ilkesine ön planda yer verdiği görülmektedir[1470]. Bu kapsamda Mahkemenin, devlet ve bireyin karşılıklı gelen menfaatlerini dengelemede başvurduğu ölçülülük ilkesini, özel hukuka uyarladığı ve bu kez; devletin, bireyler arası ilişkilerde gerekli menfaat dengesini sağlayamaması üzerine ölçülülüğe başvurduğu ifade edilmektedir[1471]. Müdahale, ne derece işçinin özel alanına giren bir hakka yönelik ise, ölçülülük denetimi de o oranda sıkı uygulanacak ve takdir yetkisi aynı oranda dar kabul edilecektir[1472]. İşçinin özel yaşamına yapılabilecek olan müdahale, amacını aşmayan, bu nedenle de ölçülü bir müdahale olduğu takdirde hukuka uygun kabul edilebilecektir[1473].

[1467] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 377; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 233; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 104; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 124-125; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 293; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 27; Aydınlı, "**Borçlar Kanunu Tasarısı**", 32; Uncular, **Kişisel Veri**, 97; Géniaut, **Proportionnalité**, 102.

[1468] Yargıtayın bir kararına konu somut olayda, Konya-Ilgın Linyit İşletme Müdürlüğünde santral operatörü olarak çalışan işçiye ait ajanda, gece, santral odasının kapısı güvenlik görevlilerince kırılarak, işçinin masasının çekmecesi zorla açılarak alınmış ve okunmuştur. Ajandada, bizzat ajandaya el koymuş olan işletme müdürüne ilişkin, irtica militanı ve cumhuriyet düşmanı olma gibi ifadeler yer almaktadır. Buna dayanarak, davacının iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Davacının, yazdığı hususların kişisel görüşleri olması, bunları hiçbir kişi ya da kuruma açıklamamış olması yanında; tanıkların da davacının, işveren aleyhine haysiyet kırıcı sözler sarf ettiğini duymadıklarını belirtmiş olmaları da göz önünde bulundurularak; davacının özel defterinin, yasal olmayan yollarla elde edilmesi gerekçesiyle, Yargıtay, davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesini reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur (Yarg. 9. HD., 30.10.2000, 10386/15096, Kazancı İçtihat Bankası). Görüldüğü gibi, hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı takdirde, arama yapılan oda, dolap ya da çekmecenin, işverene ait işyerinde bulunması, işverenin mülkiyetinde olması dahi, aramanın hukuka aykırı sayılmasına engel olmamaktadır (Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 216; Uncular, **Kişisel Veri**, 97). Belirtelim ki, AİHM de, Başsavcılık ofisinde, kriminoloji uzmanı olarak çalışmakta olan başvurucunun, ofisteki masa çekmecelerinin ve dolaplarının aranmasını, özel yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (AİHM, *Peev c. Bulgarie*, n° 64209/01, 26.7.2007, § 39). *Halford* kararında ise, izleme konusu olan telefonların, işverenin mülkiyetinde olması, AİHM'nin, çalışanın özel yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermesine engel teşkil etmemiştir (AİHM, *Halford c. Royaume-Uni*, n° 20605/92, 25.6.1997, § 43-44, 46).

[1469] Géniaut, **Proportionnalité**, 102-103; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 228; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 218 vd.; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 28.

[1470] Bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 175 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 228 vd.

[1471] Perraki, **La vie personnelle**, 386; Mouly/Marguénaud, "**L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH**", 36 vd.

[1472] Perraki, **La vie personnelle**, 369.

[1473] Mignin/Lazar/Friedman, "**İşyerinde Özel Yaşam**", 368; Sevimli, "**Özel Yaşam Hakkı**", 70.

Gerçekten, yapılan aramanın mutlaka, yapılan işle açıklanabilen meşru bir amacı olmalı[1474] ve bu amaçla ölçülü bir uygulama gerçekleştirilmelidir. Örneğin, değerli metallerle çalışılan bir işyerinde, çıkışlarda, metal detektöründen geçilmesi, değerli maddenin dışarı çıkarılmasını önlemek amacını gerçekleştirmek için yeterli iken; üst araması, çanta ve araçların aranması uygulamasına başvurmak, ölçülü sayılamayacaktır[1475]. Gerçekten bu halde müdahale, yine amacı gerçekleştirmek için elverişli olsa da, işçinin kişilik haklarına yapılan müdahale aşırı, diğer bir deyişle ölçüsüz olacaktır. Zira, sınırlayıcı önlemin, somut olayın koşullarının gerektirdiği düzeyi aşması, kabul edilemeyecektir[1476]. Amaca ulaşmayı sağlayan, en az müdahaleci yöntemin tercih edilmesi, ölçülülük ilkesinden doğan bir zorunluluktur. Bu konuda da önceden bir kural öngörülebilmesi olanaklı olmadığından; müdahalenin ölçülülüğü, tehlikenin boyutu[1477], işçinin görevi gibi kıstaslar ışığında tartılacaktır.

Kişiliğin korunmasının bir bileşenini de, sağlığın korunması oluşturur. İşverenin, işyerinde, işçilerin sağlığının korunması yönünde alacağı önlemlerin yönelik olduğu menfaatler, işçilerin kişilik değerleriyle çatışabilecektir. Bu duruma, işverenin, hijyen ve sağlık gerekçesiyle, işyerinde belli kıyafetleri giyme zorunluluğu getirmesi; işçilerin bazı sağlık kontrollerinden geçmesini, bazı testlerin uygulanmasına rıza göstermesini istemesi; sağlık durumu, temas halinde olacağı kişiler için tehlike arz edebilecek olan işçileri, belli pozisyonlarda çalıştırmaması gibi

---

[1474] Bkz. Ertürk, **Temel Haklar**, 128-129; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 211 vd.; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 27; Uncular, **Kişisel Veri**, 97. İşyerinde yapılabilecek olan üst ve çanta aramasının, üstün bir menfaate veya işçinin rızasına dayanması gerektiğini ortaya koyan, Yargıtayın bir kararına konu somut olayda, davacı işçinin avukat olarak çalıştığı işyerinden çıkışta, çantası aranmak istenmiş; işçinin aramaya izin vermemesi üzerine çıkış kapıları kapatılarak, işyerinden çıkması engellenmiş; davacı baroyu arayarak durumu bildirmiş; baronun karakola haber vermesiyle olay yerine gelen polisler tarafından işçinin dışarı çıkışı sağlanmıştır. Polisler gelinceye kadar, güvenlik görevlisinin fiili saldırısına da maruz kalan işçinin, 2 günlük rapor alacak düzeyde yaralanmış olduğu, ceza mahkemesi dosyasından da anlaşılmaktadır. Yargıtay Dairesi, işçinin, işyerinde maruz kaldığı olay nedeniyle kişilik hakkının zedelendiğine ve manevi tazminata hükmeden yerel mahkeme kararını isbaetli bulmuş olmakla birlikte, yerel mahkemenin psikolojik taciz nitelemesini hatalı bulmuş ve hükmedilen manevi tazminat miktarının yüksek olduğuna karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 4.2.2014, E. 2012/2473, K. 2014/2959, Kazancı İçtihat Bankası). Fransız Hukukunda da, güvenlik ve temizlik gibi meşru bir gerekçe olmaksızın, işçilerin dolaplarının açılamayacağına ilişkin bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 720.

[1475] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 110, 220; Géniaut, **Proportionnalité**, 277; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 228. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bu yöndeki bir kararı için ayrıca bkz. Cass. soc. 11 février 2009, n° 07-42068, Bull. 2009 V, N° 40.

[1476] Perraki, **La vie personnelle**, 370.

[1477] Örneğin, Fransa'da, yakın zamanda meydana gelen saldırılar ve bomba ihbarları, işçilerin çantalarının aranması için meşru bir gerekçe olarak görülmüştür (Cass. soc. 3 avr. 2001, n° 98-45818, Bull. 2001 V, N° 115, ayrıca bkz. Perraki, **La vie personnelle**, 370; Géniaut, **Proportionnalité**, 278; Waquet, "**Vie privée**", 17).

örnekler verilebilecektir. İşte tüm bu örneklerde, karşı karşıya gelen menfaatler arasındaki denge, ölçülülük ile kurulacaktır: Sağlık ve hijyen gerekçeleri ile yapılan bir uygulamanın, izlenen amacı gerçekleştirmek için elverişli olması ve işçilerin kişilik değerlerine en az düzeyde müdahale eden yöntemin tercih edilmesi gerekmekte olup; işçilerin uğradığı zarar ile işverenin sağladığı yarar arasında, makul bir oran bulunmalıdır.

İşyerinde, sözü edilen biçimde karşı karşıya gelen menfaatlerin dengelenmesi konusunu somutlaştırabilecek bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvuru üzerine, AYM, kararında[1478], başvurucu işçinin özel hayatına saygı hakkı ile işverenin işyerinde huzur ve disiplini sağlama yönündeki menfaati arasındaki adil denge konusunu değerlendirmiştir.

Karara konu somut olayda, başvurucu, plastik boru ve profil imalatı yapan bir şirkette, profil üretim operatörü olarak çalışan ve kendisine HIV pozitif tanısı konulmuş bir işçidir. İşyeri hekimi ile görüşmesi sonucunda, işçinin hastalık durumunu işveren vekilinin de öğrenmesi üzerine; çalışmasında sakınca bulunmadığına ilişkin rapora karşın; işçi, önce ücreti ödenerek, işten uzaklaştırıldığını; sonra ise istifa ediyor gibi gösterilerek ve prim adı altında kıdem tazminatı ödenerek işten çıkarıldığını ileri sürmüş; mahkemede ayrımcılık tazminatı ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, ayrımcılık tazminatı ödenmesi yönünde karar vermiş olsa da; Yargıtay, işverenin, diğer işçileri koruma amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle ayrımcılık bulunmadığına karar vererek, ilk derece mahkemesi kararını bozmuş; yerel mahkeme de bozma kararına uymuştur. Bunun üzerine başvurucu, maddi ve manevi varlığının korunması, geliştirilmesi, özel hayatına saygı hakları ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. AYM, işçinin sağlık durumu nedeniyle çalışma hayatından uzaklaştırılmasını, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayata saygı kapsamında değerlendirmiş; yargılamanın gizli yapılması yönündeki talebinin de özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında yer aldığını kabul etmiştir. AYM'ye göre, "*Olayda, işverenin diğer çalışanlarını korumak ve belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurucunun özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi çıkarları arasında bir çatışma söz konusudur. Bu nedenle*

[1478] AYM, 1.2.2017, B. no: 2014/19081 (www.anayasa.gov.tr).

yargı makamlarınca işverenin çıkarları ile iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan ve ek olarak HIV pozitif olması nedeniyle de toplumun zayıf grubu içinde bulunan işçinin çıkarlarının korunması noktasında titiz bir şekilde dengeleme yapılmalıdır"[1479].

Bu dengeleme yapılırken AYM, ilk olarak, kesici aletlerin kullanıldığı işyerinde, HIV hastalığının bulaşma riskinin, az da olsa bulunduğunu ve bu nedenle işverenin işyerindeki diğer işçileri korumak amacıyla hareket etmesinde, meşru bir amacın var olduğunu tespit etmiştir. Fakat izlenen meşru amaca karşın, iş mahkemesi ve Yargıtayın kararlarında, hastalığın bulaşıcı olması nedeniyle, bu riskin gerçekleşmemesi için, tek çözümün, başvurucunun işyerinden uzaklaştırılması olduğu yönündeki kabulün, çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurmak açısından yerinde olmadığına dikkat çekilmiştir[1480]. Zira, öncelikle, başvurucunun, diğer işçiler açısından risk oluşturmayacak başka bir pozisyonda çalıştırılması olanağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin yapılmamış olması, menfaatler arasında adil denge kurulamadığına ve başvurucunun AY m. 17 ve 20'den doğan haklarının ihlal edildiğine işaret etmektedir. Yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yürütülmesi talebinin, iş mahkemesince, gerekçe gösterilmeden reddedilmesi konusunda da, AYM, kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Gerçekten, işçinin özel yaşam hakkı ve kişiliğini geliştirme hakkına müdahaleyi haklı kılabilecek bir neden, bulaşıcı bir hastalığın, diğer işçilere bulaşması riskinin önlenmesi olabilecekse de; bu müdahalenin aynı zamanda ölçülü olması gerekeceği, AYM tarafından, isabetle ortaya konulmuştur. AYM'nin benimsediği çözüm, benzer uyuşmazlıklarla ilgili AİHM kararları ile de uyum içindedir[1481].

İşyerinde sağlığın ve güvenliğin sağlanması için, işverenin, işçilerin kişilik haklarına müdahalede bulunmasının bir diğer görünümü, alkol ve uyuşturucu testleri olabilecektir. İşyerinde alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olma, yapılan işin niteliği gereği, diğer işçilerin ya da muhatap olduğu üçüncü kişilerin sağlık ve

[1479] AYM, 1.2.2017, B. no: 2014/19081, § 97.
[1480] AYM, 1.2.2017, B. no: 2014/19081, § 99.
[1481] AİHM'nin, işyerinde HIV ve bulaşıcı hastalık temelli ayrımcılığa ilişkin kararları ve Mahkemenin bu konudaki ölçülülük denetimine ilişkin bkz. ikinci bölümdeki açıklamalarımız ve AİHM'nin ilgili kararları: AİHM, *I. B. c. Grèce*, n° 552/10, 3.10.2013; AİHM, *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, 10.3.2011; (ayrıca bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 205 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 135; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 208).

güvenliği için de sakınca doğurabileceğinden; işverenin, bu konuda da ölçülü uygulamalarla denetim gerçekleştirebileceği kabul edilebilir. İşyerinde sağlık ve güvenlik açısından doğabilecek sakıncaları önleyici bir tedbir olarak, yaptığı işin niteliği gerektirdiği sürece, işçinin alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılmasına rıza göstermesinin gerekeceği, İsviçre Hukukunda da kabul edilmektedir[1482]: Silah taşınan işler; hareketlerine mutlak biçimde hakim olmayı gerektiren doktorluk; hemşirelik; otomobil, lokomotif, uçak vb. taşıtları kullanma; hava trafiği kontrolü gibi işler; denge ve konsantrasyonun önem arz ettiği, inşaat işleri gibi her türlü iş, bunlara örnek olarak verilmektedir. Fransız Danıştayı da, bu testlerin, güvenlik gerekçesiyle, sadece tehlikeli işlerde çalışan işçilere ve cezalandırma değil, önleme amaçlı olarak yapılabileceğini kabul etmektedir[1483].

Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliğinin gerektirdiği durumlarda, işçiden alkol veya uyuşturucu testi istenebileceği kabul edilmekte olup[1484]; bu açıdan, yapılan işin niteliğinin ilgili testi gerektirdiği[1485], bu tip bir madde kullanımının, risk faktörü teşkil ettiği -güvenlik, sürücülük, pilotluk gibi- işlerde çalışan işçiler bu teste tabi tutulabilecektir. İşyerinde, tehlikeli işlerde çalışan işçileri ayırt etmeksizin, işyeri iç yönetmeliği ile, tüm işçilere düzenli olarak alkol testi uygulanacağı öngörüldüğünde; yapılacak test, iş güvenliğinin sağlanması için elverişli ve hatta gerekli sayılabilecekse de, tehlikeli iş kategorisinde olmayan işleri yapan işçilerin de bu teste tabi kılınması, uygulamanın, izlenen amacı aşan, oransız bir uygulama olduğuna işaret edecek; iç yönetmelikle getirilen uygulamanın, işçilerin hak ve özgürlüklerine ölçüsüz müdahale eden bir uygulama olduğu sonucuna varılacaktır[1486].

Buna karşın, teste tabi tutulacak işçilerin görevlerinin dikkate alınmaması nedeniyle, öğretide eleştirilen[1487] bir kararında AİHM, nükleer santralde, ofis bölümünde, temizlik işçisi olarak çalışan başvurucunun da, uyuşturucu testine tabi

---

[1482] Wyler, **Droit du travail**, 310.
[1483] CE, 8 juill. 1988, N° 71484, (www.legifrance.gouv.fr; ayrıca bkz. Waquet, "**Vie privée**", 17; Géniaut, **Proportionnalité**, 273; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 225).
[1484] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 270 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 163 vd., 167; Uncular, **Kişisel Veri**, 83; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 193 vd.; Géniaut, **Proportionnalité**, 273; Christian Lenoir, "Prévenir, au travail, les conduites addictives, Un objectif novateur", **RDT**, 2016.318.
[1485] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 277; aynı yazar, "**İşçinin Kişiliği**", 21; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 193; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 225; Lenoir, "**Les conduites addictives**", 318; Wyler, **Droit du travail**, 309.
[1486] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 167. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, bu uygulamanın, işçinin yaptığı görevle açıklanabilir olmasını aramakta; işyerinde kişiler veya eşyalar açısından riskli durumlarda ve iç yönetmelikte öngörülmüş olması koşuluyla alkol ya da uyuşturucu testinin yapılabileceğine hükmetmektedir (Cass. soc. 31 mars 2015, n° 13-25436, Bull. 2015 V, N° 69).
[1487] Çetin, **Çalışanların Hakları**, 200.

tutulmasında, başvurucunun kişisel bütünlüğü ile müdahalenin yöneldiği meşru gerekçeler arasında adil bir denge kurulduğuna karar vermiş; yapılan testi, ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirmemiştir[1488]. Temizlik işçisi olan başvurucunun, santralde tehlikeli bölümlere girmemesine ilişkin olarak ise, AİHM; ulusal mahkemenin testin yapılması açısından, farklı çalışan kategorilerinin belirlenmesinin, işveren açısından pratik olmaması yönündeki değerlendirmenin sorgulanmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesini yaparken; öncelikle nükleer enerji tesisinin, yüksek düzeyde güvenlik gerektirdiğini ve bu nedenle bu tip müdahalelerin meşru bir gerekçesinin olabileceğini dikkate almıştır. Ardından, her ne kadar, uyuşturucu testinin, işçinin kişisel bütünlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilse de, testler sonucunda elde edilen verilerin, başka amaçlarla kullanılmaması, testin sadece esrar kullanımının tespitiyle sınırlanması ve yalnızca bir kişiye yönelik bir şüpheye dayanılarak değil, tüm çalışanlara yönelik yapılmasına dikkat çekilmiştir.

İşçinin iş sözleşmesine, alkol veya uyuşturucu testlerine rıza gösterdiği yönünde konulan hükümlerin geçerliliği de, işçinin kişilik haklarına müdahalenin ölçülülüğü açısından değerlendirilmelidir. Böyle bir değerlendirmede dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır: İlki, yapılan testin, işin gereği olup olmamasına göre geçerliliği; ikincisi ise, test sonucunda elde edilen özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesidir[1489]. Test sonuçlarının ve bu yöntemle işçilerin sağlık durumu hakkında edinilen bilgilerin, izlenen amacı aşacak biçimde kullanılması olanaklı değildir.

Bunun yanında, uyuşturucu testlerinde, testin yapılabilmesi için, işçiden (tükürük, idrar, kan, saç gibi) biyolojik örnek alınması gerekeceği için, bu test, mutlaka bir doktor tarafından ve sonuçları tıbbi gizlilik kapsamında kalacak biçimde uygulanmalıdır[1490]. Örneğin işyerinde, işçiden tükürük örneği alınarak yapılacak bir testin, işveren vekili tarafından yapılmasını öngören bir iç yönetmelik hükmü, tıbbi gizliliğin ihlali ve elde edilecek sonuçların güvenilir olmayacağı gerekçesiyle,

---

[1488] AİHM, *Wretlund v. Sweden*, n° 46210/99, 9.3.2004. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Mouly/Marguénaud, "**L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH**", 36 vd.; Caumes, **Droits fondamentaux**, 64 vd.

[1489] Wyler, **Droit du travail**, 308; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 168; Uncular, **Kişisel Veri**, 83 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 194.

[1490] Lenoir, "**Les conduites addictives**", 318; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 195.

izlenen amaç açısından, işçinin hak ve özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahale sayılmıştır[1491].

Yapılan test ile izlenen amaca ulaşmayı sağlayacak elverişli araçlar arasından en hafif yani en az müdahaleci aracın seçilmesi ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Bu durum, alkol testi için, kan örneği vermek yerine, nefes ile ölçüm yapılması; uyuşturucu testi için de, kan ya da saç örneği vermek yerine idrar örneği verilmesi biçiminde ortaya çıkabilir[1492]. Bu halde, her üç yöntemin de aynı düzeyde güvenilir sonuç vermesi söz konusu ise, işçinin kan, idrar veya saç örneği verme konusunda tercihte bulunmasına izin vermek de yerinde olabilecektir.

Somut bir şüphe halinde, yalnızca belli bir işçinin bu testlere tabi tutulması söz konusu olduğunda, konuya daha da hassas yaklaşmak gerekecektir. Bu halde, yapılan testin, bağımsız bir üçüncü kişi tarafından yapılarak; sonucun, iş görme edimini etkileyip etkilemeyeceğinin bu kişi tarafından tespit edilmesi ve yalnızca bu bilginin işverene iletilmesi yerinde olacaktır[1493].

Ekleyelim ki, işyerinde alkollü içecek tüketimini, kafeteryada ve öğle arasında dahi mutlak olarak yasaklayan iç yönetmelik hükmü, Fransız Danıştayına göre, ölçüsüz olup[1494]; işveren, güvenlik ve sağlık gerekçesiyle, iç yönetmelikte sayacağı bazı görevler için bu yasağı getirdiği takdirde, sınırlama ölçülü sayılabilecek[1495] ve bu sayede güvenlik ve özgürlükler arasındaki denge kurulabilecektir[1496].

İşçinin kişisel yaşamı ve hatta gizlilik alanı kapsamında yer alan cinsel yaşamının, işverenin müdahale edemeyeceği bir alan olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ne var ki, işverenin, işçilerin sağlık ve güvenliğini, kişiliğini koruma yükümlülüğü doğrultusunda, işçinin gizlilik alanına müdahale dahi, izlenen bu amacın gerçekleşmesi için ölçülü olduğu sürece, çok istisnai hallerde olanaklı sayılabilmektedir. Gerçekten, örneğin, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir

---

[1491] CAA Marseille, 21 août 2015, N° 14MA02413, (www.légifrance.gouv.fr).
[1492] İdrar testinde sonuçların yanıltılmaması için, kişinin izlenmesinin onur kırıcı olması; kan örneği verilmesinde ise vücut bütünlüğünün zedelenmesi nedeniyle, hangi yöntemin daha az müdahaleci sayılabileceği hususu ise tartışmaya açıktır (Bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 164).
[1493] Wyler, **Droit du travail**, 311.
[1494] CE, 12 nov. 2012, N° 349365, (www.legifrance.gouv.fr).
[1495] Lenoir, "**Les conduites addictives**", 318.
[1496] Belirtelim ki, Hukukumuz açısından, İşK. m.25/II, d hükmü, işçinin, "*işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması*" halinde, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme öngörmektedir. Bkz. Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 169 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 454-455; Süzek, **İş Hukuku**, 722 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 227-228; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 225-226.

kararına[1497] konu somut olayda, işveren, iş toplantıları ve seminerlerinde uyuşturucu madde kullanıldığı ve uygunsuz cinsel nitelikte davranışların sergilendiğine ilişkin isimsiz bir ihbar alması üzerine, işyerinde çalışan işçileri koruma borcu kapsamında ve özellikle davacı kadın işçinin sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için bir iç soruşturma başlatmıştır. Ne var ki, davacı işçi, kendisine cinsel yaşamı ve cinsel tercihleri hakkında yöneltilen soruların niteliği, soruşturmanın gizliliğinin sağlanamaması ve işyerinde bazı dedikodulara neden olması gerekçesiyle, özel yaşamına ölçüsüz bir müdahale gerçekleştiğini ve psikolojisinin bu durumdan olumsuz etkilendiğini ileri sürmüştür. Gerek istinaf mahkemesi, gerek Sosyal Daire, işverenin işyerinde sağlık ve güvenliği sağlamak amacıyla yürüttüğü soruşturma kapsamında, işyerindeki düzeni sarsan hareketlerin sorumlularını bulmak için başvurulan yöntemin ve işçiye yöneltilen soruların, izlenen amaçla ölçülü olduğuna karar vermiş; somut olayda cinsel ya da psikolojik tacizin var olmadığı; işçinin özel yaşamının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Belirtmek gerekir ki bu karar, İş Kodu L. 1121-1 hükmü uyarınca, yapılan soruşturma kapsamında işçiye sorulan soruların, işverenin sağlık ve güvenliği sağlama borcu karşısında aşırı ve bu nedenle ölçüsüz sayılabilecek olması gerekçesiyle, öğretide eleştirilmiştir[1498]. Gerçekten, somut olayın koşullarının, kararın içeriğinden tam olarak anlaşılamamasına karşın; benzer koşullarda, işçinin özel yaşamına ve dolayısıyla cinsel yaşamına müdahalenin gerekli ve dolayısıyla ölçülü olup olmadığını değerlendirmesi gereken yargıcın, işyerinde sağlık ve güvenliğin daha az müdahaleci bir yöntemle sağlanmasının olanaklı olup olmadığını araştırması, kuşkusuz yerinde olacaktır.

bb) Değişiklik yapma yetkisini saklı tutma kayıtlarının kullanılmasıyla işçinin kişilik değerlerine müdahale

İşçinin kişilik hakkına müdahalenin ölçülü olması gerekliliğinin, iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde de etkili olduğu kuşkusuzdur. Bu etkiye, çok sayıda yargı kararına da konu olan en uygun örnek; işverenin iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtlar[1499] uyarınca tek taraflı değişiklik

[1497] Cass. soc. 21 mai 2014, n° 13-12.666, (www.legifrance.gouv.fr).
[1498] Marie Mercat-Bruns, "Enquête interne, atteinte à la vie privée et obligation de sécurité", **RDT**, 2014.554.
[1499] İşverenin iş sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtlar hakkında bkz. Laurène-Kirstie Gratton, **Les clauses de variation du contrat de travail**, Paris, Dalloz, 2011, 1 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 208 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 684 vd.; Paul-Henri

yapabilmesi ve bunun karşısında, işçinin kişilik hakkının korunması gereğidir[1500]. Örneğin, işverenin, işin görüldüğü yeri değiştirme yetkisini saklı tutması halinde, işçinin özel ve aile yaşamı hakkı ile yerleşim yerini seçme özgürlüğüne müdahale ölçüsüz olamayacağından; işverenin sözleşme ile tanınan bu yetkiyi kullanması, bu hak ve özgürlükler karşısında sınırlanacaktır. Ölçülülük denetimi ile elde edilmek istenen sonuç, bu kapsamda, işçinin kişilik değerlerine müdahalenin, işletme menfaati doğrultusunda izlenen meşru amacın gerçekleşmesi için gereken düzeyi aşmaması olacaktır[1501].

Burada, işverene sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi veren sözleşme hükmünün geçerliliği/içerik denetimi[1502] değil; bundan sonraki aşamada, bu hükme dayanan yetkinin kullanılmasının denetimi söz konusu olmakta; öğretide bu denetim "kullanım-hakkaniyet" [1503] veya "yürürlük"[1504] denetimi olarak adlandırılmaktadır. Bu denetim, haksız bir değişikliği saklı tutma kaydının sözleşmeye konulmasına engel olma amacını taşımadığı için, geçerlilik denetiminden ayrıldığı gibi; geçerli bir kaydın kullanılması aşamasında kötüye kullanılmasına ve işçinin menfaatlerinin ölçüsüz zedelenmesine engel olma amacını taşıdığı için,

---

Antonmattei, **Les clauses du contrat de travail, Non-concurrence, dédit formation, rémunération variable, mobilité, rupture**, Paris, Editions Liaisons, 2009, 47 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 437-438; Süzek, **İş Hukuku**, 707-708; aynı yazar, "Değişiklik Feshi", **TİSK Akademi**, 2006/I, 15 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 212-213; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 243 vd.; aynı yazar, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", **Sicil**, Eylül'06, 37 vd.; Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, 187 vd.; Başbuğ, **Yönetim Hakkı**, 40 vd.; Güzel, "**İş Güvencesi**", 120; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 287-288; Ünal Narmanlıoğlu, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?", **Sicil**, Eylül'06, 9 vd.; N. Binnur Tulukcu, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 1126 vd.; Ufuk Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", **Sicil**, Eylül'11, 25 vd.; aynı yazar, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi", **Sicil**, Mart'07, 57 vd.; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Karar İnceleme, **Çimento İşveren**, Eylül 2004, S.5, C.18, 58 vd.; Fatih Uşan, "4857 Sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", **DEÜHFD**, C.9, Özel Sayı, **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan**, 2007, 242 vd.; Kübra Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2001, 1175 vd.; Eda Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", **Sicil**, Mart'12, 142 vd.; Bekir Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", **Sicil**, Haziran'06, 54 vd.

[1500] Bkz. Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 345; Soyer, **Genel İş Koşulları**, 175 vd.

[1501] Waquet, "**Vie privée**", 17; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 131-132.

[1502] İş sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların içerik denetimi konusuna ilişkin olarak bkz. Soyer, "**İçerik Denetimi**", 263 vd.; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 362 vd.; Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 20 vd.; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1184 vd.; Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 60 vd.

[1503] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 400.

[1504] Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1192.

gerçekleştirilmesi gereksiz olan bir denetim de değildir. Zira yetkinin kullanılması açısından, somut olay adaletini sağlamaya yönelik bulunmaktadır.

Bu denetimi gerekli kılan durum, bağımlılık ilişkisi gereği sözleşmede zayıf taraf olan işçinin, işverene verilen, iş görme edimini tek yanlı düzenleyebilme yetkisini, işçinin kişilik hakkını ihlal edecek biçimde kullanmasına engel olma zorunluluğudur. Böylece, işletmenin rasyonelleştirilmesi ve yeniden yapılandırılmasında etkili olan bu kayıtlar ile işçinin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması sağlanabilecektir[1505]. İşK. m. 22 hükmünün amacının da, işverene tanınan bu yetkinin kullanılması hakkının dar yorumlanmasını gerektirdiği ifade edilmektedir[1506].

İşveren tarafından değişiklik yetkisinin kullanılmasının denetimi, esasında farklı denetim mekanizmalarını kapsamaktadır[1507]: İşverene, değişikliği saklı tutma kaydı ile tanınan yetkinin, dürüstlük kuralına[1508], eşit davranma borcuna[1509] ve ölçülülük ilkesine uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenecektir. Daha önce de ortaya koymaya çalıştığımız gibi, birbirinden farklı nitelikteki iki denetim aracı olan dürüstlük ilkesi ve ölçülülük ilkesi, burada da birbirini tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. Dürüstlük ilkesi, işverenin, değişiklik yetkisini, kendisine bu yetkinin sağlanması amacına aykırı olarak kullanmasına engel olma amacı taşırken[1510];

[1505] Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1181-1182.
[1506] Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 16.
[1507] Bkz. Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 401 vd.; Süzek, "Değişiklik Feshi", 20.
[1508] Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 18-19; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1183, 1192 vd; Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 60; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 686; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 211; Isabelle Daugareilh, "Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités", **Dr. soc.**, N° 2 Février 1996, 134.
[1509] Yargıtay da, işverenin, sözleşmeyle nakil yetkisini saklı tutmasının olanaklı olduğunu kabul etmekle birlikte; bu yetkinin hem "*iyiniyet kurallarına*", hem de İşK. m. 5'te öngörülen eşit işlem borcuna uygun olarak kullanılması gerektiğine işaret etmektedir: " *(...) Öte yandan, dosya kapsamına göre davalı banka Genel Müdürlüğünün Yönetim Kurulu Başkanlığına gönderdiği 25.9.2006 tarihli yazıda 14.6.2006 günü davacı ile aynı bankada Bireysel Müşteri İlişkileri Yönetici Yardımcısı arasında sözlü tartışma yaşandığı ve takibinde diğer personelin davacıya fiziki saldırıda bulunduğu belirtilerek davacıya ihtar diğer personele ise kınama cezası verilmesinin istendiği, yazının üzerine 'ikisinden birisinin (en uygun olanın) diğer şubeye atanması' şeklinde şerh düşüldüğü anlaşılmaktadır. Genel Müdürlükçe yazılan söz konusu yazıda daha ağır ceza verilmesi istenen kişinin değil de davacının naklen atama için seçilmesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşit işlem borcuna da uygun düşmemektedir.*" (Yarg. 9. HD., 1.10.2007, 14259/28745, Kazancı İçtihat Bankası).
[1510] Behar-Touchais, "**Rapport introductif**", 6; Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2; Süzek, **Kötüye Kullanma**, 69 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 50; Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 61.

ölçülülük ilkesi, yetkinin amacına uygun kullanılmasına karşın, işçinin kişilik hakkına, bu amaçla ölçülü olmayan kısıtlamalar getirilmesini önlemeyi hedefler[1511].

İşveren tarafından değişikliği saklı tutma kaydının, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanıldığı tespit edildiğinde, bu kayıttan doğan yetkinin kötüye -diğer bir ifadeyle, amacına aykırı- kullanıldığı anlaşılacaktır. İşte bu halde, ayrıca ölçülülük denetimine ihtiyaç bulunmamaktadır. İşverence yapılan değişikliklerin, sürgün amacı taşıması, işçiyi bezdirmek, iş sözleşmesini feshetmesini sağlamak amacıyla yapılması, bu duruma örnek olarak verilebilir[1512]. Nitekim Yargıtay'a göre de, " *(...) işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklinde 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*"[1513].

Yargıtay HGK'nın bir kararına[1514] konu somut olayda da, 56 yaşında, evli bir kadın olan davacı, 14 yıl boyunca davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından, kısa sürelerle, 9 ay boyunca, 30 kez yer değiştirmek suretiyle Adana ve farklı illerde görevlendirilmiştir. Davalı işverenin, bu görevlendirmenin, olağan bir uygulama olduğu savunmasını yapamaması, görevlendirmenin dayandığı ihtiyacı ve diğer avukatların da benzer biçimde görevlendirildiklerini ispatlayamaması gerekçesiyle Yargıtay Dairesi, bu uygulamaların, bezdirme amacına yönelik olduğuna, kişilik haklarına ağır saldırı ve psikolojik taciz teşkil ettiğine, bu nedenle de işçiye tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiş; HGK da yerel mahkemenin direnme kararını bozarak, Özel Daire kararını yerinde bulmuştur.

Karara konu somut olayda, işverenin, işçinin çalıştığı işyerini sık sık değiştirme yönündeki kararlarının, işletmenin meşru bir menfaatine dayanmadığı; işçiyi işten bezdirerek, istifa etmesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu

---

[1511] Géniaut, **Proportionnalité**, 135; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 211; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1521; Engin, **İşletme Gerekleri**, 50.
[1512] Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 20; Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 60.
[1513] Yarg. 9. HD., 13.12.2010, E. 2009/39668, K. 2010/37397; aynı yönde, Yarg. HGK. 1.3.2017, E. 2015/9-306, K. 2017/387; Yarg. 9. HD., 20.10.2016, 20260/18207 (Kazancı İçtihat Bankası).
[1514] Yarg. HGK., 25.9.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 (Kazancı İçtihat Bankası).

noktada, izlenen amacın, en başından beri meşru olmaması nedeniyle, işverenin, işçinin çalıştığı işyerini değiştirme hakkını kötüye kullandığı görülmektedir[1515].

Ekleyelim ki, Yargıtayın, sözü edilen kayıtlara ilişkin 4857 sayılı Yasa döneminde verdiği ilk kararı[1516], hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususunun değerlendirilmemiş olması nedeniyle eleştirilmiştir[1517]. Kararda, Yasanın 22. maddesinin, ard etkisi süren toplu iş sözleşmesi ile öngörülen tek taraflı değişiklik hakkı karşısında, daha lehe bir düzenleme olduğuna hükmedilmiş ve toplu iş sözleşmesindeki kayda geçerlilik tanınmamıştır. Karara konu somut olayda, davacı işçinin çalıştığı yer, Ankara'dan Şırnak'a alınmak istenmiş; işçi, bu değişikliği kabul etmemiş; Yargıtay ise, işverenin m. 22 kapsamında, Şırnak Enerji Dağıtım Müdürlüğü'nde endeks işçisine ihtiyaç olduğu ve bu nedenle atamayı gerçekleştirdiğini ispat edemediği gerekçesiyle, iş sözleşmesinin feshini geçersiz bulmuştur. Karar, öğretide, sonucu itibariyle isabetli bulunmuşsa da; yazarlarca kararın gerekçesine katılmak olanaklı olmamıştır; zira, kararda, uzun süre Ankara'da çalışan ve yaşayışını buna göre düzenleyen işçinin Şırnak'a atanmasının hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağının incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir[1518]. Kanımızca bu yaklaşım, bir adım daha ileri taşınabilir ve hakkın kötüye kullanılmadığının tespit edilmesi halinde dahi, bu kez, işverenin yaptığı değişikliğin, ölçülü sayılıp sayılmadığının denetlenmesinin de gerekli olduğu vurgulanmalıdır.

Gerçekten, işverenin değişiklik yapma yetkisini kullanmasına ilişkin denetim, yalnızca yetkinin amacına uygun kullanılıp kullanılmamasının denetlenmesiyle sınırlı kalamayacaktır. İşletmenin meşru menfaatleri doğrultusunda dahi olsa, yapılan

---

[1515] Yargıtay, iş sözleşmesiyle işverene verilen nakil yetkisinin kötüye kullanıldığının, işçi tarafından ispat edilememesi durumunda ise, işyeri değişikliğine rağmen yeni yerinde göreve başlamayan işçinin sözleşmesinin feshini geçerli bulmuştur: "*Davalı işverenin yukarıdaki 35. madde gereği davacıyı tayin etme yetkisi mevcut olup davacı bu yetkinin kullanılmasında işverenin kötüniyetli davrandığını iddia edip kanıtlamamıştır. Bu sebeple yeni görevine gitmeyip burada işe başlamamakta ısrar eden davacının hizmet akdinin feshinde geçerli bir neden mevcuttur*." (Yarg. 9. HD., 27.12.2004, 20848/29320, Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, "*Somut olayda, davacı ile aynı görevi yapan tanıkların açıklamaları işverenin davacının tayininde kötüniyetli davrandığının kabulü için yeterli değildir. Tanık ifadelerinde davacı ile aynı durumda olan başka bir şahsın Ankara'ya atama istediği halde bu şahsın atamasının yapılmayıp davacının tayin edildiği bildirilmişse de, bu konuda belge ibraz edilmemiş ve anılan kişi de tanık olarak dinletilmemiştir. Açıklanan nedenle davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken (...)*." (Yarg. 9. HD., 7.7.2005, E. 2004/30947, K. 2005/24233, Kazancı İçtihat Bankası).

[1516] Yarg. 9. HD., 26.1.2004, E. 2003/23105, K. 2004/1204 (Kazancı İçtihat Bankası).

[1517] Bkz. Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 53 vd.; Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 20.

[1518] Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 53 vd.; Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 20.

değişikliğin, ölçülü olup olmadığı da, somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığının tespiti için değerlendirilmelidir.

İşte, sözü edilen hakkaniyet denetiminin en önemli bileşenlerinden olan ölçülülük ilkesi uyarınca, işverenin meşru bir amaç için yapmak istediği değişiklikliğin, bu amacın gerçekleşmesi yönünde elverişli, gerekli ve oranlı olması aranacaktır[1519]. Bunun için, işverenin, gözettiği işletme menfaatinin gerçekleşebilmesi için uygun olan, işçinin menfaatlerini en az zedeleyen ve işçinin menfaatlerine amacı aşan sınırlamalar getirmeyen aracı seçmiş olması gereklidir. Yargıç tarafından gerçekleştirilecek olan ölçülülük denetiminde, her bir alt ilke açısından değerlendirilme yapılması zorunludur.

Buna göre, ilk aşamada yapılmak istenen değişikliğin, işverenin izlediği amaca uygun olup olmadığının denetlenmesi, özellikle sözleşme kaydında, değişiklik yetkisinin verilme nedenlerinin soyut ve genel ifadelerle belirtilmiş olması karşısında önem kazanacaktır[1520]. Yargıç bu halde, başvurulan yöntemin amaçla uygunluğunu değerlendirmek için, işverenden, niçin bu değişikliği yapma yoluna gittiğini somutlaştırmasını isteyecektir.

İkinci aşamada, değişikliğin gerekliliği; diğer bir ifadeyle, işçinin menfaatlerine bu oranda sınırlama getiren bir uygulama yerine, daha az sınırlayıcı bir yöntemin bulunup bulunmadığı denetim konusu olacaktır. Bu doğrultuda, örneğin işçinin çalışmakta olduğu işyeri değiştiriliyorsa, ilk planda, mevcut işyerine en yakın işyerinin tercih edilmesi ya da işçinin, başka şehirlere değil, aynı şehirdeki bir diğer işyerine gönderilmesi ve hatta olanaklı ise, işçiye, hangi işyerini tercih edeceğinin sorulması gerekecektir[1521]. İşverenin, gerçekleşmesini amaçladığı işletme menfaatine, işçinin temel haklarını daha az zedeleyen bir değişiklikle ulaşması olanaklı ise, yapılan değişikliğin gerekli olmadığı ve bu nedenle ölçülü sayılamayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Bu değerlendirmeye örnek verilebilecek bir kararında[1522] Yargıtay, davacı işçinin, Bursa'daki işyerinden, İstanbul'a nakledilmeyi

---

[1519] Pascal Lokiec/ Sophie Robin-Olivier/ Martin Henssler/ Patrick Remy/ Eduardo Martin Puebla / Nouri Mzid/ Mongi Tarchouna, "La modification du contrat de travail", **RDT**, 2009.256; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 405.

[1520] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 408.

[1521] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 408-409; Doğan Yenisey, "Tek Taraflı Değişiklik", 1194-1195.

[1522] Yarg. 9. HD., 26.3.2012, E. 2010/1394, K. 2012/9917, karar ve değerlendirmesi için bkz. Fevzi Şahlanan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik

kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin feshini geçersiz bulmuş ve kararında şu gerekçeye dayanmıştır: " *(...) Davalı şirketin, davacıyı aynı görevle Bursa ilinde görevlendirebileceği başka projelerinin bulunup bulunmadığı, davacının görevlendirildiği yerlerde personel fazlalığı ya da personel ihtiyacı bulunup bulunmadığı, varsa bu ihtiyacın ne sebeple Bursa'da bulunan çalışanlardan temini yoluna gidildiği hususlarında davalı tarafça hiçbir delil sunulmamış ve bu hususlar kanıtlanamamıştır*".

Ölçülülük denetiminin üçüncü aşamasında ise, elverişli ve gerekli olduğu tespit edilen değişiklik sonucunda, işverenin elde ettiği menfaat ile işçinin uğradığı zarar arasında makul bir oranın bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir[1523]. Öğretide ve yargı kararlarında da, örneğin yapılan işyeri değişikliğinin, işçinin diğer çalışma koşullarını ağırlaştırmaması; naklin, işçiye ek yükümlülükler getirmemesi gerektiği vugulanmaktadır[1524]. Örneğin Yargıtayın bir kararına[1525] konu somut olayda, Armutlu'daki işyerinden Pınarbaşı'na gönderilmiş olan davacının, yol ücretinin -Pınarbaşı, Armutlu'dan yaklaşık 35 km uzakta olmasına karşın- işveren tarafından karşılanmaması nedeniyle; iş sözleşmesindeki nakil serbestisine rağmen, işçinin 35 km uzaktaki işyerine, kendi ücretinden fedakarlık yaparak ulaşmasının beklenemeyeceği ve iş koşullarının zorlaştığı sonucuna varılarak, kıdem tazminatına hükmedilmiştir.

Gerçekten Yargıtay, kararlarında, nakil yetkisinin varlığına karşın, işçinin diğer çalışma koşullarında değişikliği kabul etmek zorunda olmadığına hükmetmekte ve şu ifadelere yer vermektedir: " *(...) tarafların imzaladıkları iş sözleşmesinin 3. maddesinde işçinin gerektiğinde ünversiteye bağlı Türkiye'deki diğer kuruluşlar ve işyerlerinde verilecek diğer görevi de yapacağı, görev ve değişikliklerini peşinen kabul ettiği belirtilmiştir. Dairemiz uygulamasına göre sözleşme ile nakil yetkisinin saklı tutulması mümkün ise de, 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin*

Hukuku Derneği, 2014, 125 vd. Kararda, nakil yetkisi hakkında ölçülülük denetimi yapıldığına ilişkin olarak bkz. Güzel, "**Eleştirel Yaklaşım**", 287.

[1523] Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 409.

[1524] Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 19; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1183; Alpagut, "**Esaslı Değişiklik**", 61.

[1525] Yarg. 9. HD., 17.5.2005, E. 2004/27850, K. 2005/18819 (Kazancı İçtihat Bankası).

düzenlemesi karşısında çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılacak diğer değişikliklerin sözleşme ile önceden saklı tutulması mümkün değildir"[1526].

Yapılmak istenen değişiklikle, işçinin durumu, gereğinden fazla ağırlaştırılmamalı; işçinin durumunun ne oranda ağırlaştığının saptanabilmesi için ise, işçinin kişilik değerleri ve örneğin, özel ve aile yaşamı, yerleşim yerini serbestçe seçme hakkı dikkate alınmalıdır[1527]. Gerçekten, değişiklik hakkını saklı tutma kayıtlarından en sık rastlanılanı, özellikle banka, inşaat, turizm ve otelcilik gibi sektörlerde, işyerini değiştirme hakkını saklı tutmaya yönelik kayıtlardır[1528]. İş sözleşmesinde, işverenin, işin görüldüğü işyerini değiştirme hakkını saklı tutan kayıtlar, çoğu zaman, işçinin yerleşim yerini de değiştirmesini gerektirebileceğinden; işçinin kişisel yaşamı ya da aile yaşamı üzerinde etki doğurabilecektir[1529]. Böylece, işverenin, tek taraflı olarak işçinin çalışma koşullarını değiştirmeden önce dikkate alması gereken unsurlardan bir tanesini de, işçinin özel ve aile yaşamı oluşturmaktadır[1530].

Yargıtayın bir kararına[1531] konu somut olayda da, davacı işçinin naklen başka bir şehre gönderildiği tarihte, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde, "*bankanın personelini aynı şehirdeki veya diğer şehirlerdeki ünitelere ve görevlere nakletmek ve atamakta serbest olduğu, ancak şehir dışı nakillerde ve atamalarda üye işçinin eşinin bir hizmet akdi ile bağlı olarak çalışıp çalışmadığı, öğrenim yapan çocukları varsa gidilecek yerde ihtiyacı halinde yabancı dilde öğretim yapan okullar bulunup bulunmadığı ve üye, eşi ve velayeti altındaki veya reşit olmakla birlikte orta*

[1526] Yarg. 9. HD., 13.12.2010, E. 2009/39668, K. 2010/37397 (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtayın kararına konu bu somut olayda, 6 yıldır davalı üniversite hastanesinde, üniversite kampüsü çevre ve ağaçlandırma işlerinde çalışan işçinin görev yeri, iş sözleşmesindeki nakil yetkisini saklı tutma kaydına dayanarak işveren tarafından değiştirilmek istenmiştir. Davacı işçi, araziye çıkacağının söylenmesi üzerine, bu konudan anlamadığını ve çalışma koşullarındaki bu değişikliği kabul etmediğini yazılı olarak bildirmesi üzerine işten çıkarılmıştır. Yargıtay ise belirtilen gerekçelerle, feshin geçerli nedene dayanmadığına karar vermiştir.

[1527] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 211; Bernard Gauriau, "Mobilité et obligation de résidence du salarié", **Dr. soc.**, N° 2 Décembre 1996, 1016 vd; Lokiec/Robin-Olivier/Henssler/Remy/Puebla/ Mzid/ Tarchouna, "**La modification du contrat de travail**", 256; Christelle Varin, "Clause de résidence: la Cour de cassation persiste et signe", **RDT**, 2012.225; Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, 409; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1181, 1195-1196.

[1528] Süzek, "**Değişiklik Feshi**", 19; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1176.

[1529] Gauriau, "**Mobilité**", 1016; Varin, "**Clause de résidence**", 225; Daugareilh, "**Mobilités**", 137-139; Waquet, "**La vie personnelle**", 522; aynı yazar, "**Vie privée**", 17 vd.; Favennec-Héry, "**Temps et lieux de vie personnelle**", 28; Doğan Yenisey, "**Tek Taraflı Değişiklik**", 1181.

[1530] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 228; Waquet, "**La vie personnelle**", 522; Géniaut, **Proportionnalité**, 222; Mekki, **L'intérêt général**, 543; Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 444-445.

[1531] Yarg. 9. HD., 1.10.2007, 14259/28745 (Kazancı İçtihat Bankası).

öğretime devam eden çocukları ile bakmakla yükümlü oldukları anne ve babasının mevcut hastalıklarının gidilecek yerde tedavi imkanının olup olmadığının göz önünde tutulması gerektiği" düzenlenmiştir. Yargıtay, toplu iş sözleşmesi hükmünün, aileyi korumaya yönelik olduğuna dikkat çektikten sonra, 19 yıldır bu bankada çalışmakta olan davacı işçinin, eşinin İl Özel İdaresinde Mal Hizmetler Müdürü olarak 657 sayılı Yasaya bağlı çalıştığının, çocuğunun ise bu şehrin Anadolu Lisesinde 10. sınıfta okuduğunun, naklen atamada, toplu iş sözleşmesindeki hükme aykırı olarak dikkate alınmadığını tespit etmiş; somut olayın diğer koşullarını da dikkate alarak, işverence yapılan feshi geçersiz saymıştır.

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de, işveren tarafından değişikliği saklı tutma kaydının kullanılması açısından yapılan ölçülülük değerlendirmesinde; işçinin bekar olup olmadığı, çocuklarının bulunup bulunmadığı ya da çocuklarına tek başına bakıyor olmasına göre denetimin katılığının değişebileceğini ifade etmektedir[1532]. Bu anlamda, örneğin, normal koşullar altında, gün içindeki çalışma saatlerindeki bir değişiklik, Fransız İş Hukuku anlamında iş sözleşmesinde değişiklik olarak değil; çalışma koşullarında, işverenin yönetim yetkisine dayanarak gerçekleştirebileceği bir değişiklik olarak algılansa dahi; söz konusu saatlerdeki değişimin, işçinin özel ve aile yaşamına müdahalesi aşırı ise, sözleşme değişikliği olarak nitelendirilmesi gerekmektedir[1533]. Sözleşme değişikliği sayılmanın sonucu ise, işverenin, bu değişikliği tek taraflı olarak yapamaması ve işçinin yazılı rızasının alınmasının zorunlu olması biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir diğer kararına göre, işçinin yerleşim yerini seçme özgürlüğü, işverenin, faaliyet bölgesini değiştirmesi nedeniyle işçinin de bu bölgede ikamet etmesini talep etme hakkını saklı tutmasına engel teşkil edecektir[1534]. İşçinin sözü edilen özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin geçerli

---

[1532] Cass. soc. 13 janv. 2009, n° 06-45562, Bull. 2009 V, N° 4; (ayrıca bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 211).

[1533] Cass. soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702, Bull. 2011 V, N° 246. Yargıtay Sosyal Dairesinin kararına konu somut olayda, özellikle sabah saatlerinde ve bir kaç saat de öğleden sonra çalışmakta olan işçinin, çalışma saatlerindeki değişiklik, daha çok öğleden sonra ve özellikle akşam geç saatlere kadar çalışmasını gerektirmiştir. Sosyal Daire, saatlerin bu şekilde değiştirilmesinin, işçinin çalışma temposunu alt üst ettiğini, özel ve aile yaşamına aşırı bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.

[1534] Cass. soc. 12 janv. 1999, n° 96-40755, Bull. 1999 V, N° 7. Uyuşmazlığa konu somut olayda, çalıştığı şirketin, Paris bölgesindeki ticari temsilcisi olan ve ailesiyle birlikte Paris'te ikamet eden işçinin, iş sözleşmesine konulmuş olan hükme göre, işveren, işçinin çalıştığı bölgeyi değiştirme ve bu değişim ardından 6 ay içinde, işçinin yeni bölgede ikamet etmesini talep etme hakkını saklı tutmuştur. Değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesi feshedilebilecektir. Bu hükme dayanarak işçinin faaliyet bölgesini Montpellier olarak değiştiren işveren, işçinin yerleşim yerini de bu bölgeye

olması; bunun, işletmenin meşru menfaatlerinin korunması açısından kaçınılmaz olmasına; işçinin görev yaptığı pozisyon ve kendisinden beklenen iş de dikkate alınarak, bu müdahalenin, izlenen amaçla ölçülü olmasına bağlı bulunmaktadır[1535]. Sosyal Dairenin kararına konu somut olayda, işçinin ticari fonksiyonlarının yeri ve işlevi ile işletmenin faaliyetinin düzgün işleyişinin devam etmesi gerekçelerinin, işçinin yerleşim yerini seçme özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılmadığına hükmedilmiştir. Sosyal Daireye göre bu gerekçeler, işletme açısından, işçinin yerleşim yerini değiştirmesinin kaçınılmaz olduğunu ortaya koyacak ağırlıkta değildir. Dahası, işçi, ailesiyle birlikte ikametgahının Paris'te kalmasını ve Montpellier'de de ev tutmayı kabul etmiş olmasına karşın; işçinin görevinin sürekli olarak Montpellier'de bulunmasını gerektirecek nitelikte olduğunun da ispat edilememesi nedeniyle; işçinin yerleşim yerini Montpellier'ye almasını zorunlu kılarak, yerleşim yerini seçme özgürlüğüne yapılan müdahalenin, izlenen amaçla ölçülü olmadığına karar verilmiştir.

Değişiklik kayıtları başlığı altında, son olarak, önemle ekleyelim ki, işverenin iş sözleşmesinde değişiklik hakkını saklı tutan ve geçerli olan sözleşme kayıtlarının, işverence kullanılmasının denetiminin yapılması, işverenin bu yetkisinin sınırlanması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu denetimin yapıldığı Yargıtay kararlarında, hakkın kötüye kullanılmasına ve eşit davranma borcuna aykırılığa ilişkin değerlendirme yapılması da son derece yerindedir.

Ancak bu kararlarda, işçinin farklı bir şehre nakledilmesinden önce daha hafif başka önlemlere başvurulmasının olanaklı olup olmadığının araştırılması ve nakille birlikte işçinin diğer çalışma koşullarında ağırlaşma olmaması gerektiğine vurgu

---

taşımasını talep etmiş; işçinin bunu reddetmesi üzerine, işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Lyon-Caen/Vacarie, "**Droits fondamentaux et droit du travail**", 442; Waquet, "**La vie personnelle**", 522; Géniaut, **Proportionnalité**, 222, 278. Aynı yönde, bir diğer karara konu olayda, işi gereği işverenine ait bir mücevher koleksiyonunu evinde bulunduran işçinin, evinde daha önce yaşanan hırsızlık olayları nedeniyle, işverenin sigorta şirketinin, bu mücevherleri sigorta etmeyi istememesi üzerine, taşınması talep edilmiştir. Ne var ki, Sosyal Daire, taşınma talebini reddeden işçinin iş sözleşmesinin feshini geçerli bulan istinaf mahkemesi kararını, işçinin yerleşim yerini seçme özgürlüğüne yapılmak istenen müdahalenin, yapılan işin gereği ile açıklanamayan ve izlenen amaçla ölçülü olmayan bir müdahale olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Böylece, sigortacının, işçinin ikamet ettiği bölgede, söz konusu mücevherleri sigorta edemeyeceğine ilişkin açıklaması, İş Kodu m. 1121-1 anlamında, işçinin yerleşim yerini seçme özgürlüğünü kısıtlama açısından yeterli bir gerekçe olarak nitelendirilmemiştir (Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-40434, Bull. 2009 V, N° 190, değerlendirme için bkz. Alexia Gardin, "Libre choix du domicile et exigence de l'assurer: la justification de la restriction en débat", **RDT**, 2010.37; Waquet, "**Vie privée**", 17; Favennec-Héry, "**Temps et lieux de vie personnelle**", 25).

[1535] Gauriau, "**Mobilité**", 1020-1021; Varin, "**Clause de résidence**", 225; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 130.

yapıldığı noktaları, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmek, kanımızca isabet taşımamaktadır. Zira, az önceki açıklamalarımızla ortaya konulmaya çalışıldığı gibi; esasında bu değerlendirmeler, ölçülülük denetiminin aşamaları olan gereklilik (en ağır olan yöntemin son çare olması) ve oranlılık (karşılıklı yarar ve zarar arasında makul bir denge olması) denetimine karşılık gelmektedir. Buna karşın, bu konudaki kararlarında Yargıtayın, "ölçülülük", "gereklilik" ve "oranlılık" ifadelerine hiç yer vermeden, ölçülülük alt ilkeleri kapsamında bazı değerlendirmeler yaptığı dikkat çekmektedir. Yargıtayca, bu ifadeler kullanılmadan ölçülülük denetiminin yapılması olanaklı olsa da; sözü edilen değerlendirmelerin ardından "*(...) Her hak gibi nakil yetkisinin de iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir.*[1536]" açıklamasının yapılması, bu değerlendirmelerin, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin olduğu izlenimini yaratmaktadır. Bu yöntem, dürüstlük ilkesinin sağladığı denetim ile ölçülülük denetiminin, birbirinden ayırt edilmemesi nedeniyle, kavramlara ilişkin bir karmaşa doğurma sakıncasını beraberinde getirmektedir.

Bu nedenle Yargıtayın, değişiklik hakkını saklı tutma kaydının kullanılmasını denetlerken, işverenin öncelikle bu değişikliği amacına aykırı olarak, yani kötüye kullanmadığını saptadıktan sonra, ölçülülük denetimini ve bu kapsamda sırasıyla her alt ilkeye ilişkin değerlendirmeyi gerçekleştirmesinin, izlenmesi gereken mantık ve sistematik açısından çok daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu yaklaşım, içtihat açısından da bir bütünlük sağlayacağı gibi, esasında yapılacak değerlendirmeyi de daha teknik hale getirecektir.

b) Teknolojik araçlar kullanılarak işçinin kişilik değerlerine müdahalede ölçülülük

Gelişen teknoloji, işçilere, işyerinde ve dışında, zaman ve mekanla sınırlı olmayan bir dünyaya her an erişebilmeleri olanağını sunmaktaysa da; bunun karşısında, işverenin de, işçilere tahsis edilen elektronik cihaz ve yararlandıkları internet bağlantısı üzerindeki izleme ve denetleme olanakları gelişim göstermektedir[1537]. Bu, teknoloji etkisiyle insanın özgürleşmesi ve bağımlılaşması

[1536] Yarg. 9. HD., 1.10.2007, 14259/28745 (Kazancı İçtihat Bankası).

[1537] Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 29. Teknolojinin bağımlılık ilişkisi üzerindeki etkileri konusunda ayrıca bkz. Jean-Emmanuel Ray, "De Germinal à Internet Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail", **Dr. soc.**, N° 7/8 Juillet-Août 1995, 634 vd.; Ali Güzel, "Fabrikadan Internet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine

arasındaki gerilimin; işyerindeki yansımasının bir sonucudur: İşçi kullandığı teknolojilerle bir yandan özerkleşir gibi görünse de; işverenin denetim olanakları da, aynı hızda ve oranda gelişmektedir. Bu gerilim ve gelişme karşısında önemli olan ise kuşkusuz, teknolojinin kullanılmasının doğurduğu ortamın, hukuk aracılığıyla, "*insani olarak yaşanabilir*"[1538] kılınabilmesidir[1539].

İşverenin denetim yetkisini kullanırken, işçilerin kişilik hakkının ihlal edilmemesinin, bu yetkinin dürüstlük kuralı ve iş yaşamındaki geleneklere uygun kullanılmasına bağlı olduğu[1540]; işçinin kişiliğinin korunması hakkı ile işverenin ekonomik girişim özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde, işçinin kişilik hakkına müdahalenin denetiminde uygulanacak ilkenin, ölçülülük ilkesi olduğu ifade edilmektedir[1541].

Bu nedenle, işverenin, iş görme edimini denetim amacıyla gerçekleştirebileceği uygulamaların, objektif olarak gerekçelendirilmiş olması gerektiği gibi; işverenin meşru bir menfaatinin korunması için gerekli olan en az kısıtlayıcı uygulamaya başvurulmuş olmalıdır[1542]. Dolayısıyla işverenin, denetleme ve izleme için sadece meşru menfaatlerinin olması yeterli olmayıp; bu menfaatinin gerçekleşmesi için başvuracağı yöntemlerin ölçülü olması da gereklidir.

Bir Deneme", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1997, 83 vd.

[1538] *Supiot*, iş hukukunun, endüstri devrimi ile paralel tarihçesinde yaşananlarla, günümüz bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişimi arasında bağlantı kurmaktadır. Yazara göre, endüstri devrimi sonrası, hukukun, makineleşmeyi "*insani olarak yaşanabilir*" (*humainement vivable*) kılma ve insanın yeni teknikler tarafından yok edilmeden, bu tekniklerden yararlanmasını sağlama işlevi, bugün de söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda hukuk, bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasını da, insani kılabilecek yönde gelişmek durumundadır (Supiot, "**Travail, droit et technique**", 15). Aynı yönde, kapitalizmin, coğrafi ve sosyal anlamda sınırları yok etmesinin, insanı da "*yersiz-yurtsuz*" (*sans territoire*) bırakması nedeniyle, iş hukukunun, bu konuda, insan onurunu korumak biçiminde önemli bir rol üstlendiğine dikkat çekilmektedir (Adam, "**Vie privée et portable professionnel**", 191).

[1539] Nitekim, Fransız Hukukunda, 1978 yılında, bilişim teknolojileri aracılığıyla, temel haklar ve özellikle özel yaşamın ihlal edilmesinin önlenmesi amacıyla kurulan bağımsız bir idari kurum olan Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonunun (*Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL*), 2005 yılında düzenlediği, "*Informatique: servitude ou libertés?*" (Bilişim: kölelik mi, özgürlükler mi?) konulu toplantıda, CNIL Başkanı, "*Big Brother*" efsanesinin son bulduğunu, zira artık bu efsanenin gerçeğe dönüştüğünü; bir gözetleme toplumu içinde yaşadığımızı; asıl sorunun ise, bu toplum içinde nasıl tetikte kalarak yaşamaya çalışabileceğimiz olduğunu dile getirmiştir (Aktaran: Jean-Emmanuel Ray, "Droit du travail et TIC II Faut-il désigner un correspondant aux données personnelles?", **Dr. soc.**, N° 3 Mars 2007, 276-277).

[1540] Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 103.

[1541] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 8. Belirtelim ki yazar, ilkeyi "*orantılılık ilkesi*" olarak ifade etmiştir. Ancak, ilerleyen satırlarda, işletme menfaatinin müdahaleyi gerektirmesinden ve müdahalenin orantılılığından söz etmektedir. Bu açıdan, esasında, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini ayrı ayrı dile getirerek ifade edilmek istenenin, müdahalenin ölçülülüğü olduğu söylenebilecektir.

[1542] Wyler, **Droit du travail**, 303; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 707.

İzleme ve denetleme, işin işleyişinin kontrolüne yönelik olabilecekse de; yalnızca işçilerin tutum ve davranışlarını gözetlemek amacıyla yapılamayacaktır[1543]. Aynı esas, yukarıda da değinilen UÇÖ İşçilerin Özel Yaşamı Hakkında Uzmanlar Komitesi'nin hazırladığı İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu'nun 5.4. hükmünde de ifade edilmiştir. İsviçre Hukukunda, salt işçilerin davranışlarının izlenmesi amacıyla kurulacak sistemler yasaklanmış olmasına karşın; işverenin, meşru ve objektif gerekçelerini ortaya koyabildiği ve ölçülülük ilkesine uygun bulunan izleme uygulamaları geçerli sayılabilmektedir[1544].

aa) İletişimin gizliliği ve özellikle elektronik posta

Özel yaşamın ya da kişisel yaşamın gizliliği, işçinin iletişiminin de gizliliğini içerir[1545]. İletişim, teknolojik gelişmelerin getirdiği her türlü iletişim olanağını; arama, mesajlaşma ya da görüntülü görüşme; posta veya elektronik postayı kapsar biçimde anlaşılabilir. Ancak iletişimin gizliliği, yine mesleki alanla kişisel alanın iç içe geçmesinin etkisiyle, mutlak olarak algılanamayacaktır. Örneğin, işçinin, iletişim kurmasını sağlayan cihaz, işveren tarafından iş için tahsis edilmiş olabileceği gibi; yapılan işin gerekleri de iletişimin izlenmesini, takip edilmesini gerektirebilecektir.

Gerçekten, işyerine ilişkin sırların açıklanmaması, suç işlenmesinin önlenmesi, virüs transferine engel olmak gibi gerekçelerle, iş ile ilgili elektronik yazışmaların denetlenmesinde, bu nedenle meşru bir amaç izlendiği[1546], denetimin sözü edilen durumları önlemek için elverişli ve gerekli olduğu kabul edilebilecektir. Buna ek olarak, izlenen meşru amaç doğrultusunda, yapılan denetimin, amacın gerçekleşmesi açısından oranlı olması da aranacaktır. Zira teknolojinin günümüzde eriştiği düzey, işverene, amacın gereklerini aşan, ölçüsüz nitelendirilebilecek denetimleri yapma olanaklarını sunma sakıncasını da barındırmaktadır. Örneğin, işveren, belli programlar sayesinde, işçinin mesajlaştığı kişileri, elektronik postanın yazılma süresini, bu postanın kaç karakterden oluştuğunu kolaylıkla öğrenebilmektedir[1547]. Söz gelimi, belirtilen güvenlik gerekçeleriyle, her elektronik postanın içeriğinin

---

[1543] Wyler, **Droit du travail**, 304.
[1544] Wyler, **Droit du travail**, 304; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142.
[1545] Bkz. Démoulain, **Nouvelles technologies**, 137 vd.; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 281 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 197 vd.
[1546] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 20; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 235; Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 586.
[1547] Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 239.

kontrolü yerine, sadece hacmi belli bir düzeyi aşanların kontrol edilmesi[1548]; elektronik postaların içeriğinden önce, alıcı, gönderici ve konu (dış bağlantı) kısımlarının süzgeçten geçirilmesi[1549] gibi daha hafif bir denetimin tercih edilmesi, işçinin kişilik hakkına müdahaleyi daha aza indirecek olup; bu, kuşkusuz, ölçülülük ilkesinin bir gereğidir[1550].

95/46 sayılı AB Yönergesinin 29. maddesine göre oluşturulan Çalışma Grubunun hazırladığı 5401/01 sayılı belgede de, işyerindeki sistemin güvenliği gerektirmedikçe, elektronik posta ve internet kullanımının genelinin izlenmesinin, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu vurgulanmaktadır[1551]. Aynı amaca, işverenin daha az müdahaleci bir yöntemle ulaşma olanağı olduğunda, işverenin, otomatik ve sürekli bir izleme uygulaması yerine, bu yöntemi tercih etmesi gerekecektir. Bunun yanında, aynı belgede, internetten yararlanmanın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için, işverenin, teknolojik araçlara, izleme yapmaktan çok, önleme yöntemleri kurmak için başvurmasının, ölçülü sayılacağı da ifade edilmektedir[1552].

İşçiye özel amaçlı kullanım için verilen bir başka elektronik posta adresi varsa ya da işçi kendine ait kişisel bir elektronik posta adresine de işyerinde bağlanabiliyorsa, kural olarak bu posta adresindeki postaların ne dış bağlantı bilgilerine, ne de içeriklerine işverence erişilebilir. İşçinin kişisel elektronik posta adresinin ve postalarının gizliliğinin sağlanmaması, izlemeye, takibe konu olması, işçinin kişilik hakkının ihlali sayılacaktır[1553]. Bu açıdan içeriğin kontrol edilmek istenmesinin tek gerekçesi, ceza hukuku anlamında suç teşkil edebilecek bir davranış ya da işyerine ilişkin sırların paylaşıldığı şüphesi olabilecektir[1554]. Kanımızca bu halde içeriğin kontrol edilmesinden anlaşılması gereken, işyerinde, dışarıya bilgi sızdırıldığına ilişkin kuvvetli şüphenin varlığı halinde, işçiye ait bilgisayardan yapılan işlemlerin, işçinin de bilgisi dahilinde olmak üzere, sadece bu olayla sınırlı

[1548] Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 237.
[1549] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 201.
[1550] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Document de travail 5401/01**, 17-18; (ayrıca bkz. Savaş, "**Siber Gözetim**", 118; Yazar, elektronik posta ve internet kullanımının denetimi söz konusu olduğunda, ayrıntılı bir denetim politikası oluşturmanın, işçinin rızasının alınmasının yanında, işin niteliğinin bu denetimi gerektirmesi ve ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekliliğine işaret etmektedir).
[1551] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Document de travail 5401/01**, 18; aynı yönde, Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Avis 8/2001**, 29.
[1552] Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, **Document de travail 5401/01**, 18.
[1553] Démoulain, **Nouvelles technologies**, 138-139; Savaş, "**Siber Gözetim**", 112; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 202.
[1554] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 10.

olarak incelenmesidir. Aksi takdirde, işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığından kuşku duyan işverenin, işçinin kişisel elektronik postalarının içeriğini sürekli olarak takibe alması, kişilik hakkının ihlali sayılacaktır.

Ekleyelim ki, işyerine ait elektronik posta adresinin, yalnızca iş amaçlı kullanılmasına yönelik açık bir talimatın varlığı halinde, işverenin, tüm elektronik postaları, içerikleriyle birlikte görme hakkına sahip olacağı kabul edilmektedir; meğer ki elektronik postanın konusundan hareketle bunun kişisel olduğu anlaşılsın[1555]. Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin yaklaşımına göre farklılık taşımaktadır. Zira az sonra değinileceği üzere, Sosyal Daire, işverenin, erişim olanağının olamayacağı elektronik posta ya da dosyaların mutlaka "kişisel" başlığı altında toplanmasını aramaktadır.

Gerçekten, yukarıda yer verilen *Nikon* kararının ardından, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, konuya ilişkin başka uyuşmazlıklarla bağlantılı olarak bir içtihat geliştirmiştir. Buna göre, işverenin, işçiye bizzat tahsis etmiş olduğu elektronik cihazlar dahi söz konusu olsa, bunlar içinde "kişisel" olarak adlandırılmış olan dosyalar ya da mesajlara işverenin erişim hakkı bulunmamaktadır[1556]. Mesleki nitelikteki yazışmalar ise, işveren tarafından denetlenebilecektir[1557]. Kişisel olarak adlandırılan bir dosyanın, işçinin yokluğunda, işveren tarafından açılabilmesi, özel bir risk ya da istisnai bir durumun varlığını gerektirmektedir[1558]. Belirtmek gerekir ki, özel bir risk ya da durum biçiminde ifade edilen bu istisna, öğretide çok geniş bulunmuş; işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığına ilişkin bir şüphenin dahi,

---

[1555] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 9. Ancak *Sevimli*, kural olarak elektronik postaların izlenmesinin, iletinin tarafları, başlığı ve gönderilme zamanı gibi trafik verileriyle sınırlı kalması, içeriğine girilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır (Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 201).

[1556] Cass. soc. 18 oct. 2006, n° 04-48025, Bull. 2006 V, N° 308; aynı yönde Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-40274, Bull. 2009 V, N° 153. Buna karşın, işçinin "kişisel" olarak adlandırmak yerine, dosyayı isminin baş harfleriyle isimlendirmesi, bu dosyanın kişisel kabul edilmesi için yeterli görülmemiştir (Cass. soc. 21 oct. 2009, n° 07-43877, Bull. 2009 V, N° 226). Aynı yönde, dosyanın "belgelerim" adı altında kaydedilmiş olması da, bu dosyaya, işverence erişim olanağını ortadan kaldıran kişisel bir nitelik kazandırmamaktadır (Cass. soc. 10 mai 2012, n° 11-13884, Bull. 2012 V, N° 135; ayrıca bkz. Ray, "**Droit du travail et TIC I**", 148).

[1557] Mesleki nitelikli elektronik postaların içeriğinin işverence denetlenebileceği, Türk iş hukuku öğretisinde de kabul edilmektedir: Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 236; Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 9; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 20.

[1558] Cass. soc. 17 mai 2005, n° 03-40017, (www.courdecassation.fr). Karara konu somut olayda, işçinin bilgisayarında, kişisel olarak adlandırdığı dosyanın, işveren tarafından, işçinin yokluğunda açılmasının gerekçesinin, işçinin masasının çekmecesinde bulunan erotik fotoğraflar olduğu ileri sürülmüştür. İstinaf mahkemesi, bu gerekçeyi haklı görmüş olmasına karşın, Sosyal Daire, bu gerekçenin, kişisel dosyanın açılmasını haklı gösterecek özel bir risk ya da istisnai bir durum teşkil etmediğine karar vermiştir. (Ayrıca bkz. Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 707).

işverenin, işçinin özel yazışmalarına erişebilmesine neden olacağı gerekçesiyle Sosyal Dairenin içtihadı bu yönden eleştirilmiştir[1559].

bb) Teknolojik olanakların kişisel amaçlı kullanımı ve sınırları

İzleme ve denetleme uygulamasında ölçülülük açısından değinilmesi gereken bir diğer husus, işverence sağlanan cihaz veya internetin kişisel amaçlı kullanılması ve kişisel amaçlı kullanımın tümüyle yasaklanıp yasaklanamayacağı[1560] meselesidir. Soruya verilebilecek cevabın taşıdığı zorluk ve işçinin çalışma yaşamıyla özel yaşamının ne derece iç içe geçmiş olduğuna işaret etmek için, Fransız iş hukuku öğretisinde, şu örnek verilmektedir[1561]: İşverence tahsis edilmiş olup olmamasına bakılmaksızın, işçinin, cep telefonunun ana ekranına, eşinin, sevgilisinin ya da çocuğunun fotoğrafını koymuş olduğunu görmek şaşırtıcı mıdır? Ya da bu telefonla, özel yaşamında da fotoğraflar çekmek ve bunları bu cihazın hafızasında saklamak nadir rastlanan bir durum mudur?

Bu nedenle, iş amaçlı verilen cihazların, kişisel amaçlı kullanımında, işveren açısından bunu yasaklamanın dayanabileceği meşru gerekçeler ve yasaklama ya da sınırlamanın ölçülü sayılabilmesi meselesi de üzerinde düşünülmesi gereken bir konuya dönüşmüştür.

İşyerinin bilgisayarları ve işletim sistemleri, insan vücudundaki sinir sistemine benzetilmekte; burada yaşanabilecek bir felcin, işin bütünüyle aksamasına neden olacağı belirtilmektedir[1562]. Bu sistemin korunması için, işverenin, işçilerine, internete erişim sağlayan cihazlar sağlaması durumunda, bunların kullanımına ilişkin kurallar öngörmesi de olanaklı olacaktır[1563]. Bu açıdan, işyerinde işçilere sağlanan

---

[1559] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 227; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 720.

[1560] Kişisel amaçlı kullanımın yasaklanması konusunda bkz. Okur, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 51 vd.; aynı yazar, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 5 vd.; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 197 vd.; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 19; Savaş, "**Siber Gözetim**", 111; Ünlü, "**Cep Telefonu Yasaklanabilir mi**?", 209 vd.; Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 587-588. İşverence, kişisel nedenlerle işyerinde elektronik postayla haberleşmenin yasaklanması halinde, işçinin, zincir e-posta niteliğindeki bir postayı, şirket içi ağ üzerinden (Intranet) işyerindeki arkadaşlarına göndermesi, Frankfurt İş Mahkemesi tarafından, haklı fesih nedeni sayılmış; karar, istinaf mahkemesince de onanmıştır (Urt. V. 20.03.2001, RDV 2001, 189; aktaran: Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 238). Aynı yönde, işyerinde, girilmesi yasaklanan internet sitesini ziyaret ettiği anlaşılan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini yerinde bulan Hannover İş Mahkemesinin kararı, Temyiz Mahkemesince onanmıştır (ArbG MMR 2003, 133; aktaran: Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 241).

[1561] Ray, "**Droit du travail et TIC I**", 142.

[1562] Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 584.

[1563] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142; Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 5; aynı yazar, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 52; Özdemir, "**İşyerinde İşçilerin İzlenmesi**", 232.

elektronik cihaz ve internet teknolojilerinin, mesleki amaçlı kullanılmasının esas olduğu kabul edilmektedir[1564]. Örneğin Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, elektronik postalar konusundaki içtihadına benzer biçimde, işverence sağlanan cep telefonu ile yapılan mesajlaşmaların, iş amaçlı olduğuna yönelik bir karine kabul etmekte; mesajların "kişisel" olarak isimlendirilmesinin, işverenin bu mesajların içeriğine, işçinin yokluğunda erişebilmesine tek engel olduğunu vurgulamaktadır[1565].

Kişisel nedenle kullanım tümüyle yasaklanmış dahi olsa, acil durumlarda, işçinin bu cihazları, iletişim amacıyla kullanabileceği kabul edilmelidir[1566]. Ancak, işverenin, cihazların, elektronik postanın ya da internetin özel amaçlı kullanımına ilişkin bir düzenleme getirmemesi halinde de, acil durumlar dışında, işçinin, bunları, kişisel nedenlerle kullanamayacağı, öğretide ileri sürülen bir görüştür[1567]. İşverenin, işyerinde bilgisayar ve internet teknolojilerinden özel amaçlı yararlanmayı bütünüyle yasaklayamayacağı yönündeki yaklaşımın, çağın gereklerine daha uygun olduğu da savunulmaktadır[1568]. Gerçekten, kanımızca, günümüz bilgi ve iletişim çağının koşullarında, internetin özel amaçlı kullanımını yasaklayarak ve hatta özel amaçlı telefon görüşmelerine izin verilmeyerek, kişinin dış dünya ile bağlantısını tümden kesmek, gerçekçi olmadığı gibi; ölçüsüz bir sınırlama da sayılmalıdır. Kaldı ki, bu konudaki mutlak bir yasağın, işçilerin işe yoğunlaşmasını ve performansını da olumsuz etkileyeceği belirtilmektedir[1569].

Kuşkusuz, bu değerlendirme yapılırken de, işçinin yaptığı işin niteliği, örneğin gerektirdiği konsantrasyon, dikkat ve özen ya da taşıdığı gizlilik dikkate alınmalıdır. Bu açıdan, yapılan işin niteliği, dış dünya ile her türlü veri akışının yasaklanmasının ölçüsüz sayılmasına engel olabileceği gibi; işin yürütülmesi açısından, internetin kişisel nedenlerle kullanımına getirilebilecek bir sınırlamanın gerekli görülmemesi de olanaklıdır. Örneğin, henüz piyasaya sürülmemiş bir ürün, formül veya tasarım hakkında, dışarıya bilgi sızdırılmaması amacıyla, ilgili birimlerde çalışanların,

---

[1564] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 18.
[1565] Cass. soc. 10 févr. 2015, n° 13-14779, Bull. 2015 IV, N° 20. Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Adam, "**Vie privée et portable professionnel**", 191 vd. Yazar, telefonlarda, kısa mesajları, "kişisel" olarak gruplandırmanın olanaklı olmaması nedeniyle, işçinin kişisel mesajlarını ve dolayısıyla özel yaşam hakkını koruma yönündeki Sosyal Daire yorumunun, teknik bir engelle karşılaştığını vurgulamaktadır.
[1566] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142; Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 6; aynı yazar, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 53.
[1567] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 6; aynı yazar, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 53.
[1568] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 19; Savaş, "**Siber Gözetim**", 111.
[1569] Okur, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 71.

içeriye herhangi bir elektronik cihaz getirmelerinin veya bu kimselerin çalıştıkları sürece dışarı ses, görüntü, elektronik veya yazılı bilgi ve belge aktarmasının yasaklanması, izlenen amacın gerçekleşmesi için elverişli, gerekli ve oranlı sayılabilecektir.

İşverenin, kendisi tarafından tahsis edilen bu cihazların kişisel nedenlerle kullanılmasına izin verdiği durumda, sadece belli internet sitelerine erişim olanağı tanınması, bazı sitelere erişimin yasaklanması veya sadece belli bir zaman diliminde özel amaçlı kullanıma izin verilmesi gibi, bunun da sınırlarını çizmesi beklenebilecektir[1570]. Bu konuda getirilebilecek sınırlamaların, yapılan işin niteliğinin gerektirdiği ve bireyselleştirilmemiş sınırlamalar[1571] olması gerekir. Sınırlama, örneğin internetin özel amaçlı kullanımı açısından, ara dinlenmesi süresine özgülenmesi, sadece dinlenme odasında yer alan bilgisayarla sınırlanması veya erişilebilecek internet sitelerinin kısıtlanması biçiminde olabilecektir[1572]. İşyerindeki internet bağlantısı kullanılarak, hangi cihazdan, hangi internet sitesinin ziyaret edildiği, ne oranda veri indirildiği veya aktarıldığı gibi hususlar, bu cihazlar ile yapılan tüm işlemlerin, takip edilebilir, kaydedilebilir izler bırakması nedeniyle; bu konuda uzmanlaşmış sistemlerce, kolaylıkla izlenebilmektedir[1573]. Bu sistemler açısından da, kural, işletmenin meşru bir menfaatinin bulunması; izleme ve kayıt altına almanın, genele yönelik olmasıdır. Bu halde, bireyselleştirilmeden toplanan veriler, sadece bir ihlal tehlikesi söz konusu olduğunda, bunun kaynağının tespiti için kullanılabilmelidir.

İşverence bu sınırın açıkça düzenleme konusu yapılmaması halinde ise, işçilerin günlük yaşamlarında, bu cihazları ve interneti, kişisel amaçlarla, makul düzeyde kullanmasının beklenmesi uygun olacaktır[1574]. Kullanım düzeyinin makul olup olmadığının denetlenmesi olanaklı olsa dahi, bu konuda işçilerin önceden bilgilendirilmesi gerektiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Makul kullanım ya da çalışma saatleri içinde, kişisel sebeplerle internette ne kadar zaman geçirilebileceğine ilişin olarak, Yargıtayın kararlarına konu olan somut

---

[1570] Okur, "**Yeni Teknoloji ve İş Hukuku**", 6; aynı yazar, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 58 vd.; Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 19; Savaş, "**Siber Gözetim**", 111.
[1571] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 20.
[1572] Okur, "**Özel Amaçlı Kullanım**", 60 vd.
[1573] Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 586.
[1574] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 143; Adam, "**Vie privée et portable professionnel**", 191.

olaylara bakıldığında, işyerinde internetten alış veriş, oyun ve bahis sitelerine girmenin, geçerli bir fesih nedeni sayılabileceği dikkat çekmektedir. Gerçekten, Yargıtayın bir kararına[1575] konu somut olayda, işyerinde IT Planlama ve Bütçe Kontrol Birim yöneticisi olarak çalışan işçinin, iş sözleşmesinin feshinde ileri sürülen gerekçelerden biri, mesai saatleri içinde, internette oyun ve haber sitelerine girmesidir. İşçinin, bir yıl içinde, 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği ve bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açtığı tespit edilmiştir.

Bir diğer karara[1576] konu olayda ise, davacı işçinin, 2003 yılından itibaren, işyerinde, işverene ait olan bilgisayardan, bahis sitelerine girdiği, aşırı borçlanması nedeniyle daha önce yazılı uyarı da aldığı, kredi kartı borcundan ötürü icraya maruz kaldığı anlaşılmaktadır. İşçinin, bahis sitelerinde geçirdiği sürenin, çalışma saatleri içinde, günde birkaç saati bulduğu ve bunun, işyerinde olumsuzluklara neden olduğu anlaşıldığından, Yargıtay, işçinin sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir. Kararlarda, çalışma saatleri içinde internetin kişisel amaçlı kullanımı konusunda, hem sürenin, hem de bu kullanımın iş görme edimine olan etkisinin dikkate alındığı; işyerinde olumsuzluklara yol açan bir durum söz konusu olduğunda, bunun, işçinin sözleşmesinin feshi için geçerli neden sayılabildiği görülmektedir.

Ekleyelim ki, elektronik cihazların kişisel amaçlı kullanımına izin verilmesi; işverenin, bu cihazlardaki kişisel mesajların gizliliğine saygı göstermesi gerekliliğini doğuracaktır[1577]. Böylece kişisel mesajlar, işle ilgili olanlardan ayrı tutulmalı ve işverenin bunlara erişim ve bunları denetleme hakkının olmadığı kabul edilmelidir.

İşverence tahsis edilen bilgisayarda depolanan kişisel dosyalar açısından aynı durum geçerlidir[1578]. Kural olarak, işçi, işverence sağlanmış olsa da, bilgisayarda, kişisel verilerini bulundurabilmelidir[1579]. Bu halde de, dosyaların kişisel olarak

---

[1575] Yargıtay, "Davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internet alış veriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işi(n) 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." gerekçeleriyle, feshin geçerli olduğuna karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 4.5.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393, (Legalbank).

[1576] Yarg. 9. HD., 10.10.2006, 19150/26792, (Legalbank).

[1577] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 143; Wyler, **Droit du travail**, 308.

[1578] Ayrıntı için bkz. Ray, "**Droit du travail et TIC I**", 149 vd.

[1579] Özdemir, "**İnternet ve İş Sözleşmesi**", 20.

adlandırılması durumunda, işverenin, bunların içeriğine erişemeyeceği kabul edilmelidir. Ne var ki, mesleki amaçla verilen bilgisayarda depolanabilecek kişisel veriler konusunda da, bu dosyaların, hacmi nedeniyle bilgisayarda başka veriler saklanmasına olanak kalmaması gibi bir durumun ortaya çıkmasına engel olunmalıdır. İşveren tarafından sağlanan cihazın, makul düzeyde kişisel nedenle kullanılması, bunu gerektirir.

cc) Cep telefonu ve mobil internet

İşyerinde internetin özel amaçlı kullanılması konusunda, yukarıda sözü edilen olasılıklar dışında, günümüz koşullarında yeni, bir diğer çözüm bekleyen sorunun ortaya çıktığını da vurgulamak gerekir: Artık herkesin sahip olduğu, neredeyse hiçbir zaman yanından ayırmadığı kişisel cep telefonu. Bu telefonların, sadece konuşmak ve mesajlaşmaktan öte, birer cep bilgisayarına dönüşmesi, her an internete bağlanabilmesi; işyerinde işverence sağlanan cihaz ve internet bağlantısından özel amaçla yararlanma ihtiyacını bir anlamda ortadan kaldırmış; bu konudaki tartışmalar yerine yeni soruları gündeme getirmiştir. Zira işçi, işverence sağlanan teknolojik olanaklardan yararlanmadan da, işyerinde, çalışma saatleri içinde, cep telefonu sayesinde, kişisel amaçlarla internette zaman geçirebilir ve hatta elektronik posta, görüntü veya ses aktarabilir, sosyal medya olarak adlandırdığımız internet sitelerinde paylaşımlar yapabilir hale gelmiştir.

İşçinin kişisel cep telefonundan kurduğu her türlü iletişim, internette ziyaret ettiği siteler, telefona kaydettiği görüntüler veya diğer dosyalar, özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği nedeniyle, kuşkusuz, işverenin müdahale alanı dışında kalacaktır. Şu halde, tartışmaya açık olan husus, işveren tarafından, çalışma saatleri içinde, işçinin cep telefonunu kullanmasının yasaklanıp yasaklanamayacağıdır.

Alman İş Mahkemesinin, işyerinde cep telefonu kullanımının yasaklanmasını olanaklı olarak değerlendirdiği bir karara[1580] konu somut olayda, bir yaşlı bakım merkezinde, çalışanların cep telefonu kullanması, işyeri yönetiminin bir kararıyla yasaklanmış; İşyeri Kurulu ise bu konuda kendilerinin onayının alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, doğrudan iş görme edimi ile ilgili konuların, yönetime katılım kapsamına girmediğine ve yaşlı bakımı ile ilgilenilen işyerinde, çalışma

[1580] Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkmesi, 30.10.2009, 6 TaBV 33/09 (Çalışma ve Toplum, 2011/28, 654). Kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz. Ünlü, "**Cep Telefonu Yasaklanabilir mi?**", 209 vd.

saatleri içinde cep telefonu kullanımının da bu nedenle işverenin yönetim yetkisi kapsamında olduğuna kanaat getirerek, davayı reddetmiştir.

Çalışma saatlerinde kişisel cep telefonu kullanımının, tıpkı, işverence sağlanan elektronik cihaz veya internetin, özel amaçlı kullanımının, iş görme edimi üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiye benzer bir etkiye sahip olabileceği gerekçesiyle, işverenin bu kullanımı sınırlandırabileceği veya yasaklayabileceği kabul edilmektedir[1581]. Bunun gerekçeleri ise, işverenin, bağımlılık unsuru nedeniyle, iş sonuçları gibi, iş sürecini de denetleme yetkisinin bulunması ve çalışma saatlerinde kişisel cep telefonu kullanımının, bu denetim olanağını ortadan kaldırması biçiminde ifade edilmektedir[1582].

Yukarıda, işyerinde internetin özel amaçlı kullanımının sınırlanmasına ilişkin olarak, bu konuda sınırlamanın ölçülülüğünü belirleyecek olan unsurun, işin niteliği olduğu yönündeki görüşümüzü tekrar etmek gerekecektir. Gerçekten, işçinin, dış dünyayla bağlantısını kesecek düzeyde her türlü özel iletişim olanağının yasaklanması, kuşkusuz, işçinin kişilik değerlerinin ve özellikle özel yaşam hakkının ihlali sayılacaktır. İşin gerektirdiği özen, dikkat, konsantrasyon, güvenlik veya gizlilik, burada da, belli bazı işlerin yerine getirilmesi sırasında cep telefonunun kullanılamamasını veya içeri cep telefonu ile girilememesini haklı gösterebilir. Ancak getirilebilecek olan sınırlama, yalnızca güvenlik veya gizliliğin korunması amacı ile ölçülü olan sınırlamalar olabilecektir. Örneğin, tehlikeli makinalarla çalışan işçinin, dikkatinin dağılmaması, kendi sağlığı ve güvenliği için, makinayla ilgilenirken, makinanın başındayken telefonla konuşması yasaklanabilecektir. Ancak bu işçinin, aralarda ve öğle tatilinde cep telefonu vasıtasıyla haberleşmesi, internete girmesinin yasaklanmasının, izlenen amacı aşacağı ve ölçüsüz olacağı açıktır.

Benzer biçimde, şoförün, otomobil kullanırken telefonda konuşması, mesajlaşması veya internete girmesi yasaklanabilecekken, telefonunu yanında bulunuduramayacağını belirtmek, ölçüsüz bir müdahale olacaktır. Benzer biçimde, yapılan işin taşıdığı gizlilik nedeniyle görüntü alınmasına engel olmak için, işyerinde belli bazı birimlere cep telefonu ile girilemeyecek olmasına karşın; bu işyerinde başka işlerde görev yapan işçilere ya da sadece ilgili birimlerde değil, işyerinin

---

[1581] Ünlü, "**Cep Telefonu Yasaklanabilir mi?**", 217; Darmaisin, "**L'ordinateur, l'employeur et le salarié**", 586.
[1582] Ünlü, "**Cep Telefonu Yasaklanabilir mi?**", 217.

bütününde cep telefonu taşımanın yasaklanması da, amacı aşan bir uygulama olarak ölçüsüz sayılacaktır.

Çağımız insanının, yanından ayırmadığı ve bu nedenle adeta bir "*protez*"[1583] gibi değerlendirilen cep telefonunun, çok işlevli bir mobil cihaz olmasının iş ilişkisine etkisi, sözü edildiği gibi, işyerinde ve çalışma saatlerinde kullanılmasının sınırlanıp sınırlanamayacağı konusundan ibaret değildir. Bu cihaz, aynı zamanda, işçinin iş yaşamı ile kişisel yaşamı arasındaki sınırları da giderek daha belirsiz kılmaktadır[1584]. Zira, işçinin yanından hiç ayırmadığı bu mobil cihaz, işçiye, kendisine, ailesine, sosyal ilişkilerine, hobilerine ayırdığı zamanı ayırt etmeksizin, her an ulaşabilmeyi sağlamaktadır.

Fransız Hukukunda, işçinin, çalışma saatleri dışında, kişisel cep telefonu söz konusu olduğunda, işverenin aramalarına cevap verme zorunluluğunun olmadığı konusunda tartışma bulunmamakla birlikte[1585]; işveren tarafından tahsis edilen bir telefon olduğunda, işçinin çalışma ve dinlenme sürelerinin daha da fazla birbirine karışma eğilimi gösterdiği vurgulanmaktadır[1586]. Bu eğilimin ulaştığı tehlikeli düzey nedeniyle, işçinin, işverenin emir ve talimatları altında olmadığını ve zihnen de işle meşgul olmadığını hissedebilmesi için, teknik olarak ulaşılabilir olmama hakkına sahip olduğu dahi ileri sürülmektedir[1587]. Zira, işçinin, işyeri sınırları ve çalışma saatleri dışında, her ne kadar görünürde işle meşgul olmasa da; işvereni tarafından her an ulaşılabilir olması ve her an, her yerde cevaplaması gereken bir arama, elektronik posta veya yapması gereken bir işin çıkacağı düşüncesi nedeniyle zihnen meşgul olduğunda, dinlenebilmesi olanaklı bulunmamaktadır[1588].

Yargıtayın da bir kararına[1589] konu somut olayda, davacı işçi, dört aylık bir süreç içinde, farklı tarihlerde ve silsile halinde sağlık raporları almıştır. Bu süre

---

[1583] Adam, "**Vie privée et portable professionnel**", 191. Yazar, cep telefonunu tanımlamak için, "*prothèse de vie*" (*yaşam protezi*) ifadesini kullanmaktadır.
[1584] Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 31; Ray, "**Droit à la déconnexion**", 940 vd.; aynı yazar, "**Droit du travail et TIC I**", 142.
[1585] Gerçekten, istisnai haller bir yana bırakılırsa, çalışma saatleri dışında, kişisel cep telefonundaki aramaya cevap vermemek, iş sözleşmesinin feshi için bir gerekçe olmayacaktır (Cass. soc. 15 juin 1999, n° 96-44772, Bull. V, N° 279; ayrıca bkz. Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 31).
[1586] Radé, "**Nouvelles formes de subordination**", 31.
[1587] Ray, "**Droit à la déconnexion**", 940; Adam, "**Vie privée et portable professionnel**", 191; Ugan Çatalkaya, "**Ulaşılabilir Olmama Hakkı**", 737 vd.
[1588] Bu durum, Fransız öğretisinde, tek cümleyle, "*Je ne suis pas occupé. Mais je reste pré-occupé*" (Meşgul değilim ama zihnen meşgul kalmaya devam ediyorum.) biçiminde ifade edilmiştir (Ray, "**Droit à la déconnexion**", 941).
[1589] Yarg. 22. HD., 26.1.2015, 131/945 (Kazancı İçtihat Bankası).

içinde, işyerindeki yöneticileri tarafından birden çok kez aranmasına rağmen, telefonuna cevap vermemiş; kendisiyle iletişim kurulamamıştır. İşçinin savunmasında, kendisine yöneltilen sorulara açık cevaplar vermediği belirtilmiş ve işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay, davacının, sık sık rapor almasının, işyerinde olumsuzluklara yol açacağından hareketle, iş sözleşmesinin sürdürülmesinin, davalı işverenden beklenemeyeceğine, fakat fesih nedeninin, haklı neden ağırlığında olmadığına karar vermiştir.

Yargıtay, feshin geçerli nedene dayalı olduğu yönündeki kararını, işçinin devamsızlığına dayandırmış olsa da, kararında, konumuzla bağlantılı olarak şu ifadelere yer vermiştir: " *(...) davalı işverenlikte uzman tıbbi satış mümessili olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, davalı tarafından 16.9.2013 tarihi itibariyle yöneticisinin iyiniyetle kendisine ulaşma çabalarına aynı şekilde karşılık vermemesi, şirketin kendisinden beklediği işi özenle ve verimli yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, (...) tarihleri dışında görevine devam etmemesi sebepleriyle (...) feshedilmiştir*". Bu ifadelerden, Yargıtayın, işçinin, raporlu olduğu dönemde dahi işverenin telefon aramalarına cevap vermesinin yerinde olacağı ve aramalara cevap vermemenin, işverenin fesih kararında etkili olabileceği görüşünde olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Kanımızca, işin niteliğinin işçiye acilen ulaşılmasını gerektirmesi bir kenara bırakılacak olursa; somut olayın koşulları içinde, işyerindeki işi olumsuz etkileyecek başka olgularla desteklenmediği sürece, hasta ve raporlu olduğu dönemde, işçinin telefonuna cevap vermemesi, feshin geçerliliği veya haklılığının değerlendirilmesinde bir kıstas teşkil etmemelidir. Diğer bir ifadeyle, yine işin niteliğinin gerektirmesi olasılığı dışında, işçinin raporlu sayıldığı sırada, işverenin aramalarına cevap vermesinin beklenmesi ve aksi halde yaptırımlarla karşılaşabileceğinin kabul edilmesi, işçinin özel yaşamına ölçüsüz bir müdahale sayılmalıdır.

Örneğin Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına[1590] konu somut olayda, ambulans şoförü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, 6 Kasım 1998 tarihinde, saat 12.30 ile 13.00 arasında, kendisine kişisel cep telefonundan üç kez ulaşılmaya çalışılmış olmasına karşın, telefona yanıt vermemesi ve bir hastanın yaşamını tehlikeye atmasına dayanarak feshedilmiştir. Sosyal Daire, çalışma saatleri dışında,

[1590] Cass. soc. 17 févr. 2004, n° 01-45889, (www.legifrance.gouv.fr).

işçinin kişisel telefonuna yanıt vermemesinin, fesih için haklı neden teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

Mobil internete bağlı telefonların, işçinin özel yaşamına müdahale aracı olmasına neden olan bir diğer özellik, cihazın yaydığı sinyaller sayesinde, bu telefonu taşıyan kişinin konumunun da belirlenebilmesidir[1591]. Belirtelim ki, işçinin, kişisel cep telefonunun yaydığı sinyallerin ve dolayısıyla bulunduğu yerin, işveren tarafından takip edilmesi olanaklı olmayıp; Fransız Hukukunda, işçinin, işvereniyle, kişisel olarak kullandığı telefon hattının numarasını dahi paylaşmak zorunda olmadığı kabul edilmektedir[1592].

İşverenin, çalışanlarına, faturaları ve masraflarını karşılayarak tahsis ettiği cep telefonları söz konusu olduğunda da, çalışma saatleri dışında, işçinin bulunduğu yerin takip edilmesi, kuşkusuz, özel yaşam hakkının ihlali sayılacaktır. Çalışma saatleri içinde yapılabilecek takip açısından, kişilik değerlerine müdahalenin hukuka uygun sayılması için aranan koşullar, burada da aranacak olup; takibin, izlenen amaçla ölçülü olması da gerekecektir. Söz gelimi, işçinin, gerekli adreslere gidip gitmediği ya da çalışma süresinin tespit edilebilmesi, daha az müdahaleci başka yöntemlerle olanaklı iken; gün içinde, eş zamanlı olarak, her an, her adımda takip edilmesi, amacı gerçekleştirmek açısından ölçüsüz sayılacaktır[1593].

Konum belirleme açısından, kabul edilebilecek çok sayıda meşru gerekçe bulunduğunu söylemek güçtür. Fransız Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonuna (CNIL) göre, işçinin, taşınan ürünlerin veya aracın güvende olması, bu takibin başlıca meşru gerekçesi olabilecek; çalışma süresinin ise bu yöntemle tespiti, ancak daha az müdahaleci bir yöntemle bunu belirlemenin olanaklı olmadığı durumda hukuka uygun sayılacaktır[1594]. CNIL, işçiye tahsis edilen aracın, daha sonra özel amaçlı kullanımına da izin verildiği takdirde, çalışma saatlerinin bitiminde, işçinin, yer tespit sistemini kapatabilme olanağına da sahip olmasını aramaktadır[1595]. Dahası,

---

[1591] Bkz. Ray, "**Géolocalisation**", 1077 vd.; Gardin, "**Géolocalisation du véhicule**", 544 vd.; Bossu/Morgenroth, "**La géolocalisation**", 156 vd.

[1592] Ray, "**Géolocalisation**", 1081.

[1593] Ray, "**Géolocalisation**", 1081-1082; Bossu/Morgenroth, "**La géolocalisation**", 156. Ayrıca bkz. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin 3 nov. 2011 ve 10-18036 sayılı kararı.

[1594] CNIL, délibération n° 2006-067, 16 mars 2006. CNIL tarafından 2015 yılında yayınlanan kararda ise, meşru sayılabilecek gerekçeler, sınırlı sayıda sayılmış ve çalışma süresinin belirlenmesinin, ancak bu gerekçelerle yapılan bir takibin yanında ikincil bir amaç olabileceği vurgulanmıştır (CNIL, délibération n° 2015-165, 4 juin 2015; ayrıca bkz. Gardin, "**Géolocalisation du véhicule**", 544).

[1595] CNIL, délibération n° 2006-066, 16 mars 2006; aynı yönde, CNIL, délibération n° 2015-165, 4 juin 2015.

işçi, çalışma saatleri içinde de bu takip sistemini kapatma olanağına sahip olmalı; ancak bunun süresinin çok uzun sürmemesi ve çok sıklıkla yapılmaması konusunda işverenin denetim olanağının bulunduğu kabul edilmektedir[1596].

dd) Görsel izleme

İşçilerin sürekli olarak görüntülü ya da sesli olarak takip edilmesi, kuşkusuz, kişilik haklarının ağır biçimde ihlal edilmesi anlamına gelecektir; zira bu durum, işçinin özel yaşam alanının ortadan kalkmasına neden olacaktır[1597].

İşyerinde, işçilerin izlenmesi, görüntü ve sesin kaydedilmesi konusundaki sınırlar, iletişimin izlenmesi hakkındaki sınırlarla benzerlik taşımaktadır. İşçilerin çalıştığı ortamın, kamera ile izlenmesiyle, işçilerin kişilik hakkına yapılan müdahalenin haklı görülebilmesi için, öncelikle, izleme ile ulaşılmak istenen amacın, korunmaya değer üstün bir menfaat ile ilişkili olması gerekir. Örneğin, güvenlik, hırsızlığın veya bir başka suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla, kamera ile izleme olanaklıdır[1598]; yoksa salt işçilerin iş görme ediminin takip edilmesi, kamera ile izlemeyi hukuka uygun kılabilecek bir gerekçe olamayacaktır. Ayrıca, işverenin, diğer tüm müdahalelerde olduğu gibi, izleme konusunda da işçileri mutlaka önceden bilgilendirmesi; izleme ve gözetleme uygulamasının da ölçülü olması gerekmektedir. İşçinin kişilik değerlerine müdahale teşkil edebilecek diğer araçlara benzer biçimde, izleme uygulamalarında da ölçülülük ilkesi, amacın meşruiyetinin denetimine, araçların da bu amaca uygunluğunun denetimini eklemekte ve denetimi böylece güçlendirmektedir[1599].

Uygulamanın, işverence izlenen amaçla ölçülü olup olmadığı konusunda dikkate alınabilecek kıstaslara, Fransız Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonunun, işyerinde kamera ile izleme hakkında verdiği bir kararda[1600] işaret edilmiştir. Komisyona göre, işyerinde kurulacak olan kamera ile izleme sistemi, izlenen amacın gerçekleşmesi için mutlak surette gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Bu doğrultuda, görüntüsü alınacak olan işçilerce yapılan işin niteliği,

---

[1596] CNIL, délibération n° 2015-165, 4 juin 2015.
[1597] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 291; Savaş, "**Siber Gözetim**", 117.
[1598] Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, 210; Uncular, **Kişisel Veri**, 107.
[1599] Marino, "**Vidéosurveillance**", 109.
[1600] CNIL, délibération n° 2009-201, 16 avr. 2009; kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Marino, "**Vidéosurveillance**", 108 vd.

yerleştirilecek kameraların, sayısı, konumu, yönü ve çalışma süreleri, bu değerlendirmede dikkate alınması gereken unsurlardır.

Kamerayla izlemenin, işçilerin kişilik değerlerine müdahalesinin ölçülü sayılabilmesi ve böylece hukuka uygun olabilmesi için, sadece iş sağlığı ve güvenliğinin gerektirdiği biçimde, gereken noktalara kamera konulabilmelidir. Diğer bir ifadeyle izleme uygulamaları da, amacının gerektirdiği yoğunluk ve derecede olmalıdır. İşçilerin soyunma odalarına, tuvaletlere, uyku, çocuk bakım veya dinlenme odalarına kamera yerleştirilmesi, işçilerin özel hayatının açık bir ihlali sayılacaktır[1601]. Kamera ile izlemede sadece görüntü alınması yerine, ses kaydının da alınmasının, müdahalenin düzeyini artıracağı açıktır.

Ekleyelim ki, izleme sonucunda elde edilen veriler de, amacına uygun kullanılmalıdır[1602]. İşyerinde, belli yerlere manyetik kart okutularak girilebilmesi; belli cihazların kullanımı için şifrelerin öngörülmesi gibi bazı uygulamalar, dolaylı yoldan işçilerin davranışlarının ve hatta üretkenliğinin de izlenmesi ve denetlenmesi anlamına gelebilecektir. Bu yolla elde edilen verilerin sistematik olarak işlenmesi, işçilerin kişisel olarak denetlenmesi amacıyla, onlar aleyhine kullanılamamalıdır[1603]. Aksi halde, diğer bir ifadeyle, elde edilen verilerin kişiselleştirilerek kullanılması, işçilerin kişisel alanının ihlali anlamına gelecek ve kişilik haklarına, kabul edilemez bir müdahale teşkil edecektir.

c) İşyerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasında ölçülülük

aa) İşyerinde din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanmasında ölçülülük

Din ve vicdan özgürlüğü, aynı zamanda inancını ifade etmeyi de kapsadığından[1604], din ve vicdan özgürlüğünü kullanmanın ve bunu ifade etmenin, işyerindeki faaliyetin gerekleri ile çatışması olasılığı gündeme geldiğinde,

---

[1601] Savaş, "**Siber Gözetim**", 117; Uncular, **Kişisel Veri**, 107-108.

[1602] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 292; Uncular, **Kişisel Veri**, 108. Yargıtayın bir kararına konu olayda, davacı işçi, iş sözleşmesinin, işveren tarafından haksız feshedildiği iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuştur. Yargıtay Dairesi, işveren yetkilisinin, ellerinde işçiye ait görüntülerin bulunduğunu belirterek işçiyi ahlaksızlıkla suçlamasının, işçinin kişilik haklarına saldırı ve bu hakların ihlali olduğunun kabul edilmesi gerekirken; yerel mahkemenin, işveren yetkililerinin kendi iddialarını ispatlayamamasına rağmen, manevi tazminat talebini gerekçesiz reddetmesini hatalı bulmuştur (Yarg. 9. HD., 16.4.2015, E. 2014/2671, K. 2015/14580, Kazancı İçtihat Bankası).

[1603] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, **Commentaire du contrat de travail**, 142.

[1604] AİHM de, AİHS m. 9 ile öngörülen din ve vicdan özgürlüğünün, hem kişinin vicdanı, iç dünyası ile ilgili olduğunu, hem de bunu sözleri ve davranışlarıyla ifade etme, dışarı vurma hakkını kapsadığını kabul etmektedir (AİHM, *Kokkinakis c. Grèce*, n° 14307/88, 25.5.1983).

uyumlaştırma ihtiyacı ortaya çıkacaktır[1605]. Bu uyumlaştırma, kuşkusuz, işçinin din ve vicdan özgürlüğünün ve özellikle bunu ifade edebilme hakkının ortadan kaldırılmasına engel olmaya yönelik olacağı gibi; aynı zamanda, işyerinde işin işleyişinin olumsuz etkilenmesini de önleme anlamına gelecektir[1606].

Fransız Hukukunda, İş Kodu L. 1121-1 ve hatta işyeri iç yönetmeliğine ilişkin L. 1132-1 hükmünün, bu konuda da, sınırlamanın mutlaka meşru bir gerekçeye dayanması; sınırlamanın sadece gerekli olan düzeyde olması ve yargıcın denetimine tabi olması yönünde uygulanma alanı bulacağı kabul edilmekte ve böylece menfaatler arasındaki dengenin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir[1607]. İşverenin, işyerinde inançların ve düşüncelerin ifadesini tümüyle yasaklaması olanaklı görülmemekle birlikte, tartışmanın yaşanmadığı ve inanç özgürlüğünün sınırlanabileceğinin kabul edildiği üç konu, kamusal alanda yüzün gizlenmemesi, işyerinde dini amaçlı propaganda yapılmaması ve güvenliğin sağlanması gerekçesidir[1608].

Örneğin, AİHM'nin *Eweida ve diğerleri* kararına[1609] konu somut olaylardan başvurucunun *Chaplin* olduğu uyuşmazlıkta, başvurucu, bir hastanenin geriyatri servisinde çalışan bir hemşiredir. Hastanenin yeni üniformalarının yakalarının "v" şeklinde olması nedeniyle, başvurucunun taktığı zincir ve ucundaki haçın, görünür olması ve sallanmasının, hastalar için tehlikeli olabileceği ileri sürülerek, bunu takmaması veya kimlik kartının takılı olduğu kordona, sallanmayacak biçimde iliştirmesi istenmiş; başvurucunun bunu kabul etmemesi üzerine, hemşirelik dışında, geçici başka bir göreve verilmesinin ardından, bu görevin bitiminde sözleşmesi feshedilmiştir.

[1605] Bkz. Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 173 vd.; Savatier, "**Liberté religieuse**", 460-461; Miné, "**Liberté d'expression religieuse versus lois du Marché**", 405; Sciberras, "**Travail et religion**", 72 vd.; Desbarats, "**De la neutralité des lieux de travail**", 309; Adam, "**Entreprise sans foi... ni voile?**", 182; Ertürk, **Temel Haklar**, 140.

[1606] Örneğin AİHM, işçinin iş sözleşmesinin feshinin, yapmakta olduğu işin gerektirdiği özelliklerin değişmesine dayandığı iddia edilmiş olsa da; gerçekte işçinin dini inancından ve bir protestan gruba dahil olmasından kaynaklandığı gerekçesiyle, AİHS m. 9 ile öngörülen özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (AİHM, *Ivanova c. Bulgarie*, n° 52435/99, 12.4.2007; ayrıca bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 283 vd.).

[1607] Bkz. Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 175; aynı yazar, "Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise?", **RDT**, Septembre 2009, 486; Gaudu, "**La religion dans l'entreprise**", 66; aynı yazar, "**Droit du travail et religion**", 962; Sciberras, "**Travail et religion**", 73; Patrice Adam, "La religion dans l'entreprise, L'art (difficile) des limites", **RDT**, 2016.532; aynı yazar, "Le fait religieux et l'entreprise: un pacte, une délibération. Et la lumière fu(i)t?", **RDT**, 2011.314; aynı yazar, "**L'entreprise, sans foi... ni voile**", 182.

[1608] Adam, "**La religion dans l'entreprise**", 532; aynı yazar, "**L'entreprise sans foi... ni voile**", 182.

[1609] AİHM, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.5.2013.

AİHM tarafından, somut olayda, inanç özgürlüğü karşısında korunması gereken menfaatin, bir hastanenin sunduğu hizmete ilişkin sağlık ve güvenlik olması nedeniyle; başvurucunun, işyerinde inancının ifadesi anlamında, dini bir simge takmasına getirilen sınırlamanın, ölçüsüz olmadığına; böylece m. 9 kapsamında, din ve vicdan özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığına karar verilmiştir[1610].

Menfaatler arasında gerekli dengenin sağlanması açısından değerlendirilebilecek bir husus, işçi tarafından, işverenin, iş görme edimi hakkındaki emir ve talimatlarına, inancının gerekleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle uyulmaması olasılığıdır.

Bir kasapta çalışan işçinin, kendi dini inancı nedeniyle yasak olduğunu düşündüğü domuz etine dokunmak istememesi; hekimin, tıbbi olarak gerekli olmasına karşın, kürtaj yapmayı reddetmesi gibi haller, dini inancın gerekleri ile yapılan işin gereklerinin çatışmasına örnek olarak verilmektedir[1611]. Bu tip çatışma hallerinde öğretide, işle ilgili verilen talimatın, işçi açısından beklenmeyen bir durum olması halinde, işçinin talimata uymama hakkının olduğu; ancak yaptığı meslek gereği inançları ile çelişebilecek fiiller ile karşılaşılabileceğinin bilincinde olan ve buna göre işi kabul eden işçinin, talimata uyması gerekeceği ifade edilmiştir[1612]. Ayrıca AİHM de, tarafların hak ve menfaatlerinin dengelenmesinde, inanç ile işin gereklerinin çatışabileceği olasılığının, iş sözleşmesi yapılırken bilinip bilinmediğini dikkate almaktadır[1613]. Bunun yanında, böyle bir çatışmanın varlığı halinde, işçinin, durumu işverene derhal bildirmesi yerinde olacaktır.

Benzer yönde, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına[1614] konu somut olayda, bir markette, son iki yıldır kasap reyonunda çalışmakta olan işçinin, dini inancı gereği domuz etine dokunmak istememesi nedeniyle başka bir işte

---

[1610] AİHM, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, § 99-101.
[1611] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 316; Waquet, "**La vie personnelle**", 518.
[1612] Savatier, "**Liberté religieuse**", 462; Ertürk, **Temel Haklar**, 140; Bayram, **Kişilik Hakkı**, 317-318.
[1613] AİHM, *X. v. United Kingdom*, n° 8160/78, 12.3.1981 (Komisyonun kabul edilebilirlik kararı). Somut olayda, müslüman olan öğretmenin, cuma günleri, okul saatleri içinde namaz kılmak için camiye gitme yönündeki talebinin reddedilmesi, Komisyon tarafından, AİHS m. 9'un ihlali olarak görülmemiştir. Başvurucunun, iş sözleşmesi kurulmadan önce bu konuda işvereni bilgilendirmemiş ve kendisine sözleşme ile bildirilen çalışma saatlerine önceden itiraz etmemiş olması, kararda dikkate alınan hususlar arasında yer almaktadır. (Ayrıca bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 287 vd., 301 vd.).
[1614] Cass. soc. 24 mars 1998, n° 05-44738, Bull. V, N° 171. Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 176; Savatier, "**Liberté religieuse**", 462-463; Gaudu, "**La religion dans l'entreprise**", 67-68; aynı yazar, "**Droit du travail et religion**", 967; Adam, "**La religion dans l'entreprise**", 532.

görevlendirilme talebinin işverence reddedilmesi üzerine; işçi, iş görmekten kaçınmıştır. İşverence iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunda işçinin açtığı davada, istinaf mahkemesi, işveren tarafından, işçinin inanç özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerektiği ve kasap reyonundaki işin, domuz etinin işlenmesini de kapsayacağı yönünde işçinin bilgilendirilmemesi gerekçesiyle feshi geçersiz bulmuştur. Buna karşın, Sosyal Daire, kararın temyizi üzerine, her ne kadar işveren, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne saygı göstermekle yükümlü olsa da, iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm olmadığı sürece, işçiden, işe alınma gerekçesi olan işi yapmasının istenebileceğine karar vererek, istinaf mahkemesi kararını bozma yoluna gitmiştir. Böylece Fransız Hukukunda, işçinin dini inancının, iş ilişkisi üzerinde etkili olabilmesi ve işçinin buna dayanarak talepte bulunabilmesi için iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır[1615].

Din ve vicdan özgürlüğü, işyerinde, kişinin inancını ifade edecek simgeler[1616] taşıması açısından da, yargı kararlarında ölçülülük değerlendirmesine konu olmuştur. İşverenin, işçilerin din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterme zorunluluğu, bu işçilerin, işyerinde ve çalışma saatlerinde dini simgeler taşımaları veya inançlarına uygun biçimde giyinmelerine müdahale olasılığını bütünüyle ortadan kaldırmayıp; menfaatlerin dengelenmesi yoluna gidilmesi gerektiği açıktır.

Adalet Divanının, bu dengeleri kurmaya çalıştığı güncel bir kararına[1617] konu somut olayda, davacı müslüman kadın işçi, Belçika'da bir özel şirkette, 2003 yılından itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmaktadır. İşyerinde, işçilerin, politik, felsefi ve dini düşüncelerini yansıtan görünür simgeler takamayacaklarına dair yazılı olmayan bir kural bulunmaktadır. 2006 yılının Nisan ayında, davacı işçi, işyerindeki üstlerine, bundan sonra işyerinde, çalışma saatlerinde başörtüsü takmayı düşündüğünü bildirmiş; şirket yetkilileri, bu durumun şirketin tarafsızlığına ters düşeceği gerekçesiyle kabul edilemeyeceği yönünde cevap vermiş ve hatta 29 Mayıs 2006 tarihinde, yazılı olmasa da uygulanan kural, işyeri iç yönetmeliğine eklenmiştir. 15 mayıs tarihinde işe başörtülü olarak gelen işçinin sözleşmesi ise, 12 Haziran tarihinde feshedilmiştir.

[1615] Waquet, **L'entreprise et les liberetés**, 176; aynı yazar, "**La vie personnelle**", 520; Savatier, "**Liberté religieuse**", 463.

[1616] Uyuşmazlığa konu olabilecek simgelerin, hangi koşulla dini simge sayılacağı hususunun dahi tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. Waquet, "**Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise?**", 485.

[1617] ABAD, 14.3.2017, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, publié au Rec. général.

İşçinin, bu feshe karşı açtığı davanın, ilk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından reddedilmesinin ardından, Belçika Yargıtayı, ABAD'a bu konuda 2000/78 sayılı Yönergenin 2/2, a hükmünün yorumu ile ilgili bir ön sorun yöneltmeyi yerinde görmüştür: İşverenin, işyerinde, tüm işçilere, politik, felsefi ve dini düşüncelerini yansıtan simgeler takmayı yasaklamış olması halinde; işçiye, müslüman olduğu için başörtüsü takmasına izin verilmemesi, doğrudan bir ayrım olarak görülmemeli midir? Adalet Divanı, tüm işçilere, her türlü politik, felsefi veya dini simge kullanılmasının yasaklanmış olması nedeniyle, işyerindeki bu kuralın, tüm işçilere, fark gözetmeksizin, giyimde genel bir tarafsızlık öngördüğüne ve bu nedenle doğrudan bir ayrım teşkil etmediğine karar vermiştir[1618].

Bu türde bir kuralın, dolaylı ayrımcılık teşkil edip etmediği konusunda ise, Divan, ulusal yargıca yol gösterebilmek adına, konuyu, ölçülülük açısından değerlendirmiş; sırasıyla, meşru amaç, elverişlilik ve gereklilik esaslarını incelemiştir: Divana göre, müşterilerle olan ilişkilerde, politik, felsefi ve dini açıdan tarafsız bir politika sergilemek istenmesi, işletme açısından izlenen amacın meşru olduğunu ortaya koymaktadır[1619]. Böyle bir meşru amacın izlenmesi nedeniyle, işyerinde inanç özgürlüğünün sınırlanabileceğinin, AİHM tarafından da kabul edilmesine dikkat çeken Adalet Divanı, somut olayda işyerinde öngörülen kuralın – tutarlı ve sistematik uygulandığı takdirde-, işletmenin tarafsızlık politikasını gerçekleştirmek için elverişli olduğuna kanaat getirmiştir[1620]. Üçüncü olarak da, getirilen yasağın, amacın gerçekleşmesi için gerekli olan düzeyle sınırlı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu açıdan, işletmede, yalnızca müşterilerle temas halinde olan işçiler için sözü edilen simgelerin kullanılması yasağının getirilmesi gerekli ve yeterli olacaktır[1621].

Bu doğrultuda ABAD, uyguladığı ölçülülük denetimi sonunda, işçi ve işverenin menfaatlerinin dengelenmesinde, feshe son çare olarak yaklaşılması gerektiğini de ortaya koymuştur: Gerçekten Divan, somut olayda, işletmeye ek bir yük getirmeksizin, davacı işçinin, sözleşmesinin feshedilmesi yerine, müşterilerle

[1618] ABAD, C-157/15, § 30.
[1619] ABAD, C-157/15, § 37.
[1620] ABAD, C-157/15, § 39-40.
[1621] ABAD, C-157/15, § 42.

görsel bir temasta bulunmayacağı bir pozisyona alınmasının olanaklı olup olmadığını değerlendirmesi gerekenin, ulusal yargıç olduğunu vurgulamıştır[1622].

Buna karşın, ekleyelim ki, Adalet Divanına göre, salt müşterilerden gelen talebin dikkate alınması biçimindeki sübjektif bir gerekçe, işverenin, işçinin başörtüsü takması nedeniyle bu işçiye farklı bir muamele yapmasını, ayrımcılık olmaktan çıkaramayacaktır. Zira bu tip sübjektif bir gerekçe, Divana göre, 2000/78 sayılı Yönerge m. 4/1'e göre, işin niteliğinden ve yapılma koşullarından kaynaklanan, esaslı ve belirleyici bir gereklilik sayılamayacaktır[1623].

İşyerinde dini simge tartışması, son zamanlarda Fransız Hukukunda, *Baby Loup* kararı[1624] olarak bilinen karar ile uzun süre gündemde kalmış; bu konu öğretinin de dikkatini çekmiştir[1625]. Karara konu somut olayda, bir kreşte, öğretmen olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi, kurumun iç yönetmeliğindeki tarafsızlığa ilişkin hükme karşın başörtüsü takması nedeniyle feshedilmiştir. İlk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi, çalışanların, dini ve politik kanaatleri açısından tarafsızlık sergilemesi yönündeki iç yönetmelik hükmünün geçerli olduğuna, bu nedenle feshin haklı olduğuna hükmetmiştir[1626]. Karar, Yargıtay Sosyal Dairesi

---

[1622] ABAD, C-157/15, § 43.

[1623] ABAD, 14.3.2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme c. Micropole SA*, C-188/15, publié au Rec. général. Karara konu somut olayda uyuşmazlık, Fransa'da, başörtüsü takan bir işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesi üzerine ortaya çıkmış; fesih bildiriminde ise işveren, işçinin başörtülü olmasından rahatsız olan müşterilerinin bulunduğunu belirtmiştir. Fransız Yargıtayı, konuya ilişkin olarak Adalet Divanına, şu ön sorunu yöneltmiştir: Bilişim alanında danışmanlık hizmeti veren bir şirketin müşterisinden, hizmetin başörtülü bir çalışandan alınmak istenmediği yönünde iletilen talep, 2000/78 sayılı Yönerge m. 4/1 anlamında bir esaslı ve belirleyici mesleki gereklilik teşkil etmekte midir? 2000/78 sayılı Yönerge m. 4/1 hükmüne göre, işlem farklılığının dayandığı kriter, bir mesleki faaliyetin niteliği ya da yapılma koşulları gereği, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa; izlenen amaç meşru ise ve aranan gereklilik, amaçla ölçülü ise, işlem farklılığı, ayrımcılık oluşturmayacaktır. Bu doğrultuda, bir kriterin esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik sayılabilmesi, mutlaka işin niteliği ve yapılma koşullarına bağlı bulunmaktadır (§ 37-39). Dolayısıyla Divan, işverenin, müşterilerin taleplerini dikkate alma biçimindeki sübjektif gerekçesinin, esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik olamayacağına işaret etmiş; müşterinin, şirket çalışanının başörtüsü takmaması yönündeki talebinin, başörtüsüne dayalı yapılan uygulamanın ayrımcılık sayılmamasını sağlayabilecek bir mesleki gereklilik olmadığı sonucuna ulaşmıştır (§ 40-41). Somut olaya ve ön sorunu ABAD önüne taşıyan Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin (9 avril 2015, n° 13-19.855) kararına ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Miné, "**Liberté d'expression religieuse**", 405 vd.; Adam, "**La religion dans l'entreprise**", 532 vd.

[1624] Cass. soc. 19 mars 2013, n° 11-28845, Bull. 2013 V, N° 75.

[1625] Uyuşmazlığa ilişkin başlıca değerlendirmeler için bkz. Adam, "**L'entreprise, sans foi... ni voile**", 182; aynı yazar, "Affaire Baby-Loup: vues du sommet", **RDT**, 2014.607; aynı yazar, "Baby Loup: horizons et défense d'une jurisprudence anathème", **RDT**, 2013.385; Paul-Henri Antonmattei, "À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise", **RDT**, 2014.391; Gwénaële Calvès, "Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, Quelle lecture européenne du problème?", **RDT**, 2014.94; Chantal Mathieu, "Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise", **RDT**, 2012.17.

[1626] İlk derece mahkemesi kararının uyandırdığı yankı ve karara ilişkin değerlendirme için bkz. Adam, "**L'entreprise, sans foi... ni voile**", 182 vd.

tarafından bozulmuş; ancak istinaf mahkemesinin bozma kararı üzerine verdiği karar da temyiz edilince, uyuşmazlık, Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Belirtelim ki, Sosyal Daire tarafından bozulan istinaf mahkemesi kararının konuya yaklaşımında, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne getirilen sınırlamanın geçerli olduğu sonucuna varılmasının temel gerekçesi, kreşin çalışanlarının, "hassas" olarak nitelendirilen bir toplulukla temas halinde bulunmalarıdır: Bunlar, henüz kültürel ve dini aidiyet algısı oluşmamış küçük yaştaki çocuklardır[1627]. Buna karşın Yargıtay Sosyal Dairesi, işyerinde tarafsızlık gereği dini simge taşınmaması yönündeki iç yönetmelik hükmünün, genel ve belirsiz bir sınırlama öngördüğü gerekçesiyle, izlenen amaçla ölçülü olmadığını tespit etmiştir. Hukuk Genel Kurulu ise, işyeri iç yönetmeliğinin, kreşteki çocuklar ve aileleri ile doğrudan temas halinde olan 18 çalışana yönelik olması nedeniyle genel ve belirsiz olarak nitelendirilmesinin hatalı olduğu sonucuna varmıştır. Genel Kurul, kreşte çalışan öğretmenlerin, sergilenmek istenen tarafsızlığı sarsabilecek nitelikte bir dini simge taşımalarının yasaklanmasının; yapılan işin niteliği ile açıklanabildiğine ve izlenen amaçla ölçülü olduğuna karar vermiş; feshin haklı olduğuna hükmetmiştir.

İşyerinde dini simge konusuna yaklaşımın, AİHM, ABAD ve Fransız Yargıtayı kararlarında, ölçülülük eksenli olduğu dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda, getirilen sınırlamanın, işin niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirilmesi en önemli noktalardan biri olmakla birlikte; işçinin inancını ifade edebilecek bir simgeyi taşımasının yasaklanmasının meşru bir gerekçesi bulunduğunda dahi, inanç özgürlüğüne yapılan müdahalenin aşırı olmaması gerekmektedir. Bu yönüyle, yukarıda değinilen kararlardan çıkarılabilecek bir sonuç, işçinin inanç özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebilecek bir menfaat, üçüncü kişilerin (örneğin hastanede hastaların) sağlığı ve güvenliği veya genel olarak işyerinde güvenlik olabilecektir. ABAD açısından, bir işletmenin, müşterilerine yönelik olarak, dini, politik veya felsefi açıdan sergilemek istediği tarafsızlık da, belli hallerde sınırlama için meşru bir gerekçe sayılabilmektedir. Sınırlamanın ölçülü bulunması için ise, işçinin, salt dini simge taşımak istemesi nedeniyle sözleşmesinin doğrudan feshi yoluna gitmek yerine; işçinin, işin niteliğinin bu simgeyi taşımasına engel olmadığı bir diğer göreve alınması ya da bu simgenin sağlık ve güvenlik için tehdit yaratmayacak biçimde taşınması olanağının tanınması yerinde olacaktır.

[1627] Bkz. Adam, "**Affaire Baby-Loup: vues du sommet**", 607.

İnanç özgürlüğü ile işin gereklerinin çatışabileceği bir diğer hal, işçinin inancının gereklerini yerine getirebilmek adına, devamsızlık sergilemesidir. İşçinin, izin almaksızın, işe devamsızlığının, dini inancından ya da bu inancın gereklerini yerine getirmekten kaynaklanması, feshin geçerliliği ya da haklılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bu noktada din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmasına getirilen sınırlamanın, gerekçeli ve ölçülü olduğu ifade edilmektedir[1628]. İşK. m. 25/II, g uyarınca da, işçinin devamsızlığının, ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ayda üç iş günü olması halinde, bu devamsızlığın nedeninin, işçinin inancına dayalı olması, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine engel teşkil etmeyecektir[1629].

Yargıtayın bir kararına[1630] konu somut olayda ise, bir kolejde, 14 yıldır kimya öğretmeni olarak çalışan davacı işçi, eğitim-öğretim yılı devam ederken, hacca gitmek üzere ücretsiz izin talep etmiş; izin verilmemesi üzerine ise, rapor almış, yurt dışına çıkmış ve yurt dışından aldığı raporu da işyerine göndermiştir. İlk derece mahkemesi, davacının da kabul ettiği bu vakıalar doğrultusunda, iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna hükmetmiştir.

Uyuşmazlık, eğitim-öğretim yılı devam ederken, hacca gitmek isteyen öğretmenin izin talebinin, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterilmesi gerekliliği karşısında, işveren tarafından kabul edilmesinin zorunlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Somut olayın koşulları içinde değerlendirilmesi gereken ikinci nokta ise, izin verilmemesine karşın, rapor alarak yurt dışına çıkan işçinin iş sözleşmesinin feshinin, haklı nedene dayanıp dayanmadığıdır.

Yargıtay, hac ibadetinin belli bir zaman diliminde ifa edilebilmesi, kontenjan uygulaması nedeniyle talepte bulunanların sıra beklemek zorunda olması gibi kıstasları dikkate alarak, işçiye hacca gitmek üzere izin verilmemesini, işverenin, işçiyi gözetme, işçinin kişiliğini, özel yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, ahlaki değerlerini koruma borcuna aykırılık olarak nitelendirmiştir. Bu

[1628] Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 177.
[1629] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 318.
[1630] Yarg. 9. HD., 12.2.2014, 664/4313 (Kazancı İçtihat Bankası). Kararın değerlendirmesi için bkz. Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 43-46.

nedenle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığına ve davacı işçi öğretmene, kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir[1631].

Belirtelim ki, öğretide, hac ibadetinin, inanç özgürlüğü kapsamında olması ve uzun süre bekleme durumu göz önünde bulundurularak, işverenin, işçiyi gözetme borcu nedeniyle işçiye izin vermesi gerektiği; buna karşın, somut olayda, sahte rapor alınarak hacca gidilmesi durumunun, güven ilişkisini zedeler nitelikte olduğu ve bu nedenle feshin haklı nedene dayandığının kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir[1632]. Aynı somut olay bağlamında, öğretide, davacının, öğretmen olmasından dolayı, karşılıklı dengelenmesi gereken menfaatler arasında, öğrencilerin eğitim görme hakkının da yer aldığına dikkat çekilmiş ve bu nedenle Yargıtayın kararı eleştirildiği gibi; işverenin bu halde, öğretmene izin vermesinin gerekli olmadığı yönünde de görüş ortaya konulmuştur[1633].

İşçinin çalışma saatleri içinde inancının gereği olarak ibadet etmek istemesi halinde ise, öğretide, Amerikan Hukukunda kabul edilen, işçinin ibadet özgürlüğü konusunda işverenin ölçülü yardım ödevine de (*the duty of reasonable accomodation*) atıfta bulunularak, işe başlamadan önce, iş bittikten sonra veya ara dinlenmesi esnasında, işyeri düzeni ve barışını olumsuz etkilemeyecek biçimde, işçilerin ibadetlerini yerine getirebilecekleri ifade edilmiştir[1634]. Bu ibadetin, din ve vicdan özgürlüğü doğrultusunda hiçbir ibadete katılmayan diğer işçilerin özgürlüklerini ihlal etmemesi gerekliliği de vurgulanmıştır. Buna karşın, inanç özgürlüğünün, işverene, çalışma saatleri içinde işçilere ibadet zamanı ve yeri vermesi konusunda bir yükümlülük getirmediği de ileri sürülmektedir[1635].

[1631] Almanya'da benzer bir uyuşmazlıkta, müslüman bir öğretimenin, okul dönemine denk gelen hac ibadeti için izin talebi reddedilmiş; işçinin izinsiz hacca gitmesi sonucunda da iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçinin 64 yaşında olmasını ve ancak 13 yıl sonra hac döneminin okul tatiline denk geleceğini ileri sürmesi üzerine Mahkeme, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinin gereği olarak, davacı işçinin inanç özgürlüğünün, kendisine bu iznin verilmesini gerektirdiği sonucuna varmıştır (Arbeitsgerichts Köln, 17 ca. 51/08, aktaran: Alpagut, "**Değerlendirme 2014**", 45.

[1632] Alpagut, "**Değerlendirme 2014**", 46.

[1633] A. Can Tuncay, Genel Görüşme, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 99-100.

[1634] Bayram, **Kişilik Hakkı**, 319. Benzer biçimde Fransız Hukukunda da, bu konuda, işletmenin menfaatlerine ciddi bir zarar vermeyecek bir esneklik tanınması; işverenin, iş sözleşmesini dürüstlük kuralına uygun ifa etmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, işçiye, inancının gereklerini yapabilmesini kolaylaştırıcı bir tutum sergilemesi gerektiği ifade edilmektedir (Savatier, "**Liberté religieuse**", 464; Gaudu, "**La religion dans l'entreprise**", 66).

[1635] Waquet, **L'entreprise et les libertés**, 177.

bb) İşyerinde ifade özgürlüğünün sınırlanmasında ölçülülük

Düşünceyi ifade özgürlüğü, işçinin diğer özgürlüklerinde olduğu gibi, işçi tarafından sınırsız olarak kullanılması söz konusu olamayacak özgürlüklerdendir. Anayasanın 26. ile 13. maddesi ve AİHS'nin 10. maddesinde de belirtildiği gibi, ifade özgürlüğü, hakkın özüne dokunulmaksızın, yasada öngörülen nedenlere dayanarak, müdahalenin demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması koşuluyla ve yasayla sınırlanabilecektir[1636].

İşçinin de sahip olduğu bu özgürlük, iş sözleşmesi kapsamında, sadakat borcu ile çatışabilecek ve bu kapsamda sınırlanması söz konusu olabilecektir[1637]. Ancak bu sınırlamanın, hukuka uygun sayılabilmesi, bunun karşısında yer alan ve meşru olan işletme menfaatinin korunması için sınırlamanın elverişli ve gerekli olmasına, işçinin özgürlüğünün ise bu menfaat ile kıyaslandığında aşırı bir sınırlamaya uğramamasına bağlı bulunmaktadır[1638].

Nitekim, Fransız hukukunda, işçinin işyerinde de ifade özgürlüğünün varlığının kabul edildildiği *Clavaud* kararından[1639] bu yana, bu özgürlüğe getirilecek sınırlamaların, İş Kodu L. 1121-1 hükmüne uygun olması aranmaktadır[1640]. Bunun anlamı, işçinin düşüncelerini ifade özgürlüğünün, yapılan işin niteliğinin gerektirmesi koşuluyla ve işveren tarafından sınırlanma ile izlenen amaçla ölçülü olarak sınırlanabileceğidir.

[1636] Bèfre, **Liberté d'expression**, 223 vd.; Renucci, **Droit européen des droits de l'Homme**, 159 vd.; Burgorgue-Larsen, **ConvEDH**, 153 vd.; Loiseau, "**La liberté d'expression du salarié**", 396; Ertürk, **Temel Haklar**, 121 vd.; Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, 106; Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 240 vd.; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 378 vd.; Bayram, "**İşçinin Kişiliği**", 32; Güzel, "**Yetki ve Özgürlük**", 121-121; Öktem Songu, "**İfade Özgürlüğü**", 610; Okur, "**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**", 7 vd. (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf).

[1637] Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 241; Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, 125; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 422-423; Okur, "**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**", 7, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf); Öktem Songu, "**İfade Özgürlüğü**", 628; Loiseau, "**La liberté d'expression du salarié**", 396.

[1638] Öktem Songu, "**İfade Özgürlüğü**", 628; Okur, "**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**", 9, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf).

[1639] Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. V., N° 257; aynı yönde, Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41995, Bull. V, N° 488; (ayrıca bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 121; Lyon-Caen, "**Libertés et contrôle dans l'entreprise**", 386; Loiseau, "**La liberté d'expression du salarié**", 396; Dabosville, "**Les contours de l'abus d'expression du salarié**", 275; Waquet, "**La vie personnelle**", 517; aynı yazar, "**Les libertés des salariés**", 1057-1058).

[1640] Loiseau, "**La liberté d'expression du salarié**", 396; Bousez, "**La proportionnalité en droit du travail**", 128.

Örneğin, işçinin ifade özgürlüğüne dayanan bir davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinde; fesih işlemi, esasında ifade özgürlüğünü sınırlayan bir işlem olarak nitelendirilmekte ve bu feshin geçerli sayılabilmesinin koşulunun, işçi tarafından ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, davacı işçinin, işyerinin yeni organizasyonu açısından görüşlerini ve eleştirilerini yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesinin; kullandığı ifadelerin ağır eleştiriler içermesine karşın, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına; işçi tarafından bu özgürlüğün kötüye kullanılmadığına ve bu özgürlüğün yalnızca işin niteliğinin gerektirdiği biçimde ve izlenen amaçla ölçülü olarak sınırlanabileceğine hükmetmiştir[1641]. Bu halde, işçinin sözleşmesinin feshi, ifade özgürlüğüne getirilen ölçüsüz bir müdahale sayılmıştır.

Sadakat borcunun ihlali sonucunu doğurmayan düşünce açıklamaları söz konusu olduğunda ise, işveren, işçinin ifade özgürlüğüne saygı göstermesi gerekliliği karşısında, bu açıklamalara ve hatta kendisi veya işletmesi hakkındaki eleştirilere katlanmak durumundadır[1642]. Buna karşın öğretide, işçinin genel anlamda, çalıştığı işyerini hedef almayan ekonomik konulardaki düşünce açıklamalarının, eleştiri kapsamında kabul edileceği ve sadakat borcuna aykırı görülemeyeceği; ancak, bu açıklamaların işverene yönelmesi halinde, sadakat borcunun ihlalinin söz konusu olacağı da ileri sürülmektedir[1643].

Yargıtay ise, işçinin, eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışlarının, işveren için haklı fesih nedeni sayılamayacağına hükmetmekte; eleştiri sınırlarının aşıldığı hallerde sadakat borcuna aykırılığın bulunduğu sonucuna varmaktadır: Yargıtaya göre, işçinin, şirketin hazırladığı yemeklerde, bozuk ve kalitesiz ürünler

---

[1641] Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41995, Bull. V, N° 488; ayrıca bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 119 vd. Benzer yönde, bir diğer kararında Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, bu kez işyerindeki yönetime ilişkin eleştirilerini, yazdığı bir yazı ile tüm çalışanlara ileten, üretim kalitesi şefi sıfatıyla çalışan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshini geçersiz bulmuştur. Zira davacı işçinin eylemi, sadece işin niteliğinin gerektirdiği ve izlenen amaçla ölçülü olan sınırlamalara uğrayabilecek olan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş; işçilerin bu özgürlüklerini kötüye kullanmadıkça, işyerinde de ifade özgürlüğüne sahip olduğu vurgulanmıştır (Cass. soc. 22 juin 2004, n° 02-42446, Bull. 2004 V, N° 175).

[1642] Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 241; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 422; Okur, "**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**", 23-24, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf). Benzer biçimde, Fransız Hukukunda da, işçinin işyerinde izlenen politikalara ilişkin eleştiri hakkının olduğu, öğretide ve Yargı kararları ile tartışmasız kabul edilmektedir: Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41995, Bull. V, N° 488; Cass. soc. 22 juin 2004, n° 02-42446, Bull. 2004 V, N° 175. Bkz. Géniaut, **Proportionnalité**, 119 vd.; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 231; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 722-723.

[1643] Öktem Songu, "**İfade Özgürlüğü**", 629-630.

kullanıldığı yönünde ve gerçeğe dayanmayan iddiası[1644]; insan kaynakları uzmanını tehdit eden davranışı[1645] veya işverene "emek hırsızı" yakıştırmasını yapması[1646] ise eleştiri sınırlarını aşmaktadır.

Teknolojinin gelişimi, internet sayesinde ve özellikle sosyal medya olarak adlandırılan paylaşım siteleri aracılığıyla düşünce açıklamalarının geniş bir kitleye ulaştırılabilmesi de, ifade özgürlüğü ve sınırları açısından değerlendirilmesi gereken bir konu haline gelmiştir[1647]. Bu konuda, işçinin açıkladığı düşüncelerinin, işyeri ya da işverenle ilgili olup olmadığı, eleştiri sınırlarını aşıp aşmadığı, işçinin yaptığı işin niteliği ve işyerindeki pozisyonu dikkate alınması gereken kıstaslar olacaktır. Özellikle, işçinin, işyerindeki çalışma ortamı hakkındaki olumsuz görüşlerini veya müşteri ya da hizmet alıcıları hakkındaki düşüncelerini, internette geniş kitlelere yönelik olarak paylaşması konusuna temkinle yaklaşmak gerekecektir[1648]. Zira bu durumda işverenin ve işletmenin müşterilerinin menfaatlerinin korunması gerekliliği önem kazanacak; işçinin düşüncelerini açıklama özgürlüğünün sınırlanması, ölçülülük ilkesiyle sağlanacak olan denge açısından haklı görülebilecektir. Bu noktada, ölçülülük ilkesi gereğince kurulacak dengede, işçinin iş barışını sarsan veya işverenin durumunu güçleştiren düşüncelerini açıklama özgürlüğü karşısında,

---

[1644] Yargıtayın kararına konu somut olayda, davalı işyerinde iki yılı aşkın süredir, servis personeli olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, şirketin bir müşterisinin yetkililerine, şirketin hazırladığı yemeklerde bozuk ve kalitesiz ürünler kullanıldığı konusunda yanıltıcı bilgiler aktardığı gerekçesiyle, haklı nedenle feshedilmiştir. Yerel mahkeme, davacı işçinin, sözü edilen bilgileri içeren bir yazılı belge sunduğunun ispat edilememiş olması nedeniyle davacının işe iadesine karar vermişse de; Yargıtay Dairesi, davalı şirket tanıklarının, mahkemeye sunulan e-posta içeriklerini teyit etmelerinden hareketle, işçinin, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarının sabit olduğuna ve bu nedenle feshin haklılığına karar vermiştir. Yargıtaya göre, işçinin, çalıştığı işyeri hakkında, gerçeğe aykırı iddialar ileri sürmesinin, bu kapsamda, haklı fesih nedeni sayıldığı anlaşılmaktadır. Somut olayın koşullarından bağımsız olarak ise Daire, kararında, işçinin eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışlarının ise, haklı fesih olanağı vermediğini belirtmiştir (Yarg. 22. HD., 27.10.2014, 28007/29117, Kazancı İçtihat Bankası).

[1645] Yargıtay, işyerindeki toplantıda, performansı ile ilgili geri bildirimlere aşırı reaksiyon gösteren ve insan kaynakları uzmanını tehdit eden işçinin davranışını, İşK. m. 25/II anlamında, haklı fesih nedeni saydığı kararında (Yarg. 22. HD., 26.5.2014, 13249/14398, Kazancı İçtihat Bankası), eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışların ise haklı feshe neden olmayacağı ifadesine yer vermiştir.

[1646] Yargıtayın kararına konu somut olayda, işçinin açtığı alacak davasına karşı, işveren, karşı dava açmış; işçinin kendisine "emek hırsızı" diyerek hakaret ettiği iddiasıyla manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay Dairesi, yerel mahkemenin, gerekçe göstermeden manevi tazminat talebini reddetmesini yerinde görmemiş; işçinin, kullandığı "emek hırsızı" ifadesiyle, eleştiri sınırlarını aşarak, işverenin kişilik haklarına saldırıda bulunduğuna karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 22.6.2006, E. 2005/20627, K. 2006/4524, Kazancı İçtihat Bankası).

[1647] Bkz. Çetin, **Çalışanların Hakları**, 377.

[1648] Bkz. Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 346; Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, 146.

işverenin korunmaya değer menfaatlerine üstünlük tanınması yerinde görülebilecektir[1649].

Bunun yanında, işçinin, çalıştığı işyerinde sunulan hizmet ya da üretilen ürünlerin, başka işletmelerin hizmet ve ürünlerinden daha kalitesiz olduğuna yönelik açıklamalarının, işverenin menfaatlerine zarar vereceği hususunda kuşku bulunmamaktadır[1650]. Buna karşın, sözü edilen menfaat dengesinin değişmesine neden olabilecek bir durum, kamunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin, işverenin menfaatinden daha ağır basması olacaktır. Söz gelimi bu halde, işçi, işyerindeki hukuka aykırılıkları, ölçülülük ilkesine uygun olarak ifşa edebilecektir[1651]. İfşanın ölçülülük ilkesine uygun sayılabilmesi için, işçinin öncelikle konuyu işverenine açıklaması; işveren tarafından hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için gerekenin yapılmaması halinde, son çare olarak bunu üçüncü kişilere ve yetkili kurumlara bildirmesi gerekecektir[1652]. Bu noktada da, amaç, öncelikle hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması olduğundan, bu aykırılığı sonlandıracak alternatif araçlara başvurmaksızın, bunun ifşa edilmesinin, ölçülülük ilkesine aykırılık taşıyacağı kabul edilmelidir.

[1649] Arslan Ertürk, **Sadakat Borcu**, 346.

[1650] Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, 146; Çetin, **Çalışanların Hakları**, 426.

[1651] Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, 146;

[1652] Belirtelim ki, AİHM de, işçinin, ifşa etme hakkına müdahalede, demokratik toplum gereklerine ilişkin incelemesinde, bilginin doğruluğunu, bilginin açıklanmasındaki kamu yararının, bilginin gizliliğine üstün gelip gelmediğini; kamuya açıklama yapılması usulüne son çare olarak başvurulup başvurulmadığını; işçinin bu bilgiyi açıklamasındaki saikini ve işverenin uğradığı zararı dikkate almaktadır (AİHM, *Guja c. Moldova*, n^{o} 14277/04, 12.2.2008; AİHM, *Heinisch c. Allemagne*, n^{o} 28274/08, 21.7.2011; kararın değerlendirmesi için bkz. Mustafa Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", **DEÜHFD**, C.15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 2013, 385 vd.).

§12. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH YETKİSİNİN SINIRININ BELİRLENMESİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

I. İşçi ve İşverenin İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Karşılıklı Menfaatleri

19. yüzyılın bireyci hukuk anlayışı, işverenin, işçinin sözleşmesini dilediği nedenle, dilediği anda feshetmesi yetkisine, hakkın kötüye kullanılması dışında bir sınır getirmezken; işçinin çalışma hakkına ve bununla bağlantılı kişiliğini geliştirme hakkına en ağır müdahalelerden biri olan işverenin iş sözleşmesini fesih yetkisinin sınırları, ancak 20. yüzyılın ortalarından itibaren çizilmeye başlanmıştır[1653]. Bu gelişmeyi yönlendiren temel düşünce, işçinin işinin sürekliliğinin ve böylece iş güvencesinin sağlanabilmesi ve bu yolla işçinin onurunun ve kişiliğinin korunmasıdır.

İş ilişkisinde, işçi ve işverenin menfaatlerinin en keskin biçimde çatıştığı an, kuşkusuz, sözleşmenin feshi anıdır. Bu aşamada, işçinin çalışma hakkı ve iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaati ile işverenin sözleşme özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir[1654]. İşçinin feshe karşı korunması amacıyla işverenin sözleşme özgürlüğünün -tamamen ortadan kaldırılmaksızın- anayasaya uygun biçimde sınırlanması gereği karşısında, ölçülülük ilkesinin sistemli olarak kullanıldığı alanlardan biri, iş sözleşmesinin feshi ve feshe karşı koruma olmaktadır[1655].

İşveren tarafından izlenen amaç, işyerinde iş gücünü, işletme menfaati doğrultusunda, verimli biçimde organize edebilmektir. Bu doğrultuda, işveren, işyerinde istihdam edeceği kişilerin ve sayısının, ihtiyaç duyduğu iş gücüne uygun olması yönünde bir menfaate sahiptir. Gerçekten, Anayasa m. 48 hükmünün doğal sonucu olarak, işveren sözleşme özgürlüğü uyarınca, işçi ile kurduğu sözleşmeyi sona erdirme hakkına da sahip bulunmaktadır. Sözü edilen kabul, ahde vefa ilkesinin, iş sözleşmesinin sınırsız ve süresiz biçimde devamı yönünde anlaşılmamasına dayanmaktadır. Aksi yöndeki yaklaşım, sözleşmenin taraflarının fesih hakkının

---

[1653] Ayrıntı için bkz. Güzel, "**İş Güvencesi**", 15 vd.; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 238 vd.; Fabre, **Le régime du pouvoir de l'employeur**, 113 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 485 vd.

[1654] Bkz. Süzek, **İş Hukuku**, 592; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 68 vd.; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 339 vd.

[1655] Bkz. Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520; Süzek, **İş Hukuku**, 592; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 76 vd.; Murat Engin, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 132 vd.; Géniaut, **Proportionnalité**, 197 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 202 vd.

tamamen ortadan kaldırılması ve sözleşmeyle sınırsız bir süre bağlı kalmayı kabul etmeleri anlamına gelecektir; bu durumun ise, kişilik haklarının korunmasına ve kişi özgürlüğüne aykırı olacağı açıktır[1656].

İş sözleşmesinin feshiyle, işverenin sahip olduğu menfaat, ekonomik anlamda gereksiz hale gelen, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi olduğundan; bu menfaat yok sayılarak, fesih hakkı bütünüyle ortadan kaldırılamayacaktır[1657]. Buna karşın, işverenin sahip olduğu kabul edilen bu hakkın da sınırsız ve mutlak olmadığı açıktır. Zira, işverenin sözü edilen menfaati karşısında, işçinin de iş sözleşmesinin sürekliliğinin korunması yönünde korunmaya değer menfaati yer almaktadır. Üstelik, işçinin Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hakkının somut ifadesi olan bu menfaati, işçi için yalnızca ekonomik bir menfaat teşkil etmez. İşçi için çalışma, gelir elde etme, ailesinin geçimini sağlama, sosyal yaşam içinde bir yer edinme, dolayısıyla yine Anayasa ile güvence altına alınan kişiliğini geliştirme hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanmasının, işçi için yaşamsal bir önem taşıdığı vurgulanmalıdır[1658]. Bu, çağdaş iş hukukunun, işverenin, iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlama yönündeki çabalarının[1659] altında yatan temel gerekçedir.

Feshe karşı koruma hukukunun ve iş güvencesinin ortaya çıkması, kuşkusuz, işverenin fesih hakkının sınırlanması[1660] yönünde somut ifadesini bulmuş; işverenin, keyfi biçimde fesih hakkını kullanabilmesine engel olunması için; işverenin feshi geçerli bazı nedenlerle temellendirmesi arayışına başlanmıştır. İşverenin tek taraflı olarak karar verebildiği bir hakkı kullanarak işçinin hukuk alanına müdahale edebilmesinin, meşru bir gerekçeye dayanması ve gerekli olduğu düzeyde sınırlanması ihtiyacı açık bulunmaktadır[1661]. Gerçekten, iş güvencesi sisteminde

---

[1656] Süzek, **İş Hukuku**, 557-558; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 347; Engin, **İşletme Gerekleri**, 13; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 187.

[1657] Engin, **İşletme Gerekleri**, 14; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520; Süzek, **İş Hukuku**, 592.

[1658] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 71.

[1659] İşverenin süreli fesih hakkının sınırlanması konusundaki gelişim için bkz. Engin, **İşletme Gerekleri**, 15 vd.

[1660] İş güvencesinin, dar ve teknik anlamıyla, fesih hakkının sınırlanması değil; fesih hakkının doğmasının, yasada düzenlenen nedenlere bağlı kılınması olduğu hususunun altı çizilmelidir (Engin, **İşletme Gerekleri**, 24).

[1661] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1528; Engin, **İşletme Gerekleri**, 27.

işverenin, objektif nedenlere dayalı olarak, istihdam edilmesine ihtiyaç kalmayan işçilerin iş sözleşmesini feshedebileceği kabul edilmektedir[1662].

Böylece, fesih serbestisi, yerini, iş sözleşmesinin sürekliliğinin kural, feshin ise istisna olduğu bir sisteme terk etmiş bulunmaktadır[1663]. İş güvencesi sistemi, iş hukukunun etkinliğinin, iş hukuku kurallarının hayata geçirilebilmesinin en önemli etkeni; işçinin çalışma hakkının güvencesi olarak ifade edilmiştir[1664].

Çalışmamızın ilk bölümünde, ölçülülük ilkesi ile dürüstlük ilkesinin, aynı amaç doğrultusunda işlev üstlenmiş farklı iki ilke olduğuna ilişkin yaptığımız açıklamalarda ortaya konulduğu üzere; işverenin fesih hakkının sınırının, önceleri yalnızca dürüstlük ilkesi (hakkın kötüye kullanılması yasağı) olduğu düşünülmesine karşın; modern iş hukuku, temelinde ölçülülük ilkesinin yer aldığı iş güvencesi sistemini öngörerek, bu sınırlamayı daha güçlü hale getirmiş bulunmaktadır[1665]. Bu sistemin arka planında, kuşkusuz, sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin, birbiriyle çatışan özgürlükleri dengeleme yükümlülüğü yer almaktadır[1666]. Anayasa m. 49 hükmü uyarınca, "*Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*". Her ne kadar bu hüküm, devletin, koşulsuz biçimde, herkese iş sağlama yükümlülüğü altında olduğu biçimde yorumlanamayacak ve devlete karşı

[1662] Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 387 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 609 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 68; Ekonomi, "**İş Güvencesi**", 8-12; Güzel, "**İş Güvencesi**", 42 vd.; Günay, "**İş Güvencesi**", 188 vd.; aynı yazar, "**Öneriler**", 159 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 32; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 340; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 391 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 444 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 485 vd.

[1663] Engin, **İşletme Gerekleri**, 15; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 375; Süzek, **İş Hukuku**, 638; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74.

[1664] Bkz. Süzek **İş Hukuku**, 591; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 374; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 395.

[1665] Bkz. Ekonomi, "**İş Güvencesi**", 1 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 374 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 590 vd.; aynı yazar, **Kötüye Kullanma**, 32; Güzel, "**Geçerli Neden**", 59; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 163; aynı yazar, "**İş Güvencesi**", 15 vd.; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 207 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 183 vd.; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37 vd.; Sümer, **İş Hukuku**, 98 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 956 vd.; Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, 494 vd.; Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, 189 vd.; Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 208 vd.; Cevdet İlhan Günay, "İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler", **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2010, 153 vd.; aynı yazar, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, 181 vd.; aynı yazar, "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", **Sicil**, Haziran'09, 60 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 15 vd.; Alpagut, "**İş Güvencesi**", 200 vd.; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 1 vd.; Özdemir, "**Dürüstlük Kuralı**", 57; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74; Kar, "**Ölçülülük**", 60-61.

[1666] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 72; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 375; Süzek, **İş Hukuku**, 591-592.

bir savunma hakkı doğurur nitelik taşıyor olsa da[1667]; işçinin çalışma hakkının, ekonomik açıdan üstün konumda olanın tehdidi altında olduğu açıktır. Bu durum, iş ilişkisine, devletin, iş ilişkisinin zayıf tarafını koruma yönünde müdahalesini haklı ve gerekli kılmaktadır.

Bu sayede, devlet müdahalesi ile getirilen feshe karşı korumayla, işçinin, işyerine aidiyeti ve çalışma yerinin güvence altına alınması amaçlanmaktadır[1668]. Böylece pozitif düzenlemelerle, işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirme pahasına, işçinin çalışma hakkının ve onurunun korunabilmesi için, iki özgürlük arasında pratik uyuşumun sağlanması söz konusu olmaktadır. Ölçülülük denetimi yoluyla, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmedeki menfaati ile işçinin, sözleşmenin sürekliliğinin korunması yönündeki menfaati arasında adil bir denge kurulmak istenmektedir[1669]. Bu yönüyle, iş sözleşmesinin feshinde ölçülülük denetiminin kaçınılmaz olduğu sonucuna varılacaktır[1670].

İşverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki pratik uyuşumun ifadesi, Türk Hukukunda, 4773 sayılı Yasa ile getirilen ve daha sonra 4857 sayılı İşK. m. 18-21'de öngörülen iş güvencesi sistemidir[1671]. İş güvencesi siteminin hukuk sistemimize dahil edilmesinin temelinde, UÇÖ'nün 158 sayılı İş İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmesine uygun bir mevzuat oluşturma çabası yer almaktadır[1672]. İş Kanununa bu doğrultuda eklenen hüküm, öğretide, isabetli biçimde, ahde vefa ilkesinin modern ve sosyal devlet ilkesine uyarlanmış versiyonu olarak nitelendirilmektedir[1673]. Pratik uyuşumun bir gereği olarak, karşılıklı her iki özgürlüğe optimum etki tanınabilmesi için, bu sistem

---

[1667] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 72.
[1668] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 70; Süzek, **İş Hukuku**, 591.
[1669] Süzek, **İş Hukuku**, 620; Engin, **İşletme Gerekleri**, 27-28.
[1670] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 51; Kar, "**Ölçülülük**", 61; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 184.
[1671] Ekonomi, "**İş Güvencesi**", 1 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 376; Süzek, **İş Hukuku**, 590; Güzel, "**İş Güvencesi**", 18 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 185-186; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 957-958; Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, 495; Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, 189-190; Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 208; Günay, "**Öneriler**", 153; aynı yazar, "**İş Güvencesi**", 181-182; Engin, **İşletme Gerekleri**, 15; Alpagut, "**İş Güvencesi**", 200 vd.; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 2; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 74.
[1672] Bkz. Ekonomi, "**İş Güvencesi**", 3; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 376; Süzek, **İş Hukuku**, 593; Güzel, "**İş Güvencesi**", 17-19; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 959 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 185; Şakar, **İş Hukuku Uygulaması**, 189-190; Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 208-209; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 2 Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 93 vd.
[1673] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 75.

ile izlenen amaç, mutlak bir iş güvencesi olmayıp; işçilerin çalışmasının sürekliliği gözetilirken; bunun aynı zamanda işletmeler ve işsizler üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması biçiminde ortaya çıkmaktadır[1674]. İşte, devletin, ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak, işverenin girişim özgürlüğüyle, işçilerin işten çıkarılmaya karşı korunması arasında denge sağlaması söz konusu olduğunda[1675], her iki menfaatin de ölçülü sınırlamalara uğraması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

İşK. m. 18 hükmü de, sözü edilen sosyal koruma yükümlülüğü ile girişim özgürlüğünün ölçülü sınırlanması işlevini üstlenmiş bulunmaktadır: İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin keyfi olarak feshedilmesinin önüne geçilebilmesi için, feshin geçerli nedene dayanması zorunluluğu öngörülmüş; ancak geçerli bir nedenin varlığı halinde de, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunduğu kabul edilmiştir[1676].

Fransız Hukukunda da, 13 Temmuz 1973 tarihli Yasadan bu yana, işçiden ya da işletmeden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işverenin, gerçek ve ciddi bir nedene (*cause réelle et sérieuse*) dayanması gerektiği kabul edilmiştir (Fransız İş Kodu m. L. 1232-1, L. 1233-2)[1677]. İşveren tarafından yapılacak bir feshin, gerçek ve ciddi bir nedene dayanması zorunluluğu, 11 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, kıdemi 2 yıldan fazla olan işçiler için söz konusudur (İş Kodu m. L. 1235-5)[1678]. Feshin gerçek ve ciddi bir nedene dayanma gerekliliği ile ölçülülük arasındaki bağlantı ise, sözü edilen Yasanın yürürlüğe girmesinden hemen sonra kabul edilmeye başlanmıştır[1679].

İşverenin bildirimli fesih hakkını, belli bazı nedenlere bağlayan ilk yasal düzenleme olan, 1959 tarihli Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu ile kabul edilen sistemde ise, iş sözleşmesinin yalnızca "feshi sosyal yönden haklı kılan nedenler" (*sozialgerechtfertigt*) olarak adlandırılan işletme gereklerinden ya da işçiden kaynaklanan nedenlerle feshedilebileceği; bu nedenlerin feshi geçerli kılabilmesi

---

[1674] Engin, **İşletme Gerekleri**, 27.
[1675] Güzel, "**İş Güvencesi**", 16.
[1676] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 77; Kar, "**Ölçülülük**", 61; Süzek, **İş Hukuku**, 609 vd.
[1677] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 395 vd.; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 502 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 449 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 202 vd.; Serkan Odaman, "Droit Comparé Entre La France et La Turquie: Le Licenciement", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 908-909.
[1678] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 404.
[1679] Géniaut, **Proportionnalité**, 197 vd.; Cornesse, **Proportionnalité**, 202 vd.

için, işverenin iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin menfaatinin, işçinin işini koruma yönündeki menfaatinden üstün olmasının aranacağı kabul edilmiştir[1680].

UÇÖ'nün 158 sayılı Sözleşmesinin 2. maddesinde, işletmenin büyüklüğü veya niteliğine özgü sorunlar bulunan durumlarda, sınırlı bir kategoride yer alan çalışanların, Sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazılarının kapsamı dışında bırakılabileceğinin öngörülmüş olması ışığında, iş güvencesi kapsamında yer alan işyerleri açısından, yabancı hukuklarda olduğu gibi, Türk Hukukunda da, sınırlayıcı koşullar öngörülmüştür. Gerçekten, iş güvencesi kapsamında yer almak için, Almanya'da[1681] ve Fransa'da ise en az 11 işçinin[1682] istihdam edildiği bir işyerinde çalışma koşulu getirilmiştir. Bunun gerekçesi, küçük işletmelerin, iş güvencesinin getirdiği ekonomik yükü kaldırmasının olanaklı olmadığı düşüncesidir[1683].

Bu yönüyle, Türk Hukukunda, İşK. m. 18 hükmünün, işçi ve işverenin, sözleşmenin devamına veya sona ermesine ilişkin menfaatleri arasında pratik uyuşumu sağlama işlevini, iş güvencesinden yararlanmanın koşullarının ağırlığı açısından yerine getirip getiremediği hususu tartışmaya açık bulunmaktadır. Zira m. 18 hükmü uyarınca, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçiler, iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadır. Hukuk sistemimizde en başta, 1475 sayılı Yasaya 4773 sayılı Yasa ile eklenen 13/A maddesi uyarınca, bu sayının 10 olarak öngörülmüş olması dahi, ülkemizde kaçak çalışma olgusu ve bu alt sınır nedeniyle işletmelerin çoğunun kapsam dışında kalması dikkate alınarak, eleştiri konusu yapılmış iken;

[1680] Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 35; Yuichiro Mizumachi/Eduardo Martin Puebla/Pierre-Paul van Guhuchten/Martin Henssler, "Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique", **RDT**, Février 2013, 140; Güzel, "**İş Güvencesi**", 36.

[1681] Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 34; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 6-7; Güzel, "**İş Güvencesi**", 27; Polat Soyer, "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 274; Gülsevil Alpagut, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 86; Özkaraca, "**Eleştirel Bakış**", 97-98.

[1682] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 404; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 499; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 449; Güzel, "**İş Güvencesi**", 27.

[1683] Soyer, "158 sayılı ILO Sözleşmesi", 274; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 378; Süzek, **İş Hukuku**, 597; Özkaraca, "**Eleştirel Bakış**", 97; Mizumachi/Puebla/van Guhuchten/Henssler, "**Le droit du licenciement pour motif économique**", 140.

4857 sayılı Yasa ile bu sayının 30'a yükseltilmiş olması, hükmün isabet derecesini ve işçiyi feshe karşı koruma işlevini daha da tartışmalı hale getirmektedir[1684].

158 sayılı Sözleşmede sağlanan olanağın, küçük işletmelerin korunması yönünde olmasına karşın; iş güvencesinden yararlanma koşulunun, işyerinde en az 30 işçi çalışması yönünde öngörülmesinin gerekçesinin, artık küçük işyerlerinin özelliklerine dayandırılamayacağı kabul edilmektedir[1685]. Bu koşulla, orta ölçekli çok sayıda işyeri de kapsam dışı kalacağı için, getirilen bu koşulun gerekli olmadığı ve bu haliyle hükmün, ölçülülük ilkesine ters düştüğü, isabetli biçimde vurgulanmaktadır[1686]. Bu nedenle 30 işçi koşulunun, ülkemiz koşullarına göre gerçekçi olmadığı[1687]; iş güvencesi sisteminin kapsamının çok fazla daraldığı[1688] ifade edilmektedir.

Buna karşın, otuz işçi ölçütünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmışsa da, Anayasa Mahkemesi, bu hükümle, işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasanın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun bir denge oluşturulduğu kanaatiyle, isabetsiz olarak iptal istemini reddetmiştir[1689].

Anayasa Mahkemesi, otuz işçi koşulunu, böylece ölçülü olarak değerlendirdiği kararında şu gerekçelere yer vermiştir: "*İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla iş ve işveren arasında kurulan*

[1684] Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", **Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, 27; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 264; Alp, "**İşçinin Feshe Karşı Korunması**", 7; Özkaraca, "**Eleştirel Bakış**", 95.

[1685] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 380; Süzek, **İş Hukuku**, 597.

[1686] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 380; Özkaraca, "**Eleştirel Bakış**", 97; Güzel, "**Eleştirel Yaklaşım**", 265.

[1687] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 974.

[1688] Güzel, "**İş Güvencesi**", 27-28; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 264. Ülkemizde, 30 işçi koşulu nedeniyle, toplam işçi sayısının yarısına yakınının, iş güvencesi kapsamı dışında kaldığına ilişkin bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 380; Süzek, **İş Hukuku**, 598; Güzel, "**İş Güvencesi**", 28. Gerçekten, işçilerin yaklaşık % 60 kadarının, bu nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı ifade edilmektedir (Özkaraca, "**İş Güvencesinin Kapsamı**", yayınlanmamış tebliğ, 26).

[1689] AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG. 24.11.2007, 26710.

dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgtünün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir".

Gerek iş güvencesinin öngörülmesi, gerek iş güvencesi kapsamında sayılmanın koşullarının düzenlenmesiyle, iş sözleşmesinin sona ermesi açısından işçi ve işverenin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmak istendiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Küçük işletmeler üzerinde, ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek ekonomik yük oluşmaması için, belli kategori işçinin, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılması, menfaat dengesinin sağlanması açısından düşünülebilirse de; bu kapsam dışı kategorinin, sınırlı bir kategori olarak kalmayıp[1690], işçilerin yarısının iş güvencesinden yoksun bırakılması, menfaatler arasındaki dengenin kurulamadığını açıkça ortaya koymaktadır. Kaldı ki, işletmeler üzerindeki ekonomik yükün, kayıt dışılığa neden olabileceği yönündeki gerekçeye; bu kayıt dışılığı denetimleriyle önleme görevinin bizzat devlette olduğu düşünüldüğünde, katılmak kesinlikle olanaklı bulunmamaktadır. Bu yönüyle, kanımızca, otuz işçi koşulu, iş güvencesinden yararlanmayı, küçük işletmelerin korunması amacı doğrultusunda gerektiğinden fazla ve oransız biçimde sınırlandıracak nitelikte bir koşul olduğundan; işçilerin iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaatlerinin, ölçüsüz biçimde sınırlandırıldığı sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle, AYM'nin kararı ve gerekçelerini isabetli bulmak güç olduğu gibi; yasal düzenlememiz ile getirilen bu koşulun, ülke gerçekleriyle uyumlu olmadığının da altı çizilmelidir.

II. İş Sözleşmesinin Feshinde Ölçülülük İlkesinin Uygulanma Esasları

İş güvencesi sisteminin etkinliği, ölçülülük ilkesi ile birlikte düşünülmesine bağlı bulunmaktadır[1691]. Zira ölçülülük, işçinin iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaatinin, işverenin sözleşme özgürlüğü karşısında korunması amacıyla; bu menfaat üzerinde en ağır sonuçları olan yönteme alternatif olabilecek daha hafif ve elverişli araçların varlığının araştırılmasını ve ilk olarak bu araçlara başvurulmasını gerekli kılar. İşverenin, başvurduğu araçların ölçülülüğünün değerlendirilebilmesi;

[1690] Güzel, "**İş Güvencesi**", 28.
[1691] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 51.

eşitlik ve özgürlükler konusunda da üzerinde durulduğu üzere, öncelikle meşru bir amaç doğrultusunda hareket etmesini gerektirir.

Fesih aşamasında bu meşru amaç, iş sözleşmesinin feshini geçerli ya da haklı kılabilecek bir neden olarak ortaya çıkar. Sözü edilen nedenin varlığına karşın, işverenin en ağır sonuçları olan yönteme, feshe, en son çare olarak başvurup başvurmadığı ve izlenen amaç için işçinin menfaatlerinin oransız biçimde zedelenip zedelenmediği denetlenecektir. Dolayısıyla ölçülülük denetimi, ancak fesih için geçerli veya haklı bir nedenin varlığı durumunda söz konusu olabilecektir[1692]. Üstelik, ölçülülük denetimi, geçerli ya da haklı nedenin varlığına ilişkin bir denetim olmayıp; bu nedenin varlığına karşın, feshin elverişli, gerekli ve oranlı olup olmadığının denetlenmesi anlamına gelmektedir.

Ölçülülük ilkesini oluşturan, elverişlilik, gereklilik ve dar anlamda ölçülülük (oranlılık) alt ilkelerinin, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlanmasında uygulanması; genel hatlarıyla, işverenin, fesih ile ulaşmak istediği amacı gerçekleştirmeye yarayan, aynı derecede etkili olan alternatif, elverişli ve daha hafif araçlar olup olmadığının ve fesih sonucunda işçinin menfaatlerinin izlenen amaca kıyasla oransız zedelenip zedelenmediğinin denetlenmesi biçiminde gerçekleşmektedir[1693]. Görüldüğü gibi, feshin ölçülülüğünün denetlenebilmesi, her şeyden önce, bu fesihle izlenen amacın tespit edilmesine bağlı bulunmaktadır.

Bu bağlamda fesihte ölçülülüğün, işveren için, yapma ve yapmama (katlanma) yönünde, temel olarak iki borç doğurduğu kabul edilmektedir[1694]: Öncelikle ölçülülük ilkesi gereğince işveren, amacı gerçekleştirmek açısından fesih kadar elverişli ancak daha hafif bir araca başvurmakla yükümlüdür[1695]. Bu açıdan, iş sözleşmesini sona erdirmeyen her tedbirin, feshe oranla daha hafif sayılacağı açıktır. Ayrıca, gerek feshin, gerekse de alternatif tedbirlerin, işverenin izlediği amacı gerçekleştirmek için elverişli olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu yönüyle amacın, mümkün olduğu kadar somutlaştırılması, elverişli alternatif araçların tespitini kolaylaştıracaktır. Diğer yandan, feshin işverene sağlayacağı yararlar ile işçi için

---

[1692] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 106.
[1693] Bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 79-82; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37 vd.; Kar, "**Ölçülülük**", 62; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 185; Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 35; Hohenadel/Profanter, "**Le licenciement pour motif économique**", 324 vd.
[1694] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 83.
[1695] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 189.

doğuracağı ağır olumsuz sonuçlar arasında aşırı oransızlık bulunması durumunda, işverenin fesihten kaçınması gerekliliği doğabilecektir.

Belirtelim ki Alman Hukukunda, ölçülülük ilkesinin, fesih türüne bakılmaksızın, işverence yapılan tüm fesihlerin denetiminde uygulanacağı kabul edilmekte; ilke, fesih hukukuna hakim bir ilke olarak görülmektedir[1696]. Alman Feshe Karşı Koruma Yasası, feshin geçerliliğini, işletmenin gereklerinin belli bir ağırlığa ulaşmış olmasına bağlamış olduğundan, Yasanın açıkça gereklilik ilkesini aradığı kabul edilmektedir[1697]. Gerçekten, işletme gereklerine dayanan fesih, "acil" ya da "kaçınılmaz" işletme gerekleri ile sınırlanmış; son çare olması gereken fesih öncesinde, işverenin başvurması gereken alternatif önlemler, pozitif düzenleme konusu yapılmış bulunmaktadır[1698]. Gerçekten, işverence yapılan feshin sosyal yönden haklı sayılabilmesi için, işçiden ya da işletmenin acil ihtiyaçlarından kaynaklanan nedenlerin varlığı arandığı gibi; işçiyi, başka bir işte çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır (§1/2). Bu hükme göre, işçinin rızasının alınması koşuluyla, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması da olanaklı kılınmıştır.

Fransız Hukukunda ise, gerçek ve ciddi neden kavramının tanımından dahi, durum ile izlenen amaç arasında bir ölçülülük ilişkisi arandığı sonucunun çıkarılabileceği kabul edilmiş[1699]; İş Kodu'na 2001 yılında eklenen L. 321-1 (şimdi L. 1233-4) hükmüyle *ultima ratio* ilkesi, pozitif temele kavuşturulmuştur[1700].

Sözü edilen hükme göre, işveren, ekonomik gerekçelerle iş sözleşmesini feshetmeden önce, daha hafif tedbirlere başvurmakla yükümlü tutulmuştur. Bu tedbirler; işçiye eğitim verilmesi ve işe uyumunu sağlamak için her türlü çabanın gösterilmesi ve işletmenin, ulusal sınırlar içinde yer alan işyerlerinde veya grup şirketin diğer işletmelerinde, işçinin görevlendirilebileceği uygun pozisyonlar bulunup bulunmadığının araştırılması (*obligation de reclassement*) olarak

---

[1696] Bkz. Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 35; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 88; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1520, 1528; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 396; Muhittin Astarlı, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, yayınlanmamış tebliğ, 73-74.

[1697] Mizumachi/Puebla/van Guhuchten/Henssler, "**Le droit du licenciement pour motif économique**", 141; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1530.

[1698] Bkz. Güzel, "**İş Güvencesi**", 77; Engin, **İşletme Gerekleri**, 35; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 96.

[1699] Cornesse, **Proportionnalité**, 202-203.

[1700] Géniaut, **Proportionnalité**, 282; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 444.

öngörülmüştür[1701]. Fransız Anayasa Konseyi ise, 13 Ocak 2005 tarihli bir kararıyla[1702], işverenin sözü edilen yükümlülüğünün, doğrudan Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hakkından kaynaklandığına karar vererek, feshin son çare olması ilkesini daha da güçlendirmiştir.

İş mevzuatımızda, iş güvencesini düzenleyen hükümler, açıkça ölçülülük ilkesine yer vermemektedir. Gerçekten, ne İşK. m. 18 hükmünde geçerli nedenler, ne de 25. maddede haklı nedenler düzenlenirken, ölçülülük veya alt ilkelerine işaret edilmiştir. Ancak bu durum, feshe karşı koruma hukukunda, ölçülülük ilkesinin, hukuk sistemimizde de uygulanmasına engel teşkil etmemektedir[1703]. Aksine, bu hükümlerin uygulanmasında, feshi geçerli kılabilecek nedenlerin ağırlığının, yargıç tarafından tayin edilmesi gerekliliğine karşın, pozitif düzenlemede bu ağırlığın nasıl ölçüleceğine işaret edilmemiş olduğundan; fesihte karşılıklı menfaatleri objektifleştirecek bir ölçüt olarak ölçülülüğe başvurulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır[1704]. Bu nedenle esasında, ölçülülüğün uygulanması için elverişli bir ortam yaratılmış bulunulmaktadır.

Ayrıca, esasında, 18. maddeye ilişkin gerekçede, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih nedenlerinin ardından, "*Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.*" yönünde yer verilen ifadeler, *ultima ratio* ilkesinin uygulanması gerektiğine, oldukça açık biçimde işaret etmekte; Yargıtay da kararlarında bu ilkeyi düzenli biçimde uygulamaktadır[1705]. Yüksek Mahkeme,

---

[1701] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 444-447; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 544-548; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 473-475. "Obligation de reclassement" hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Frédéric Géa, "Le 'principe de l'ultime remède' et l'obligation prétorienne de reclassement, pour motif économique, une manifestation du 'principe de l'ultime remède'", **La rupture du contrat de travail en droits français et allemand** (dir. Catherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 267 vd.; Géniaut, **Proportionnalité**, 281 vd.

[1702] Cons. const. 13 janv. 2005, n° 2005-509; (ayrıca bkz. Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 446).

[1703] Bkz. Güzel, "**Ultima Ratio**", 169; aynı yazar, "**İş Güvencesi**", 77 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 73; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 97.

[1704] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 97-98.

[1705] Gerçekten Yargıtayın, feshin son çare olması gerektiğine ilk kez işaret ettiği belirtilen kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "*Davalı işveren talep ve sipariş azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışma süreleri kısaltılmalı, iş zamana yayılmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir.*" (Yarg. 9. HD., 8.7.2003, 12442/13123, Legalbank; ayrıca bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 90 vd.; Güzel, "**İş Güvencesi**", 77-78). Feshin denetiminde son çare ilkesinin uygulanması, Yargıtayın artık yerleşik içtihadı haline gelmiş olup; Yüksek Mahkeme, kararlarında şu yöndeki

işverenin, işletmesel bir kararı üzerine ortaya çıkan iş gücü fazlalığının tespitiyle yetinmeyerek; buna rağmen işverenin, işyerinde feshe en son çare olarak bakılabilmesi için, öncelikle daha hafif önlemlere başvurmasını beklemektedir.

İşK. m. 18 hükmünün gerekçesinde, son çare ilkesine, her ne kadar işletme gerekleriyle feshin ardından yer verilmiş olsa da, bunun, işçiden kaynaklanan nedenlerle fesihlerde de uygulanma alanı bulacağı öğretide[1706] ve Yargıtay kararlarında[1707] benimsenmiştir.

Yargıtayın yerleşik içtihadının Alman ve Fransız Hukuklarına benzer yönde olması, isabetli olmakla birlikte; kararlarda ölçülülüğe ilişkin terminolojide açıklık ve yeknesaklığın sağlanması için, ölçülülük denetimi ile feshin son çare olması ilkesinin, bütünüyle birbirini karşılayan kavramlar olmadığı, son çare ilkesinin (*ultima ratio*), ölçülülüğün bir alt ilkesi olan gereklilik denetimine karşılık geldiği hususlarına dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. Zira Yargıtay, yukarıda yer verilen kararlarında da görüldüğü gibi, " (...) *işletmesel karar sonucu feshin*

---

ifadelere yer vermektedir: "*Feshin işletme ve işyeri gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında 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 fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi – feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır*." (Benzer ifadeleri içeren pek çok karar arasından bkz. Yarg. 9. HD., 21.4.2016, E. 2015/29110, K. 2016/10887; Yarg. 9. HD., 23.3.2016, 573/6981; Yarg. 9. HD., 20.11.2014, 17993/34826; Yarg. 7. HD., 28.1.2016, E. 2015/35555, K. 2016/1692; Yarg. 22. HD., 8.2.2016, 1157/2565, Kazancı İçtihat Bankası).

[1706] Süzek, **İş Hukuku**, 638; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 396-397; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 104 vd.

[1707] Yargıtay, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle yapılan değişiklik feshinin denetiminde de son çare ilkesine başvurmaktadır: "*Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici veya sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir. (...) Değişiklik feshi, ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise (ultima ratio) gündeme gelebilir*." (Yarg. 9. HD., 1.3.2016, E. 2014/31770, K. 2016/4503, Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca Yargıtayın, ölçülülük ilkesine uygun biçimde, işçinin davranışları nedeniyle yapılabilecek olan haklı nedenle fesih, geçerli nedenle fesih ya da disiplin cezası verilmesi yaptırımları arasında, işçinin davranışının ağırlığı uyarınca bir hiyerarşi oluşturduğu, bu yönüyle yine en ağır yaptırımın son çare olması gerektiğine işaret ettiği dikkat çekmektedir: "*Bu ilke (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. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir*." (Yarg. 9. HD., 17.9.2015, 19926/26048, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay, işçinin performansının düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde de, işçinin, başka bir pozisyonda istihdam olanağının veya meslek içi eğitime tabi tutulmasının araştırılmasının, ölçülülük ilkesinin bir gereği olduğunu kabul etmektedir (Yarg. 9. HD., 8.4.2015, 5014/13582, Kazancı İçtihat Bankası).

kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi – feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır."[1708] ifadesine yer verdiğinden, bu iki kavramın aynı anlama geldiği izlenimini yaratmaktadır.

Yargıtay, ilkenin bütününün, alt ilkelerden bir diğeri olan oranlılık (dar anlamda ölçülülük) kavramıyla birbirinin yerine kullanılabilir olduğu yanılgısına neden olabilecek biçimde, "*Bu ilke 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.*"[1709] ifadelerine de, kararlarında yer vermektedir. En başta üzerinde durduğumuz terminoloji hususundaki açıklamalarımıza göndermede bulunarak, bu iki kavramın birbiri yerine kullanılmasının yerinde olmadığı; özellikle de, bir bütün olarak ölçülülük ilkesinin, alt ilkelerden sadece birine indirgenmesi yanılgısına düşülmemesi gerektiği vurgulanmalıdır.

Bunun yanında, Yargıtay kararlarında, gereklilik alt ilkesinin, ölçülülükten bağımsız bir ilke olduğu izlenimini yaratacak biçimde, "*işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir."*[1710] ifadelerine yer verilmesi de isabetli görülemeyecektir.

Feshin ölçülülüğünün denetiminde, kural olarak, her üç alt ilke de işlev üstlenmekte ise de, ağırlık noktasının, gereklilik alt ilkesi olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır[1711]. Alman, Fransız ve Türk Hukuklarında kabul edilen, feshe son çare

[1708] Pek çok karar arasından bkz. Yarg. 9. HD., 21.4.2016, E. 2015/29110, K. 2016/10887; Yarg. 9. HD., 23.3.2016, 573/6981; Yarg. 7. HD., 28.1.2016, E. 2015/35555, K. 2016/1692; Yarg. 22. HD., 8.2.2016, 1157/2565 (Kazancı İçtihat Bankası).
[1709] Bkz. Yarg. 9. HD., 17.9.2015, 19926/26048; Yarg. 9. HD., 2.7.2015, 15664/23885; Yarg. 9. HD., 1.6.2015, E. 2014/9573, K. 2015/21437; Yarg. 9. HD., 26.2.2015, 263/8255 (Kazancı İçtihat Bankası).
[1710] Yarg. 9. HD., 12.2.2015, 1199/6314; Yarg. 7. HD., 8.10.2015, 14977/18528 (Kazancı İçtihat Bankası).
[1711] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1530; Engin, **İşletme Gerekleri**, 33.

olarak başvurma biçiminde ifade edilen *ultima ratio*, ölçülülüğü oluşturan alt ilkelerden gereklilik ilkesiyle örtüşmektedir[1712].

Buna göre, izlenen amaca ulaşmayı sağlayan araçlar arasında, en hafif olanın tercih edilmesi[1713]ve feshe son çare olarak başvurulması gerekmektedir[1714]. İşverenin, girişim özgürlüğüne müdahale niteliğindeki bu yaklaşım, işverenin, işyerinin menfaatleri doğrultusunda karar almasına engel olma anlamına gelmediği gibi; fesihle ulaşılmak istenen amacın, işveren tarafından terk edilmesini de gerektirmemektedir. Bunun gerekçesi, *ultima ratio* (gereklilik) ilkesinin, elverişlilik denetimini de içerdiğinin kabul edilmesidir[1715].

Gereklilik (*ultima ratio*) ilkesinin, elverişliliği kapsadığının kabul edilmesi ya da gereklilik ve elverişliliğin, ölçülülük denetiminin iki farklı ve birbirini tamamlayan aşaması olarak görülmesi, varılacak sonuç açısından fark yaratmayacaktır: İşveren için, fesihten önce daha hafif alternatif araçlara başvurma zorunluluğu getirilirken; bu araçların, mutlaka izlenen amacın aynı düzeyde gerçekleşmesini sağlayan elverişli araçlar olması gerekeceği açıktır. Az önce sözü edildiği gibi, feshe alternatif araçların öngörüldüğü Alman Feshe Karşı Koruma Yasası (§1/2) ve Fransız İş Kodu (m. L.1233-4) açısından, işverenin fesihten önce başvurması gereken araçların, amacı gerçekleştirmek için elverişli olup olmadığının tartışılmasına gerek kalmamaktadır[1716].

Elverişlilik ve gereklilik değerlendirmesi, belirtildiği üzere, son derece objektif olma özelliği taşımakta; yargıcın, keyfi biçimde işverenin kararlarına müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla, bu denetimde, işverenden beklenen, izlediği meşru amaçtan vazgeçmesi değil; bu amaca mümkün olan en hafif araçla ulaşmasıdır.

[1712] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1522; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 199; Engin, **İşletme Gerekleri**, 91. Öğretide, ultima ratio ilkesinin, "orantılılık" biçiminde ifade edilmesine ilişkin ayrıca bkz. Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 41 vd.

[1713] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 112; Engin, **İşletme Gerekleri**, 33, 91; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 46; Süzek, **İş Hukuku**, 638; Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 93; Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 35.

[1714] Güzel, "**İş Güvencesi**", 75 vd.; aynı yazar, "**Geçerli Neden**", 62 vd.; aynı yazar, "**Ultima Ratio**", 172 vd.; Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 35; Géa, "**Ultime remède**", 267 vd.

[1715] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1530; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 113 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 639.

[1716] Bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 115; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1532.

Fesih gibi, işçinin menfaatleri üzerinde sonuçları en ağır olan araca, alternatif elverişli araçların varlığına rağmen, ilk olarak başvurmak; feshin gerekli olmadığına, böylece ölçüsüzlüğüne işaret edecektir. İşverenin başvurmasının beklenebileceği alternatif araçlar, her somut olayın koşullarında ve fesih türüne göre değişiklik gösterecek olmakla birlikte; fiilen ve hukuken başvurulması olanaklı araçlar olmalıdır[1717].

Feshe alternatif olabilecek elverişli araçların, birden fazla olması halinde, işverenin, bu alternatifler arasında dilediği aracı tercih etme hakkı olduğu, kural olarak kabul edilmektedir[1718]. Bunun yanında, Alman Hukukunda, işverenin, öncelikle sözleşme değişikliğine neden olmayacak nitelikteki tedbire başvurmasının yerinde olabileceğinin ileri sürülmüş olması[1719], kanımızca da, ölçülülük ilkesi açısından isabet taşımaktadır.

Ne var ki, özellikle işletme gereklerine dayanan feshe alternatif olarak, işverenin fesihten önce başvurması beklenebilecek alternatif araçlar, genellikle, işletmenin iktisadi geleceği açısından bir tahmine dayanacaktır. İşveren, alternatif araçlar arasında, işletme menfaati açısından uygun olacağını tahmin ettiği yöntemi seçebilecektir. Bu durumun, geleceğe yönelik bir tahmine dayanması; ölçülülük denetimini gerçekleştirecek yargıcın da sonucu kesin olarak bilmesinin olanaksız olması karşısında, işverenin, alternatif araçlardan uygun gördüğünü seçme serbestisinin olduğu kabul edilmektedir[1720]. Aksi yöndeki bir yaklaşım, yargıç tarafından işverene ekonomik bir kararın dayatılması ve işverenin girişim özgürlüğüne aşırı müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Dar anlamda ölçülülük, diğer bir ifadeyle, oranlılık veya katlanılabilirlik[1721] denetimine ise, tüm fesih türleri açısından değil; yalnızca işçinin davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerin ölçülülük denetiminde başvurulacağı, öğretide ileri sürülmektedir[1722]. Bunun gerekçesi, işletme gereklerine dayanan fesihte, işverenin işletmesel karar özgürlüğünün, kabul edilmiş olması ve bu nedenle

---

[1717] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 130.
[1718] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 116; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1533; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 196.
[1719] Bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 195.
[1720] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1533; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 118.
[1721] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1523.
[1722] Engin, **İşletme Gerekleri**, 65; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1529; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 264; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 197. Fransız Hukukunda da, ekonomik gerekçelere dayanan fesih açısından yargısal denetimin, daha çok bir gereklilik denetimine dönüştüğü ifade edilmektedir (Cornesse, **Proportionnalité**, 209).

tarafların menfaatleri arasında bir dengelemeye gidilmesine ihtiyaç kalmadığı düşüncesidir.

Dar anlamda ölçülülük denetimi, işçinin menfaatlerine bir müdahale gerçekleştirilmeksizin, işverenin izlediği amaca ulaşılabilmesinin olanaklı olmadığı halde gündeme gelmektedir. Zira, dar anlamda ölçülülük ile, işverenin izlediği amaç karşısında, işçinin menfaatlerinin bu amaca kıyasla oransız zedelenmemesi amaçlanır. Dikkat edilmesi gereken nokta, işçinin menfaatlerinin zarar gördüğü her halde fesih hakkının kullanılmasının engellenemeyeceği[1723]; sadece işverenin küçük veya önemsiz bir yararına karşılık, feshe muhatap işçinin büyük bir zarara uğraması halinde feshin oransız olarak nitelendirileceğidir. İşçinin zedelenen menfaatleriyle, işverence izlenen amaç arasındaki bu kıyaslama; önemsiz bir amacın, feshi meşru kılmasına engel teşkil eder[1724]. Bir anlamda, elverişli ve gerekli görülebilecek bir feshin, muhatabının hukuk alanında yaratacağı ağır sonuçlarının düzeltilmesi olanağı doğar.

Dar anlamda ölçülülük değerlendirmesi yapılırken, tarafların menfaatleri arasında kurulacak tartıda; işçinin iş sözleşmesinin devamına ilişkin menfaatinin oransız zedelenmemesi için; iş ilişkisinin devam süresi, işçinin o ana kadarki çalışmaları ve bu kapsamda devamsızlık durumu, performansı gibi unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, menfaat tartısında dikkate alınması gereken işveren menfaatleri ise, objektif olarak, makul bir işverenin, iş sözleşmesinin sona erdirilmesindeki menfaatleri olacaktır[1725]. İşçinin davranışlarına dayanan bir feshin denetimi söz konusu olduğunda ise, menfaat tartısıyla, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisinin sarsılıp sarsılmadığı; güven ilişkisinin zarar görmüş olmasına karşın, iş ilişkisine devamın beklenip beklenemeyeceği tespit edilmeye çalışılacaktır[1726]. Bu durum, kuşkusuz, özellikle feshin haklı nedene mi, geçerli nedene mi dayandığının ayırt edilmesi noktasında önem kazanacaktır[1727]. Aşağıda ele alınacağı üzere, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, haklı nedenlere dayanan fesihte ölçülülük denetimi yapılabilmesi konusu ise, hukukumuz açısından tartışmaya açık bulunmaktadır.

[1723] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1523; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 122.
[1724] Bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 122; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 197.
[1725] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 41.
[1726] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 41.
[1727] Kar, "**Ölçülülük**", 62.

III. Farklı Fesih Türleri Açısından Ölçülülük Yaklaşımı

1. Geçerli nedenle fesihte ölçülülük denetimi

a) İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesih

İşverenin, işletme gerekleriyle fesihte izlediği amaç, işyerinde istihdam ettiği işçi sayısını, bu işyerinde ihtiyaç duyulan işçi sayısına uyumlu hale getirmek olarak da ifade edilen; işletmenin ekonomik etkinliğini sağlamaktır[1728]. İşveren, verimlilik doğrultusundaki bu amacına, herhangi bir işçinin iş sözleşmesini feshetmeden de ulaşabiliyorsa; bu halde yapılacak feshin, aslında bu amaç açısından gerekli olmadığı ortaya çıkacaktır. Zira işveren, işletme gereklerine dayanarak sözleşmeyi feshedebilecekse de; ifayı kabul imkansızlığının, işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam etme olanağını ortadan kaldırmış olması gerekmektedir[1729]. Diğer bir ifadeyle, fesih son çare olmalıdır.

İşverenin işletmesel kararlarının[1730], işletmenin iktisadi geleceği açısından isabet taşıyıp taşımadığı hususu, kuşkusuz, yargı denetimine tabi olmayıp; işletmesel karar, yalnızca keyfi olma[1731] ve yasaya ya da sözleşmeye aykırılık açısından denetlenebilmektedir[1732]. Bu kapsamda, sınır, dürüstlük ilkesi olduğundan, işverenin

---

[1728] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 111, 137; Engin, **İşletme Gerekleri**, 36; Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1529; Kar, "**Ölçülülük**", 66; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 188; Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 93.

[1729] Engin, **İşletme Gerekleri**, 43.

[1730] İşletmesel kararlar; ifayı kabul engeli oluşturan, gerçekleşmiş ve etkisi süren bir işletmesel riske tepki olarak, bağlı işveren kararı biçiminde ortaya çıkabileceği gibi; muhtemel riskler doğrultusunda, işletmenin verimliliğine ve geleceğe yönelik alınabilecek, kurucu işveren kararları da olabilecektir (Engin, **İşletme Gerekleri**, 36 vd.). Ayrıca bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 139 vd.

[1731] İşletmesel kararın keyfilik denetimi ile kast edilen, amacından saparak, kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla denetlenmesidir (Engin, **İşletme Gerekleri**, 74 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 145). Yargıtay da, işverenin, amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabileceğini; ancak bu karar sonucunda tedbir olarak düşünülen feshin, zorunlu hale gelmiş olmasını aramaktadır. Bu doğrultuda Yargıtaya göre "*(...) işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.(...) işverenin ekonomik ve işletmesel nedenler dışında bir saikle fesihte bulunduğu, bu hakkın kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde keyfilik denetimine ve ayrıca feshin son çare olması ilkesi ve işyeri gereğinin kaçınılmaz olup olmadığının denetimi kapsamında ölçülülük ve gereklilik denetimine tabi tutulabilir.*" (Yarg. 9. HD., 12.2.2015, 1199/6314, Kazancı İçtihat Bankası).

[1732] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 144 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 194. Alman Hukukunda da aynı esasın benimsendiği yönünde ayrıca bkz. Mizumachi/ Puebla/ van Guhuchten/ Henssler, "**Le droit du licenciement pour motif économique**", 140; Ursula Hohenadel/Marc Profanter, "Le licenciement pour motif économique (Die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses)", **La rupture du contrat de travail en droits français et allemand** (dir. Catherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 319-320; Engin, **İşletme Gerekleri**, 28, 62 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 398-399; Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 94. Fransız Hukukunda ise, işverenin işletmenin organizasyonuna ilişkin olarak aldığı kararların da yargıç tarafından denetlenmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Güzel, "**İş Güvencesi**", 68 vd., 75; Engin, **İşletme Gerekleri**, 28, 51 vd.

işletmesel karar alma hakkını kullanırken, keyfi davranmaması ve dürüst olması aranmaktadır[1733]. Ancak bu işletmesel karar sonucunda, işçinin iş gücüne olan ihtiyacın ortadan kalkıp kalkmadığı[1734] ve böylece işveren feshinde geçerli bir nedenin olup olmadığı, yargı denetimi kapsamındadır[1735]. Gerçekten, anayasa ile güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, işverenin girişim özgürlüğünün somut ifadesi olan işletmesel karar özgürlüğü, anayasaya ve ölçülülük ilkesine uygun olmak kaydıyla sınırlanacaktır[1736].

Yargıtayın yerleşmiş içtihadını da yansıtan bir kararı uyarınca, "(...) *yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir. İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır.* (...) *İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır*"[1737]. Dolayısıyla Yargıtay, işverenin işletmesel karar almada serbest olduğu ancak işletmesel kararla varılmak istenen sonuca fesihten başka bir yolla ulaşılabilecek olmasının denetiminin yapılabileceği ve bu halde, feshin geçersiz sayılabileceği yönünde kararlar vermektedir.

[1733] Yarg. 9. HD., 13.11.2014, 18430/33936; Yarg. 7. HD., 28.1.2016, E. 2015/35555, K. 2016/1692; Yarg. 7. HD., 26.10.2015, 17581/20633 (Kazancı İçtihat Bankası).

[1734] Yargıtay da feshin geçerli sayılabilmesi için iş gücü fazlalığının ortaya çıkmasını aramaktadır "(...) davacının davalı şirkete ait televizyon kanalının T.. Stüdyo biriminde görev yaptığı, davacının çalıştığı bölümün kapatılmadığı, davacıya olan ihtiyacınortadan kalktığının somut ve inandırıcı delillerle ispatlanmadığı (...)" (Yarg. 9. HD., 20.11.2014, 17993/34826, Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 160 vd.

[1735] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 397 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 629 vd.; Güzel, "**İş Güvencesi**", 71; Engin, **İşletme Gerekleri**, 64; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 152. Alman Hukukunda aynı yöndeki yaklaşım için bkz. Mizumachi/Puebla/van Guhuchten/Henssler, "**Le droit du licenciement pour motif économique**", 140-141; Hohenadel/Profanter, "**Le licenciement pour motif économique**", 315 vd.

[1736] Engin, **İşletme Gerekleri**, 49-50; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 148 vd.

[1737] Yarg. 9. HD., 25.6.2015, 15742/23079; Yarg. 9. HD., 17.6.2015, 15032/22052; 7.5.2015, 8637/16648 (Kazancı İçtihat Bankası).

Her ne kadar işletmesel karar, yerindeliği açısından değerlendirilemeyecek olsa da; yargıç, bu kararın tutarlı biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetleyecektir Gerçekten, Yargıtay'a göre, " *(...) işverenin zarar etmesi tek başına feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlamaya yetmez. İşveren zarar nedeniyle personel çıkarımına gideceği yönünde işletmesel karar aldıktan sonra bu kararını tutarlı uygulamalıdır*"[1738].

Tutarlılık denetiminde, işverenin, işletmesel kararı, feshe muhatap olan işçinin iş gücüne ihtiyaç kalmayacağı biçimde uygulayıp uygulamadığı denetlenmektedir. İşverenin, işletmesel kararı tutarlı uygulayıp uygulamadığının en belirgin göstergelerinden biri, işçi çıkardığı birimlerde, yeni işçi istihdam edip etmediği hususudur[1739]. Nitekim Yargıtay, işverenin, yürütülen projede görev yapan işçilerin büyük kısmını işten çıkardıktan sonra, askerden dönen dört işçiyi yeniden işe almasını, feshin geçersizliğine karar verilmesi için yeterli görmüştür[1740]. Zira İşK. m. 31/4, askerlik dönüşü işçilerin, ancak boş kadro bulunmasına rağmen işe alınmaması halinde tazminat ödeme yaptırımı öngörmektedir. İşverenin, bu işçileri işe alması, boş kadroların bulunduğuna ve bu kadronun davacı işçiye fesih öncesinde önerilmediğine işaret etmekte olduğundan, fesih geçersiz sayılmıştır.

Fransız Hukukunda da, ekonomik nedenin gerçek ve ciddi olması değil; bu ekonomik nedene dayanan feshin gerçek ve ciddi niteliğinin denetlenmesi söz konusu olmaktadır[1741]. İşletmesel kararın, işçinin işi üzerindeki etkisi, feshin gerekçesini oluşturmalıdır. Bu noktada, iki yönlü bir nedensellik bağının varlığı söz konusu olmaktadır[1742]: İlki, ekonomik gerekçeler ile iş gücü fazlalığı veya değişiklik yapma gereği arasındaki nedensellik bağı; ikincisi ise, iş gücü fazlalığı veya değişiklik yapma ihtiyacının ortaya çıkması ile fesih arasındaki nedensellik bağıdır.

Bu doğrultuda Fransız İş Kodu m. L. 1233-3, ekonomik gerekçelere dayalı feshin, ekonomik güçlükler, teknolojik değişimler, işletmenin rekabet gücünün korunması için gerekli reorganizasyon veya faaliyetin durdurulması nedeniyle;

[1738] Yarg. 9. HD., 21.4.2016, E. 2015/29110, K. 2016/10087 (Kazancı İçtihat Bankası).
[1739] Bir anonim şirketin, bir diğer anonim şirketi devraldığı ve bunun üzerine holding bünyesinde yeniden yapılanmaya gidildiği gerekçesiyle işçilerin işten çıkarıldığı bir somut uyuşmazlığa ilişkin kararında Yargıtay, hem devralan hem devrolunan şirkette, davacı işçinin çalışabileceği bir pozisyona işçi alımı yapılıp yapılmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir (Yarg. 9. HD., 12.2.2015, 1199/6314, Kazancı İçtihat Bankası).
[1740] Yarg. 9. HD., 4.2.2014, E. 2013/15658, K. 2014/3208 (Legalbank); kararı isabetli bulan *Engin*'in değerlendirmesi için bkz. Engin, "**Değerlendirme 2014**", 131-132.
[1741] Cornesse, **Proportionnalité**, 208.
[1742] Géniaut, **Proportionnalité**, 281.

işçiden kaynaklanmayan bir veya birden fazla gerekçeye dayanan; işçinin yaptığı işin ortadan kalkması ya da değişmesi üzerine veya işçinin iş sözleşmesinde yapılmak istenen esaslı değişikliği kabul etmemesi nedeniyle yapılabileceğini öngörmektedir[1743].

İşletme gerekleriyle fesihte, işverenin aldığı işletmesel karar sonucunda, iş gücü fazlalığının ortaya çıkması üzerine, feshin kaçınılmaz olup olmadığının denetiminde, ölçülülük ilkesi uygulanma alanı bulacaktır[1744]. İşte bu denetimde yargıç, fesihten daha hafif araçlarla aynı sonuca ulaşma olasılığını değerlendirecektir. Zira, aynı amaca ulaşmayı sağlayan, feshe alternatif ve işçinin menfaatine daha az zarar verecek araçların bulunması, feshin kaçınılmaz olmadığına işaret etmektedir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca işveren, işletme gereklerine dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce; kendisinden beklenebilecek olan teknik, ekonomik ve organizasyonel tedbirleri almakla yükümlü olup, feshe son çare olarak gidebilmelidir[1745].

İşverenin, başvurmasının beklenebileceği fesihten kaçınma yollarından ilki, işçinin çalıştığı birimin, işyerinin veya görevinin değiştirilmesidir[1746]. Alman Hukukunda, işletme gerekleriyle feshe alternatif olarak bu araç, öncelikle yargı içtihadıyla gelişmiş; daha sonra Feshe Karşı Koruma Yasasında açıkça pozitif temele kavuşmuştur[1747]. Alman Hukukunda, değişiklik önerisinin, fesih bildirimi ile aynı anda yapılması öngörülerek; öneri kabul edilmediği takdirde fesih yoluna gidilmesi biçiminde, değişiklik ve fesih mekanizmaları arasında bağlantı kurulmuştur[1748]. Hatta Alman yasa koyucu, işverenin, işçiyi başka bir yerde çalıştırma olanağını, işyeriyle

---

[1743] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 432, 459-463; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 529; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 469; Géniaut, **Proportionnalité**, 282; Güzel, "**İş Güvencesi**", 60; Engin, **İşletme Gerekleri**, 51 vd. Aynı yönde, Alman Hukukunda da, işçinin iş gücüne ihtiyacın ortadan kalkması ve işverenin, feshe başvurmadan önce, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaparak işçinin işyerinde istihdamını sağlayabilecek yollar bulunup bulunmadığını araştırması gerekmektedir (Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 38-39).

[1744] Géniaut, **Proportionnalité**, 281; Kar, "**Ölçülülük**", 66.

[1745] Süzek, **İş Hukuku**, 637 vd.; Güzel, "**İş Güvencesi**", 67; Günay, "**Öneriler**", 168; aynı yazar, "**İş Güvencesi**", 191 vd.; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 46; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 205; Cornesse, **Proportionnalité**, 208; Mizumachi/Puebla/van Guhuchten/Henssler, "**Le droit du licenciement pour motif économique**", 141.

[1746] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43, 49; Süzek, **İş Hukuku**, 640 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 67; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 174 vd.

[1747] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1531.

[1748] Engin, **İşletme Gerekleri**, 67; Süzek, **İş Hukuku**, 709; Güzel, "**İş Güvencesi**", 119; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 283.

sınırlamamış; bir işletmeye bağlı tüm işyerlerinde işçinin istihdam edilmesi olanağının araştırılması gerekliliğini öngörmüştür.

Fransız Hukukunda da, İş Kodu m. L. 1233-4 hükmünde, fesih öncesinde, işçiyi başka bir pozisyonda çalıştırma yönündeki daha hafif tedbire başvurulması gerektiği, açıkça düzenleme konusu yapılmış; hatta az önce de değinildiği gibi bu hüküm, *ultima ratio* ilkesinin pozitif temeli olarak nitelendirilmiştir[1749]. İşveren, bu hüküm uyarınca, iş sözleşmesini feshetmeden önce, işçiye eğitim vermek ve işçinin işe uyumunu sağlamak için her türlü çabayı göstermekle ve işletmenin, ülke sınırları içinde yer alan işyerlerinde veya grup şirketin diğer işletmelerinde, işçinin görevlendirilebileceği uygun pozisyonlar bulunup bulunmadığının araştırmakla yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda uygun pozisyon ile kast edilen, işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride yer alan veya eş değerde ve aynı düzeyde ücret alacağı bir pozisyon olup; böyle bir pozisyonun yokluğu halinde, işverenin, işçinin açık rızası bulunması halinde, işçiye daha düşük kategoride bir iş önerebileceği de kabul edilmektedir[1750]. Bu önerilerin, feshe muhatap işçiye, yazılı ve açık biçimde yapılması gerektiği, yine aynı hükümle, zorunlu kılınmıştır.

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, işverenin, işçiye önerebileceği alternatif bir pozisyon bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğünün, fesih nedeninin ortaya çıktığı andan itibaren doğduğunu kabul etmekte; o ana kadar işyerindeki pozisyonları, yönetim yetkisi kapsamında düzenleyebileceğini kabul etmektedir[1751].

Türk Hukukunda, Fransız Hukukundakine benzer biçimde ayrıntılı olarak, feshe alternatif bir tedbir olarak yasal düzenlemeye konu olmayan değişiklik, işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalan bir değişiklik olabileceği gibi, İşK. m. 22'nin uygulanmasını gerektiren, esaslı bir değişiklik de olabilecektir[1752]. Bu açıdan, 18. madde ile iş sözleşmesinde esaslı değişikliği öngören 22. madde arasında bağlantı kurulması ve iş sözleşmesinde değişikliğin, son çare olan fesihten önce başvurulması gereken bir alternatif araç olduğunun açıklığa kavuşması yerinde

[1749] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 444 vd.; Mekki, **L'intérêt général**, 517 vd.
[1750] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 444-445; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 545; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 474.
[1751] Karar ve incelemesi için bkz. Cass. soc. 21 juin 2006, n° 03-43517, Philippe Waquet, "Les limites de l'obligation de reclassement", **RDT**, 2006.243.
[1752] Bkz. Engin, **İşletme Gerekleri**, 94 vd.

görülebilecektir[1753]. İşçinin işinin korunabilmesi için, feshe alternatif olarak başvurulabilecek bu değişiklikler, işçinin yalnızca yaptığı iş açısından değil, çalışma süresi ve ücreti gibi diğer çalışma koşullarına ilişkin de olabilecektir.

Nitekim, İşK. m. 22 hükmüne ilişkin gerekçede, bu yönde, "*Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır*." ifadelerine yer verilmiştir. Mevzuatımızda pozitif düzenlemeler arasında bağlantının yalnızca madde gerekçesinde kurulmuş olduğu görülmesine karşın, Yargıtayın yerleşik içtihadında[1754] ve öğretide[1755], çalışma koşullarında değişiklik, feshi önlemek için başvurulması gereken tedbirler arasında kabul edilmektedir. Ekleyelim ki, çalışma koşullarında değişiklik yapmak suretiyle iş sözleşmesinin sürekliliğinin sağlanmasında, işverenin, esaslı bir değişiklik önerisi yapmadan önce, dürüstlük kuralı gereğince, yönetim yetkisi içinde kalan değişikliği yapmasının uygun olacağı kabul edilmektedir[1756].

[1753] Nitekim, maddeler arasında bir bağlantı kurulmadığı sürece, salt yasal düzenlemeden hareketle, 22. maddede öngörülen çalışma koşullarında değişikliğin, feshe alternatif olduğu sonucuna varılamayacağı; bu nedenle, değişikliğin, fesih öncesi başvurulması gereken bir tedbir sayılmasının gerekçesinin, gereklilik ilkesi olduğu öğretide ifade edilmektedir (Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 229).

[1754] "(...) davalının alt işveren uygulamasına rağmen bölümü tamamen kapatmaması, fesihleri aldığı işletmesel karardan sonra değişik tarihlerde uygulaması, aynı nitelikte işçi alımı yapması neden ile tutarlı davranmadığı, davacının işe alım yapılan bazı pozisyonlar için gerekirse kısa süreli meslek içi eğitim verilerek istihdamın sürdürülmesi alternatifinin de uygulanmadığı, başka yerde değerlendirilmesinin düşünülmediği, değerlendirilen işçiler yönünden farkın ortaya konulmadığı ve bu şekilde feshin son çare olması (ilkesine) uyulmadığı anlaşılmaktadır." (Yarg. 9. HD., 3.11.2014, 29039/32050, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtayın bir diğer kararına konu somut olayda, davacı işveren, güvenlik hizmetini dışarıdan satın almaya karar vermesi nedeniyle güvenlik çalışanlarını işten çıkarmıştır. Bununla birlikte, güvenlik görevlisi kadrolarında çalışmakta olan bazı işçiler, kontrol odası, kişisel bankacılık, tahsilat gibi birimlerdeki kadrolara alınmasına ve şirkette, mobil satış temsilcisi ve gişe elemanı unvanlarıyla çok sayıda yeni işçi istihdam edilmesine karşın; turizm otelcilik ön lisans mezunu davacı işçinin iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay, başka görevlerde istihdam edilmeye devam edilen güvenlik görevlilerinin de belirlenmesiyle, davacının eğitim durumu, bilgi ve tecrübesi de dikkate alınarak, banka bünyesinde başka bir görevde değerlendirilmesinin olanaklı olup olmadığının, yani feshin son çare olarak yapılıp yapılmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Yarg. 7. HD., 26.10.2015, 17581/20633, Kazancı İçtihat Bankası).

[1755] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43, 49; Süzek, **İş Hukuku**, 640 vd., 715-716; Engin, **İşletme Gerekleri**, 101.

[1756] Kar, "**Ölçülülük**", 66; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 198 vd. Yargıtaya göre de, "İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkanı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir." (Yarg. 9. HD., 23.3.2016, 573/6981, Kazancı İçtihat Bankası).

İşverenin, önermesi beklenebilecek işin niteliği; sahip olduğu diğer işyerlerinde ya da aynı holding bünyesinde farklı şirketlerde açık bulunan pozisyonları işçiye önermek durumunda olup olmadığı gibi hususların, Fransız Hukukuna benzer biçimde yasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulması yerinde olabilecektir.

Gereklilik ilkesi sonucunda işçinin çalıştığı işin değiştirilmesi, kimi zaman, işçiye bunun için bir eğitim verilmesini de gerektirebilir[1757]. Ancak işverenden, işçinin iş sözleşmesini feshetmek yerine, işçiye vereceği bir eğitimle, onu başka bir görevde istihdam etmesini bekleyebilmek, her zaman olanaklı olmayabilir. Zira, işçinin, verilen eğitim sonucunda yeni işe uyum sağlayıp sağlayamayacağı kesinlik taşıyamayacaktır.

Alman yasa koyucu, bu konuda, işverenden yalnızca katlanılabilir eğitim masraflarına girmesinin beklenebileceğini öngörmüştür[1758]. Gerçekten, işçinin, başka bir pozisyonda görevlendirilebilmesi için işçiye verilecek eğitimin, işverene, altından kalkması güç bir maliyet getirmemesi gerektiği ifade edilmektedir[1759]. Yasada düzenleme olsun ya da olmasın, katlanılabilirlik değerlendirmesi, dar anlamda ölçülülüğe işaret etmektedir. Dolayısıyla, işverenin, feshe alternatif araçlara başvurması gerekliliği değerlendirilirken, tarafların menfaatleri arasındaki adil denge, diğer bir ifadeyle, makul oran gözetilecektir. Fransız Hukukunda da, işverenden beklenebilecek olan eğitimin, işçinin sahip olduğu yetenekleri tamamlayıcı nitelikte bir eğitim olduğu; yoksa işçiye, sahip olduğundan çok daha üst düzey bir nitelik kazandıracak bir eğitim verilmesinin beklenemeyeceği kabul edilmektedir[1760].

Sözü edilen alternatif tedbirler dışında, işyerinin verimliliği ve etkinliğini sağlama yönündeki amaca erişmeyi sağlayabilecek, feshe alternatif ve elverişli diğer araçların da; işyerinde fazla çalışmaların kaldırılması, geçici iş ilişkilerine son verilmesi, kısa süreli çalışma uygulamasına veya tam süreli çalışmadan kısmi süreli

---

[1757] Süzek, **İş Hukuku**, 638; Engin, **İşletme Gerekleri**, 93 vd.; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 206 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 203. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., 3.11.2014, 29039/32050; Kazancı İçtihat Bankası

[1758] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1532; Engin, **İşletme Gerekleri**, 94; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 212.

[1759] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43; Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 548.

[1760] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 548.

çalışmaya geçme gibi yöntemler olabileceği öğretide[1761] ve yargı kararlarında[1762] benimsenmiş bulunmaktadır.

Örneğin işçinin ücretinin düşürülmesi gibi, sözleşmesinde esaslı bir değişikliği kabul etmesi, ancak sözleşmenin devamının tehlikeye düştüğü istisnai bir halde, işçinin ekonomik riski kısmen üstlenmesi anlamına gelmektedir. Bu durumun, ekonomik kriz süresi ile sınırlı ve geçici olduğu kabul edilmelidir[1763].

Bir diğer alternatif, bu kez ekonomik riskin, toplumun geneline yayılması anlamına gelen, kısa çalışma uygulaması olabilecektir (4447 s. Kanun ek m. 2)[1764]. Bunun da ötesinde, işletme rizikosunu, işçinin üstlenmesi anlamına gelen ve fesihten önce başvurulabilecek, en ağır alternatif, ücretsiz izin sayılmalıdır[1765].

Belirtilen alternatif tedbirlerden fazla çalışmaların kaldırılmasının, işletme gerekleriyle feshe alternatif olmadığı da ileri sürülmekte; hatta yargıcın, işverenden bunu beklemesinin, işletmesel karar alma hakkına hukuka aykırı bir müdahale sayılacağı da kabul edilmektedir[1766]. Fazla çalışmanın kaldırılmasının, feshe göre daha hafif bir tedbir olup olmadığının belirlenmesinde, bu çalışmanın, işyerinde hangi sıklıkta yapıldığının etkili olacağı da belirtilmektedir[1767]. İşyerinde, arızi olarak

---

[1761] Günay, "**İş Güvencesi**", 191-192; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 47 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 205; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 235 vd.

[1762] "İşletmesel kararla varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca fesih, son çare olmalıdır." (Yarg. 7. HD., 8.10.2015, 14977/18528; Yarg. 9. HD., 12.2.2015, 1199/6314, Kazancı İçtihat Bankası). Bir diğer kararında Yargıtay, fesih öncesinde başvurulması gereken alternatif tedbirlere ayrıntısıyla yer vermiştir: "*(...) şirketin ekonomik durumu değerlendirilip davacının istihdam fazlası olup olmadığı, işletmesel kararın tutarlı ve keyfilik ve ölçülülük denetimlerinin yapılarak özellikle fesih öncesi ne tür tedbirlerin alındığı somut olarak belirlenmeli, yine davacının beyanlarında fason üretime devam edilip edilmediği, bazı işçilere eve iş verilip verilmediği, fesihten önce kısa çalışma ödeneğine başvurulup başvurulmadığı, fazla mesailerin devam ettiği de dikkate alınarak fesihten önce yıllık izinlerin tamamen kullandırılması ve borçlandırılması gibi fesih öncesi tedbirlerin alınıp alınmadığı fesihten önce Kasım ayında aynı görevde işçiler alındığı yönündeki tespit gereği bu işçilerle davacının aynı işlerde çalışıp çalışamayacağı (...) işyerinde taşeronlaşma yolu ile asli işlerde taşeron işçisi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve bu yolla işverenin yeni işçi temin edip etmediği hususları gerekçeli ve anlaşılır bir şekilde sorgulanarak neticede feshin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı somut verilerle ortaya konulmalıdır*." (Yarg. 7. HD., 7.10.2015, 16086/18477, Kazancı İçtihat Bankası).

[1763] Engin, İşletme Gerekleri, 104.

[1764] Bkz. Nurşen Caniklioğlu, "Ekonomik Krizde Gelir Güvenceleri (İşsizlik Sigortası, Kısa Çalışma Ödeneği ve Ücret Garanti Fonu)", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. yıl Toplantıları**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, 97 vd.; Engin, **İşletme Gerekleri**, 105 vd.; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 252 vd.

[1765] Engin, **İşletme Gerekleri**, 106 vd.

[1766] Engin, **İşletme Gerekleri**, 92-93.

[1767] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 242.

fazla çalışma ihtiyacı ortaya çıkıyorsa, bu halde bunun kaldırılmasının, feshe alternatif oluşturamayacağı açıktır.

Alternatif tedbirlere, fesihten önce başvurulması gerekliliğinden söz edilebilmesinin bir sınırını, üçüncü kişilerin hakları oluşturmaktadır[1768]. Bu yönüyle işçi, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak bakılması gerektiği için, öncelikle diğer işçilerin iş sözleşmesinde değişiklik yapılabileceğini ileri süremeyecektir. Zira, ölçülülük değerlendirmesi, işveren ile feshe muhatap işçinin menfaatleri arasında yapılmakta; bu ilke, işçiye, üçüncü kişilerin olumsuz etkileneceği alternatif tedbirlere öncelikle başvurulması gerektiğini ileri sürme hakkı tanımamaktadır. İşverenin başvurmasının beklenebileceği, feshe alternatif tedbirler, bu açıdan, kural olarak, üçüncü kişilerin rızasına bağlı olan tedbirler olamayacaktır. Gerçekten, Alman Hukukunda da, işverenin, bazı işçilerin iş sözleşmesini feshetmek yerine, işyerinde çalışma saatlerinin genel olarak düşürülmesi biçimindeki esaslı değişikliğe başvurmasının beklenemeyeceği kabul edilmektedir[1769]. Ne var ki, işverenin, işletmesel karar özgürlüğü doğrultusunda, bu yöndeki bir kararı bizzat alarak uygulamasında veya işçilerin, Alman Hukukundaki tabirle, *iş için ittifak* kurmalarında bir engel bulunmamaktadır[1770].

Az önce değinildiği üzere, her ne kadar dar anlamda ölçülülük değerlendirmesinin, işletme gerekleriyle fesihte uygulanma alanı bulmadığı ya da bu tür fesihte pratik bir önem arz etmediği için uygulanmasına gerek kalmadığı, öğretide ifade edilmiş olsa da[1771]; istisnai hallerde, işletme gereklerine dayanan bir fesih, oransız bulunduğu için geçersiz sayılabilecektir. Bu konuya Alman Hukukundan, Alman Federal İş Mahkemesinin oranlılık denetimi yaptığı bir hal olarak, şu örnek verilmektedir[1772]: Her ne kadar işyeri içinden ya da dışından kaynağını alan nedenlerle işyerinde iş gücü fazlalığı ortaya çıkmış, fesih gerekli hale gelmiş ve sözleşmesi feshedilen işçinin, artık iş gücüne ihtiyaç duyulmuyor olsa da; kıdemli ve yaşlı olan bir işçinin, yaşlılık aylığına hak kazanmasına çok kısa bir süre kala sözleşmesinin feshedilmesi halinde; feshin elverişli, gerekli ancak oransız olduğu tespit edilebilecektir. Gerçekten, işveren, ekonomik gerekçelerle, son çare olarak

---

[1768] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 132 vd.; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 48.
[1769] Engin, İşletme Gerekleri, 93.
[1770] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 134-135; Engin, **İşletme Gerekleri**, 93;
[1771] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1529; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 197.
[1772] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1530.

fesih yoluna başvurmuş ve bu yönde korunması gereken haklı bir menfaate sahip olsa da; sözü edilen koşullarda, işçinin menfaatlerinin oransız biçimde zedelenmesi nedeniyle, fesih de oransız, dolayısıyla ölçüsüz ve geçersiz sayılmalıdır[1773].

Bu durum, kuşkusuz, işçinin iş güvencesinden yararlanması için en az altı ay çalışmış olması koşulunu sağlamasına birkaç gün kala iş sözleşmesinin, işveren tarafından feshinde ve benzer biçimde çalışma süresi bir yılı doldurmak üzereyken, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi neticesinde işçinin kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakılmasında karşımıza çıkan, işçinin; gerekli olarak nitelendirilebilecek olan bir fesihle, menfaatlerinin oransız zedelenmesi halini akla getirmektedir.

İşverenin, salt, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olmak için, altı ayın dolmasına kısa süre kala iş sözleşmesini feshinin yaptırımının, işçinin henüz iş güvencesi kapsamında sayılmaması nedeniyle; kötüniyet tazminatı olması gerektiği ileri sürülmektedir[1774]. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, fesih hakkını kötüye kullanan işverenin, işçiyi iş güvencesinden yararlandırmama yönündeki amacına bu yolla ulaşabilmesi nedeniyle; işçinin iş güvencesinden yararlanması ve bu halde de feshin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi gerektiği görüşü de benimsenmiştir[1775].

Konuya ilişkin olarak Yargıtay da, önceki kararlarında bu son görüşe uygun biçimde, dürüstlük kuralının bir gereği olarak işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması gerektiğini kabul etmiştir[1776]. Ne var ki, daha yeni tarihli kararlarında Yargıtay, altı aylık sürenin dolmasına kısa bir süre kala yapılan fesihte, işverenin geçerli bir nedene dayanmasına gerek olmadığına, diğer bir deyişle işçinin

---

[1773] Bkz. Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37; Süzek, **İş Hukuku**, 620-621.

[1774] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 978-979; Alpagut, "**İş Güvencesi**", 208-209; Özkaraca, "**Eleştirel Bakış**", 102; aynı yazar, "İş Güvencesinin Kapsamı", **Prof. Dr. Turhan Esener II. Uluslararası İş Hukuku Kongresi**, yayımlanmamış tebliğ, 21.

[1775] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 384; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 189; Süzek, **İş Hukuku**, 604-605; Güzel, "**İş Güvencesi**", 34; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 266; Gizem Sarıbay, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, İstanbul, Legal, 2007, 70.

[1776] "Somut uyuşmazlıkta 26.01.2011 tarhinde işe başlayan davacının iş sözleşmesi 25.07.2011 tarihinde, ay olarak süreye vurulduğunda 5 ay 29 gün sonra davranışlarından kaynaklanan nedenle, ancak savunması alınmadan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Öncelikle davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilip, savunması alınmadığından geçerli nedene dayanmadığı gibi altı aylık kıdem koşuluna bir gün kala iş sözleşmesinin bu şekilde feshi dürüstlük kuralına aykırıdır. Davalının davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaması amacı ile hareket ettiği açıktır. Diğer taraftan davacının başlangıç olan 26.01.2011 tarihi ile fesih bildirimi yapılan 25.07.2011 tarihinde çalıştığından, altı aylık kıdeme sahip olduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarı ile mahkemece davacının iş güvencesi hükümlerinden faydalandırılması ve feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir." (Yarg. 9. HD., 1.4.2013, E. 2012/35856, K. 2013/10606, Legalbank). Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 15.10.2010, E. 2009/30688, K. 2010/29172 (Legalbank).

iş güvencesinden yararlanamayacağına hükmetmiş bulunmaktadır[1777]. Yargıtaya göre, "*Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin işyerinde 15.08.2011 tarihinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başladığı, işveren tarafından iş sözleşmesi feshinin 14.02.2012 tarihinde davacıya işçiye bildirildiği, davacının da kabulünde olduğu üzere bu tarihe göre davacı işçinin davalı işveren nezdinde hizmetinin 5 ay 29 gün olduğu anlaşıldığından davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı kabul edilerek davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsizdir*".

Somut olayın koşulları, karar metninden anlaşılamamakla birlikte, önceki kararlarından farklı olarak, Yargıtayın, bu kararda, işverenin kötü niyetli hareket edip etmediğini araştırmadığı anlaşılmaktadır. Kararda, altı aylık süre dolmadan, işverenin, geçerli bir neden ileri sürmek zorunda olmaksızın iş sözleşmesini feshedebileceği vurgulanmıştır. Somut olayda, Yargıtayın, altı aylık sürenin dolmaması ve fesih hakkının kötüye kullanılması gibi bir durumun tespit edilmemesi üzerine, işçinin iş güvencesi kapsamında yer almadığına karar vermiş olması da düşünülebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, karar, dürüstlük kuralının ihlali niteliğindeki bir davranışın varlığı halinde ise, Yargıtayın, yine, kötüniyet tazminatına hükmetmek yerine; işçiyi iş güvencesinden yararlandırarak, iş sözleşmesinin geçersizliğine karar vereceği yönünde emareler taşımaktadır. Zira Yargıtay, kararında, şu ifadelere yer vermiştir: "*Altı aylık süre zarfında iş sözleşmesinin feshinde 18'nci maddede düzenlenen geçerli sebepler aranmaz. Süreli fesih yoluyla iş sözleşmesinin feshi mümkündür. Ancak, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla, işverenin iş sözleşmesini altı aylık sürenin bitimine bir kaç gün kala feshetmesi, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabilir*".

Önemle vurgulayalım ki, işverenin, salt işçinin iş güvencesinden yararlanmasına engel olma amacıyla iş sözleşmesini, altı aylık sürenin dolmasına çok az süre kala feshetmesi, kanımızca, işverenin, kendisine bu altı aylık süre zarfında tanınan fesih hakkını kötüye kullanması, diğer bir deyişle, feshe amacına aykırı olarak başvurması anlamına gelmektedir. İşverenin bu yöndeki kötü niyetinin ispat

[1777] Yarg. 9. HD., 27.2.2014, E. 2013/11619, K. 2014/6329 (www.karara.com); aynı yönde bir diğer karar (Yarg. 9. HD., 12.12.2016, 759/21824) ve değerlendirmesi için bkz. Özkaraca, "**İş Güvencesinin Kapsamı**", 21.

edilmesi halinde, hakkını kötüye kullanarak ulaşmak istediği amaca, ulaşamaması ve işçinin iş güvencesi kapsamında sayılması daha isabetli olacaktır.

Bu konuda işverenin kötü niyetinin ispatının ise, kolay olmadığı açıktır. Bu kapsamda, tartışmalı olan bu hususun, dar anlamda ölçülülük (oranlılık) ilkesi çerçevesinde düşünülmesinin de mümkün olabileceği kanaatini taşımaktayız. Buna göre, her ne kadar işveren, altı ay dolmadan, geçerli bir neden ileri sürmeksizin iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olsa da; bu sürenin dolmasına çok yakın bir tarihte yapılan fesihlerde yargıç, işverence izlenen amaç ile işçinin menfaati arasında bir oransızlık olup olmadığını değerlendirebilecektir. İşveren, altı aylık süre dolmak üzereyken yaptığı fesihle, meşru bir amaç izliyor ve kötü niyetli olarak hareket etmiyor olabilecektir. Ne var ki, feshin altı ayın dolmasına çok kısa bir süre kala yapılmasıyla izlenen amaç karşısında, işçinin iş güvencesinden yoksun kalması nedeniyle işinin korunmasına ilişkin menfaatinin oransız/aşırı zedelenmesi, feshin ölçüsüz ve dolayısıyla geçersiz sayılmasına neden olabilecektir.

b) İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesih

İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan fesihte, bu davranışın, geçerli bir fesih nedeni doğurduğunun kabul edilmesinin, işyerinde olumsuzluklara yol açmasına ve iş sözleşmesinin devamının, işveren açısından önemli ölçüde beklenmez hale gelmesine bağlı olduğu kabul edilmektedir[1778]. İşçiden kaynaklanan nedenlere dayanan fesihte, işçinin yetersizliği veya davranışlarının, işyerinde işin akışında neden olduğu aksamaların giderilmesi amaçlanmaktadır[1779]. Dolayısıyla fesih, işyerinde faaliyetin düzgün işleyişi için gerekli bir işlem olarak ortaya çıkmalıdır[1780].

Diğer bir ifadeyle, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih ile izlenen amaç; işçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeye devam etmesi

---

[1778] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 387; Kar, "**Ölçülülük**", 64-65; Günay, "**İşçinin Davranışları**", 62; Güzel, "**İş Güvencesi**", 45. Nitekim 4857 sayılı Yasa m. 18'in gerekçesinde de, "*Bu madde bakımından geçerli sebepler 26 ncı maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. (...) Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir*." ifadelerine yer verilmiştir.

[1779] Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1528. Aynı yönde, Fransız Hukukunda da, feshin gerçek ve ciddi nedene dayanması aranırken; işverenin, iş açısından ortaya çıkan aksamayı gidermek için gerekli bir yola başvurması beklenmektedir. Bu aksamanın, fesihten daha hafif tedbirlerle ortadan kaldırılması olanaklı olduğunda, işverenin fesih işleminin gerekçesiz (*injustifié*) olduğu sonucuna varılmaktadır (Cornesse, **Proportionnalité**, 203).

[1780] Cornesse, **Proportionnalité**, 206.

rizikosundan kaçınmaktır[1781]. İşçinin, sözleşmeyi ihlal eden davranışının, işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini sarstığı kabul edildiğinde, işverenin, tekrar aynı ihlal ile karşılaşma tehlikesini bertaraf edebilmek için feshe başvurması, izlediği amacı gerçekleştirme yönünden elverişli sayılacaktır. İşçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işveren ise, iş görme edimini yerine getirmek için gereken nitelik ve yeterliliğe sahip olmayan işçinin sözleşmesini, ekonomik açıdan katlanılamaz hale gelmesi nedeniyle sona erdirme amacı taşır[1782]. Ancak bu amaca ulaşmak için iş sözleşmesinin feshinin, vazgeçilmez hale gelmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, işveren, meşru bir amaç izliyor dahi olsa, feshe son çare olarak başvurmadığı için, fesih geçersiz sayılacaktır.

İşçiden kaynaklanan nedenlerle fesihte de ölçülülük ilkesi, iş mevzuatımızda açık bir pozitif düzenleme konusu olmamasına karşın; bazı hükümlerin, fesih öncesinde başvurulması gereken yollara işaret ettiği söylenebilecektir. Örneğin, işçinin davranışları ve yetersizliğine dayalı fesihlerde, İşK. m. 19/II uyarınca işveren, öncelikle, işçinin savunmasını almakla yükümlüdür[1783]. Sözü edilen hüküm, fesihte uyulması gereken usulü düzenleyen bir hüküm olmasına karşın; fesih öncesinde, işçinin devamsızlık nedenini açıklamasına olanak yaratacak ve bu yolla devamsızlığının haklı gerekçelere dayandığının ortaya çıkmasını sağlayabilecek bir işlemi zorunlu kılarak; esasında *ultima ratio* ilkesine hizmet etmektedir. Nitekim Yargıtay, işçinin savunmasının alınmaması halinde, sadece bu gerekçeyle, feshin geçersizliğine karar vermektedir[1784].

Benzer yönde, işçinin iş sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranışı ya da yetersizliği, işyerinde yol açtığı aksama nedeniyle, iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılar nitelikte değilse, bu halde işverenin, iş sözleşmesini feshetmeden önce işçiye ihtar vermesi; feshe son çare olarak başvurulması gerekliliğinin bir

---

[1781] Yargıtay kararlarında da, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde izlenen amacın, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarını cezalandırmak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi rizikosundan kaçınmak olduğu vurgulanmaktadır (Yarg. 7. HD., 14.12.2015, 30955/25072; Yarg. 7. HD., 18.11.2015, 11381/22718; Yarg. 9. HD., 17.9.2015, 19926/26048; Yarg. 9. HD., 13.11.2014, 15108/34004; Yarg. 9. HD., 2.10.2014, 11694/29093, Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 110.

[1782] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 188; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 110.

[1783] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 390; Süzek, **İş Hukuku**, 647; Güzel, "**İş Güvencesi**", 84 vd.; Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, 350. Yargıtay da, sık sık rapor alarak devamsızlık yapan işçinin sözleşmesinin feshedilmesinden önce savunmasının alınması gerektiği ve savunma alınmamasının feshi geçersiz kılacağı yönünde hüküm kurmaktadır (Yarg. 9. HD., 1.4.2013, 1519/10622, Kazancı İçtihat Bankası).

[1784] Yarg. 7. HD., 30.4.2014, 2211/9720 (Engin, "**Değerlendirme 2014**", 122).

sonucudur[1785]. İhtar, işçinin, bu davranışını bir daha tekrar etmesine engel olabilecek ya da performansı düşük olan bir işçinin, daha verimli çalışmaya dikkat etmesini sağlayabilecektir[1786]. Zira ihtar, hem bir hatırlatma, hem de bir uyarı niteliği taşır. Böylece fesihle izlenen, aynı hatanın bir daha yapılmaması ya da daha verimli çalışılması yönündeki amaca, ihtarla ulaşarak iş sözleşmesinin sürekliliğini korumak olanaklı olabilecektir[1787]. Aksi halde; işçinin, ihtar edilmeksizin, işyerinde önemli bir olumsuzluk yaratmayan davranışına dayanarak sözleşmesinin feshedilmesi, ölçülülük ilkesine aykırı sayılacaktır. Yargıtay da, işçinin performans düşüklüğü ve sık sık rapor aldığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiği bir somut uyuşmazlığa ilişkin kararında, davacı işçiye bu konuda herhangi bir uyarı yapılmadan, doğrudan iş sözleşmesinin feshedilmesinin, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır[1788].

İhtara rağmen, işçinin, sözleşmeye aykırı davranışı tekrar edeceği ya da yetersizliğinin ortadan kalkmayacağı önceden anlaşılabildiği takdirde ise, ihtarın, feshe alternatif olan; fesihten önce başvurulması gereken elverişli bir tedbir olarak değerlendirilebilmesi olanaklı değildir. Bu halde işverenin, değişebilir nitelikte olmayan bir durum için fesihten önce işçiyi uyarması beklenmemelidir[1789].

aa) İşçinin davranışlarına dayanan fesihte ölçülülük denetimi

Derhal feshi olanaklı kılan haller kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinde işin işleyişini ve işyerindeki uyumu olumsuz etkileyen işçinin davranışları, geçerli bir fesih nedeni sayılabilecektir[1790]. Bu halde, fesih, geçmişteki davranışları cezalandırma amacıyla yapılmıyor olsa da; feshin objektif olarak geçerli olup olmadığının tespitinde; diğer bir ifadeyle, işçinin davranışları konusunda geleceğe yönelik bir tahmin oluşturmada, geçmişteki davranışlar etkili olacaktır[1791].

[1785] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 281 vd.; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 42; Kar, "**Ölçülülük**", 64; Süzek, **İş Hukuku**, 644-645; Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 91; Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 76.

[1786] İşçinin yetersizliği nedeniyle fesih öncesinde ihtarın gerekli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 294.

[1787] Bkz. Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 42; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 191; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 282; Kar, "**Ölçülülük**", 64.

[1788] Yarg. 9. HD., 27.11.2014, 22074/35926 (Kazancı İçtihat Bankası).

[1789] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 42; Süzek, **İş Hukuku**, 645; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 290. Alman Hukukunda da aynı yaklaşımın benimsendiğine ilişkin bkz. Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 91.

[1790] Süzek, **İş Hukuku**, 617; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 390; Güzel, "**İş Güvencesi**", 53 vd.

[1791] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 279.

İşçinin, işyerinde olumsuzluğa neden olan davranışı üzerine iş sözleşmesinin feshi, bu bağlamda, yargıç tarafından ölçülülük denetimine tabi tutulacaktır. İşçinin davranışının yarattığı olumsuzluğun ağırlığı karşısında, fesih, en ağır disiplin yaptırımı olarak nitelendirilebilecektir[1792]. Böylece, işverenin fesihle izlediği amaç, esasında, işçinin söz konusu davranışı bir daha tekrar etmesinin önüne geçmek olduğundan; işverenin aynı amaca, daha hafif başka önlemlerle erişip erişemeyeceği denetim konusu olacaktır. İşçiye ihtar vermek ya da işçinin savunmasının alınması, sözü edildiği gibi, yasanın da feshin öncesinde öngördüğü uygulamalar olmakla birlikte, feshe son çare olarak başvurulması gerekliliği, diğer alternatif araçları da gündeme getirebilecektir.

Örneğin, işçinin, iş sözleşmesini ihlal niteliğindeki davranışı, doğrudan çalıştığı yer ile bağlantılı ise ve çalıştığı yerin değiştirilmesi halinde, sözleşmenin tekrar ihlal edilmesi rizikosu bertaraf edilebilecekse; işverenin, fesih öncesinde, aynı derecede elverişli ancak daha hafif olan bu seçeneğe başvurması aranmalıdır[1793].

Ancak, bunun için, işçinin sözleşmeyi ihlal niteliğindeki davranışını, yeni çalışma yerinde tekrar etmeyeceğine ilişkin objektif beklentilerin bulunması gerektiği ifade edilmektedir[1794]. İşverenin, sözleşmeyi feshetmeden önce işçinin çalışma yerini değiştirmesi gerektiğinden söz edebilmek, aynı zamanda, işverenden bu değişikliği yapmasının beklenebilir olmasına bağlı bulunmaktadır[1795]. Beklenebilir olmanın değerlendirilmesi açısından, işçinin sözleşmeyi ihlal niteliğindeki davranışının ağırlığı ve işyerinde, işçinin çalışabileceği bir başka pozisyonun bulunup bulunmaması önem taşıyacaktır.

İşçinin davranışlarına dayanan bir feshin ölçülü sayılabilmesi, yalnızca, elverişli ve daha hafif araçlara başvurma olanağının bulunmamasına değil; aynı zamanda, işçinin davranışının, işverenin menfaatleri açısından katlanılamayacak bir yük getirmesine bağlı bulunmaktadır[1796]. Ancak bu halde, fesih, işçinin davranışının ağırlığı ile dar anlamda ölçülü olduğu sonucuna varılabilecektir.

[1792] Güzel, "**İş Güvencesi**", 43-44.
[1793] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 202; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 44; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 280 vd.
[1794] Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 44; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 280.
[1795] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 202.
[1796] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 299.

bb) İşçinin yetersizliğine dayanan fesihte ölçülülük denetimi

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde ise, işçinin kusurunun olması aranmadığı gibi; bu durum genellikle işçinin hastalığı biçiminde ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar iş görme konusunda geçici bir elverişsizlik, fesih için geçerli neden sayılamayacaksa da, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere sık sık hastalanma, işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilediğinde, geçerli bir neden teşkil edebilecektir[1797].

Devamsızlığın geçerli neden sayılabilecek ağırlıkta olup olmadığının ve böylece işyerinde hangi andan itibaren olumsuzluk yaratacağı hususunun ise, her somut olayın koşullarına göre, işyerinin büyüklüğü, yapılan işin niteliği, işçinin kıdemi, devamsızlığın diğer işçiler üzerinde iş yükü açısından etkisi gibi hususlar doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[1798].

Ancak, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte, işçinin iradi bir davranışıyla iş sözleşmesinden doğan borcunu ihlal etmesi halinde dahi; ölçülülük ilkesinin uygulanması söz konusu olduğundan; işçinin kusuru bile olmadan işe uygunluğunu kaybetmesinde, feshin ölçülü olması, evleviyetle aranmalıdır.

Böylece feshin elverişli ve gerekli, diğer bir ifadeyle son çare olması; bunun yanında, fesihle izlenen amaç doğrultusunda, işçinin menfaatlerine amaçla oransız bir zarar verilmemiş olması aranacaktır. İşçinin yetersizliği nedeniyle fesihte, dar anlamda ölçülülük ilkesini, Yargıtay, "*İşverenin iş ilişkisini sona erdirmek işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerin tartılmasında işverenin menfaatleri işçininkine oranla daha ağır basmalıdır. Bu hususta genel bir ölçü vermek mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır*." ifadeleriyle ortaya koymaktadır[1799]. Yüksek Mahkemeye göre, sözü edilen menfaat

---

[1797] Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, 187 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 389; Süzek, **İş Hukuku**, 611; Güzel, "**İş Güvencesi**", 51; Kar, "**Ölçülülük**", 65; Günay, "**İşçinin Davranışları**", 69. Fransız Hukukunda da, işçinin hastalık nedeniyle devamsızlığının uzaması ya da sık sık devamsızlık yapmasının, işin yürütülmesinde objektif aksamaya neden olması aranmaktadır (Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 425). Alman Hukukunda ise, işçinin hastalığı nedeniyle yapılan bir feshin sosyal açıdan haklı sayılabilmesi için, işverenin, sözleşmenin feshedilmesindeki çıkarının, işçinin işini koruma yönündeki çıkarından üstün gelmesi gerektiği kabul edilmektedir. Fesih için, işçinin hastalık nedeniyle iş göremezlik durumunun varlığı, tek başına yeterli olmayıp, bu durumun işverene büyük bir yük getirmesi ve sorunun başka biçimde çözüme kavuşturulmasının olanaksız olması aranacaktır (Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, 188-189; Güzel, "**İş Güvencesi**", 51; Alpagut, "**Feshe Karşı Koruma**", 89).

[1798] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 389.

[1799] Yarg. 9. HD., 5.5.2008, E. 2007/35818, K. 2008/11433 (Kazancı İçtihat Bankası).

tartısında, işçinin hastalığının işyerinden veya işverenin işyerinde iş güvenliği tedbirlerini almamasından kaynaklanması, işçi lehine değerlendirilmelidir.

Bu doğrultuda, feshin ölçülü sayılabilmesi için, işçinin, işyerinde, sağlık durumuna uygun bir başka görevde çalıştırılabilmesinin[1800] ya da daha verimli çalışmasını sağlayacak bir eğitimin verilmesinin olanaklı olmaması aranacaktır. Bu, işverenin, işçinin işe uyumunu sağlama borcunun doğal bir sonucudur[1801]. Zira, işçinin yetersizliğinin, işyeri üzerinde yarattığı etkinin ortadan kalkmasını sağlayacak, böylece amaç açısından elverişli ve fesihten daha hafif bir aracın var olması; feshin ölçüsüz ve geçersiz sayılmasına neden olacaktır.

Gerçekten, ölçülülük ilkesi, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde, işçiyi, mesleki bir eğitime tabi tutarak, işyerinde yapılan işe uyumunun sağlanmasını gerektirebilecektir[1802]. İlk olarak, eğitimin, feshe alternatif bir araç olarak görülebilmesi için; işin işleyişinde aksaklığa neden olan yetersizliği ortadan kaldırabilecek nitelikte olması aranacaktır. Ancak bu nitelikteki bir eğitim, elverişli bir araç sayılabilir. İşverenden, bu eğitimin verilmesinin beklenebilmesi için ayrıca, işçinin eğitim sonucunda elde etmesi beklenenleri, öğrenme ve uygulama kabiliyetinin olması; işyerinde, işçinin eğitim sonucu kazanacağı bu özellikleri kullanabileceği bir pozisyonun bulunması; böylece işçiye bu eğitimin verilmesinin, ekonomik açıdan anlamlı olması ve işveren açısından oransız bir zaman kaybı ve masrafa neden olmaması gerekecektir[1803].

Benzer yönde, işçinin performansının düşük olması halinde işveren, ölçülülük ilkesi gereğince, işçinin sözleşmesini feshetmeden önce, performans düşüklüğünün nedenlerini araştırmalı; bu nedenler işçiden kaynaklanmıyorsa ortadan kaldırılması için gereken yapılmalı; işçiden kaynaklanan ve düzeltilmesi beklenebilecek bir neden ise, işçiyi öncelikle uyarma yoluna gidilmelidir[1804].

[1800] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 192; Kar, "**Ölçülülük**", 65.
[1801] Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 418.
[1802] Süzek, **İş Hukuku**, 638; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 203. Yargıtay da, iş sözleşmesi performans düşüklüğü nedeniyle feshedilen işçinin "*(...) başka bir bölgede çalıştırılması yoluna gidilmediği, performansının düşük olduğu noktalarda meslek içi eğitime tabi tutulmadığı ve fesih işleminde ölçülülük ve son çare olması ilkesine riayet edilmediği*" gerekçesiyle, sözleşmesinin feshini geçersiz bulmuştur (Yarg. 9. HD., 8.4.2015, 5014/13582, Kazancı İçtihat Bankası).
[1803] Süzek, **İş Hukuku**, 639, 641; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 203; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 43.
[1804] Bkz. Kar, "**Ölçülülük**", 65.

İşçinin yetersizliğinin; diğer bir deyişle, iş görme edimini yerine getirmesine engel durumun, geçici bir süre için söz konusu olması halinde ise, işverenin, bu geçici iş gücü ihtiyacını, geçici iş ilişkisi kurma, belirli süreli iş sözleşmesiyle işçi istihdam etme veya geçiciliğin süresine bağlı olarak, işyerinde fazla çalışma yaptırma gibi yöntemlerle karşılama olasılığı gündeme gelebilecektir[1805]. İşverenden ne kadar süreyle bu yöntemlere başvurmasının beklenebileceği hususunda ise, her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[1806]. Ancak, İşK. m. 25/I hükmü uyarınca, işçinin kastından, derli toplu olmayan yaşayışından veya içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmayan sağlık nedenleriyle işe devamsızlığının bildirim süresini altı hafta aşması halinde, işverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağı bulunmaktadır[1807]. Şu halde, yasa, bir anlamda, işverenin, işçinin geçici süreli devamsızlığının işyerinde doğurabileceği aksamayı telafi edecek alternatif araçlara başvurmasının beklenebileceği sürenin üst sınırını öngörmüştür.

Sözü edilen alternatif araçlar, işin işleyişinde ortaya çıkabilecek aksamaları bertaraf edebilecek nitelikteyse de; bunların işverene ek maliyet getirmesi nedeniyle, fesih ile aynı düzeyde elverişli sayılıp sayılamayacakları üzerinde durulmuştur[1808]. Bu alternatif araçların, salt işverene bazı ilave ekonomik yükler getirmelerinin ise, bütünüyle değerlendirme kapsamı dışında kalmalarına neden olmasının isabetli olmayacağı; burada, yargıcın, ek maliyetin işveren açısından katlanılabilir olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır[1809].

İşçinin yetersizliğine dayalı feshin dar anlamda ölçülülük denetiminde, işçinin hastalık durumunun geçiciliği, işçinin bu durumunun kusuruna dayanıp dayanmaması, işçinin kıdemi ve iş ilişkisi süresince işi aksatacak bu tip durumlara ne derece sebebiyet verdiği gibi hususlar, sonuca etkili olacaktır.

[1805] Bkz. Alp, "**Ölçülülük İlkesinin Uygulanması**", 1528; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 192-193; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 303.
[1806] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 203.
[1807] Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, 247 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 611; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 451.
[1808] Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 193; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 303 vd.
[1809] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 304; Kılıçoğlu/Şenocak, "**Ölçülülük ve Ultima Ratio**", 193.

2. Haklı nedenle fesihte ölçülülük denetimi

İş sözleşmesinin bildirimsiz olarak, derhal feshedilmesinde, haklı bir nedenin varlığı aranmakta olup; bu haller İşK. m. 24 ve 25'te öngörülmüştür[1810].

Feshin sonuçları açısından farklılık arz eden geçerli ve haklı nedene dayanan fesihleri, birbirinden ayırt etmek, mutlaka gerekli olup; Yasada konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, fesihte haklı-geçerli neden ayrımı, öğreti görüşleri ve yargı kararları ile şekillenmektedir[1811]. Bu doğrultuda, geçerli nedenlerin, haklı nedenler kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinin normal işleyişini olumsuz etkileyen haller olduğu kabul edilmektedir[1812]. Haklı nedenler ise, ortaya çıktığında, bildirim süresi içinde dahi iş sözleşmesini sürdürmenin, dürüstlük kuralı gereğince taraflardan beklenemeyeceği durumları oluşturmaktadır[1813]. Nitekim TBK, bu esası, pozitif düzenlemeye kavuşturmuş bulunmaktadır. TBK m. 435/II uyarınca, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılmaktadır[1814]. Yasal düzenlemede, 25. maddede olduğu gibi, haklı fesih nedeni sayılabilecek hallerin sayılması yöntemi yerine, TBK m. 435 hükmündeki gibi bir tanım getirilmesi, haklı nedenin niteliğini daha iyi ortaya koyduğu gibi, yabancı hukuk sistemleri ile de paralellik arz etmektedir.

[1810] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 439 vd.; Süzek, **İş Hukuku**, 717 vd.

[1811] Ekleyelim ki, geçerli neden ile haklı neden kavramlarını, sonuçlarının farklılığı dolayısıyla birbirinden ayırt etmenin gereği ve önemi yanında; İşK. m. 18 ve 25 hükümlerinin düzenleniş biçimi, bu ayrımı ortaya koyabilmekten uzak olduğu için eleştirilmektedir. Zira iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshini gerektiren, m. 18 hükmünün gerekçesinde örnek niteliğinde sayılan haller; sadece ağırlık farkı dolayısıyla aynı zamanda m. 25 hükmünde haklı neden olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, haklı nedenle feshe ilişkin hükümlerin, Alman ve Fransız Hukuklarına benzer yönde, haklı nedenin niteliğini ortaya koyabilmesi yönünde bir yasa değişikliğinin yapılmasının yerinde olacağı, öğretide ifade edilmiştir (Güzel, "**İş Güvencesi**", 40-42; aynı yazar, "**Eleştirel Yaklaşım**", 274 vd.). Nitekim, TBK m. 435 ile öngörülen düzenlemenin bu görüşe paralel olduğu dikkat çekmektedir.

[1812] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 387; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 37; Günay, "**Öneriler**", 159; aynı yazar, "**İş Güvencesi**", 189; aynı yazar, "**İşçinin Davranışları**", 68.

[1813] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 439; Süzek, **İş Hukuku**, 717; Engin, **İşletme Gerekleri**, 12; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 419.

[1814] Bkz. Polat Soyer, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", **Sicil**, Haziran'11, 14-16; aynı yazar, "**Genel Hizmet Sözleşmesi**", aynı yazar, "**Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri**", 37-41; 191-194; Doğan Yenisey, "**Genel Hizmet Sözleşmesi**", 100 vd.; aynı yazar, "Hizmet Sözleşmesi", 330 vd.; Erdem Özdemir, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", **Sicil**, Eylül'12, 38-39; Ender Gülver, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi", **Legal İHSGHD**, 31/2011, 1000 vd.; Başak Güneş/Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, 2011/3, 277 vd.; Karaçöp/Yamakoğlu, "**Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümler**", 134 vd.

Alman Medeni Kanunu, haklı nedenle, derhal feshi düzenlerken, sözleşme taraflarının menfaatleri tartıldığında, iş ilişkisinin bildirim süresinin ya da sözleşme süresinin sonuna kadar devamı beklenemeyecek ise, sözleşmenin derhal sona erdirilebileceğini öngörmüştür (BGB §626)[1815]. Alman Hukukunda da, bu hususun tespitindeki kıstas, dürüstlük ilkesi olmaktadır[1816].

Fransız Hukukunda, işverenin, bildirim süresine uymak zorunda kalmaksızın iş sözleşmesini feshedebilmesi, işçinin, disiplin suçu niteliğinde kusurlu bir davranışının bulunmasına bağlıdır[1817]. Bu halde işçinin kusuru, bildirim süresi içinde iş sözleşmesinin devamını beklenemez kılmaktadır.

Sözleşmenin geçerli nedenle feshini olanaklı kılan haller ile haklı nedenle derhal feshini gerektiren haller arasındaki temel ayrım, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması veya çökmesiyle açıklanabilecektir[1818]. Sözleşmeye devamın, taraflardan beklenememesi kıstası, geçerli nedenle fesih için de, haklı nedenle fesih için de feshin ölçüsü olmakla birlikte, aralarında bir nicelik farkı bulunmaktadır[1819]. Gerçekten, işçinin davranışları sonucunda, dürüstlük kuralı gereği, işveren için sözleşmeye devam çekilmez hale gelmiş ve aralarındaki güven ilişkisi çökmüşse, fesih için haklı bir nedenin varlığından söz edilebilir. Ne var ki, sözleşmeye devam tamamen çekilmez hale gelmemiş olmakla birlikte; iş sözleşmesinin sürdürülmesi, işverenden, makul ölçüler içinde beklenemiyorsa, bildirimli fesih hakkı kullanılabilecektir[1820].

İşçinin sözleşmeye aykırı davranışının, geçerli bir fesih nedeni mi, yoksa haklı bir fesih nedeni mi olduğunun belirlenmesinde ölçülülük ilkesi de etkili olacaktır[1821].

[1815] Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 33; Eyrenci, "**Ölçülülük Denetimi**", 38; Güzel, "**İş Güvencesi**", 37; Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 71-72.

[1816] Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 33; Güzel, "**İş Güvencesi**", 37.

[1817] Auzero/Dockès, **Droit du travail**, 612-613; Peskine/Wolmark, **Droit du travail**, 419 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, **Droit du travail**, 427; Güzel, "**İş Güvencesi**", 39.

[1818] Süzek, **İş Hukuku**, 618-619; Engin, **İşletme Gerekleri**, 12; Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 314.

[1819] Engin, **İşletme Gerekleri**, 33.

[1820] Bkz. Yarg. 7. HD., 18.11.2015, 11381/22718; Yarg. 7. HD., 19.10.2015, 17037/19739; Yarg. 9. HD., 2.10.2014, 11694/29093; Yarg. 22. HD., 3.11.2014, 28459/30002 (Kazancı İçtihat Bankası).

[1821] Süzek, **İş Hukuku**, 620; Kar, "**Ölçülülük**", 62; Günay, "**İşçinin Davranışları**", 72. Örneğin, Yargıtayın bir kararına konu somut olayda, davalı işyerinde ürünlerin sayımı ile görevli davacının, sayımda hata yapması nedeniyle, diğer işçilerle birlikte yeniden sayım yapılmış; böylece hata düzeltilmiştir. Davacının, feshe dayanak yapılan bu davranışının, kasten yapıldığı açık olmadığından, haklı nedenle feshin olayın özelliğine göre ağır bir yaptırım olduğu; feshin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve davacıya ihbar ile kıdem tazminatlarının verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Yarg. 9.

Gerçekten, yargıç, somut olayın özelliklerine göre, işçinin feshi gerektiren davranışının ağırlığı ile işverenin feshi arasında bir ölçüsüzlük olup olmadığını denetlemelidir. İşletmeden ya da işçiden kaynaklanan nedenlerle bildirimli fesihte dahi, en ağır sonuç doğuran araç olan feshe son çare olarak yaklaşılması gerektiği kabul edildiğine göre; işçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkının dahi ortadan kalktığı derhal fesih gibi daha ağır bir yönteme, olası tüm diğer elverişli alternatifler sonunda başvurulmasının beklenmesi, kanımızca, evleviyetle gereklidir. Alman Hukukunda da, olağanüstü feshin, başvurulması olanaklı son çare olması gerektiği kabul edilmektedir[1822].

Buna karşın, işverenin haklı nedenlerle fesih hakkını düzenleyen İşK. m. 25 hükmü, feshin son çare olması esasını göz ardı eden ve hatta haklı nedenle fesihte ölçülülük denetimi yapılmasına engel olabilecek, katı bir nitelik taşımaktadır[1823]. Maddede, kazuistik biçimde sayılan hallerin, ölçülülük ilkesiyle çatışan sonuçlar doğuran düzenlemeler olduğu dikkat çekmektedir. Örneğin, maddenin, işçinin bir kez ardı ardına iki işgünü devamsızlığının işverene kolaylıkla fesih olanağı sağlaması gibi, adalet ve hakkaniyet duygusunu zorlayayan sonuçlar doğurduğu ve ikinci fıkrasında yer alan düzenlemelerin, esnek ve geniş nitelik taşıdığı vurgulanmıştır[1824].

Gerçekten, İşK. m. 25/II, g hükmü gereği işveren tarafından fesih için haklı nedenin doğduğunun kabul edilebilmesi açısından, işçinin hükümde belirtilen süre kadar devamsızlığının bulunması ve bu devamsızlığın haklı bir nedeninin olmaması yeterli bulunmaktadır[1825]. Bu konuda yapılacak bir yasa değişikliği ile, bu gibi hallerin, işçiye tazminat haklarının verildiği geçerli fesih nedeni olarak düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir[1826].

İşK. m. 25/II, h hükmü ise, esasında, haklı nedenle fesihte de, feshe son çare olarak yaklaşılması gerektiğini ortaya koyar niteliktedir. Zira, işçinin yapmakla görevli olduğu işi yapmaması nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshi için, kendisine görevin hatırlatılması ve hatırlatmaya karşın işçinin bu görevi yapmamakta

---

HD., 10.3.2014, E. 2012/3400, K. 2014/7616, Legalbank. Ayrıca bkz. Engin, "**Değerlendirme 2014**", 132-133).

[1822] Géa/Kaufmann/Kessler/Michel, "**La rupture du contrat de travail en droit allemand**", 33; Birben, Ölçülülük İlkesi, 313.

[1823] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 101 vd., 318; Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 71.

[1824] Süzek, **İş Hukuku**, 624; aynı yazar, **Kötüye Kullanma**, 25.

[1825] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 458; Süzek, **İş Hukuku**, 725-726; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 229; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 228; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 851 vd.

[1826] Süzek, **İş Hukuku**, 624.

ısrar etmesi aranmaktadır[1827]. Gerçekten, bu hükmün diğer bentlerinden farklı olarak, ikinci fıkranın (h) bendinde, fesihten önce, işçiye işin hatırlatılması ve işçinin yapmamakta ısrar etmesinin aranması, gereklilik ilkesinin bu düzenlemede somutlaştırıldığını göstermektedir[1828]. Hatırlatma ve işin yapılmamasında ısrar olmadan gerçekleştirilen fesih, ölçülülük ilkesine aykırı sayılacaktır.

İşK. m. 25/II, ı uyarınca, işçinin kendi isteği veya savsaması nedeniyle, işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması da, iş sözleşmesinin derhal feshini haklı kılan haller olarak öngörülmüştür[1829]. Hükmün bu haliyle, tarafların menfaatleri arasında bir kıyaslamaya olanak tanımadığı açık olup[1830], işçinin kıdemi, performansı gibi unsurlar, bu düzenlemenin biçimi nedeniyle feshin ölçülülüğü açısından değerlendirme kapsamına alınamayacaktır.

Şu halde, hükmün açıklığı karşısında, işçinin kasten ya da ihmali sonucunda, işvereni, otuz günlük ücretini aşan bir zarara uğratmasının, işveren açısından haklı fesih nedenini doğuracağı hususunda tereddüt bulunmaması gerekir. Hüküm, bu haliyle, diğer haklı neden hallerine benzer biçimde, feshin denetiminde ölçülülük ilkesinin uygulanmasına olanak tanımaz nitelik taşımaktadır[1831]. Buna karşın, ortaya çıkan sonucun, adalet duygusunu tatmin eder nitelikte olmadığı açık bulunmaktadır. İşçinin kusur derecesi fark etmeksizin, zarar miktarının işçinin 30 günlük ücretini aşmasıyla haklı fesih nedeninin doğduğu sonucuna varmak; somut olayda menfaat dengesine ilişkin hiçbir unsur dikkate alınamaması ve ölçüsüz bir feshe geçerlilik tanınması anlamına gelecektir. Nitekim, hükmün doğrudan uygulanması sonucunda, işçinin is sözleşmesinin, kıdem tazminatına hak kazandırmadan, derhal feshedilebilmesinin yarattığı adaletsizlik, Yargıtayın da dikkatini çekmektedir.

Gerçekten Yargıtay, işyerinde kalite kontrol operatörü olarak çalışan işçinin, çocuk bezi üretimi sırasında hatalı üretim yapılmasına ve otuz günlük ücretini aşan

---

[1827] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 102; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 461; Süzek, **İş Hukuku**, 727; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 230; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 228; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 854 vd.

[1828] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 102.

[1829] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 462; Süzek, **İş Hukuku**, 727 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 230; Tunçomağ/Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 229; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, **İş Hukuku**, 857 vd.; Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 72.

[1830] Birben, **Ölçülülük İlkesi**, 322.

[1831] Fevzi Şahlanan, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Nisan 2016)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, 324.

bir zarara neden olmasına ilişkin bir somut uyuşmazlıkta, davacı işçi ile birlikte üç işçinin kusur derecesinin % 42,5; işverenin ise % 50 olmasından hareketle, feshin haklı nedene değil; geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir[1832]. Yargıtay, "*İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. / Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur*." yönündeki TBK m. 400 hükmüne ve bu hükmün gerekçesi ile İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığı olan maddenin uygulamasına dayanarak, işçinin, kusurunun az ve hafif olduğu durumda, sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtaya göre, davacının, hafif kusurlu olduğu hatalı üretimin, işyerinde olumsuzluklara yol açması nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.

İşK. m. 25/II, ı hükmünün doğrudan uygulanmasının sonucunda ortaya çıktığı düşünülen adaletsiz bir sonucun giderilmesi için Yargıtay, somut uyuşmazlıkta, TBK m. 400 hükmünden hareketle, ölçülülük ilkesini, kararına gerekçe yapmıştır. Gerçekten Yargıtay'a göre, " *(...) işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibariyle fesih de bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı, bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke 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. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise geçersiz neden kabul edilmelidir*". Bu gerekçelerle Yargıtay, somut olayın koşulları içinde

[1832] Yarg. 9. HD., 11.3.2015, 1642/10040 (Legalbank). Kararın değerlendirmesi için bkz. Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, 320 vd.

davacı işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin kabul edilmesini, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuştur[1833].

Buna karşın, sözü edilen karara ilişkin incelemesinde *Şahlanan*, öncelikle, TBK m. 400 uyarınca, işçinin hafif ihmali ile verdiği zarardan sorumlu tutulmamasının koşulunun, işin zarara yatkın nitelikte olmasına bağlı olmasından hareketle, Yargıtay kararında bu hususun değerlendirilmemiş olmasını eleştirmiştir[1834]. Yazara göre, İşK. m. 25/II hükmünün açık ifadesi nedeniyle, bu hüküm, TBK m. 400 ile uyumlu hale getirilmediği sürece, Yargıtayın vardığı çözüm tartışmaya açık olup; yine maddenin açık ifadesi, ölçülülük ilkesine başvurulmasına da engel teşkil etmektedir[1835]. Bununla birlikte yazar, m. 25/II, ı hükmünün, kıdem tazminatı ile olan bağlantısı doğrultusunda, özellikle kıdemli işçiler için ağır bir yaptırım teşkil ettiğini ve Yargıtayın da, yasa hükmünün açıklığına karşın, hükmün doğurduğu adaletsiz sonuçlar nedeniyle ölçülülük ilkesine başvurmak zorunda kaldığını vurgulamaktadır[1836].

Yargıtayın, İşK. m. 25/II, ı hükmünün, ölçülülük ilkesinin uygulanmasına izin vermeyen; fesihte, tarafların karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi konusunda

---

[1833] Yargıtay, aynı gerekçelerle, yaptığı kaza ile otuz günlük ücretini aşan miktarda zarara neden olan çöp kamyonu şoförü olan davacı işçinin, kusur derecesinin %10 olarak tespit edilmesi karşısında, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulünün, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtaya göre, TBK m. 400/II hükmü ile, "*işçinin kusur oranına göre verdiği hasar otuz günlük ücretini aşsa da kusurun daha çok işverende veya başka bir etkende olduğu, işçinin kusurunun daha az ve hafif olduğu durumlarda sorumlu tutulmamasına karar verilecektir*" (Yarg. 9. HD., 29.4.2015, E. 2014/2957, K. 2015/15780, Legalbank). Aynı yöndeki bir diğer karar (Yarg. 9. HD., 26.2.2015, 263/8255) ve değerlendirme için bkz. Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 63 vd.

[1834] Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, 323-324. Öğretide, TBK m. 400 hükmünden önce, işçinin özen borcunun belirlenmesinde, işin zarara yatkınlığının dikkate alınmıyor olması ve işçinin, hafif kusuruyla neden olduğu zarardan dahi sorumlu tutuluyor olmasına dikkat çekilmektedir. Hükümde, işin tehlikeli olup olmamasının, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir ölçüt olarak belirlenmiş olması yerinde olmakla birlikte; bu hükmün İşK. m. 25/II, ı ile ilişkisinin kurulması konusu tartışmaya açık bulunmaktadır. Bu noktada, işin taşıdığı tehlikeli nitelik sonucunda ortaya çıkan zararlar, TBK m. 400 uyarınca işletme rizikosuna dahil sayılacağından, işçinin hafif ihmali durumunda, sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilecektir. Bu doğrultuda, tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir zararın, haklı fesih nedeni sayılamayacağı sonucuna varılmalıdır (Bkz. Soyer, "**Genel Hizmet Sözleşmesi**", 14-15; aynı yazar, "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, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 171-173; aynı yazar, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", **Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2008, 153-155; Doğan Yenisey, "**Genel Hizmet Sözleşmesi**", 85-86; Süzek, **İş Hukuku**, 626-627). Ekleyelim ki, TBK m. 400/II hükmü ile getirilen "işin tehlikeli olup olmaması" ölçütünün, işçinin göstermesi beklenen özen derecesinin belirlenmesinde dikkate alınmayacağı; ancak, işin mesleki bir risk taşıması durumunda, bunun, işçinin ödemekle yükümlü olduğu tazminatta indirim nedeni sayılacağı belirtilmektedir (Gaye Baycık, **Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, 112).

[1835] Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, 324-325.

[1836] Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, 325.

yargıca takdir alanı bırakmayan katı düzenlemesinin, gerek TBK m. 400 gerek ölçülülük ilkesiyle daha adil sonuçlar doğurması konusundaki gayreti, esasında, son derece olumlu karşılanmalıdır[1837]. Ne var ki, TBK m. 400/II hükmü, mehaz İsviçre Borçlar Kanununa paralel biçimde uygulanmak istendiğinde, öğretide vurgulandığı üzere, işin tehlikeli bir nitelik taşıyıp taşımadığı ve böylece zararın işletme rizikosu içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulması yerinde olacaktır. Zira, işin mesleki bir risk taşıması halinde işçinin tazminat yükümlülüğünde indirim söz konusu olabilmektedir[1838]. Bunun yanında, İşK. m. 25 hükmünün, *de lege ferenda* olarak, feshin son çare olması ilkesiyle uyumlu biçimde yeniden kaleme alınması ve m. 25/II, ı ile TBK m. 400 arasında bir bağlantı kurulması gerektiği açıktır. Aksi halde hüküm, Yargıtayın, adil olmayan sonuçların doğmasına engel olmak adına, hükmün lafzı ile feshin ölçülü olması gerekliliği kıskacında kalmasına neden olmaktadır

[1837] Ekleyelim ki, öğretide isabetle belirtildiği üzere, TBK m. 400/II'nin uygulanması sonucunda işçinin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde, İşK. m.25/II, ı uyarınca bir haklı fesih nedeni doğmuş sayılmayacağından, bu konuda ölçülülük ilkesine başvurmak gereksiz hale gelmektedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca feshin ağır bir yaptırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu, ancak fesih için haklı bir nedenin varlığının bulunması durumunda gündeme gelebilecektir (Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 69-70).

[1838] Bkz. Baycık, **İşçinin Sorumluluğu**, 112; Astarlı, "**Değerlendirme 2015**", 65.

SONUÇ

İş ilişkilerinde ölçülülük ilkesini inceleme konusu yaptığımız bu çalışma sonucunda, bazı saptamalar yapmadan önce, başlangıçta ifade ettiğimiz bir noktaya tekrar vurgu yapmak gerekir. Adaletin simgesinin terazi olması, bir rastlantı olmayıp; hukukta, "*ya hep ya hiç*" kuralının hüküm ifade etmediğinin; asıl olanın ise adil bir denge olduğunun göstergesidir. Gerçekten, hukukun diğer dallarında olduğu gibi, iş hukukunda da, ne yetki ne de özgürlükler mutlaktır. Yetkiler ve özgürlüklerin bir arada var olması ise, karşılıklı ödün vermeyi, diğer bir ifadeyle *pratik uyuşumu* ve bu ödünün, hangi andan itibaren ihlal teşkil edeceğinin belirlenmesini gerektirir. Bunun yanıtı, müdahalenin ölçülü sayılamayacağı anın tespitinin ardında yatar.

Böylece, pek çok hukuki uyuşmazlığın odağında varlığını hissettiren ancak kimi zaman örtülü, kimi zaman açıkça uygulanma alanı bulan ölçülülük ilkesi, kendi içinde bir paradoksu andıran ikili bir işleve sahip bulunmaktadır. Açıklandığı üzere, ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak, hem müdahalenin sınırını çizer, hem de bu sınırlar içinde kalan müdahaleye meşruiyet kazandırmış olur. Ancak bu işlevi sayesinde, birbiri ile çatışma halindeki değerlerin, bir arada, adil bir denge içinde, varlıklarını sürdürebilmelerine olanak tanır.

Üstelik, yargıcın, bu çözüme ulaşmasını sağlayan ölçülülük denetimi, esnek veya diğer bir ifadeyle dinamik olduğu kadar objektif bir denetim metodudur.

Gerçekten, ölçülülük denetimi kapsamında; temel hak ve özgürlüklerin, izlenen meşru amacın gerektirdiği düzeyi aşacak biçimde sınırlanmasına engel olmada, her somut olay, kendi koşulları içinde değerlendiriliyor ve bu koşullara özgü bir menfaat tartısı kuruluyor olsa da; bu, ölçülülük denetiminin içerdiği üçüncü aşama ya da üçüncü alt ilke olan oranlılık denetiminin bir sonucudur. Ölçülülük denetimine objektif niteliğini kazandıran ise, ilk iki aşama olan elverişlilik ve gereklilik alt ilkeleridir: Buna göre, temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile izlenen amaca ulaşmayı sağlayan uygun/elverişli ve amacın gerektirdiği müdahale düzeyini aşmayan bir aracın seçilmesi gerekecektir.

Çatışma halindeki değerlerin birlikte varlığını sürdürmesine en iyi örneklerden biri, işyerinin çatısı altındaki işçi ve işveren menfaatleridir.

Bağımlılık ilişkisi ve işverenin yönetim yetkisi, eşitlik ve özgürlük ile çatışma içindedir. İşverene bağımlı çalışmayı kabul eden işçinin, işverenin müdahalesine açık hale gelen temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması, işçinin insan onurunun korunmasının olmazsa olmaz koşuludur. Eşitlik ise, kişilerin, insan onuru ile sahip olduğu hak ve özgürlükler açısından eşit olmasına işaret eder.

Bu nedenle iş ilişkisinde, eşitlik ilkesi ve işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması karşısında, işverenin yetkilerinin sınırlarının çizilmesinin gerekliliği, artık tartışma konusu dahi değildir. Çözümü güçlük taşıyan sorun, işverenin yetkilerine hangi ölçüde sınır getirileceği ve bunun yansıması olarak, işçinin temel hak ve özgürlükler alanının ne ölçüde müdahaleye uğrayacağıdır.

Yetki – eşitlik arasındaki ölçülülük ilişkisi, özellikle iş sözleşmesinin kurulması ve sona ermesinde, işverenin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlar açısından gündeme gelmektedir. İşveren, işletmesinin menfaatleri doğrultusunda istihdam etmek için en uygun kişiyi seçme ve yine aynı menfaat doğrultusunda, iş sözleşmesini feshedeceği işçileri belirleme özgürlüğüne sahip bulunmakla birlikte; hem ayrım yasakları, hem de belli koşullarla dar anlamda eşit davranma borcu, işverenin bu özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir.

Bunun yanında, işverenin, işçileri arasında yapacağı farklı uygulamaların, eşitlik ilkesinin ihlali sayılmaması; öncelikle, bu uygulamanın, objektif, esaslı ve belirleyici bir mesleki gerekliliğe dayanmasına bağlıdır. Ayrıca, böyle bir meşru gerekçenin varlığına rağmen, işverenin, başvurduğu aracın, izlediği amaçla ölçülü olup olmadığı denetlenecektir. Bu yönüyle başvurulan aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli; alternatif araçlar arasında en az müdahaleci nitelik taşıyan araç olması gerektiği gibi; işçinin menfaatlerine, amaçla oransız, aşırı bir müdahale yapılmamış olması aranacaktır. Böylece ölçülülük, yetki - eşitlik ilişkisinde, müdahalenin kabul edilebilir eşiğinin tespitinde önemli bir işleve sahip olmaktadır.

İş ilişkisinde, yine bir çatışmayı çağrıştıran ve uyumlaştırma ihtiyacını gündeme getiren ikinci ilişki, yetki – özgürlük ilişkisidir. Nitekim, işçinin bireysel ve kolektif özgürlüklerinin, işletmedeki yeri üzerine düşünme, iş hukukunda, ölçülülüğün işlerlik kazanmasını tetiklemiş; ölçülülük ilkesi, işyerindeki özgürlükleri

savunma aracı haline gelmiştir. Zira, ölçülülük ilkesi, yargıca; özgürlüklere yapılan müdahalenin, amacın gereğini aşan, ölçüsüz bir sınırlama olup olmadığını denetleme yetkisi vermektedir. Denetim sonunda, ölçüsüz müdahalenin geçersiz sayılması ya da geçerli görülebilecek düzeye indirgenmesi ile işçinin, işyerinde özgürlüklerini kullanabilmesi, güvence altına alınmaktadır. Bu güvence, belki de en çarpıcı biçimde, işverenin feshe son çare olarak başvurması ve böylece işçinin iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin menfaatinin korunmasında, iş güvencesiyle ortaya çıkmaktadır.

İncelememizde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, iş ilişkisinin başından sona ermesine dek, işletme çatısı altında birlikte varlığını sürdüren zıt menfaatler arasında denge kurulması ihtiyacı doğmaktadır. Bu ihtiyaç karşısında, dengeyi kurmada belirleyici olan ölçülülük esasına başvurulabilmesi için; ölçülülüğün, pozitif bir temele kavuşmuş olmasının ise zorunlu olmadığı; yargıcın pozitif bir normda ifadesini bulmasa dahi, örtülü ya da açık biçimde, ölçülülükten yararlandığı görülmektedir.

Nitekim, Türk Hukukunda, ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, Anayasanın 13. maddesinde açık, pozitif temele kavuşmuş; ancak, sözü edilen pozitif temel öncesinde dahi hem AYM, hem de Danıştay kararlarında referans alınan bir kıstas olmasına benzer biçimde; iş mevzuatımızda yer almayan ölçülülük, Yargıtay tarafından, iş sözleşmesinin feshinde son çare ilkesinin uygulanmasında, başvurulan bir kavram olmuştur.

Fransız iş hukukunda da, işverenin, işletmede tek ve mutlak yetkinin sahibi olamayacağının kabul edilmesiyle, ölçülülük ilkesi, İş Kodu'nda, öncelikle işverenin normatif yetkisinin sınırı olarak öngörülmüş; Fransız Yargıtayı daha sonra bu sınırı, işverenin tüm yetkilerinin sınırlanması açısından geniş yorumlamış; bu içtihat ve bakış açısı, İş Kodu'na işçinin temel hak ve özgürlüklerine yönelebilecek her müdahalenin sınırlanmasına ve ölçülü olması gerekliliğine yönelik L. 1121-1 hükmünde açıkça ifadesini bulmuştur. Kısacası ölçülülük, önce yargı içtihadı ile geliştirilmiş; daha sonra pozitif bir norma dönüşmüştür.

AİHM yargıcının da, ölçülülük kavramı, AİHS'de açıkça yer almamasına karşın; Sözleşme ile güvenceye kavuşturulan hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamaların, demokratik toplumda gerekli olmasını araması ve bu doğrultuda uyguladığı denetim, ölçülülüğün somut bir ifadesidir.

İşte, yargıç tarafından, birbirine zıt menfaatlerin dengelenmesinde, adil denge kavramının ardındaki düşüncede yer alan ölçülülüğün, çözümün odağında olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu doğrultuda belirtelim ki; işverenin, sınırlı sayıda olmadığını vurguladığımız hallerde ve çeşitli yöntemlerle, işçinin temel hak ve özgürlüklerine yapacağı müdahalelerin, yargıç tarafından sınırlarının çizilebilmesi; mutlaka iş mevzuatında pozitif bir düzenlemenin varlığını gerektirmemektedir. Kaldı ki, Anayasanın 11. maddesi uyarınca, Anayasa hükümlerinin bireyler arası ilişkilerde de uygulanması gerekliliği karşısında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlamaya konu olması halinde, AY m. 13 hükmünde yer alan ölçülülük ilkesi, özel hukuk ilişkilerinde de uygulanma alanı bulacaktır.

Ne var ki, Fransız Hukukuna benzer biçimde; işçinin temel hak ve özgürlüklerinin, ölçüsüz müdahalelerle ihlal edilmesine engel olunmasına yönelik, yargıcın izleyeceği yöntemin belirginlik kazanmasını sağlayacak ve iş ilişkilerinin niteliğine uygun bir pozitif düzenlemenin, iş mevzuatına eklenmesi yerinde olabilecektir. Zira, Yargıtayın kararlarında, ölçülülük ilkesine henüz, yalnızca iş sözleşmesinin feshinde son çare ilkesi bağlamında başvurulduğu; işçinin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerin sınırlanması konusunda ise ölçülülük denetiminden yararlanılmadığı dikkat çekmektedir. Özellikle, TBK m. 417 gibi, işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcunu da öngören; bu kapsamda işçinin kişilik hakkına müdahalenin sınırlarını çizen bir hükmün İş Yasasında düzenlenmesinin, iş hukukunun bağımsızlığı, bütünlüğü ve işçinin temel hak ve özgürlüklerine güvence sağlama isteğinin en ön planda tutulduğunun vurgulanması açısından isabet taşıyacak olması gibi; yargının bu konuda ölçülülük denetimine başvurmasının sağlanması için de yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Pozitif bir düzenlemenin yokluğunda dahi; işçinin temel hak ve özgürlüklerinin ölçülülük ilkesi aracılığıyla, yargıç tarafından güvenceye kavuşturulabilmesi için bir engel bulunmadığının altını çizerek; yukarıda yer verilen gerekçelerle, "*İşveren, işçinin kişiliğini koruma borcu altındadır. İşçinin temel hak ve özgürlükleri, iş görme ediminin niteliği gereği meşru bir gerekçe bulunmadıkça ve müdahale, izlenen amaçla ölçülü olmadıkça, sınırlamaya konu olamaz.*" yönündeki bir düzenlemenin İş Yasasında yer alması, *de lege ferenda* olarak önerilebilecektir.

Bunun yanında, ölçülülük ilkesinin, sadece, işçinin hak ve özgürlüklerine müdahalenin ardından, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlemeye yarayan bir mekanizma olarak kalmasına engel olmada en etkili araç, ülkemizde yeteri kadar gelişmemiş olan, yönetime katılma kurumunun yerleşmesi olacaktır.

Zira, temel hak ve özgürlüklerin gerçek bir güvenceye kavuşturulabilmesi, yalnızca müdahale sonrası bir yargı denetimi ile olanaklı olamayacaktır. İşyerinde özgürlüklere müdahale teşkil edebilecek bir uygulamanın, işveren tarafından yürürlüğe konulmasından önce veya bir ihlal söz konusu olduğunda, yargıca başvurmadan önce; işçi temsilcileri ile işverenin karşılıklı görüşmeleriyle ortak bir sonuca varılabilmesi; yargı denetimine gitmeden önce, menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanması olasılığını gündeme getirebilecektir.

Yönetime katılma sistemi, ölçülülük değerlendirmesinin, müdahale sonrası ile sınırlı kalmasına engel olacak; ölçülülüğü, demokratik bir yapının gereği olarak, müdahale öncesine, önleyici bir tedbir olarak taşıyabilecektir. Böylece, henüz müdahale gerçekleşmeden, işçilerin işyerindeki hak ve özgürlüklerine muhtemel müdahalenin ölçüsüz olup olmadığı tartılabilecek; özgürlükler ölçüsüz biçimde sınırlanmak isteniyorsa; müdahalenin, karşılıklı menfaatlerin dengeleneceği, kabul edilebilir düzeye çekilmesi konusunda işveren ve işçi temsilcileri, ortak bir çözüme ulaşabilecektir. Nitekim, 95/46 sayılı AB Yönergesinin 29. maddesine göre oluşturulan Çalışma Grubu da, hazırladığı belgelerde, işçilerin izlenmesi, denetlenmesi ve kişisel verilerinin işlenmesi konularında, ölçülülük ilkesine vurgu yaparken; işverenin gerçekleştirmek istediği uygulamanın, amacıyla ölçülü olup olmadığının değerlendirmesinde, yönetime katılma ve toplu pazarlığın önemine ve menfaatler dengesine en sağlıklı bu şekilde erişilebileceğine işaret edilmiştir.

Böyle bir yaklaşım, demokratik bir yapının gereği olarak, işyerinde, ölçülülüğün, müdahale öncesine, önleyici bir tedbir olarak taşınmasına hizmet edecek ve yönetime katılma sistemi, kuşkusuz, sözleşmenin her iki tarafı için de olumlu sonuçlar doğurmakla kalmayacak, yargının da iş yükünün azaltılmasına önemli bir katkı sağlayacaktır.

Sonuç olarak, ölçülülük ilkesinin, iş ilişkilerindeki menfaat dengesine olan katkısı şöyle özetlenebilecektir: Her somut olayda, olaya özgü koşullar içinde, her defasında farklı menfaatler arasındaki dengeyi kurmaya çalışacak olan yargıç; işçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin sınırlarını çizerken, ölçülülük ilkesi

sayesinde, giderek, bir menfaatler tartısı teorisi oluşturacaktır. Bu yönüyle yargıcın rolünün taşıdığı güçlük ve önem ortadadır. Bunun da ötesinde, yargı denetimi öncesinde dahi; tarafların, olası müdahalenin hangi koşullarla ölçülü sayılabileceği hususunda anlaşabilmesi ve menfaatler arasındaki dengenin, yargı denetimi öncesinde kurulabilmesi; demokratik toplum ile paralel gelişen iş ilişkilerinde, erişilmesi arzu edilen ve bu yönde çaba gösterilmesi gereken bir hedef olmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Abrantes, José João, Contrat de travail et droits fondamentaux, Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit portugais, Frankfurt, Peter Lang, 2000.

Akad, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin/**Bulut**, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 12. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2016.

Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006.

Alp, Mustafa, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi –Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu- (Whistleblowing), İstanbul, Beta, 2013.

Alp, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, Seçkin, 2005.

Antonmattei, Paul-Henri, Les clauses du contrat de travail, Non-concurrence, dédit formation, rémunération variable, mobilité, rupture, Paris, Editions Liaisons, 2009.

Arat Özkaya, Nilay, Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi, "Takdir Yetkisi" ve Bunun Sınırları Üzerine Bir İnceleme, İstanbul, Beta, 2015 (Takdir Yetkisi ve Bunun Sınırları).

Aristote, Éthique à Nicomaque, Livre V Sur la justice, (trad. par Richard Bodéüs), Paris, GF Flammarion, 2008.

Arslan Ertürk, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, On İki Levha, 2010 (Sadakat Borcu).

Arslan Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, Beta, 2011.

Atakan, Arda, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006 (Sınırlama).

Auzero, Gilles/**Dockès**, Emmanuel, Droit du travail, 30^{e} édition, Paris, Dalloz, 2016.

Aydın, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.

Barak, Aharon, Proportionality – Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, 2012.

Bardou, Sophie, Les traitements de données biométriques en entreprise, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Montpellier I, 2010.

Başbuğ, Aydın, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara, İlksan Matbaası, 2008 (Yönetim Hakkı).

Batum, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.

Baycık, Gaye, Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015 (İşçinin Sorumluluğu).

Baycık, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Yayınlanmamış doktora tezi, 2011 (Kişilik Hakkı).

Bèfre, Pierre, La liberté d'expression des salariés, Aix-En-Provence, PUAM, 2013 (Liberté d'expression).

Benichou, Sarah, Le droit à la non-discrimination "raciale", Instruments juridiques et politiques publiques, Thèse de Doctorat Mention Droit public, Présentée et soutenue le 1er décembre 2011, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UFR de Droit et de Science Politique.

Bereket, Zuhal, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, Yetkin, 1996.

Berset Bircher, Valérie, Les systèmes d'information et la vie privée du salarié, Analyse en droit européen, en droit suisse et en droit français, Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit privé Spécialité droit social, Présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013, Université de Strasbourg (Systèmes d'information).

Birben, Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2006 (Ölçülülük İlkesi).

Blanc-Jouvan, Guillaume, Femmes, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 9-10.

Blanc-Jouvan, Guillaume, Clause de non-concurrence, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 18-25.

Braibant, Guy, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Paris, Éditions du Seuil, 2001.

Brunner, Christiane/ **Bühler**, Jean-Michel/ **Waeber**, Jean-Bernard/ **Bruchez**, Christian, Commentaire du contrat de travail, 3e édition mise à jour et complétée, Fribourg, Documents de l'Union syndical suisse, 2010.

Burgorgue-Larsen, Laurence, La Convention européenne des droits de l'homme, 2e édition, Paris, LGDJ, 2015 (ConvEDH).

Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

Cabrillac, Rémy, Droit européen comparé des contrats, Paris, LGDJ, 2012.

Caniklioğlu, Nurşen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul, Beta, 2002.

Caumes, Clémentine, L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université d'Avignon et de pays de Vaucluse, 2010.

Centel, Tankut, İş Hukuku Cilt I Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Kazancı, 1992.

Chalaron, Yves, Règlement intérieur et notes de service, Rép. trav. Dalloz, avril 2003 (dernière mise à jour juin 2014).

Champenois, Gérard/ **Ghozi**, Alain/ **Leveneur**, Laurent/ **Olivier**, Jean-Michel, La personne en droit du travail, sous la direction de Bernard Teyssié, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999.

Cohen-Donsimoni, Véronique, Réglement intérieur et autres normes patronales d'entreprise, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 1-40.

Collet-Thiry, Nicolas, L'encadrement contractuel de la subordination, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2012.

Cornesse, Isabelle, La proportionnalité en droit du travail, Paris, Litec, 2001 (Proportionnalité).

Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul, Beta, 2013.

Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul, Beta, 2000.

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, Beta, 2016.

Çetin, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, İstanbul, XII Levha, 2015 (Çalışanların Hakları).

De Benalcázar, Isabelle, Droit du travail et nouvelles technologies, Paris, Montchrestien, Gualino éditeur, 2003.

Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, 2013.

Demir, Fevzi, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 2003 (İş Güvencesi).

Démoulain, Matthieu, Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012 (Nouvelles technologies).

Dintilhac, Franck, Subsidiarité, Rép. de droit européen, Dalloz, décembre 1999 (actualisation septembre 2012).

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul, Beta, 2014.

Doğan Yenisey, Kübra, La modification du contrat de travail, Etude de droit suisse et de droit français, Genève, Schulthess, 2005 (La modification du contrat de travail).

Dole, Georges, La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail, Paris, LGDJ, 1997.

Dony, Marianne, Droit de l'Union européenne, 4e édition revue et augmentée, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012.

Dural, Mustafa/**Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, İstanbul, Filiz, 2013.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul, Filiz, 2009 (Kişiler).

Ekonomi, Münir, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984.

Engin, E. Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul, Beta, 2003 (İşletme Gerekleri).

Engin, E. Murat, İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul, Beta, 2012.

Engin, E. Murat, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul, BASİSEN yayını, 1993 (İşveren).

Erdut, Zeki, Küreselleşme Bağlamında Uluslararası Sosyal Politika ve Türkiye, İzmir, Dokuz Eylül Yayınları, 2002 (Uluslararası Sosyal Politika).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016.

Erkut, Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, Kavram, 1996 (Hukuka Uygunluk Bloku).

Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin, 2002 (Temel Haklar).

Eyrenci, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.

Fabre, Alexandre, Le régime du pouvoir de l'employeur, Paris, LGDJ, 2010.

Favennec-Héry, Françoise / **Verkindt**, Pierre-Yves, Droit du travail, 4e édition, Paris, LGDJ, 2014.

Favoreu, Louis/ **Gaïa**, Patrick/ **Ghevontian**, Richard/ **Mélin-Soucramanien**, Ferdinand/ **Pena**, Annabelle/ **Pfersman**, Otto/ **Pini**, Joseph/ **Roux**, André/ **Scoffoni**, Guy/ **Tremeau**, Jérôme, Droits des libertés fondamentales, 7e édition, Paris, Dalloz, 2016.

Fin-Langer, Laurence, L'équilibre contractuel, Paris, LGDJ, 2002.

Fevrier, Fabrice, Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet, Les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise, Memoire DEA de Droit Social et Droit Syndical, sous la direction de M. Frédéric Guiomard, 2003 (Pouvoir de contrôle).

Gaillard, Thérèse, Femmes (Travail et emploi), Rép. trav. Dalloz, mars 1996.

Gemalmaz, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta, 2009.

Gemalmaz, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, İstanbul, Legal, 2010 (Genel Teori).

Géniaut, Benoit, La proportionnalité dans les relations du travail, Paris, Dalloz, 2009 (Proportionnalité).

Gourves-Barbier, Martine, La volonté du salarié dans le rapport de travail, thèse de doctorat en Droit, Lyon II, 2010.

Göze, Ayferi, Siyasal Düşünce Tarihi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 6. Baskı, Bursa, Ekin, 2015.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Ekin, 2011 (Genel Teori).

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin, 2000.

Gözübüyük, A. Şeref/**Tan**, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan, 2008.

Grabarczyk, Katarzyna, Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Aix-En-Provence, PUAM, 2008 (Les principes généraux).

Gratton, Laurène-Kirstie, Les clauses de variation du contrat de travail, Paris, Dalloz, 2011.

Guiomard, Frédéric, La justification des mesures de gestion du personnel – Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, Thèse de doctorat en droit soutenue publiquement le 2 décembre 2000, Université Paris X-Nanterre (La justification des mesures).

Guyon, Charles, L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail, Paris, LexisNexis, 2016 (Normes supranationales).

Gülmez, Mesut, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, 2009 (Ayrımcılığın Kaldırılması).

Güzel, Ali /**Okur**, Ali Rıza / **Caniklioğlu**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul, Beta, 2014.

Hatemi, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Helleringer, Geneviève, Les clauses du contrat, Essai de typologie, Paris, LGDJ, 2012.

Hennette-Vauchez, Stéphanie/ **Roman**, Diane, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 2013 (Droits de l'Homme).

Hennion, Sylvie/ **Le Barbier-Le Bris**, Muriel/ **Del Sol**, Marion, Droit social européen et international, Paris, PUF, 2010.

Hernu, Rémy, Principe d'égalité et Principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Paris, LGDJ, 2003.

Hirş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

Jacquelet, Cédric, La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail, Paris, PUAM, 2008 (La vie privée du salarié).

Jaluzot, Béatrice, La bonne foi dans les contrats, Études comparatives de droit français, allemand et japonais, Paris, Dalloz, 2001.

Jean, Sandrine, Droit du travail: Les arrêts décisifs 2007/2008, Paris, Liaisons Sociales, 2008 (arrêts décisifs).

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, 3. Baskı, İstanbul, İmge, 2000.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, Afa, 1998 (Özgürlükler Hukuku).

Kanadoğlu, O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, Beta, 2000 (Anayasal Değerlerin Çatışması).

Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, XII Levha, 2014 (Kişilik Hakkı).

Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Hukuku, 3. baskı, İstanbul, Legal, 2010.

Kocahanoğlu, Osman Selim, Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa – Bir Anayasa Hikayesi, İstanbul, Temel, 1993.

Lanquetin, Marie-Thérèse, Discrimination, Rép. trav. Dalloz, janvier 2010 (dernière mise à jour: juin 2014).

Le Gac-Pech, Sophie, La proportionnalité en droit privé des contrats, Paris, LGDJ, 2000.

Le Tourneau, Philippe/ Poumarède, Matthieu, Bonne foi, Rép. civ. Dalloz, janvier 2009.

Legeais, Raymond, Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, 2e édition, Paris, Litec, 2008.

Lepage, Agathe, Droits de la personnalité, Rép. civ. Dalloz, septembre 2009.

Leroy, Yann, Âge du salarié, Rép. trav. Dalloz, septembre 2011.

Lokiec, Pascal, Droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail, PUF, Paris 2011 (Relations individuelles).

Lokiec, Pascal, Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, Paris, LGDJ, 2004.

Lyon-Caen, Gérard, Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, Paris, La documentation française, 1992.

Lyon-Caen, Gérard/ **Lyon-Caen**, Antoine, Droit social international et européen, 8e édition, Paris, Dalloz, 1993.

Manigot, Vincent, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, Réflexions sur un risque, Neuilly, Lexis Nexis, 2012 (Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise).

Martin, Denis, Égalité et non- discrimination dans la jurisprudence communautaire, Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Bruxelles, Bruylant, 2006 (Égalité et non-discrimination).

Marzal Yetano, Antonio, La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, Thèse de doctorat en droit soutenue publiquement le 7 octobre 2013, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, École doctorale de droit international et européen.

Mekki, Mustapha, L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Paris, LGDJ, 2004 (L'intérêt général).

Metin, Yüksel, Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, Seçkin, 2002 (Ölçülülük İlkesi).

Molinier, Joël, Principes Généraux, Rép. de droit européen, Dalloz, mars 2011 (actualisation juin 2016).

Mollamahmutoğlu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan, 2014.

Montesquieu, Charles Louis, Kanunların Ruhu Üzerine, (çeviren: F. Baldaş), İstanbul, Seç Yayın, 2004.

Muzny, Petr, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, (Tome I, II) (La technique de proportionnalité).

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.

Oğurlu, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara, Seçkin, 2002.

Oğuzman, Kemal / **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul, Vedat, 2016 (Medeni Hukuk).

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 13. Bası, İstanbul, Vedat, 2015.

Öden, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, Yetkin, 2003.

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa, 2002.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, 2002.

Öztan, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara, Turhan, 2014 (Temel Kavramlar).

Perraki, Panagiota, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen (étude comparative des droits français, hellénique, britanique et européen), thèse soutenue le 20 septembre 2013 pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Strasbourg, Spécialité Droit social (La vie personnelle).

Peskine, Elsa/**Wolmark**, Cyril, Droit du travail, 11e édition, Paris, Dalloz, 2017.

Philippe, Xavier, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Paris, Économica, 1990 (Le contrôle de proportionnalité).

Picod, Yves/ **Robinne**, Sébastien, Concurrence (Obligation de non-concurrence), Rép. trav. Dalloz, mai 2009.

Ray, Jean-Emmanuel, Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, Paris, Editions Liaisons, 2001.

Renucci, Jean-François, Droit européen des droits de l'Homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, 6e édition, Paris, LGDJ, 2015 (Droit européen des droits de l'Homme).

Ripert, Georges, Les forces créatrices de droit, Paris, LGDJ, 1955.

Rivero, Jean, Libertés publiques, 9e édition, Paris, PUF, 2003.

Roux, Jérome, Droit général de l'Union européenne, 2e édition, Paris, Litec, 2008.

Sağlam, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013 (Anayasa Hukuku).

Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1982 (Temel Hakların Sınırlanması).

Sarıbay, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, Legal, 2007 (İş Güvencesi Kapsamında Fesih).

Schmitt, Mélanie, Droit du travail de l'Union européenne, Rép. trav. Dalloz, janvier 2011.

Schwarz, Andreas Bertalan, Medenî Hukuka Giriş (Çev. Hıfzı Veldet), İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1942.

Schweingruber, Edwin, Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations, Berne, 1975.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.

Serozan, Rona, Hukukta Yöntem, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 (Kişiler Hukuku).

Servais, Jean-Michel, Droit social de l'Union européenne, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2011.

Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal, 2006 (Müdahalenin Sınırları).

Soyer, Polat, Genel İş Koşulları, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, 1987.

Sudre, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'Homme, 6e édition refondue, Paris, PUF, 2003.

Supiot, Alain, Grandeur et misère de l'État social, Leçons Inaugurales du Collège de France, Fayard, 2013.

Sümer, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Ankara, Seçkin, 2016.

Sümer, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Konya, Mimoza, 1991.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, Beta, 2002.

Süzek, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985.

Süzek, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, Kazancı Yayınları, 1976 (Kötüye Kullanma).

Sweeney, Morgan, L'égalité en droit social, Au prisme de la diversité et du dialogue des juges, Thèse de Doctorat Mention Droit privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, UFR de Droit et de Science Politique (L'égalité en droit social) .

Şahlanan, Fevzi, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Karar İncelemeleri II (Ocak 2011- Nisan 2016), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016 (Karar İncelemeleri).

Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.

Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2005.

Tanör, Bülent / **Yüzbaşıoğlu**, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Beta, 2013 (1982 Anayasası).

Taşkent, Savaş, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2002.

Taşkent, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, Met-er Matbaası, 1981.

Teyssié, Bernard, Droit européen du travail, 5e édition, Paris, LexisNexis, 2013.

Teyssié, Bernard, Union européenne – Égalité dans les relations de travail, JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 92-60 (JurisClasseur Égalité).

Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, Beta, 2014.

Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982 (Eşit Davranma).

Tuncay, A. Can/ Savaş Kutsal, F. Burcu, Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2016.

Tunçomağ, Kenan, İş Hukuku Cilt I Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.

Tunçomağ, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.

Ulucan, Devrim, İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yayını, 2003.

Ulusan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Kazancı, 1990.

Umur, Ziya, Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 696, 1956.

Uncular, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara, Seçkin, 2014 (Kişisel Veri).

Ursini, Carine, Le corps de la personne au travail selon le droit social, Thèse pour le doctorat en droit, Université Lumière Lyon 2, Institut d'études du travail de Lyon, soutenue publiquement le 12 octobre 2013.

Oktay Uygun, Devlet Teorisi, İstanbul, XII Levha, 2014.

Uygun, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, Kazancı, 1992.

Valticos, Nicolas, Droit international du travail, Droit du travail publié sous la dir. de G. H. Camerlynck, tome 8, 2e édition, Paris, Dalloz, 1983.

Verdier, Jean-Maurice/**Coeuret**, Alain/**Souriac**, Marie-Armelle, Droit du travail, Volume 2, Rapports invidividuels, 16e édition, Paris, Dalloz, 2011 (Rapports individuels).

Villey, Michel, La formation de la pensée juridique moderne, Paris, PUF, 2009.

Villey, Michel, Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2001.

Viottolo-Ludman, Agnés, Égalité, Liberté et Relation contractuelle de travail, Aix-en-Provence, PUAM, 2004 (Égalité, Liberté).

Wandji Kemadjou, Gill Bertrand, Les droits et libertés fondamentaux du salarié: réflexion sur la hiérarchie des normes, Thèse pour le Doctorat en Droit privé, présentée et soutenue le 14 septembre 2007, Université Panthéon-Assas (Paris II).

Waquet, Philippe, L'entreprise et les libertés du salarié, Du salarié-citoyen au citoyen-salarié, Paris, Editions Liaisons, 2003 (L'entreprise et les libertés).

Wyler, Rémy, Droit du travail, 2e édition revue et complétée, Berne, Stämpfli, 2008.

Xynopoulos, Georges, Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, Paris, LGDJ, 1995 (Proportionnalité).

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, Beta, 2010.

Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 (Eşit İşlem).

Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını no:3762, 1993 (Anayasallık Bloku).

Makaleler

Adam, Patrice, "La religion dans l'entreprise, L'art (difficile) des limites", RDT, 2016.532 (La religion dans l'entreprise).

Adam, Patrice, "SMS, vie privée et portable professionnel: histoire (courte) d'un Homme 'sans territoire'", RDT, 2015.191 (Vie privée et portable professionnel).

Adam, Patrice, "Affaire Baby-Loup: vues du sommet", RDT, 2014.607.

Adam, Patrice, "La dignité du salarié (Deuxième partie)", RDT, 2014.244.

Adam, Patrice, "Baby Loup: horizons et défense d'une jurisprudence anathème", RDT, 2013.385.

Adam, Patrice, "La volonté du salarié et l'individualisation des rapports juridiques de travail", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 31-46.

Adam, Patrice, "Le fait religieux et l'entreprise: un pacte, une délibération. Et la lumière fu(i)t?", RDT, 2011.314.

Adam, Patrice, "Entreprise sans foi... ni voile?", RDT, 2011.182.

Akı, Erol, "İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu", Sicil, Haziran'09, 134-141 (Eşit İşlem).

Akın, Levent, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", Sicil, Mart'06, 149-158.

Aktekin, Şeyda, "İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi", Sicil, Aralık'10, 269-277.

Akyiğit, Ercan, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", Çalışma ve Toplum, 2013/2, 41-90 (Sendika Üyeliği ve Güvencesi).

Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul, "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 34/2012, 73-112 (İspat Hukuku).

Aliefendioğlu, Yılmaz, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 141-176 (2001 Anayasa Değişiklikleri).

Alp, Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 2013, 385-422.

Alp, Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, C.5, S.1, 2003, 1-40 (İşçinin Feshe Karşı Korunması).

Alp, Mustafa, "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-", Yasa Hukuk Dergisi, C.17, S.205, Ocak 1999/12, 1519-1535 (Ölçülülük İlkesinin Uygulanması).

Alp, Mustafa, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", Sicil, Eylül'06, 37-53.

Alp, Mustafa, "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", DEÜHFD, C.6, S.1, 2004, 1-42.

Alpagut, Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 3-79 (Değerlendirme 2014).

Alpagut, Gülsevil, "6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 113-148.

Alpagut, Gülsevil, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilenler", Sicil, Mart'12, 23-32.

Alpagut, Gülsevil, "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 25-44 (Oransallık).

Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", III. Yılında İş Yasası, İstanbul, 2005, 200-251 (İş Güvencesi).

Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Karar İnceleme, Çimento İşveren, Eylül 2004, S.5, C.18, 52-62 (Esaslı Değişiklik).

Alpagut, Gülsevil, "Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 79-117 (Feshe Karşı Koruma).

Antonmattei, Paul-Henri, "À propos de la liberté religieuse dans l'entreprise", RDT, 2014.391.

Arslan, Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 139-155.

Arslan Ertürk, Arzu, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Sicil, Eylül'12, 47-55.

Astarlı, Muhittin, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, yayınlanmamış tebliğ.

Astarlı, Muhittin, "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", Sicil, Mart'10, 74-88 (İşletme Gerekleri ve Kısa Çalışma).

Atasoy, Ömer Adil, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 123-139.

Atay, Filiz, "Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayrımında Yazılı Bildirim Şartı", Sicil, Haziran'11, 110-120.

Aubert-Monpeyssen, Thérèse, "Vous avez dit 'Laurent'?", RDT, 2010.169.

Avcı, Mustafa, "Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre", Sicil, Mart'07, 90-93.

Aydın, Ufuk, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", Sicil, Eylül'11, 22-36.

Aydın, Ufuk, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi", Sicil, Mart'07, 57-68.

Aydınlı, İbrahim, "İradenin Zayıf Taraf Yararına Yorum (Contra Stipulatorem Frot, In Dubio Minus) İlkesi Işığında İşverenin Feshini Talep Etme İradesi, İstifa veya İkale Analmına Gelir mi?", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 855-872.

Aydınlı, İbrahim, "İşverenin Koruma Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, 98-120.

Aydınlı, İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", TÜHİS, Kasım 2005, 21-42 (Borçlar Kanunu Tasarısı).

Aydınlı, İbrahim, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", Kamu-İş, C. 8, S. 1/2005, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf) (Koruma Yükümlülüğü).

Aydınöz, Gonca, "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum, 2009/3, 163-192 (Ayrımcılığın İspatı).

Bakırcı, Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", Sicil, Aralık'07, 22-40 (Cinsiyetler Arası Eşitlik).

Balkır, Z. Gönül, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", Sicil, Aralık'08, 73-79 (Etik Sınırlar).

Barlas, Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", İÜHFM, C. LV, S. 3, 1997, 191-208.

Başterzi, Fatma, "Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli", TİSK Akademi, 2007/I, 106-159.

Baybora, Dilek, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?", Legal İHSGHD, 21/2009, 38-67 (Yaş Ayrımcılığı).

Bayram, Fuat, "Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, 11-48 (İşçinin Kişiliği).

Baysal, Ulaş, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İHSGHD, 25/2010, 59-99.

Behar-Touchais, Martine, "Rapport intoductif", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 3-15 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811701).

Behar-Touchais, Martine, "Conclusion", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 68-72

(http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811710).

Belorgey, Jean-Michel, "De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations, Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé", Dr. soc., N° 7/8 Juillet-Août 2002, 683-689.

Bossu, Bernard, "Le salarié, le délégué du personnel et la vidéo surveillance", Dr. soc., N° 12 Décembre 1995, 978-983 (La vidéo surveillance).

Bossu, Bernard/ Morgenroth, Thomas, "La géolocalisation ne doit pas être détournée de sa finalité", RDT, 2012.156 (La géolocalisation).

Bousez, Françoise, "La proportionnalité en droit du travail", Standards, principes et méthodes en droit du travail, Bernard Teyssié (dir.), Paris, Economica, 2011, 121-139.

Bousta, Rhita, "Contrôle constitutionnel de proportionnalité: La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes", VIIIème Congrès Mondial de l'AIDC "La constitutuion et les principes", Mexico 6-10 décembre 2010, Atelier N° 9 "La proportionnalité en tant que principe" sous la dir. des professeurs Mathieu et Uprimny, (http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/159.pdf).

Boutard-Labarde, Marie-Chantal, "Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 44-51

(http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811706).

Braibant, Guy, "Le principe de proportionnalité", Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, 297-306.

Caniklioğlu, Nurşen, "Ekonomik Krizde Gelir Güvenceleri (İşsizlik Sigortası, Kısa Çalışma Ödeneği ve Ücret Garanti Fonu)", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. yıl Toplantıları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, 79-122.

Centel, Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil, Aralık'11, 13-18 (Kişiliğin Korunması).

Cesaro, Jean-François, "Égalité", Notions et normes en droit du travail, (sous la dir. de Bernard Teyssié), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, 35-44.

Cohen-Jonathan, Gérard, "Progrès scientifique et technique et droits de l'homme", Droit et Libertés à la fin du XX^{e} siècle, influence des données économiques et technologiques, Études offertes à Claude-Albert Colliard, Paris, Éditions A. Pedone, 1984, 123-154.

Collomp, Evelyne, "La vie personnelle au travail, dernières évolutions jurisprudentielles", Dr. soc., N^{o} 1 Janvier 2010, 40-43.

Costa, Jean Paul, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", AJDA 1988, 434.

Costa, Jean Paul, "Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: De l'influence de différentes traditions nationales", RTDH, 57/2004, 101-110 (Concepts juridiques).

Courturier, Gérard/ **Perulli**, Adalberto, "Droit des contrats et droit du travail (2^{e} partie)", RDT, 2007.407.

Çelik, Nuri, "İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", Sicil, Aralık'06, 5-12 (Eşit Davranma Borcu).

Çetin, Evra, "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (5), Seminer 28 Şubat 2015 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya, Araş. Gör. Hande Heper), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 75-136.

Çil, Şahin, "Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu", Legal YKİD, 2007/5, (http://legalbank.net/belge/gecerli-nedene-dayanan-fesihte-isverenin-esit-davranma-borcu/824889) (Fesihte Eşit Davranma).

Dabosville, Benjamin, "Les contours de l'abus d'expression du salarié", RDT, 2012.275.

Darmaisin, Stéphane, "L'ordinateur, l'employeur et le salarié", Dr. soc., N^{o} 6 Juin 2000, 580-588.

Daugareilh, Isabelle, "Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités", Dr. soc., N^{o} 2 Février 1996, 128-140 (Mobilités).

De Tissot, Olivier, "Pour une analyse juridique du concept de 'dignité' du salarié", Dr. soc., N^{o} 12 Décembre 1995, 972-977.

Demir, Fevzi, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", Legal İHSGHD, 41/2014, 15-26 (Eşit İşlem Borcu ve Ayrım Yasağı).

Demir, Fevzi/ **Demir**, Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş, C.11, S.1/2009.

Dereli, Toker, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Süreçler, Sorunlar ve Öneriler", Çimento İşveren, Ocak 2014, S. 1, C. 28, 10-33 (Öneriler).

Desbarats, Isabelle, "De la neutralité des lieux de travail", RDT, 2015.309.

Dockès, Emmanuel, "Pouvoir patronal et démocratie", Semaine sociale Lamy Supplément, 11 février 2008, n° 1340, 85-90.

Dockès, Emmanuel, "Le pouvoir dans les rapports de travail", Dr. soc. N° 6 Juin 2004, 620-628.

Dockès, Emmanuel, "Equality in Labor Law: An economically efficient human right? Reflections from a French Law perspective", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Issue 2, 2002, 187- 196.

Dockès, Emmanuel/ **Fouvet**, Florence/ **Géniaut**, Chantal/ **Jeammaud**, Antoine, "Droit du travail mai 2007-août 2007", Rec. D., 2007.3033.

Doğan Yenisey, Kübra, "Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 78-110 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

Doğan Yenisey, Kübra, "Hizmet Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler (der. Doç. Dr. Murat İnceoğlu), İstanbul, XII Levha, 2012, 297-336.

Doğan Yenisey, Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, 63-82 (Eşitlik İlkesi).

Doğan Yenisey, Kübra, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", Sicil, Haziran'06, 60-65 (Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma).

Doğan Yenisey, Kübra, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İHSGHD, 7/2005, 974-1003 (Metodoloji ve Orantılılık).

Doğan Yenisey, Kübra, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Kamu-İş, C.6, S.4/2002, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf), (Kadın-Erkek Eşitliği).

Doğan Yenisey, Kübra, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2001, 1175-1198 (Tek Taraflı Değişiklik).

Duplat, Jacques, Conclusions de l'avocat général Cass. soc. 14 déc. 1999 "Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise", Dr. soc., N° 2 Février 2000, 163-165.

Eissen, Marc-André, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article, Louis-Edmond Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, 65-81 (jurisprudence de la CourEDH).

Ekonomi, Münir, "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren, Mart 2003, Özel Ek, 1-40 (İş Güvencesi).

Engin, Murat, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 113-165 (Değerlendirme 2014).

Erdem, Jülide Gül, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", AÜHFD, 62 (4) 2013, 971-1005 (Takdir Yetkisi).

Ergin, Hediye, "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", Legal İHSGHD, 14/2007, 635-664.

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 ve Özellikle Aids).

Ertürk, Şükran/ **Gürsel**, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 425-458.

Ertürk, Şükran/ **Özdamar**, Demet, "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", DEÜHFD, C.11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, 1169-1218.

Eyrenci, Öner, "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 34-52 (Ölçülülük Denetimi).

Eyrenci, Öner, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, 239-262 (Personel Seçimi).

Favennec-Héry, Françoise, "Temps et lieux de vie personnelle, temps et lieux de vie professionnelle", Dr. soc., N° 1 Janvier 2010, 23-30 (Temps et lieux de vie personnelle).

Favennec-Héry, Françoise, "Non-discrimination, égalité, diversité, la France au milieu du gué", Dr. soc., N° 1 Janvier 2007, 3-7 (Non-discrimination, égalité).

Feix, Marc, "Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne, Essai de généalogie des principes", Revue d'éthique et de théologie morale, 4/2011, n° 267, 59-70 (www.cairn.info/revue-d-ethique-et-de-theologie-morale-2011-4-page-59.htm) (Subsidiarité, proportionnalité).

Fendoğlu, H. Tahsin, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY Md 13", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 111-149.

Flauss, Jean-François, "Les interactions entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux", Droits sociaux et droit européen, Bilan et prospective de la protection normative, Actes de la journée d'études du 19 Octobre 2001, sous la direction de Jean-François Flauss, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2002, 89-112.

Fromont, Michel, "Le principe de proportionnalité", AJDA, 1995, 156 vd.

Gardin, Alexia, "Géolocalisation du véhicule du salarié: quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi", RDT, 2015.544 (Géolocalisation du véhicule).

Gardin, Alexia, "Libre choix du domicile et exigence de l'assurer: la justification de la restriction en débat", RDT, 2010.37.

Gaudu, François, "La religion dans l'entreprise", Dr. soc., N° 1 Janvier 2010, 65-71.

Gaudu, François, "Droit du travail et religion", Dr. soc., N° 9/10 Septembre-Octobre 2008, 959-968.

Gauriau, Bernard, "Mobilité et obligation de résidence du salarié", Dr. soc., N° 2 Décembre 1996, 1016-1021 (Mobilité).

Gavalda, Natacha "Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail", Dr. soc., N° 6 Juin 1998, 582-590.

Géa, Frédéric, "Le 'principe de l'ultime remède' et l'obligation prétorienne de reclassement, pour motif économique, une manifestation du 'principe de l'ultime remède'", La rupture du contrat de travail en droits français et allemand (dir. Catherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 267-311 (Ultime remède).

Gemalmaz, H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 649-674 (Adil Denge).

Gemalmaz, M. Semih, "Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 141-240.

Giritli, İsmet, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 88-103 (2001 Anayasa Değişiklikleri).

Goesel-Le Bihan, Valérie, "Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: Figures récentes", Revue française de droit constitutionnel, 2007/2, n° 70, 269-295.

Gözler, Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C.19, 326-354 (Abesle İştigal).

Gözler, Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi, 2001/4, 53-67 (Anayasa Değişikliği).

Gratton, Laurène, "Volonté du salarié et droits fondamentaux", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 183-198.

Guibal, Michel, "De la proportionnalité", AJDA 1978, 477.

Gülmez, Mesut, "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", Çalışma ve Toplum, 2010/2, 217-265 (Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik).

Gülmez, Mesut, "Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na uyum sağlayabilecek miyiz?", Çalışma ve Toplum, 2007/1, 27-52.

Gülver, Ender, "Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi", Legal İHSGHD, 31/2011, 999-1029.

Günay, Cevdet İlhan, "İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2010, 153-179 (Öneriler).

Günay, Cevdet İlhan, "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", Sicil, Haziran'09, 60-76 (İşçinin Davranışları).

Günay, Cevdet İlhan, "Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal, 2005, 181-201 (İş Güvencesi).

Güneş, Başak/ **Mutlay**, Barış, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/3, 231-288.

Güzel, Ali, "İş Hukukunda Yetki ve Değerlendirme", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, Seçkin, 355-389 (Yetki ve Değerlendirme).

Güzel, Ali, "İş Hukukunda Yetki ve Özgürlük", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 93-126 (Yetki ve Özgürlük).

Güzel, Ali, "İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme", Legal İHSGHD, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İstanbul, 2016, 151-201 (Yetki ve Sözleşme).

Güzel, Ali, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2015, 301-425.

Güzel, Ali, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 235-317 (Eleştirel Yaklaşım).

Güzel, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Fesihte Son Çare (ultima ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum, 2005/1, 159-182 (Ultima Ratio).

Güzel, Ali, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal, 2005, 57-90 (Geçerli Neden).

Güzel, Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2004, 15-145 (İş Güvencesi).

Güzel, Ali, "İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi", Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, 19-49.

Güzel, Ali, "Roma ve Maastricht Anlaşmaları Sürecinde Avrupa Sosyal Modeli ve Türkiye", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1998, 99-127.

Güzel, Ali, "Fabrikadan Internet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1997, 83-126.

Güzel, Ali, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", Halid Kemal Elbir'e

Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1996, 167-195 (Intuitus Personae).

Güzel, Ali, "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", Çimento İşveren, Mayıs 1992, 8-22.

Güzel, Ali, "3008 sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, İstanbul, S. 35-36, 1986, 165-222.

Güzel, Ali / **Balcıoğlu**, Şebnem, "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", Çimento İşveren, Eylül 1992, 3-7.

Güzel, Ali/**Özkaraca**, Ercüment/**Ugan**, Deniz, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul, Beta, 2011, 475-566.

Güzel, Ali/**Ugan Çatalkaya**, Deniz, "İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, C.20, S.1, Özel Sayı, 17-66 (Dürüstlük).

Güzel, Ali/**Ugan Çatalkaya**, Deniz, "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)", Çalışma ve Toplum, 2012/3, 157-188.

Hekimler, Alpay, "Avusturya İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ile İlgili Temel Düzenlemeler", Legal İHSGHD, 50/2016, 581-607 (Avusturya İş Hukukunda Eşitlik).

Hennion, Sylvie, "La force normative du droit social européen", La Semaine Juridique Social, n° 10, 2009.1091.

Hohenadel, Ursula/**Profanter**, Marc, "Le licenciement pour motif économique (Die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses)", La rupture du contrat de travail en droits français et allemand (dir. Catherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, 315-332.

Jeammaud, Antoine, "Consentir", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 65-102.

Jeammaud, Antoine, "Du principe d'égalité de traitement des salariés", Dr. soc., N° 7-8 Juillet-Août 2004, 694-705 (Égalité de traitement).

Kaneti, Selim, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", İÜHFM, C. LIII , S. 1-4, 1988-1990, 199-211.

Kaplan, Emine Tuncay, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", Sicil, Aralık'11, 40-53 (İşçinin Kişilik Hakları).

Kaplan, Emine Tuncay, "Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Bilgilere (Verilere) Karşı Korunması", Kamu-İş, C.4, S. 4/1999, 51-64 (Bilgisayarda Toplanan Bilgiler).

Kaplan, Emine Tuncay, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", AÜSBFD, Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu'na Armağan, C.LII, No 1-4, 1997, 367-386 (Kişilik Haklarının Korunması).

Kar, Bektaş, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", Sicil, Eylül'09, S.15, 60-69 (Ölçülülük).

Kar, Bektaş, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, 2008/2, 101-129 (Yargısal Denetim).

Karaçöp, Eda/**Yamakoğlu**, Efe, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi", Legal İHSGHD, 38/2013, 83-148 (Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümler).

Katrougalos, Georges/**Akoumianaki**, Daphe, "L'application du principe de la proportionnalité dans le champ des droits sociaux" (http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/155.pdf) (Le champ des droits sociaux).

Keser, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", Sicil, Aralık'11, 88-105.

Keser, Hakan, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, C.7, S.3/2004, (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf), (İş Sözleşmesi Yapma ve Eşit İşlem).

Kılıçoğlu, Mustafa, "İş Hukukunda Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanılması Yasağı (Özellikle Yargıtay Uygulaması Açısından)", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 721-747 (Dürüstlük Kuralı).

Kılıçoğlu, Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Hakim Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı", Legal İHSGHD, 36/2012, 37-58.

Kılıçoğlu, Mustafa/ **Şenocak**, Kemal, "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2010, 181-211 (Ölçülülük ve Ultima Ratio).

Koray, Meryem, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de 'Cinsiyet' Eşitliği Politikaları: Sol-Feminist Bir Eleştiri", Çalışma ve Toplum, 2011/2, 13-42.

Koyuncu, Ahmet, "İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı", Sicil, Eylül'09, 89-95.

Lacabarats, Alain, "À propos de quelques libertés en entreprises: propos conclusifs", RDT, 2014.409 (Libertés en entreprises).

Lambert, Pierre, "Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité", L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Frédéric Sudre (dir.), Bruxelles, Bruylant 1998, 63-89.

Lanquetin, Marie-Thérèse, "Discriminations: la loi d'adaptation au droit communautaire du 7 mai 2008", Dr. soc., N^{o} 7-8 Juillet-Août 2008, 778-788 (La loi d'adaptation).

Lanquetin, Marie-Thérèse, "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail", Dr. soc., N° 7-8 Juillet-Août 2007, 861-878 (Égalité de traitement).

Lanquetin, Marie-Thérèse, "L'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes, réalisée en cinq ans?", Dr. soc., N° 6 Juin 2006, 624-635 (Égalité des rémunérations).

Lanquetin, Marie-Thérèse, "L'égalité entre les femmes et les hommes: sur la directive 2002/73 CE du 23 septembre 2002", Dr. soc., N° 3 Mars 2003, 312-322 (Les femmes et les hommes).

Lanquetin, Marie-Thérèse, "Un tournant en matière de preuve des discriminations", Dr. soc., N° 6 Juin 2000, 589-593.

Lanquetin, Marie-Thérèse, "Discriminations à raison du sexe", Dr. soc., N° 7-8 Juillet-Août 1998, 688-695.

Lanquetin, Marie-Thérèse, "La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire", Dr. soc., N° 5 Mai 1995, 435-441 (Preuve de la discrimination).

Laronze, Fleur, "L'articulation de la liberté de religion et du principe de non-discrimination", RDT, mai 2013, 337-339.

Laulom, Sylvaine, "Les recours judiciaires et extra-judiciaires contre les discriminations", RDT, 2015.91.

Laulom, Sylvaine, "Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations", RDT, Janvier 2009, 12-13 (Droit communautaire des discriminations).

Lecuyer, Hervé, "Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 31-39 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811704).

Lenoir, Christian, "Prévenir, au travail, les conduites addictives, Un objectif novateur", RDT, 2016.318.

Lemasurier, Jeanne, "Vers un nouveau principe général de droit? Le principe 'bilan coût-avantages'", Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, Tome II, Paris, LGDJ, 1974, 551-562.

Levy-Puech, Danièle, "Les engagements souscrits au titre de la Charte sociale par les nouvelles démocraties européennes", Droits sociaux et droit européen, Bilan et prospective de la protection normative, Actes de la journée d'études du 19 Octobre 2001, sous la direction de Jean-François Flauss, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2002, 143-174.

Loiseau, Grégoire, "La liberté d'expression du salarié", RDT, 2014.396.

Lokiec, Pascal, "Refuser", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 103-112.

Lokiec, Pascal, "Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise", **Dr. soc.** 2004.132.

Lokiec, Pascal/Robin-Olivier, Sophie/Henssler, Martin/Remy, Patrick/Puebla, Eduardo Martin/Mzid, Nouri/Tarchouna, Mongi, "La modification du contrat de travail", RDT, 2009.256.

Lyon-Caen, Antoine, "Destin de la legislation du travail, Propos d'un observateur français", Prof. Dr. Turhan Esener II. Uluslararası İş Hukuku Kongresi, yayımlanmamış tebliğ.

Lyon-Caen, Antoine, "Libertés et contrôle dans l'entreprise", RDT, 2014.386.

Lyon-Caen, Antoine, "Liberté et volonté", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 3-7.

Lyon-Caen, Antoine, "De l'égalité de traitement en matière salariale", Dr. soc. 1996.1013.

Lyon-Caen, Antoine/ **Vacarie**, Isabelle, "Droits fondamentaux et droit du travail", Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{e} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz 2001, 421-453.

Lyon-Caen, Gérard, "Différence de traitement ou discrimination selon l'âge", Dr. soc., N^{o} 12 Décembre 2003, 1047-1050.

Lyon-Caen, Gérard, "Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım)", (çeviren: Doç. Dr. Ali Güzel), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, İstanbul, S. 33, 1984, 259-290.

Lyon-Caen, Gérard, "Une anomalie juridique: le règlement intérieur", Rec. D. Sirey, 1969, 40^{e} cahier, Chronique XXXV, 247-250.

Manav, Eda, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", Sicil, Mart'12, 136-157.

Marino, Laure, "Vidéosurveillance au travail: le principe de proportionnalité mis en œuvre par la CNIL", RDT, Février 2010, 108-109 (Vidéosurveillance).

Marino, Laure, "La consultation des messages électroniques des salariés sous le feu d'une enquête demandée par le délégué du personnel: ombre et lumière de l'arrêt Sanofi", RDT, Octobre 2009, 591-593 (Enquête demandée par le délégué du personnel).

Martens, Paul, "Réflexions sur le maniérisme judiciaire", RTDH, 2002/50, 335-344.

Martens, Paul, "L'irresistible ascension du principe de proportionnalité", Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome premier, Bruxelles, Bruylant 1992, 49-68 (irresistible ascension).

Martin, Denis, "Approche comparative du droit de la non-discrimination", RDT, Décembre 2008, 760-763 (Approche comparative).

Martin, Denis/ **Mercat-Bruns**, Marie, "Approche comparative du droit de la non-discrimination (seconde partie)", RDT, Janvier 2009, 58-67 (Approche comparative – seconde partie).

Mathieu, Chantal, "Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise", RDT, 2012.17.

Mazeaud, Antoine, "Proportionnalité en droit social", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998

par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 64-69 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811709).

Mazeaud, Denis, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 12- 22 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811702).

Mercat-Bruns, Marie, "Enquête interne, atteinte à la vie privée et obligation de sécurité", RDT, 2014.554.

Mercat-Bruns, Marie, "Le jeu des discriminations multiples", RDT, Avril 2013, 254-257.

Mercat-Bruns, Marie, "Âge et discrimination directe: une jurisprudence en gestation", RDT, 2011.441.

Mercat-Bruns, Marie, "Retour sur la discrimination fondée sur l'âge", RDT, 2010.587.

Mercat-Bruns, Marie, "La discrimination fondée sur l'âge: un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires", RDT, 2007.360 (La discrimination fondée sur l'âge).

Mignin, Robert J./**Lazar**, Bart A./**Friedman**, Josh M., "İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar: 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı", (çev. K. Ahmet Sevimli), Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal, 2005, 361-383 (İşyerinde Özel Yaşam).

Miné, Michel, "Liberté d'expression religieuse versus lois du Marché", RDT, 2015.405.

Miné, Michel, "Mise en oeuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes", RDT, Février 2013, 109-110.

Miné, Michel, "Reconnaissance d'une discrimination indirecte liée au sexe", RDT, 2012.496 (Reconnaissance d'une discrimination).

Miné, Michel, "Discriminations: une transposition laborieuese... (suite)", RDT, Décembre 2008, 741-744 (Transposition laborieuse – suite).

Miné, Michel, "Discriminations: une transposition laborieuse...", RDT, Septembre 2008, 532-534 (Transposition laborieuse).

Mizumachi, Yuichiro/**Puebla**, Eduardo Martin/**van Guhuchten**, Pierre-Paul/**Henssler**, Martin, "Entretien sur le droit du licenciement pour motif économique", RDT, Février 2013, 129-145.

Moizard, Nicolas, "Discrimination en raison de l'âge et mise à la retraite d'office de magistrats hongrois", RDT, Février 2013, 111-113 (Mise à la retraite d'office).

Molfessis, Nicolas, "Le principe de proportionnalité et l'éxecution du contrat", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n° 117, 30 septembre 1998, 21-33 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811703).

Mouly, Jean, "Exercice du pouvoir disciplinaire et égalité de traitement", Dr. soc., 2014.385.

Mouly, Jean/ **Marguénaud**, Jean-Pierre, note sous CEDH 7 nov. 2002, CEDH 9 mars 2004, "L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH: vie privée du salarié et principe de proportionnalité", Rec. D., 2005, n^{o} 1, 36-39 (L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH).

Narmanlıoğlu, Ünal, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler", Legal İHSGHD, 41/2014, 27-44 (Sendikal Tazminat).

Narmanlıoğlu, Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?", Sicil, Eylül'06, 9-19.

Neiss, Philippe, "Les enquêtes de concurrence et la vie privée des salariés", RDT, Juillet/Août 2010, 445-446.

Odaman, Serkan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2013, 131-234.

Odaman, Serkan, "Droit Comparé Entre La France et La Turquie: Le Licenciement", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 907-920.

Odyakmaz, Zehra/ **Keskin**, Bayram/ **Deniz**, Yusuf, "6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, S. 7, 721-761 (6701 Değerlendirme).

Okur, Zeki, "Türk İş Hukuku'nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, 368-408 (Kişisel Veri).

Okur, Zeki, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Kamu-İş, C.8, S.4/2006 (http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf), (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).

Okur, Zeki, "Yeni Teknoloji ve İş Hukuku", Çimento İşveren, Mayıs 2006, S. 3, C. 20, 4-19.

Okur, Zeki, "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", Kamu-İş, C.8, S.2/2005, 47-75 (Özel Amaçlı Kullanım).

Öktem Songu, Sezgi, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", DEÜHFD, C. 15, Özel sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 2013, 609-650 (İfade Özgürlüğü).

Özdemir, Erdem, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Sicil, Eylül'12, 25-46.

Özdemir, Erdem, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 56-79 (Dürüstlük Kuralı).

Özdemir, Erdem, "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine", Sicil, Haziran'08, 13-24 (İnternet ve İş Sözleşmesi).

Özdemir, Erdem, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme", Legal İHSGHD, 5/2005, 252-263 (Ücret Artışında Eşitlik).

Özdemir, Hayrunnisa, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", EÜHFD, C. XIV, S. 1-2, 2010, 231-270 (İşyerinde İşçilerin İzlenmesi).

Özkaraca, Ercüment, "İş Güvencesinin Kapsamı", Prof. Dr. Turhan Esener II. Uluslararası İş Hukuku Kongresi, yayımlanmamış tebliğ.

Özkaraca, Ercüment, "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, 198-357.

Özkaraca, Ercüment, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler", Çalışma ve Toplum, 2013/3, 173-215 (Sendikal Güvenceler).

Özkaraca, Ercüment, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 92-136 (Eleştirel Bakış).

Peano, Marie-Annick, "L'intuitus personae dans le contrat de travail", Dr. soc., N° 2 Février 1995, 129-138.

Pélissier, Jean, "Age et perte d'emploi", Dr. soc., N°12 Décembre 2003, 1061-1066.

Pettiti, Louis-Edmond, "Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention" La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article, Louis-Edmond Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert (dir.), Paris, Economica, 1995, 18-35.

Pizzio-Delaporte, Corinne, "La clause de non-concurrence: jurisprudence récente", Dr. soc., N° 2 Février 1996, 145-149.

Porta, Jérôme, "Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l'égalité", Le droit social, l'égalité et les discriminations, sous la direction de Georges Borenfreund et Isabelle Vacarie, Paris, Dalloz, 2013, 9-38 (Sens de l'égalité).

Porta, Jérôme, "Égalité, discrimination, égalité de traitement, À propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation (2e partie)", RDT, 2011.354.

Porta, Jérôme, "Discrimination, égalité et égalité de traitement, À propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1ère partie)", RDT, 2011.290 (Droit de la non-discrimination).

Pusatlı, Ayşen, "Fransız Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması Halinde İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, Seçkin, 1-24 (Yönetim Yetkisinin Sınırı).

Radé, Christophe, "Harcèlement. Principe 'à travail égal, salaire égal'. Élements de fait laissant supposer l'atteinte", obs. sous Cass. soc. 20 oct. 2010, Dr. soc., N° 1 Janvier 2011, 97-99.

Radé, Christophe, obs. sous Cass. soc. 10 nov. 2009, Dr. soc., N° 3 Mars 2010, 345-346.

Radé, Christophe, "Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices Pertinents", obs. sous Cass. soc. 10 nov. 2009, Dr. soc., 2010.111.

Radé, Christophe, "Variations autour de la justification des atteintes au principe 'à travail égal, salaire égal'", Dr. soc., N° 4 Avril 2009, 399-409 (Justification des atteintes).

Radé, Christophe, "De l'effectivité du principe 'à travail égal, salaire égal'", Dr. soc. 2008.530.

Radé, Christophe, "Justification des inégalités salariales et maintien des avantages individuels acquis", Dr. soc., N° 11 Novembre 2007, 1122-1126 (Inégalités salariales).

Radé, Christophe, "Rémunération. Principe 'à travail égal, salaire égal'. Justification des inégalités de traitement", obs. sous Cass. soc. 21 juin 2005, Dr. soc. 2005.1047.

Radé, Christophe, "Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination", Dr. soc., N° 1 Janvier 2002, 26-36 (Nouvelles formes de subordination).

Radé, Christophe, "Le principe d'égalité de traitement nouveau principe fondamental du droit du travail", Dr. soc., N° 9/10 Septembre-Octobre 2000, 981-985 (Le principe d'égalité de traitement).

Ray, Jean-Emmanuel, "À travail inégal, salaire inégal", Dr. soc., N° 1 Janvier 2011, 42-51.

Ray, Jean-Emmanuel, "Droit du travail et TIC II Faut-il désigner un correspondant aux données personnelles?", Dr. soc., N° 3 Mars 2007, 275-284.

Ray, Jean-Emmanuel, "Droit du travail et TIC I", Dr. soc., N° 2 Février 2007, 140-151.

Ray, Jean-Emmanuel, "Géolocalisation, données personnelles et droit du travail", Dr. soc., N° 12 Décembre 2004, 1077-1085 (Géolocalisation).

Ray, Jean-Emmanuel, "Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIe siècle", Dr. soc., N° 11 Novembre 2002, 939-944 (Droit à la déconnexion).

Ray, Jean-Emmanuel, "De Germinal à Internet Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail", Dr. soc., N° 7/8 Juillet-Août 1995, 634-637.

Robin, Cécile, "L'employeur ne peut pas imposer le port d'un uniforme aux salariés sans contact avec la clientèle", RDT, Novembre 2009, 656-657 (Le port d'un uniforme).

Robin-Olivier, Sophie/**Martin**, Denis/**Omarjee**, Ismaël, "Libre circulation et nationalités dans l'Union européenne", RDT, 2011.61.

Rumpf, Christian, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, 1993, C.10, 25-48 (Ölçülülük).

Sachs, Tatiana, "La volonté du salarié en actes", La volonté du salarié (sous la dir. de Tatiana Sachs), Paris, Dalloz, 2012, 47-62.

Sağlam, Fazıl, "Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 9-27.

Sağlam, Fazıl, "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 288-304 (2001 Anayasa Değişikliği).

Sağlam, Fazıl/**Soyer**, Polat, "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu", Legal İHSGHD, 39/2013, 3-24 (Sendikal Tazminat).

Sağlam, Mehmet, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, 2002, C. 19, 233-266 (Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olması).

Saïd, Karima, "La justification des mesures discriminatoires: un contrôle limité des juges du fond?", RDT, 2012.364 (La justification des mesures).

Savaş, Fatma Burcu, "İş Hukukunda 'Siber Gözetim'", Çalışma ve Toplum, 2009/3, 97-132 (Siber Gözetim).

Savatier, Jean, "Liberté religieuse et relations de travail", Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{e} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz 2001, 455-471 (Liberté religieuse).

Schmitt, Mélanie, "La CJCE précise le régime des différences de traitement fondées sur l'âge", RDT, Juin 2009, 385-387 (Différences de traitement fondées sur l'âge).

Sciberras, Jean-Christophe, "Travail et religion dans l'entreprise: une cohabitation sous tension", Dr. soc., N^{o} 1 Janvier 2010, 72-75 (Travail et religion).

Serra, Yves, note sous Cass. soc. 18 sept. 2002, "Hiérarchie des conditions de validité de la clause de non-concurrence en droit du travail", Rec. D., 2002, n^{o} 43, 3229-3230.

Serra, Yves, note sous Cass. soc. 10 juill. 2002, "Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail", Rec. D., 2002, n^{o} 32, 2491-2498.

Sever, Rabia, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Legal İHSGHD, 34/2012, 33-72.

Sevimli, K. Ahmet, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum, 2013/1, 107-147 (İşçinin Kişiliğinin Korunması).

Sevimli, K. Ahmet, "Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", Sicil, Aralık'11, 120-139 (Veri Koruma).

Sevimli, K. Ahmet, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", Sicil, Haziran'08, 53-79 (Özel Yaşam Hakkı).

Soyer, Polat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer 25 Mayıs 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, 4-51 (Genel Hizmet Sözleşmesi).

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, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, 165-221 (Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri).

Soyer, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil, Haziran'11, 12-21.

Soyer, Polat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, Legal, 2008, 149-167.

Soyer, Polat, "158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, 269-294.

Soyer, Polat, "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, 263-268 (İçerik Denetimi).

Soysal, Mümtaz, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", Anayasa Yargısı Dergisi, 1986, C. 3, 39-49.

Supiot, Alain, "Travail, droit et technique", Dr. soc., N^{o} 1 Janvier 2002, 13-25.

Supiot, Alain, "Pourquoi un droit du travail?", Dr. soc., 1990.485.

Sur, Melda, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, 317-356.

Süral, Nurhan, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği", Sicil, Aralık'10, 11-27.

Süral, Nurhan, "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2001, 1289-1325.

Süzek, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil, Aralık'08, 24-38.

Süzek, Sarper, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi, 2006/I, 7-30.

Süzek, Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1998, 225-232 (Yönetim Hakkı).

Sweeney, Morgan, "La diversité des sources de l'exigence d'égalité", Le droit social, l'égalité et les discriminations, sous la direction de Georges Borenfreund et Isabelle Vacarie, Paris, Dalloz, 2013, 39-50 (Diversité des sources).

Sweeney, Morgan, "Les actions positives à l'épreuve des règles de non-discrimination", RDT, 2012.87.

Şahlanan, Fevzi, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013 Antalya, İstanbul, Legal, 2014, 366-399 (Sendikalar).

Şahlanan, Fevzi, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2014, 75-142.

Şahlanan, Fevzi, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, 110-142 (Sendikalara İlişkin Hükümler).

Şahlanan, Fevzi, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Seminer 22 Aralık 2012 (ed. Prof. Dr. Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Seçkin, 13-50 (Değerlendirme).

Şahlanan, Fevzi, "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru – Bağımlılık İlişkisi", Tekstil İşveren Hukuk Eki 65, S. 380, Aralık 2011, 2-6 (Bağımlılık).

Şahlanan, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sona Ermesi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 719-737.

Şahlanan, Fevzi, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi", Tekstil İşveren Hukuk Eki 28, S. 343, Ekim 2008, 2-4 (Eşit Davranma).

Şen, Murat, "İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları", Sicil, Aralık'12, 129-139 (İşçiyi Koruma).

Taşkent, Savaş/**Kabakcı**, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil, Aralık'09, 21-46.

Thibierge-Guelfucci, Catherine, "Libre propos sur la transformation du droit des contrats", RTD civ. (2), avr.-juin 1997, 357-385 (Transformation du droit des contrats).

Töre, Nazlı, "İş Sözleşmesinin Geçerli Sebeple Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri", TİSK Akademi, 2011/I, 131-152.

Tulukcu, N. Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2011, 1099-1141.

Turhan, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırma Sistemi", Çankaya University Journal of Law, S. 8/2, Kasım 2011, 77-107 (Sınırlandırma Sistemi).

Turhan, Mehmet, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2003, C. 20, 215-248.

Turhan, Mehmet, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", Anayasa Yargısı Dergisi, 1991, C. 8, 401-420 (Demokratik Toplum Düzeni).

Türkmen, Burak, "İşe Alım Safhasında Ayrımcılık", Sicil, Aralık'12, 255-263 (Ayrımcılık).

Ugan Çatalkaya, Deniz, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence 'Ulaşılabilir Olmama' Hakkı", İÜHFM, C. LXXIV, Yıl 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, 737-755 (Ulaşılabilir Olmama Hakkı).

Ugan, Deniz, "Les droits sociaux fondamentaux au niveau Européen (Une reconnaissance progressive et la phase finale: le traité de Lisbonne)", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, İstanbul, Beta, 2010, 769-789 (Les droits sociaux fondamentaux).

Ulucan, Devrim, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010 (ed. Prof. Dr Ali Güzel, Araş. Gör. Deniz Ugan) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2010, 7-31.

Ulucan, Devrim, "Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması", Kamu-İş, C.5, S.3/2000, 191-202 (Eşitlik İlkesi ve Uygulaması).

Urban, Quentin, "La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail", Le droit social – Le droit comparé, Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg Nouvelle Série n^{o} 6, Strasbourg, PUS 2003, 331-346 (La bonne foi).

Uşan, Fatih, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil, Mart'11, 116-128.

Uşan, Fatih, "4857 Sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 2007, 211-271.

Uşan, Fatih, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Legal İHSGHD, 8/2005, 1623-1632 (Fesihte Eşit Davranma Borcu).

Uzun, Bekir, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil, Haziran'06, 48-59.

Ünlü, Vahap, "Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?", Sicil, Haziran'11, 209-219 (Cep Telefonu Yasaklanabilir mi?).

Ünlü, Vahap, "İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı", Sicil, Haziran'10, 247-255 (Cinsiyet Ayrımcılığı).

Van Drooghenbroeck, Sébastien, "Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme", L'accélération du temps juridique, Philippe Gérard/François Ost/Michel Van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications de Facultés universitaires Saint Louis, 2000, 335-394.

Varin, Christelle, "Clause de résidence: la Cour de cassation persiste et signe", RDT, 2012.225 (Clause de résidence).

Vasseur-Lambry, Fanny, "La bonne foi dans les relations individuelles de travail", Petites affiches, n^{o} 55, 17 mars 2000, 4-16 (La bonne foi).

Vatinet, Raymonde, "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés?", intervention au colloque "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?" organisé le 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V., Petites affiches, n^{o} 117, 30 septembre 1998, 58-66 (http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA199811708).

Vatinet, Raymonde, "Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail", Dr. soc., N^{o} 6 Juin 1998, 534-546.

Vigneau, Christophe, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution de contrat de travail", Dr. soc., N^{o} 7/8 Juillet-Août 2004, 706-714 (L'impératif de bonne foi).

Waquet, Philippe, "Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle", Dr. soc., N^{o} 1 Janvier 2010, 14-20 (Vie privée).

Waquet, Philippe, "Les limites de l'obligation de reclassement", RDT, 2006.243.

Waquet, Philippe, "Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise?", RDT, Septembre 2009, 485-487.

Waquet, Philippe, "La vie personnelle du salarié", Dr. soc., N° 1 Janvier 2004, 24-30.

Waquet, Philippe, "La vie personnelle du salarié", Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz 2001, 513-524 (La vie personnelle).

Waquet, Philippe, "Le pouvoir de direction et les libertés des salariés", Dr. soc., N° 12 Décembre 2000, 1051-1058 (Les libertés des salariés).

Yıldız, Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, 2013, 681-707 (Orantılılık).

Yıldız, Gaye Burcu, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, Beta, 2010, 837-876 (Fesihte Eşit İşlem).

Yıldız, Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", Sicil, Haziran'08, 80-87 (Özürlülük ve Sağlık Durumu).

Yılmaz, Dilşat, "Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, 1019-1032.

Yüksel, Sera Reyhani, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Legal İHSGHD, 39/2013, 57-80.

Raporlar

BIT, Recueil de directives pratiques du BIT sur le VIH/SIDA et le monde du travail, Genève, 2001.

BIT, Recueil de directives pratiques du BIT sur la protection des données personnelles des travailleurs, Genève, 1997.

OIT, L'égalité au travail: un objectif qui reste à atteindre, Rapport du directeur général, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, CIT 100e session, 2011, Rapport I (B) (L'égalité au travail, Rapport CIT 2011).

OIT, Étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable 2008, CIT 101e session, 2012 (Étude d'ensemble 2012).

Cour de cassation, **Rapport annuel 2008, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation** (https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/).

Groupe de travail "article 29" sur la protection des données, Document de travail concernant la surveillance des communications électroniques sur le lieu de travail, 5401/01/FR/Final WP 55, 29 mai 2002 (Document de travail 5401/01).

Groupe de travail “article 29” sur la protection des données, Avis 8/2001 sur le traitement des données à caractère personnel dans le contexte professionnel, 5062/01 FR/Final WP 48, 13 septembre 2001 (Avis 8/2001).

ÖZGEÇMİŞ

Deniz Ugan Çatalkaya, 1984, İstanbul doğumludur. 1995-2003 yılları arasında orta ve lise öğrenimini Galatasaray Lisesi'nde tamamlamasının ardından, 2007 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş; yüksek lisans öğrenimini ise, 2007-2008 eğitim öğretim yılında, Jean Monnet Bursu ile gittiği Paris I Panthéon-Sorbonne Üniversitesi'nde, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku alanında yapmıştır. 2009 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora öğrencisi olan Ugan Çatalkaya, 2013 yılında, TÜBİTAK doktora sırası yurt dışı araştırma bursu ile, üç ay süreliğine Paris Nanterre Üniversitesi IRERP Enstitüsünde misafir araştırmacı olarak bulunmuştur.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Deniz UGAN ÇATALKAYA
Tez Başlığı	İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi
Savunma Tarihi	9.6.2017
Danışmanı	Prof. Dr. E. Murat ENGİN

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Prof. Dr. Ali GÜZEL	
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	
Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU	
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	
Prof. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY	

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK