

^HAVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN HEINISCH/ALMANYA KARARI IŞIĞINDA WHISTLEBLOWING (İŞÇİNİN İFŞA VE İHBARI) VE İŞ İLİŞKİSİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Doç. Dr. Mustafa ALP*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 21.07.2011 tarihli, 28274/08 sayılı Heinisch/Almanya kararında iş hukuku bakımından ilginç ve önemli konuların tartışılıp karara bağlandığı görülmektedir¹. İşçinin sadakat borcu ile düşünce ve ifade özgürlüğü arasındaki çatışma bu kararın asıl konusudur. Ancak karara konu olayın çıkış noktası “işçinin işyerindeki olumsuzlukları ifşa ve ihbar etmesi”dir (Whistleblowing). Anglosakson hukukunda yaygın kabul gören ve giderek Kıta Avrupası hukuk sisteminde de etkili olan işçinin ifşa ve ihbarı (Whistleblowing), bu kararda AİHM

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Kararın İngilizce metni için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-105777"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{); Fransızca metin için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-105778"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {); Resmi olmayan Almanca tercümesi için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-108773"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {); Resmi olmayan Türkçe özeti için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-119493"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx# {)

tarafından açıkça tanınmakta ve koşulları da belirtilerek güvenceye alınmaktadır. AİHM kararlarının hukukumuz için önemi de dikkate alındığında, ülkemizde henüz pek bilinmeyen ve hukuki tartışmasına fazla girilmeyen işçinin ifşa ve ihbarı konusuna bu çalışma ile dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla önce işçinin ifşa ve ihbarı (whistleblowing) kavram ve terim olarak açıklanacaktır. Bunu AİHM kararına konu olan olay ve Alman mahkemelerinin kararlarının anlatılması takip edecektir. İkinci bölümde özet olarak ve önemli karar gerekçeleri ile AİHM'nin kararı incelenecektir. Üçüncü bölümde ise kararın değerlendirmesi yapılacaktır. Bu bölümde işçinin ifşa ve ihbar etmesinin anlam ve önemi, sadakat borcu ile ilişkisi, iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün geçerliliği ve etkisi açıklandıktan sonra, işçinin ifşa ve ihbarının ifade özgürlüğü kapsamında korunmasının koşulları anlatılacaktır.

I. TERİM VE KAVRAM

Whistleblowing terimi Anglosakson hukukundan gelen İngilizce bir terimdir. Kökeni “to blow the whistle on” yani bir faul olduğunda çalınan bir düdükle oyunun durdurulması; ya da, bir suç işlendiğinde polisin düdük çalarak halkın dikkatini çekmeye çalışmasıdır. Whistleblowing “ortak bir yanlış olduğunda kamuoyuna başvurmak”² veya “organizasyonlarda muhtemel kötü ve yanlış davranışları raporlamak”³ anlamında kullanılmaktadır. Whistleblowing eylemini gerçekleştiren çalışana da whistleblower denmektedir. Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde yer etmiş olan Whistleblowing terimi için kıta Avrupası ülkelerinde de farklı bir karşılık geliştirilmemiştir. Mobbing gibi Whistleblowing'in de bir karşılık aranmadan alınıp kullanıldığı görülmektedir. Alman ve İsviçre hukukunda konuyla ilgili akademik çalışmalar da aynı terim kullanılmaktadır.

Türk iş hukukunda konuyu ilk olarak inceleyen Aydın, Whistleblowing'i “Bilgi Uçurma” şeklinde ifade etmekte, fakat başka karşı-

² Aydın, Ufuk: İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi 2002-2003, 79, 81.

³ Aktan, Coşkun Can: Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING, Mercek Dergisi Ekim-2006, 1.

lıkların da bulunabileceğini kabul etmektedir⁴. Hukuk dışından yapılan az sayıda çalışmada whistleblowing sözcüğü bir Türkçe karşılık aranmadan kullanılmaktadır⁵. Kelimenin tam ve tek sözcükten oluşan bir Türkçe karşılığı bulunmamaktadır. Gammazlama, muhbirlik veya jurnalcilik kelimeleri whistleblowing ile gerçekleşen eylemi olumsuz gösteren karşılıklar olduklarından uygun düşmemektedirler⁶. Bir işçinin örneğin, bir ilacın öldürücü yan etkilerinin gizlendiğini farkedip kamuoyunu uyarması, maden veya tersanede güvenlik önlemlerinin alınmadığını görüp ihbar ederek iş arkadaşlarının canını kurtarması olumlu bir nitelemeyi hak etmektedir.

Tam bir sözcük karşılığı bulunmadığı için ancak “Whistleblowing” teriminin tanımına göre bir karşılık önerilmesi mümkün olabilecektir. Bir tanıma göre, “*Whistleblowing, tehlikeler, yolsuzluklar veya işveren ya da işçinin iş arkadaşlarının gerçekleştirdiği diğer hukuka veya etik kurallara aykırı davranışlar hakkındaki gizli bilgilerin bir işçi tarafından ortaya çıkarılmasıdır*”⁷. Aktan da whistleblowing’i, bir organizasyon içerisinde yasa-dışı ve etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin organizasyon içi ve/veya organizasyon dışı başka kişilere veya kurumlara zarar vermemesi için enformasyon sahibi kişiler (çalışanlar veya paydaşlar) tarafından sorunları çözme güç ve yetkisine sahip iç ve dış otoritelere bildirilmesi olarak tanımlamaktadır⁸. Aydın whistleblowing’i, işçinin işyerindeki suiistimalleri, ihmalleri ya da kanun dışı faaliyetleri ifşa etmesi, yani açığa çıkarması olarak tanımlamaktadır⁹. Alman hukukunda yapılan bir tanıma göre Whistleblowing, çalışanların işyerlerindeki olumsuz durumları ve hatalı

⁴ Aydın, 81.

⁵ Aktan, 1.

⁶ “The Whistleblower” adlı 2010 yapımı bir Amerikan sinema filmi Türkçe “Muhbir” olarak adlandırılmıştır. Buna karşılık Russel Crowe, Al Pacino ve Chistopher Plummer’in rol aldıkları, bir Amerikan sigara şirketinde gerçekleşen Whistleblowing olayını anlatan 1999 yapımı film “The Insider”, Türkçe “Köstebek” olarak bilinmektedir.

⁷ Borrie, Industrial Relations Law Bulletin Nr. 563 (1997), 2, nakleden: Düsel, Jens, Gespaltene Loyalitaet, Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Diss. Univ. Frankfurt a. M 2009, 26.

⁸ Aktan, 1.

⁹ Aydın, 81.

işlemleri, işyeri içindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına veya başka üçüncü kişilere açıklama, şikayet ya da ihbar yolu ile bildirmesidir¹⁰.

Bu tanımlardan whistleblowing'in üç temel unsuru ortaya çıkmaktadır: Birinci unsur, whistleblower'ın ilgili işyerinde veya bu işyeri ile çalışan bir kişi olmasıdır. Whistleblower bir organizasyonun bağımlı çalışanı olan işçi, memur veya sözleşmeli personel yanında müşteri veya tedarikçi gibi organizasyon ile yakın ilişki içinde faaliyet gösteren kişiler de olabilir. Hukuka aykırılığın gerçekleştiği organizasyonla bağımlılık veya yakın ilişki içinde olmayan kişiler konunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle whistleblower'ın bir "insider" yani içeriden birisi olması zorunludur. İşletme dışından birinin bir aykırılığı ihbar etmesi whistleblowing olarak nitelenmez. Whistleblower hem organizasyonun içinde yer alması sonucu hukuka aykırı eylemi öğrenebilecek durumda olmalı hem de organizasyona bağımlılığı nedeni ile açıklama yapmakla bir risk altına girmelidir. Ancak gizli tanıktan farklı olarak whistleblower suça iştirak etmiş bir kişi değildir; kendisi suçu öğrenmiş ama dahil olmamıştır. İş hukuku ve konumuz bakımından Whistleblower işçiye karşılık gelmekte, hukuka aykırı işlem ve eylemin gerçekleştiği yer bakımından ise işçinin iş ilişkisi içinde bulunduğu işverenin işletmesi dikkate alınmaktadır.

İkinci unsur Whistleblowing'in konusu olan yasalara, ahlaka, etik kurallara aykırı ve gayrimeşru işlem ve eylemlerdir. Yasalara aykırı ve gayrimeşru davranışlar hukuka aykırılık altında toplanabilir. Hukuka aykırı davranışlar öncelikle iş mevzuatına aykırılıklar olarak düşünülebilir ve bu kapsamda, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına, sosyal güvenlik normlarına, çocuk veya kaçak işçi çalıştırma yasalarına aykırılık vb.'leri akla gelir. Fakat hukuka aykırı davranışlar bunların ötesinde yolsuzluk, rüşvet başta olmak üzere her türlü suç ve kabahatleri, özellikle ekonomik suçları, vergi, rekabet veya sermaye piyasası hukuku kurallarına aykırılıkları, çevre, sağlık ve tüketicinin korunması kurallarını ihlalleri de içine alan çok geniş bir alana sahiptir. Devletin getirdiği kurallar yanında, işletmelerin üye olduğu kurumların, mesleki örgütlerin, sivil toplum kuruluşlarının veya bizzat işletmenin kendisinin koyduğu etik kurallara aykırılıklar da Whistleblowing kapsamındadır. Whistleblowing kapsamına özel hukuk sözleşmelerine aykırılıklar da

¹⁰ **Schmitt**, Bettina, Whistleblowing - Verpfeifen des Arbeitgebers, Hamburg, 2003, 1.

dahildir. Örneğin işletmede düşük kaliteli malzeme kullanılması, gerekmediği halde onarım yapılarak para alınması gibi uygulamaların da ortaya çıkarılması kamunun yararınadır.

Bu açıklamalara dayanarak Whistleblowing'in konusunun işletmelerdeki hukuka ve etik kurallara aykırı davranışlar olduğu söylenebilir. Amerikan hukukunda yapılan bazı tanımlarda "ahlaka aykırı" davranışlar da Whistleblowing kapsamına dahil edilmektedir. Bireyin ahlak konusundaki subjektif değerlendirmeleri ile Whistleblowing'in alanını çok genişletebilen bu yaklaşım kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte açık bir hukuki veya etik kurallar düzenlemesine konu olmamış fakat ahlak duygusunu rahatsız eden bazı davranışların whistleblowing'e konu olması mümkün olabilir. Örneğin, açık bir yasak bulunmadığı halde insan klonlama veya hayvanlar üzerinde bazı deneyler yapmanın, hukuka aykırılık oluşturmakla birlikte etik olmayan şekilde kişi veya kurumları etkilemenin ifşa edilmesi gerekebilir. Bir başka örnek gazetecilik alanından verilebilir. Bir gazetenin veya televizyonun gerçekleri çarpıtan, belli kişi veya çevreleri abartılı haberler ile hedef alıp belli kişilere ise aynı anlayış ile menfaat sağlamaya çalışan bir yayının politikası izlemesi doğrudan bir yasanın ihlali olmayabilir. Fakat o gazetede çalışan bir gazetecinin bu durumu kamuoyuna duyurması şüphesiz demokrasinin ve kamunun yararınadır. Bu nedenle whistleblowing'i sadece hukuka aykırılıklarda başvurulacak bir yol olarak sınırlamamak doğru olur.

Hukuka veya ahlaka aykırı işlem ya da eylemin faili ise işyerinde görevli olan herhangi bir kişi olabilir. Whistleblowing sadece işverenin kurallara aykırı davranışları ile sınırlı değildir. İşçinin çalışma arkadaşları, işveren vekilleri, yöneticiler, gerçek kişi işveren veya tüzel kişilerde somut işvereni oluşturan yönetim kurulu üyeleri, murahhas üyeler ve murahhas müdürlerin hukuka aykırılıkları da Whistleblowing'e konu olabilir. Faillerin sadece iş akdi ile işverene bağımlı çalışanlar olması da gerekmez.

Üçüncü unsur ise whistleblower'ın kurallara aykırılığı ifşa ettiği kişi veya kurumdur. Başvurulan kişi veya kurum, whistleblowing konusu eylemi gerçekleştiren kişi değildir. Aykırılığın faili ile doğrudan konuşmak, onu uyararak veya genel olarak durumu etraftakilerle paylaşmak whistleblowing sayılmaz. İşçi bu tip doğrudan temasları atlayarak, güvendiği ve kurallara aykırılığı önleyebilecek, gereğinde yaptırım uygulayabilecek konumda bir

kişi veya kuruma başvurmuş olmalıdır. Başvurulan kişi veya kurumun mutlaka konu hakkında özel bir yetkisinin olması veya hukuki bir yaptırım uygulayabilmesi de kanaatimizce aranmamalıdır. Örneğin medyanın yetkili olduğu veya yaptırım uygulayabildiği söylenemez. Buna karşılık pek çok hukuka aykırılığın ortaya çıkarılması ve önlenmesinde demokrasinin beşinci gücü olarak medya çok etkili olabilmektedir. Aynı şey sivil toplum örgütleri için de söylenebilir¹¹. Hukuka ve etik kurallara aykırılıkların ifşa edildiği kişi veya kurumlar çok çeşitli olabilir: İşçinin iş arkadaşları, amirleri, işletme yönetimi, işveren, yönetim kurulu, ortaklar, işletmede mevcut olması halinde disiplin kurulu, etik kurul, işletme konseyi, şirket avukatı, denetçi; kolluk, savcılık, hukuka aykırılığın konusuna göre inceleme ve soruşturma yapmaya yetkili idari makamlar (iş müfettişliği, vergi dairesi, rekabet kurumu, çevre bakanlığı vb.); basın-yayın organları, sendikalar, tüketiciyi koruma örgütleri, dernekler gibi sivil toplum örgütleri, doğrudan bildiri, internet veya gösteri yolu ile kamuoyu.

Aykırılığın ifşa edildiği kişi veya kuruma bağlı olarak ikili bir ayırım yapılır: İşletme içi ifşa ve işletme dışı ifşa. İşletme içi ifşada işçi, hukuka aykırılığı işletme içindeki kişi veya mercilerle paylaşmaktadır. Muhasebe müdürünün hukuka aykırı davranışını genel müdüre veya genel müdürün davranışını yönetim kuruluna bildirmek işletme içi ifşaya örnek olarak gösterilebilir. İşletme dışı ifşada ise aykırılık kamusal makamlara veya sivil toplum örgütlerine duyurulmaktadır. İşletme dışı ifşa işveren için daha ağır sonuçlar doğurabilmekte, işçinin sadakat ve sır saklama borçlarını ihlal ettiği düşünülebilmektedir. Bunun aksine işçinin sadakat borcu kapsamında kalan işletme içi ifşanın ise geçmişte whistleblowing kapsamına girmediği görüşü savunulmuştur. Oysa işçinin örneğin kendi amirini aşarak onu daha üst konumdaki bir yöneticiye ihbar etmesi de önemli ve üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira işçinin bu nedenle amiri ve iş arkadaşlarından olumsuz tepkiler alacağı açıktır. Bu bakımdan işletme dışı ifşanın sonuçları ile işletme içi ifşanın sonuçları arasında önemli bir fark bulunmamaktadır.

¹¹ İşçinin doğrudan medyaya veya kamuoyuna başvurmasının uygun olup olmadığı ve bunun iş hukuku bakımından değerlendirilmesi ayrı bir konudur. Burada söz konusu olan sadece medyanın ve kamuoyunun bilgilendirilmesinin de Whistleblowing kapsamında görülmesi gerektiğidir.

Whistleblowing aktif veya pasif şekilde gerçekleşebilir. Aktif whistleblowing'de işçi kendiliğinden hukuka aykırılığı ifşa eder. Pasif whistleblowing'de ise işçinin bilgisine başvurulması üzerine hukuka aykırılığı ifşa etmesi söz konusu olur. Kolluk, savcılık, mahkeme, Başbakanlık Denetim Kurulu gibi bir makamın veya işletme içi denetçinin sorgulamasında gerçekleri saklamayıp anlatarak hukuka aykırılığı ifşa etmek bu kapsamda değerlendirilir. İfşa tarzı da farklı olabilir. Whistleblower, doğrudan ve kimliğini gizlemeden harekete geçebileceği gibi, kimliğinin gizli tutulmasını isteyerek veya kimliğini gizli tutacak kişilere de başvurabilir. Başvurunun anonim olması, ifşa edenin kimliğini tamamen gizli tutarak bilgi vermesi de mümkündür.

Bu unsurlara dayanarak Whistleblowing tanımlanmak istendiğinde, tüm tanımlarda “bildirme” veya “ifşa etme” eyleminin vurgulanmasına dayanarak “ihbar” ve “ifşa” terimlerine yer veren bir karşılık uygun olacaktır. İhbar, hukuken yetkili makama veya muhabata bildirim olarak anlaşılmaya elverişli olduğu için tek başına yetersiz kalmaktadır. Zira whistleblowing, işyerindeki olumsuz durumları herhangi bir yetkisi olmayan medya kuruluşları ve hatta afişler hazırlamak, toplantı düzenlemek vb. şekillerde kamuoyu ile paylaşmayı da içermektedir. İngiliz hukukunda da Whistleblowing konusundaki yasal düzenleme olan Public Interest Disclosure Act'de, “disclosure” yani ifşa teriminin yeğlendiği görülmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde “ifşa” sözcüğü “gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma” olarak açıklanmaktadır. Bu yönü ile whistleblowing karşılığı “ifşa” teriminin yeğlenmesi daha uygundur. Fakat terimin içeriğini daha kuvvetli vurgulamak ve kolay anlaşılır hale getirmek için “ihbar” terimi de birlikte kullanılabilir. Bu nedenle Whistleblowing şu şekilde tanımlanabilir: *İşçinin (çalışanın) çalıştığı işletmede gerçekleşen hukuka veya etik kurallara aykırı gizli eylem ve işlemleri işletme içi veya işletme dışı kişi ve kurumlara ifşa ve ihbar etmesi.* Whistleblowing yerine “işçinin kurallara aykırılıkları ifşa ve ihbarı” veya kısaca sadece “işçinin ifşası” ya da “işçinin ihbarı”, whistleblower yerine de “ifşa eden” deyimleri kullanılacaktır.

II. OLAY VE ULUSAL MAHKEME KARARLARI

1. Olay

Dava konusu olay Berlin’de bir huzurevinde çalışan bakıcı Brigitte Heinisch ile huzurevini işleten Vivantes şirketi (hisselerinin çoğu Berlin Eyalet yönetimine aittir) arasındaki uyuşmazlığa dayanmaktadır. Heinisch ve diğer bakıcılar 2003-2004 yıllarında müteaddit defalar şirket yönetimini uyarmış, bakım personelinin aşırı iş yükü nedeni ile görevlerini olması gereken şekilde yapamadıkları ve aksamalar olduğuna işaret etmişlerdir. Heinisch bu aşırı iş yükü nedeni ile sık sık hastalandığını doktor raporu ile de belgeleyebilmektedir. İşverene yapılan başvurularda personel yetersizliği dışındaki eksiklikler ve özellikle yönetimin bakım edimlerini doğru belgelemediği, personel yetersizliği nedeni ile yapılmamış işlerin yapılmış gibi gösterildiği konuları da dile getirilmiştir. 2002 ve 2003 yılında yapılan resmi denetimlerde de personel sayısının yetersizliğinden kaynaklanan aksaklıklar tespit edilmiştir. Heinisch son olarak 2004 yılında avukatı aracılığı ile şirket yönetimine ve yönetim kuruluna başvurmuş, personel yetersizliği nedeni ile temel bakım hizmetlerinin yürütülemediğini belirtmiştir. Şirket yönetimi cevabında bu iddiaları reddetmiştir. Bunun üzerine Heinisch, şirket yöneticilerinin evrakta sahtekarlık suçunu işlediği iddiası ile savcılığa ihbarda bulunmuş, ancak savcılık kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Bir süre sonra işveren, Heinisch’in iş akdini hastalıktan kaynaklanan devamsızlık nedeni ile bildirim süresi tanıyarak feshetmiştir. Bunun üzerine Heinisch, arkadaşları ve üye olduğu sendikanın da katılımı ile bir protesto gösterisi düzenlemiş, gösteride işverenin iddia edilen eylemlerini ve savcılığa yapılan ihbarı açıklayan bildiriler dağıtılmıştır. Bildirinin bir örneği de işyerine fakslanarak iletilmiş, işveren işçinin savcılığa ihbarından bu şekilde haberdar olmuş ve iş akdini, bildirim süresinin dolmasını beklemeden bu kez haklı nedenle derhal feshetmiştir.

2. Berlin İş Mahkemesi Kararı

Berlin İş Mahkemesi 3.8.2005 tarihli kararında, feshin haksız ve geçersiz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme gerçi işçinin bildirimlerdeki ifadelerin kendisine ait olmadığı savunmasını kabul etmemiştir. Zira işçi doğrudan bildiriye kaleme almasa bile içeriğine katılmadığına dair bir ifade kullan-

madan bildiriye diğer çalışanlara ileterek kullanmıştır. Fakat işçinin bu bildiriye dağıtması iş akdinden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmez. Çünkü bildiriye ifadeler düşünce özgürlüğü kapsamında güvence altındadır. İşverenin eleştirilmesi, personel eksikliği ve bundan kaynaklanan sonuçların belirtilmesi, işverenle polemige giren ifadelerin kullanılması da sonucu değiştirmez. İşçinin ceza hukuku anlamında suç teşkil edecek ifadeler kullanmamış olması yeterlidir. İşçinin bildiriye ifade ettiği hususların objektif olduğu da resmi denetim ile ortaya konmuş ve davalı işveren bunları çürütememiştir. İşçinin açıklamaları ile çalışma barışını bozduğu da kanıtlanmamıştır. Yönetime ve yönetim kuruluna başvurularda bulunmuş olması da işçi aleyhine kullanılamaz. İşçinin bu şekilde işvereni öncelikle uyararak, ona aksaklıkları düzeltme olanağı tanımak istediği ortaya çıkmaktadır. İşçinin haklı menfaatlerin korunması amacı ile hareket ettiği de kabul edilmelidir.

3. Berlin Eyalet İş Mahkemesi Kararı

Karara karşı istinaf yoluna başvuran işveren, işçinin gerek yönetim ve yönetim kuruluna başvurusunda, gerek savcılığa ihbarında ve gerekse dağıtılan bildiriye kasıtlı olarak asılsız isnatlarda bulunduğunu iddia etmiştir. İşverene göre bu davranış iş akdinden doğan yükümlülüklerin ağır ihhalidir. Eyalet İş Mahkemesi ilginç bir şekilde işçinin yaydığı bildiri ve bildiriye ifadeleri incelememiş, gerekçelerini savcılığa yapılan ihbar üzerinden belirlemiştir. Mahkemeye göre işverenin işyeri kurulunu bilgilendirirken ve fesih bildiriminde savcılığa yapılan ihbardan söz etmiş olması yeterlidir. İlk derece mahkemesindeki savunmasında bu fesih gerekçesine değinmemiş olması önemli değildir. Bu şekilde istinaf mahkemesinin değerlendirmesi, işveren aleyhine dağıtılan bildirimler yerine savcılığa yapılan ihbar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Buna dayanarak mahkeme açıkça, bildiriye kullanılan ifadelerin düşünce özgürlüğü kapsamında olup olmadığı ve haklı fesih sebebi oluşturup oluşturmadığının önemli olmadığını da ifade etmektedir. Fesih haklı sebebe dayanmaktadır¹².

¹² LAG Berlin: Urteil vom 28.03.2006 - 7 Sa 1884/05 BeckRS 2009, 68064, www.beckonline.de

Mahkeme işçinin işvereni savcılığa ihbar etmesinin, işverenin menfaatlerini gözetme (sadaikat) borcunun ağır ihlali olduğunu, bu nedenle haklı fesih sebebinin oluştuğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre gerçi sadaikat borcu işçinin temel hakları ile sınırlıdır ve ihbar hakkının kullanılması da temel bir haktır. Fakat ihbar hakkı kullanılırken işçi kasıtlı veya özensiz şekilde asılsız isnatlarda bulunmaktan kaçınmalıdır. Ayrıca ihbar konusu gerçek olsa bile şikayette bulunma işverenin menfaatlerine ölçülülük ilkesine aykırı bir müdahale oluşturmamalıdır. Ölçülülük ilkesine uygunluk, ihbar konusunun haklılığı ve işçinin ihbarda bulunmaktaki motivasyonuna göre belirlenir. İşçinin salt işverene zarar vermek kastı ile ihbarda bulunması kötüniyetlidir ve korunmaz. Mahkemeye göre işçi işvereni kendince mevcut olan personel eksikliğini kabul etmeye zorlamak amacı ile hareket etmiştir ve bu amacın korunmaya değer haklı bir menfaat oluşturduğu söylenemez. Personel ve bakım eksikliğini saklamak amacı ile işverenin evrakta sahtekarlık yaptığı iddiası ise sağlam delillere dayanmamakta ve kanıtlanamamaktadır. Sahtekarlık yapılan bir olayı veya durumu ortaya koyamayan işçinin asılsız bir ihbarda bulunduğu kabul edilmelidir. Savcılığın takipsizlik kararı vermiş olması da bu sonucu doğrulamaktadır. İşçinin bu durumda iyiniyetli davrandığı da söylenemez.

Mahkemeye göre ilke olarak işçi, ihbar etmeden önce işvereni uyarmalı, ona işyerindeki olumsuzluğu düzeltme şansı tanınmalıdır. İstisnaen, işçi ihbarda bulunmamakla kendisi suçlu duruma düşüyorsa veya ağır ya da doğrudan işveren tarafından işlenen bir suç söz konusu ise işvereni uyardan ihbarda bulunabilir. Ancak işveren veya yasal temsilcisi tarafından değil de diğer bir çalışan tarafından işlenen bir suç veya hukuka aykırılık söz konusu ise işçi mutlaka öncelikle işvereni uyarmalıdır. Olayda işçi gerçi yöneticiyi ve yönetim kurulunu uyarılmış görünmektedir. Fakat bu uyarılarda üstlerinin evrakta sahtecilik yaptığına dair bir ifade yer almamaktadır. İşçinin sadece personel eksikliği nedeni ile kendisinin ağır bir iş yükü altında kaldığına dair ifadeleri subjektif değerlendirmesi olarak görülebileceğinden, yeterli içerikte uyarıda bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle de işçinin önce işvereni uyararak somutlaşan ölçülülük ilkesine uygun davranmadığı sonucuna varılmıştır.

İstinaf mahkemesi kararında gerçi işçinin kendi menfaatini değil, huzurevindeki yaşlıların menfaatini gözeterek davrandığını kabul etmektedir.

Fakat bu menfaati aşırıya kaçan davranışlar ile işvereni baskı altına alacak, giderek onun ekonomik geleceğini tehdit edecek, asılsız isnatları içeren olumsuz bir kampanya ile korumaya kalkıştığı sonucuna varmaktadır. Savcılığa ihbarın sonucu takipsizlik olsa bile kamuoyu gözünde işveren hakkında soru işaretleri doğması ve bunun getireceği itibar kaybı aşırı bir zarardır. Savcılığa yapılan ihbarın kamuoyunda duyulmadığı da söylenemez; bu ihbara işaret eden bildirimlerin dağıtılması ile kamuoyu yeterince haberdar olmuştur.

İşçinin bu karara karşı Federal İş Mahkemesine yaptığı başvuru kabul edilmemiştir. Federal Anayasa mahkemesine yaptığı anayasa şikayeti de aynı şekilde kabul edilmemiştir. Bu nedenle iki yüksek mahkemenin de konuyla ilgili gerekçeli bir kararı bulunmamaktadır. İşçi bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

1. Hüküm ve Hukuki Dayanaklar

Şikayetçi Heinisch, AİHM'ne başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) düşünceyi açıklama özgürlüğüne dair madde 10 ve adil yargılanma hakkına dair madde 6/1 hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Şikayetçinin iddiası, işverenin savcılığa yapılan şikayet nedeni ile haklı feshi ve Alman mahkemelerinin bu feshe karşı işe iade kararı vermeleri sureti ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğidir. AİHM m. 6 bakımından başvuruyu reddetmekle birlikte, şikayetçi işçinin AİHS madde 10 anlamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş ve Almanya'yı 10.000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

AİHM kararında konuyu doğrudan İfşa ve ihbar, yani işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları ve olumsuzlukları ihbar ve ifşa etmesi kapsamında incelemektedir. AİHM, önce konuyla ilgili ulusal hukuk, sonra uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında işverenini ihbar eden işçinin (Whistleblower) durumunu incelenmektedir. Alman hukukunda ifşa ve ihbar konusu henüz özel bir düzenlemeye konu olmadığından, haklı ve geçerli fesih konusu da büyük ölçüde yargı içtihatları ile somutlaştırıldığından, AİHM Alman Federal İş Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararlarına işaret etmiştir. Uluslararası hukukta özellikle Avrupa Konseyi Meclisi'nin

“Protect of Whistleblower” kararında belirlenen ilkeler vurgulanmıştır. Son olarak AİHS m. 10 anlamında ifade özgürlüğünün ihlali bakımından konu incelenmiştir.

2. Alman Anayasa Mahkemesi ve Federal İş Mahkemesi Kararlarında İfşa ve İhbar

Alman Anayasa Mahkemesinin 2.7.2001 tarihli kararına göre işvereni aleyhine yapılan bir soruşturma kapsamında ifadesine başvurulması üzerine tanıklık yapan işçinin iş sözleşmesinin haklı feshi kabul edilemez. Alman Anayasa Mahkemesi kararında işçinin işvereni kendiliğinden savcılığa ihbar etmesi halinde dahi feshin haklı olmayacağına işaret etmiştir. Mahkemeye göre, işçinin vatandaşlık hakkı kapsamında bir suçu ihbar etmesi halinde herhangi bir yaptırıma maruz kalmaması hukuk devletinin gereğidir. Bunun aksi sadece işçinin kasten asılsız ihbarda bulunması halinde kabul edilebilir¹³.

Alman Federal İş Mahkemesinin 3.7.2003 tarihli kararında da aynı esas benimsenmiş, bunun yanında ifşa ve ihbarın hangi durumlarda haklı kabul edileceğinin koşulları da işçinin sadakat borcu ve temel haklar çatışmasına göre açıklanmıştır. Federal Mahkeme işçinin işletme dışı mercilere ihbarda bulunması sonucunda işverenin ağır zararlara uğrayabileceğini dikkate almakta, işverenin bu bakımdan korunması gereken bir hakkı olduğunu kabul etmektedir. İşçi iş akdinden doğan bir yan edim yükümlülüğü olarak işverenin menfaatlerini gözetmekle ve işletme sırlarını gizli tutmakla yükümlüdür. İşçinin bu yükümlülüğü ihlal ederek işvereni ihbar etmesi geçerli bir fesih sonucunu doğurabilir. Ancak bir hukuk devletinde işçinin hukuka aykırılıkları ihbar etme hakkı da bir temel hak olarak güvence altındadır. Kamu yararı bakımından da önemli olan bu ihbar hakkı korunmalı, işverenin menfaatleri ile işçinin hakları arasında bir denge sağlanmalıdır. İşçi öncelikle hukuka aykırılığı işyeri içi mercilere bildirmelidir. Ancak her durumda işletme içi ihbarın öncelikli olduğu söylenemez. Somut olayın özelliklerine göre işçinin doğrudan işletme dışı mercilere ihbarda bulunması da mümkün olmalı ve korunmalıdır. Suç konusu fiilin ağır olması, işverenin

¹³ BVerfG 2.7. 2001 (1 BvR 2049/00)

veya onu temsil eden çalışanın doğrudan suça karışmış olması, işçinin kendisinin de ceza alabilecek bir duruma düşmesi, işletme içinde olayın aydınlatılmayacağına öngörülebilmesi vb. durumlarda işverenin menfaatlerini koruma yükümlülüğü geri planda kalır. İşçinin işyerindeki konumu, suç konusu fiil ile ilişkisi olmaması da bir anlam ifade etmez. Hukuka aykırılıkları ihbar hakkı vatandaşlık hakkıdır ve konumundan bağımsız olarak tüm vatandaş ve işçiler bu hakkı kullanabilmelidir. Meğer ki işçi kötüniyetli davranmış, aslı olmadığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu halde bir ihbarda bulunmuş, ödemek, zarar vermek gibi amaçlarla hareket etmiş olsun. Fakat salt ceza kovuşturmasından takipsizlik veya beraat kararı çıkması işçinin kötüniyetli davrandığını göstermez zira takipsizlik ve beraat kararlarının çok farklı sebepleri olabilmektedir. İhbarın amacı ve anlamı da zaten işlendiği olasılığı bulunan bir suçun aydınlatılmasıdır ve bu aydınlatma amacının gerçekleşebilmesi için de ihbarcı işçi korunmalıdır¹⁴.

3. Uluslararası Hukukta İfşa ve İhbar

İfşa ve ihbar konusunda AİHM, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 29.4.2010 tarihinde "*Protect of Whistleblower*" başlığı altında kabul ettiği 1729 sayılı Kararı ve 1910 sayılı Tavsiye'sine, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m. 24 ve ekine, Almanya tarafından onaylanmamış olmasına rağmen 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. Maddesine işaret etmekte, ayrıca Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, Yolsuzluğa Karşı Mücadele Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve diğer yolsuzlukla mücadele konusundaki uluslararası sözleşmeleri anmaktadır.

AİHM, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "*Protect of Whistleblower*" başlığı altında kabul ettiği 1729 sayılı Kararı kararının 6. Maddesindeki şu ilkeleri özellikle vurgulamaktadır¹⁵:

"6.1.1- Korunan ifşa ve ihbar'a (Whistleblowing) ilişkin tanımlama, kamu idaresinin öznesi ya da vergi mükellefi, ya da pay sahibi, işçi ya da

¹⁴ BAG 3.7.2003, 2 AZR 235/02

¹⁵ Karar metni: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1729.htm>

özel şirketlerin müşterileri olarak, bireylerin yaşam, sağlık, özgürlük ve diğer her türlü meşru menfaatlerini etkileyen ya da tehdit eden tüm ciddi insan hakları ihlallerini kapsayan yasadışı eylemlerin birçok türüne karşı tüm iyiniyetli ihbarları içermelidir;

6.1.2- Kanunlar bu nedenle silahlı kuvvet ve özel hizmet mensupları dahil olmak üzere hem kamu hem de özel sektördeki işa edenleri kapsamaktadır, ve

6.2.2- Kanunlar iyiniyetli bir şekilde mevcut işletme içi bildirim kanallarından yararlanan herhangi birini misillemenin her türünden (haksız fesih, tacizden ya da diğer her türlü cezai veya ayrımcı davranışlardan) korumalıdır.

6.2.3- Gerek iç kanalların mevcut olmadığı, düzgün bir şekilde çalışmadığı gerekse düzgün bir şekilde çalışmayacağı makul nedenlerle beklenildiği yerlerde, işletme dışına işa ve ihbar, ki medya aracılığıyla olanlar da buna dahil olmak üzere, aynı şekilde korunmalıdır.

6.2.4- Daha sonra durumun açıklanan şekilde olmadığı ortaya çıksa bile, işa eden'in açıkladığı bilginin doğru olduğuna inanması için geçerli nedenleri varsa ve işa eden bu açıklamayı yaparken yasadışı ya da etik olmayan bir amaç gütmeyse, işa eden'in iyiniyetli bir şekilde hareket ettiği kabul edilmelidir.”

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve 158 Sayılı ILO Sözleşmesinde başvuru hükümler ise, işçinin işveren aleyhine tanıklık yapması, işvereni şikayet etmesi ve hakkını araması üzerine gerçekleşen feshin geçerli sayılmayacağına dair hükümlerdir.

4. İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme

AIHS m. 10 metni şöyledir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

AİHM öncelikle işçinin işvereni ihbar etmesinin ifşa ve ihbar (whistleblowing) olduğunu, konunun ifade özgürlüğü ile ilgili olduğunu ve iş sözleşmesinin feshi ile ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini kabul etmektedir. AİHM devamında daha önceki kararlarında vurguladığı, ifade özgürlüğünün özel ve kamu ayırımı yapmadan işyerlerinde de geçerli olduğu görüşünü tekrarlamaktadır. Mahkeme ayrıca devletin özel hukuk ilişkilerinde de bireylerin ifade özgürlüğünü korumakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Kararın temel tartışma konusu ise savcılığa ihbar şeklinde gerçekleşen ifşa etme üzerine iş akdinin haklı nedenle feshinin demokratik bir toplumda gereklilik ve yerindedirliği. AİHM bu konuda değerlendirme yaparken önce bazı prensipler yani değerlendirme ölçütleri ortaya koymaktadır: Temel ilke işçinin ifade özgürlüğünün işverene sadakat yükümlülüğüne göre daha öncelikli ve korunmaya değer olmasıdır. Sadakat yükümlülüğünün daha fazla olabileceği kamu işyerleri işçileri bakımından dahi aynı ilke geçerlidir. İşçinin işyeri dışı mercilere ihbarda bulunması son çare olmalıdır. Fakat buna karşılık kamunun bilgi edinme hakkı ve bilginin gerçekliği de dikkate alınmalıdır. Bir değerlendirme yapılırken ayrıca işverenin görebileceği zarar, işçinin ihbarda bulunma saiki ve tarafların çatışan menfaatleri karşılaştırıldığında işçiye uygulanan yaptırımın ölçülü olması da gözetilmelidir.

Bu ölçülere göre somut olay değerlendirildiğinde, savcılığa ihbarda bulunmak yerine başvurulabilecek başka alternatifler olmadığı kabul edilmektedir. Zira işçinin daha önce şirket yönetimine yaptığı başvurular sonuçsuz kalmıştır ve şirketin ayrı bir iç denetim mekanizması da bulunmamaktadır. İhbar konusu bilgilerin gerçekliği ise daha önce yapılan resmi denetimlerde aynı yönde tespitlerde bulunulması nedeni ile kabul edilebilir. AİHM delil yetersizliği nedeni ile soruşturma yapılmaması ile ihbar konusunun gerçek olmamasının farklı olduğuna işaret etmektedir. Cezai kovuşturmayaya gidilme-

miş olması tek başına işçinin gerçeğe aykırı bir ihbarda bulunduğu anlamına gelmez. İşçinin ihbarda bulunurken iyiniyetli davrandığı da kabul edilebilir. Doğrudan medyaya başvurmak yerine önce işvereni uyarıp, sonra savcılığa ihbarda bulunup ancak bu ihbar da sonuçsuz kalınca bildiri dağıtmaya girişen işçinin davranışı mahkeme tarafından ölçülü de bulunmaktadır. İşverenin ihbar nedeni ile zarar göreceği kabul edilmekle birlikte huzurevlerinin ve yaşlı bakımının iyi işlemesi ve bu konuda bilgi edinmeye yönelik kamusal menfaatin ağır bastığı kabul edilmektedir. Şikayetçi işçinin uğradığı zarar ise iki yönden aşırı bulunmaktadır: Birincisi haklı fesih iş ilişkisindeki en ağır yaptırımdır. İkincisi, ihbar eden işçiye uygulanan misilleme (sözleşmenin feshi) sadece aynı işletme işçileri için değil, aynı sektördeki tüm işçiler bakımından ihbar etmekten caydırıcı bir etki yapacağı için ağırdır.

Sonuç olarak AİHM, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü ve işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları ve suçları ihbar etme hakkının önemi karşısında işçinin ifade özgürlüğüne, özellikle de bilgileri açıklama hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığına karar vermiştir. AİHM Alman mahkemelerinin işverenin itibarını ve haklarını korumak ile işçinin düşünce özgürlüğünü korumak arasında adil bir denge kuramadıklarını ve bunun sonucunda AİHS Madde 10'un ihlal edildiğini de kararında vurgulamaktadır.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Menfaat Dengesi

İfşa eden işçilerin başına gelenler, onlara sağlanan veya sağlanamayan hukuki güvencenin düzeyi, hukuka aykırılıkların işçi tarafından ihbar edilip edilmemesinde belirleyici olacaktır. Ülkemizde ve dünyada ifşa eden bazı çalışanların başlarına gelen olaylar incelendiğinde, işvereni ihbar etmenin hiç de önerilebilecek bir davranış olmadığı söylenebilir. “Doğruyu söyleyeni dokuz köyden kovarlar” atasözünün geçerli olduğu bir ülkede işçinin ifşa etmesine olumlu yaklaşıldığı söylenemez. Çocukluğumuzdan itibaren bir aykırılığı ifşa etmenin, muhbirlik, ispiyonculuk, gammazlık, hainlik gibi olumsuz sözcükler ile nitelenmesi, ifşa edene olumsuz bakılması gerektiğini öğretmektedir. “Bana dokunmayan yılan bin yaşasın” anlayışının hakim olduğu bir ortamda fazla ihbarcı ve tanık bulunamayabilmektedir. Bireyin

işvereni veya iş arkadaşlarını ihbar etmesine ise daha da soğuk bakılmaktadır. “Kol kırılır yen içinde kalır” ve “su içilen kaba pislenmez” atasözleri ile kendini belli eden toplumsal baskı, işçinin ne kadar ağır olursa olsun hukuka aykırılıkları görmezden gelmesini ve susmasını buyurmaktadır. İşçinin ifşa etmesine iyi gözle bakılmadığı için, ifşa eden işçi büyük risk altına girmektedir. Bunun sadece ülkemiz için geçerli olduğunu söylemek de haksızlık olur. Pek çok ülkede ifşa eden işçiye iyi gözle bakılmadığı yapılan araştırmalardan ve ifşa eden işçilerin yaşadıklarından anlaşılmaktadır. Sadece Anglosakson kültüründe farklı bir yaklaşım benimsenmekte, bu yaklaşım Anglosakson hukuk sistemlerinde ifşa etmeyi açıkça düzenleyen ve ifşa edeni koruyan düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmaktadır. Kıta Avrupasında ise konu hakkında bilimsel çalışmalar yapılmakla birlikte, yasal düzenlemelere hala tereddüt ile yaklaşmakta, yargı kararları ve uygulamalar çelişkili olabilmektedir.

Oysa hukuka ve etik değerlere aykırılıkların ifşa edilmesi genel olarak kamu yararınadır. Bu sayede toplum ve hatta işletmenin daha büyük zararlar görmesinin önüne geçilebilmektedir. Üretim hatası nedeni ile batma olasılığı olan bir geminin durumunun ifşa edilmesi, sağlığa zararlı etkileri olabilecek bir ürünün risklerine işaret edilmesi çok sayıda insanın hayatını ve sağlığını kurtarabilir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığının ihbar edilmesi işçilerin ölmesini ve yaralanmasını önleyebilir. İşyerindeki mobbing ve cinsel taciz vakalarının, çocuk işçiliğinin ihbar edilmesi, bu vakaların mağdurlarını kurtarabilecektir. Vergi kaçırımların veya kayıt dışı istihdamın ihbarı, rüşvet ve yolsuzluk oluşturan işlemlerin ifşa edilmesi, bu eylemler ile ortaya çıkan kamu zararlarını önleyecektir. İşçinin ifşa etmesi, uluslararası hukukta özellikle iş sağlığı ve güvenliğini sağlamanın ve yolsuzluk ile mücadelenin önemli bir aracı olarak görülmektedir.

Konunun ahlaki değerlendirmesi de özellikle işletme dışı ifşada bu iki farklı yaklaşıma göre birbirine zıt şekillerde yapılabilir. Bir yandan işverene sadakat borcu altında olan işçinin, işvereni ihbar etmesinin ahlaka aykırı bir davranış olduğu söylenebilir. Bu durumda ifşa eden işçi bir haindir. Diğer yandan bunun tam aksine, her işçinin ahlaki yükümlülüğünün kamu yararını korumak için hukuka aykırılıkları ihbar etmek olduğu da savunulabilir. Bu durumda ise ifşa eden işçi bir kahramandır. Şüphesiz her iki yaklaşımı da haklı kılacak gerekçeler gösterilebilir. Genel olarak

“jurnalciliğin” doğurduğu şüpheli ve güvensiz toplumsal yapının arzu edilecek bir şey olmadığı, doğru ihbarlar yanında asılsız ihbar ve iftiraların da çok görülüp kişilik haklarının ihlal edilebileceği, ifşa etmenin bazen işletmelerin mahvına ve ekonomik zararlara sebep olabileceği, ifşa eden işçilerin intikam, zarar verme gibi motivlerle hareket edebilecekleri gibi gerekçelerin haksız olduğu söylenemez. Buna karşılık, ifşa eden işçinin adalet duygusuna olan inancı ile ihbarda bulunduğu, içinde yaşadığı toplumun zarar görmesini önlemek istediği, işverenin misillemelerini göze alarak kendini feda ettiği durumlar dikkate alınmalıdır. Hukuka aykırılıkların tespit edilmesi ve yaptırıma bağlanması ile adil ve her yönden daha güçlü bir toplumsal yapının oluşacağı ve işletme içinden bir ihbar olmadan pek çok suçun bilinip önlenemeyeceği de açıktır.

Bu iki farklı ahlaki değerlendirmeye göre işçinin ifşası da iki farklı hukuki sonuca bağlanabilir: Sadakat borcuna aykırılık olarak görülüp işçiye hiçbir güvence sağlanmayabilir veya işçinin medeni cesareti ile topluma sadakati ödüllendirilip ona tam bir güvence sağlanabilir. Hukuki sonucun bu iki uçtan hangisine yakın olduğuna göre toplumun ahlak algısı ve işçinin ifşa eyleminin gerçekleşme olasılığı da değişecektir. İfşa eden işçi kaderine terk edildiği ölçüde, işçilerden işverenleri ne yaparsa yapsın ifşa etmeleri beklenemez. Bunun aksine ifşa eden işçi korunduğu ölçüde ifşa etme eylemi de artacaktır.

Kanaatimizce konunun ahlaki değerlendirmesi ancak tek bir şekilde olabilir: Toplum yararının korunması için hukuka aykırılıkları ifşa etmek her çalışanın ahlaki ödevidir. İşçinin işyerindeki hukuka aykırılığı ifşa etmesi, onun üstün ahlaki özelliklere ve medeni cesarete sahip olduğunu gösterir. Hukuk da toplum yararı ile işverenin yararı çatıştığında kural olarak toplum yararına öncelik vermeli, toplum yararına işletmedeki hukuka aykırılığı ifşa eden işçi korunmalıdır. Genel ilke bu olmakla birlikte, pek çok “ama” ve istisnanın da olacağı da dikkate alınmalı, işçinin ifşası ve sonuçları mümkün olduğunca hukuk güvenliğine hizmet eden açık ve net ölçütlere bağlanmalıdır. Bu noktada AİHM’nin Heinisch kararı, hem işçinin ifşası konusundaki olumsuz değer yargılarını reddetmek hem de pozitif hukukta konuya nasıl yaklaşılacağını belirlemek bakımından önemli ve değerlidir.

2. Sadakat Borcu ve İşçinin İfşası

İşçinin işvereni ifşa etmesi konusunun hukuken en önemli ve hassas boyutu sadakat borcudur. İfşa konusunda işçinin işverene karşı sadakat borcu ile vicdanına ve içinde yaşadığı topluma karşı sadakat borcu birbirleri ile çatışmaktadır¹⁶. Aslında bir kişinin diğerinin hukuka ve etik kurallara aykırı davranışını ifşa ve ihbar etmesi hukuka uygundur. İftira veya hakaret oluşturmadığı sürece demokratik bir hukuk devletinde herkes düşüncelerini özgürce ifade etmek, eleştirmek, şikayet ve ihbar etmek hakkına sahiptir. Hatta hukuka aykırılıkların ifşa edilmesinin haktan öte bir vatandaşlık ödevi olduğu da söylenebilir. Bu kapsamda aykırılıkların ifşa edilmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak taraflar arasındaki hukuki ilişkiden veya açık bir yasa hükmünden, bir tarafın diğeri hakkındaki bilgileri gizli tutması, ifşa etmemesi yükümlülüğü doğabilir. İş ilişkisinde de işçinin sadakat borcu, özellikle bu borç kapsamında işverenin sırlarını korumak, işverene zarar verecek davranış ve açıklamalardan kaçınmak yükümlülükleri işçinin ifşa hakkını sınırlayabilir. Hukuka aykırılıkları ifşa eden işçi, sadakat borcunu ihlal ettiği ithamı altında kalır. Sadakat borcuna aykırılık haklı fesih sebebi dahi olabildiğinden, işçinin hukuka aykırılıkları ifşa etmesinin sonuçları ağır olabilir. Bu sonuçlar nedeni ile ifşa etmenin fiilen tamamen yasaklanması veya çok sınırlanması bir alanda tanınması söz konusu olabilir.

Öğretide sadakat borcu ve işçinin hukuka aykırılıkları ifşa etmesi ilişkisi konusunda birbirinden farklı ve bazen tamamen zıt görüşlerin savunulduğu görülmektedir. Alman öğretisinde işçinin kaçınma borçları arasında, “*içeriği doğru olsa bile işverenin itibarına zarar verebilecek açıklamalardan kaçınma*” da sayılmaktadır. Fakat bu kaçınma borcunun mutlak olmadığı, işçinin, diğer işçilerin, üçüncü kişilerin veya kamunun haklı menfaatlerinin korunması için ifşanın meşru olabileceği de kabul edilmektedir¹⁷. Somut

¹⁶ **Preis**, Ulrich/**Reinfeld**, Roland: “Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhaeltnis”, AuR 12/89, 361; **Von Kaenel**, Adrian, Whistleblowing, Multidisziplinaere Aspekte, Bern, 2012, www.swisslex.ch, Rn. 13.

¹⁷ **Hromadka**, Wolfgang/**Maschmann**, Frank, Arbeitsrecht, Band 1 Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Springer, 2011, 223; **Zöllner**, Wolfgang/**Loritz**, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München, 1998, 172; **Brox**, Hans/**Rüthers**, Bernd/**Hensler**, Martin, Arbeitsrecht, 18. Auflage, Kolhhammer, 2012, 84.

olayın koşullarına bağlı olarak kamunun bilgilendirilmesindeki menfaatin ağır basması halinde işçinin işten çıkarılmayacağı da hem öğretilerde hem de Alman mahkemelerinin kararlarında kabul edilmektedir¹⁸. Ancak konunun dışarıya sızdırılmadan öncelikle işyeri içinde çözümlenmeye çalışılması, bu mümkün değilse yetkili makama ihbarla sınırlı kalınması gerektiği görüşü benimsenmekte, ancak çok ağır ve istisnai durumlarda medyaya bilgi verilmesi haklı sayılmaktadır¹⁹.

İsviçre öğretisinde konu daha çok sadakat borcunun alt görünümü olan sır saklama borcu kapsamında değerlendirilmekte, bazen işverenin itibarını koruma borcu ile de desteklenmektedir²⁰. Sır saklama borcuna büyük bir önem verilmekte, hatta işverenin vergi kaçırması, rekabet yasaklarını ihlal etmesi, suç işlemesi durumlarında bile işçinin kural olarak onu ihbar etmesi gerektiği, ifşa hakkının daha ziyade işverenin ağır suç işlediği veya işçilerini tehlikeye attığı durumlarda doğacağı görüşüne de rastlanmaktadır²¹. Fakat İsviçre öğretisinde giderek işçinin ifşasının işletmenin ve hissedarlarının menfaatlerini korumak için önemli ve vazgeçilmez olduğu vurgulanmakta, sadakat borcuna aykırılık görüşü terk edilmektedir²².

Türk öğretisinde ise konunun yeterli genişlikte incelenmediği, konuyla ilgili açıklanan görüşlerin ise birbirlerinden farklı oldukları görülmektedir. İşçinin sadakat borcuna aykırılığı İK 25/II-b'deki "işveren hakkında şeref ve

¹⁸ **Brox/Rüthers/Henssler**, 85; BverfG NZA 2001, 888; BAG 2003

¹⁹ **Zöllner/Loritz**, 172; **Hromadka/Maschmann**, 225; **Brox/Rüthers/Henssler**, 87.

²⁰ **Stahelin**, Adrian, Zürcher Kommentar-OR-Stahelin-06, Art. 321a, Rn. 7, www.swisslex.ch

²¹ **Stahelin**, Art. 321a, Rn. 25, 44; **Streiff**, Ullin/**Kaenel**, Adrian von, Arbeitsvertrag, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 321a, N 14, www.swisslex.ch; Ayrıntılı bilgi için: **Lederberger**, Zora, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekaempfung, Bern, 2005, 122. Buna karşılık sadakat borcunu ayrıntılı olarak inceleyen Geiser, işçinin suçları ifşa etmesinin sadakat ve sır saklama borcuna aykırılık olarak görülemeyeceğini kabul etmiştir. **Geiser**, Thomas: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern, 1983, 264 vd. Aynı yönde: **Rehbinder**, Manfred: Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag, Bern, 2010, www.swisslex.ch, Art. 321 OR, 130

²² **Portmann**, Wolfgang: Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz Überflüssig, nützlich oder notwendig?, AJP 2010, 987, 994; **Lederberger**, 12 vd.

haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunma” halinde kabul edilmektedir. Asılsız suçlamaların sadakat borcu ve dürüstlük kuralına aykırı olacağı açıktır²³. Fakat işçinin yaptığı açıklama veya ihbarın içeriğinin doğru olması halinde sadakat borcu bakımından nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Tunçomağ-Centel, işverenin veya işveren vekilinin ününe ya da kendisine zarar verecek açıklamaları yaymanın, bu açıklamaların içeriği doğru olsa bile, sadakat borcuna aykırı olduğunu kabul etmektedirler²⁴. Ertaş, işçinin ifşa etmesini doğrudan inceleme konusu yapmamakla birlikte, sadakat borcu bakımından eski mutlak sadakat borcu anlayışına bağlı görünmektedir. Ertaş'a göre sadakat borcu kaçınmak ve katlanmak biçiminde yapmama borçları da yükler. Kaçınmak, sadakat yükümlüsü borçlunun kendi hukuk sahasına giren ve genel kurallar çerçevesinde yapmaya hakkı olduğu bir alanda, örneğin söz ve düşünce özgürlüğü konusunda hareketsiz kalmasıdır²⁵. Ancak Ertaş sadakat ve sır saklama borcuna aykırılığın ancak gizli tutulma iradesi hukuken korunmaya değer olduğunda anlam kazanacağını, kanuna ve ahlaka aykırı sınırların korunmayacağını da belirtmektedir²⁶.

Sadakat borcunu daha yakın dönemde kapsamlı olarak inceleyen Tuncay ve Arslan Ertürk, belirli koşullara uyulmak ve ölçülülük ilkesine uygun davranmak şartı ile işçinin ifşasının sadakat borcuna aykırılık sonucu doğurmayacağı görüşünü benimsemektedirler. Ancak ayrıntıya inildiğinde bu hakkın sınırlarını farklı belirledikleri görülmektedir. Tuncay, asıl olarak iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sigorta ve vergi mevzuatına aykırı işlemler yapan işverenin resmi makamlara ihbar edilmesinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığını, işverenin bu durumlarda korunmaya değer haklı bir menfaati bulunmadığını belirtmektedir. Tuncay, işverenin çevre koruma hükümlerine aykırılıklarının ihbar edilmesinin de sadakat borcuna aykırılık teşkil etmediğini belirtmekte, böylece işçinin ifşasını sadakat borcuna aykırı görmeme

²³ **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2010,108; Yarg. 9. HD 8.4.1988, 1988/2513 E., 1988/3945 K., YKD Aralık 1988, 161.

²⁴ **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2013, 27

²⁵ **Ertaş**, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara, 1982, 21, 22.

²⁶ **Ertaş**, 54.

sonucuna yaklaşmaktadır²⁷. Arslan Ertürk ise sadakat borcunu ihlal etmeyen ihbarların kapsamından, çevre koruma hükümlerini çıkartarak Tuncay'ın örneklerini tekrarlamakta, örnek olarak işçinin prim ödeme gün sayısının eksik olması nedeni ile kuruma şikayette bulunmasını göstermektedir²⁸. Şükran Ertürk ise iş ilişkisinde temel hakları incelerken, düşünceyi açıklama özgürlüğü ile işçinin sadakat borcunun çatıştığına, işverene ve işyerine dair eleştirel açıklamaların sadakat borcunu ihlal etme tehlikesinin yüksek olduğuna işaret etmektedir. Ertürk'e göre işçi korunmaya değer menfaatlerini korumak için işverenin hukuka aykırı davranışlarını kamuya açıklamakta haklı kabul edilebilir²⁹.

Bu durumda işçinin kendi iş güvenliğine tehdit oluşturmamak veya sosyal sigorta haklarını etkilememekle birlikte açıkça hukuka aykırı olan işveren eylemlerini ifşa etmesinin sadakat borcu karşısında nasıl değerlendirileceği sorusu cevapsız kalmaktadır. Oysa doğrudan işçinin menfaatlerinin ihlal edildiği, örneğin işçinin kayıt dışı veya sağlıksız ortamda çalıştırıldığı durumlarda sadakat borcu zaten işçinin ifşa etmesini önleyecek bir işleve sahip değildir. İş ilişkisinde işveren, işçiyi gözetmekle yükümlüdür. İşveren işçiyi sağlığını tehdit eden koşullarda veya sigortasız çalıştırıyorsa, işçiyi gözetme borcunu ihlal etmektedir. Borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğe aykırılığı işçinin şikayet konusu yapmaması zaten beklenemez. Ayrıca işçinin kendi hak ve menfaatlerini tehdit eden durumları ifşa etmesi, işçiden kendi haklarını işveren için feda etmesinin beklenmesi anlamına gelir. Sadakat borcunun sınırını işçinin kendi haklarının çizdiği, işçinin sağlığı ve mali haklarını işverene feda etmesinin beklenemeyeceği zaten bilinen ve tartışmasız kabul edilen bir husustur³⁰. İşçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip etmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep doğurmayacağını açıkça ifade eden İK 18/III-c'den de bu sonuca varılabilir. Aksini düşünmek hak arama özgürlüğü ve şikayet hakkına

²⁷ **Tuncay**, A. Can: "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, s.1043, 1073.

²⁸ **Arslan Ertürk**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2010, 347.

²⁹ **Ertürk**, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002, 121, 122.

³⁰ **Imbach Haumüller**, Diana, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich - ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich, 2011,42; **Geiser**, Thomas/**Müller**, Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern, 2012, 126.

da aykırı olur³¹. Asıl sorun, işçinin doğrudan kendisine yönelmeyen bir tehdit veya ihlali ifşa edip edemeyeceğidir. Başka işçilerin ve hatta işyeri dışından kişilerin sağlığı, başka işçilerin sigortalılığı, başka insanların güvenliği, kamunun menfaatleri tehlikeye düştüğünde işçi bu tehlikeleri ifşa ederse sadakat borcuna aykırı davranmış olur mu?

Aydın konuya işçinin kişilik haklarına bağlı olarak düşünce ve ifade özgürlüğünün korunması bakımından yaklaşmakta, işçinin ifşasını bu kapsamda değerlendirmekte ve ilke olarak işçinin ifşasının ve ifşa eden işçinin korunmasının, işçinin sadakat borcundan daha önemli olduğunu kabul etmektedir³². İşçinin ifşası Aydın'da sadece kendi menfaatlerinin ihlali ile sınırlı da kalmamaktadır. Aydın ifşa hakkının mevcut ve olması gereken sınırlarını da incelemekte, sonuç olarak hukukumuzda bu hakkın yeterince korunmadığını tespit etmektedir³³. Uşan da sır saklama borcunun kapsamını incelerken aynı tespitlerde bulunmaktadır. Uşan'a göre işçinin hukuka ve etik kurallara aykırılıkları ifşa etmesi sır saklama borcuna aykırılık oluşturmaz. İşçi herhangi bir yasal zorunluluk olmamasına rağmen kamu yararı nedeni ile bir durumu yetkili mercilere bildirebilir. Bu nedenle işçinin sözleşmesinin feshi kötüniyetli ve iş güvencesi kapsamında geçersizdir³⁴. Demir/Demir'e göre de işverenin ticari ve mesleki sırları suç teşkil ediyorsa korunmaz³⁵. Okur'a göre önemli ve kamuyu ilgilendiren olumsuzluklar hakkında işçinin susma yükümlülüğü yoktur³⁶. Alpagut'a göre ise sadakat borcu işçinin ifade özgürlüğünün sınırını oluşturur. İşçi işverenin menfaatlerine zarar verici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Bu kapsamda işverenin piyasadaki itibarını sarsan, kredibilitesini etkileyen açıklamalar sadakat borcuna aykırıdır. Açıklamaların gerçeği yansıtmasının da bir önemi yoktur.

³¹ **Çil**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2012, 584, Yarg. 9. HD. 23.01.2012, 2009/36337 E., 2012/1254 K.

³² **Aydın**, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002, 142, 144 vd.

³³ **Aydın**, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, 145, 146, 154 vd.

³⁴ **Uşan**, Fatih, İş hukukunda İş Sırrının Korunması: (sır saklama ve rekabet yasağı), Ankara, 2003, 101 vd.

³⁵ **Demir**, Fevzi/**Demir**, Gönenç: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C:11, S:1/2009, 23.

³⁶ **Okur**, Zeki: "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Kamu-İş, C:8 S:4/2006, 41, 63.

Buna rağmen Alpagut belirli koşulların varlığı halinde işçinin ifşasının sadakat borcuna aykırılık oluşturmayabileceğini de kabul etmektedir. Alpagut buna gerekçe olarak, yasaya aykırı veya etik dışı olguların devamında işverenin korunmaya değer bir çıkarı bulunmaması, ayrıca ifşa etmenin daha üstün hukuki bir değer korunmasına hizmet etmesini göstermektedir³⁷.

Sonuç olarak, işçinin ifşasının sadakat borcu karşısındaki durumu ve bu nedenle işçi bakımından sonuçları konusunda bir görüş birliği ve netlik oluşmadığı tespit edilebilir. Hukukumuzda konu henüz ayrıntılı bir çalışmaya konu olmamış, öğreti görüşleri daha ziyade yabancı hukuk sistemlerindeki tartışmaların kısaca aktarılması ile sınırlı kalmıştır. Fakat Alman-İsviçre hukuklarında bile konunun hala tartışmalı olduğu, işçinin ifşasının sadakat borcu karşısında sınırlarını belirlemede halen güçlükler yaşandığı görülmektedir. Sadakat borcundan doğan sır saklama ve işverenin itibarını koruma yükümlülükleri karşısında işçinin ifşasının hangi durum ve koşullarda haklı kabul edileceği ayrı ve uzun başka bir çalışmanın konusudur. Fakat ilke olarak AİHM'nin Heinisch kararı ile ortaya konan esaslar çerçevesinde ifade özgürlüğünün, işçinin ifşasını haklı kılan ve sadakat borcu karşısında kuvvetlendiren bir rol oynadığı söylenebilir. Bu nedenle işçinin ifşası ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki açıklanmalıdır.

3. İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü

İfade veya tam adı ile düşünciyi açıklama özgürlüğü özgürlükçü demokratik devletlerin olmazsa olmaz temel ilkesidir. Demokrasi her türlü inanç, fikir ve düşüncenin açığa vurularak serbest bir tartışma ortamı yaratılması ile mümkün olur. Bu nedenle ifade özgürlüğü olmadan demokrasi düşünülemez. İfade özgürlüğü insanın kişiliğini geliştirmesi açısından da büyük önem taşır³⁸. Fakat ifade özgürlüğü sadece birey için değil toplumun menfaati için hatta öncelikle bu toplumsal yarar nedeni ile korunur. Bir kişinin ifade özgürlüğü aynı zamanda başkalarının öğrenme ve bilgilenme

³⁷ Alpagut, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil Mart 2012, 23, 25.

³⁸ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002, 307.

özgürlüklerinin kaynağıdır. İfade özgürlüğü ortadan kaldırılır veya aşırı sınırlanırsa bu kaynak kurutulmuş ve demokrasi zarar görmüş olur. Zira bir konuda kanaatini özgürce tespit etmek, özgürce konuşabilmek, tartışabilmek, bilgi edinebilmek demokratik devlet düzeninin vazgeçilmez unsurlarıdır³⁹. Düşünceyi açıklama, bu yolla kamuyu ve devleti uyarma özgürlüğü aynı zamanda hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün de gereğidir⁴⁰.

İfşa etmenin yasaklanması veya yaptırıma bağlanması halinde doku-nulan temel hak, işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü sadece siyasi düşünceler için öngörülmuş bir özgürlük değildir. Her türlü düşünce, eleştiri, fikir beyanı yanında, bir fikir katmadan somut durumu açıklamak da ifade özgürlüğü kapsamındadır. İfade özgürlüğü bireye, tabi olduğu otoriteden çekinmeksizin farklı şekillerde iletişim kurma olanağı tanımaktadır⁴¹. Bir kanaat ve yorum eklemekten sadece bilgiyi ifşa etmenin düşünce beyanı olmadığı ve bu nedenle düşünceyi açıklama özgürlüğü sayılmadığı savunulabilir. Ancak bu yaklaşım çok dar ve isabetsizdir. Her şeyden önce bilgi açıklaması ile düşünce açıklamasının birbirlerinden kesin bir sınırla ayırt edilmesi imkansızdır. Çünkü bir düşünce her zaman bilgiye dayanarak, bilgi içererek oluşur ve beyan edilir. “Düşünce” sadece fikri bir ürün olsa bile, düşünce oluşturmanın tek yolunun “bilgi” iletimi olduğu, bilgi açıklamanın özgür olmadığı yerde düşünme ve ifade etme özgürlü-ğünün de olamayacağı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle düşünce özgürlü-ğünün bir tanımı da, “*insanın kişisel ve toplumsal yaşam konusunda bütün sorulara verdiği yanıtları, kendi kendine seçme ve hazırlama, yaşam tarzına ilişkin davranış ve ilişkilerini bu yanıtlara uygun hale getirme ve gerçek addettiğini başkalarına iletme olanağıdır.*”⁴².

Ayrıca ifşa edilen bir bilgi de kanaate dayalı bir ön değerlendirmeden geçmeden beyan edilmez. Kişinin hangi bilgiyi ifşa edip hangisini etmeye-ceği, hangi bilgiyi ifşa edilmeye değer gördüğü yönünde değerlendirmesi ve buna göre bir ayırım yaparak ifşa etmesi de bir düşünce faaliyeti gerek-

³⁹ **Kaboğlu**, İbrahim Özden: “Düşünce Özgürlüğü”, İnsan Hakları, İstanbul, 2000, 107; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, 308.

⁴⁰ **Güran**, Sait: Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, Anayasa Yargısı, Sayı 1-3, Ankara, 1992, 23, 29.

⁴¹ **Aydın**, Kişilik Hakları, 143.

⁴² **Kaboğlu**, 106.

tirmektedir⁴³. Ayrıca “düşünceyi” sadece fikri ürün ile sınırlı görmek, insanların bir olayı anlatma, iletme ihtiyacını göz ardı etmek, yanlıştır. Zira insanların birbirleri ile iletişim kurma hakkı da ifade özgürlüğü ile korunmaktadır. İfade özgürlüğü sayesinde insanlar özgürce konuşmak, iletişim kurmak, başkalarının kişilik haklarına dokunmadıkça istediklerini söyleyebilmek hakkına sahip olurlar. Başka insanlara bilgi vermek, bir olayı veya durumu iletme de ifade özgürlüğünün sonucudur⁴⁴. Her durumda işçinin bir hukuka aykırılık veya tehlikeyi ifşa etmesinin genellikle sadece bilgi açıklama olarak gerçekleşmeyeceği de açıktır. İşçi bu durumda ifşa ettiği hususların olumsuz, haksız, önlenmesi gereken eylemler olduğu yönündeki düşüncesini de ortaya koymakta, bir eleştiride bulunmaktadır. Eleştirel her türlü beyan da düşünce açıklaması sayılır. İşçinin işletme veya işveren hakkındaki olumsuzluklara dair eleştirilerini dile getirmesi ifade özgürlüğünün kullanımıdır⁴⁵.

Ayrıca düşünce beyanı ile bilgi ifşasını kesin sınırlar ile ayırt edip, bilgi ifşasını temel hak güvencesinden yoksun bırakmak önemli bir hukuksal çelişki doğurur. Her şeyden önce neyin sadece bilgi ifşası neyin düşünce açıklaması olduğu net ayırt edilemediğinden, bir beyanın sadece bilgi ifşası olduğu iddiası ile ifade özgürlüğüne müdahale edilmesinin yolu açılır. Bu şekilde ortaya çıkabilecek sansür, demokratik bir hukuk devleti ile bağdaşmaz. İkincisi, düşünceyi açıklama özgürlüğü AY 26’da belirtildiği üzere “resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.”. Haber alma ve verme özgürlüğü özellikle AY 28’deki basın özgürlüğünün de temel dayanağıdır. Sübjektif fikrini katmadan bir haberi iletme, bir olayı ifşa etme özgürlüğünün basın için korunurken, bireyin bu faaliyetinin anayasal güvence altına alınmaması ciddi bir çelişki doğurur⁴⁶.

⁴³ **Maunz/Dürig/Herzog**, Grundgesetz-Kommentar 66. Ergaenzungslieferung 2012, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 51, www.beckonline.de; **Wendeling-Schröder**, Ulrike, Autonomie im Arbeitsrecht: Möglichkeiten und Grenzen eigenverantwortlichen Verhaltens in der abhängigen Arbeit, Frankfurt am Main, 1994, 155.

⁴⁴ **Maunz/Dürig/Herzog**, Rn. 54, 55a, 81.

⁴⁵ **Schemmer**, Beck’scher Online-Kommentar GG, Art. 5 Rn. 147, 147.1, www.beckonline.de; **Uşan**, 78; **Ertürk**, 122.

⁴⁶ **Wendeling-Schröder**, 155; **Maunz/Dürig/Herzog**, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 51, www.beckonline.de

Hukuken dikkate alınması gereken diğer husus ise AİHM'nin düşünceyi açıklama özgürlüğü konusundaki yorumudur. AİHS m. 10 anlamında ifade özgürlüğü, sadece fikir ve kanaatleri değil, her türlü bilgi açıklamasını da güvenceye almaktadır⁴⁷. Heinisch/Almanya davasında ve diğer kararlarında da AİHM, ifşa etmeyi AİHS m. 10 anlamında düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında görüp güvence sağlamıştır. AY m. 26 ile hemen hemen aynı ifadeleri içeren AİHS m. 10'un bu içeriği, AY m. 90 uyarınca Türk hukuku için de bağlayıcıdır. Türk hukukundaki herhangi bir hükmün AİHS ile çatışması halinde 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği dikkate alınmalıdır. Buna göre temel haklara ilişkin anlaşma hükümleri yasaya nazaran üstündür⁴⁸. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 19/II uyarınca ifade özgürlüğünün, kişinin "her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir" şeklindeki kapsamı da dikkate alınmalıdır⁴⁹. Bu nedenlerle işçinin işyerindeki olumsuzluk ve hukuka aykırılıkları ifşa etmesi düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında sahip olduğu bir hakır.

İşçinin sadakat ve işverene zarar veren açıklamalardan kaçınma borcuna dayanarak hukuka aykırılıkları ifşa etmesine sınır getirilmesi, doğrudan onun ifade özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğurur. Giderek bu durum, işçiyi iş ilişkisine girmesi nedeni ile temel hakları diğerlerine göre daha fazla sınırlanabilen bir birey haline getirir. Oysa Anayasanın ifade özgürlüğünü işyerinde geçerli olmayan bir özgürlük olarak düzenlediği söylenemez. Ne sadakat borcu ne de işverenin yönetim hakkı işçinin düşünce ve ifade özgürlüklerini sınırlar⁵⁰. İnsanların çoğunun bağımlı olarak iş ilişkisi içinde çalıştıkları, insan hayatının ve kişiliğinin vazgeçilmez bir unsurunun "çalışma" olduğu dikkate alınır, ifade özgürlüğüne iş ilişkisinde yer verilmemesi aşırı bir sınırlama olurdu⁵¹. Günümüzde işyeri ve iş ilişkisi,

⁴⁷ **Frowein**, Jochen ABR./**Peukert**, Wolfgang, Europaeische Menschenrechtskonvention, Kehl/Strassburg/Arlington, 1994, 387; **Maunz/Dürig/Herzog**, Rn. 55.

⁴⁸ Türk hukukunda uluslararası hukukun yeri ve hiyerarşi konusunda: **Sur**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2011, 53 vd.

⁴⁹ RG 21.7.2013, S. 25175; **Sur**, 192.

⁵⁰ **Taşkent**, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, 115 vd.

⁵¹ BVerfG AP Nr.2 zu § 74 BetrVG 72; **Thüsing**, Gregor, BGB 611 Rn. 379, ArbeitsrechtKommentar, Hennisler/Willemsen/Kalb, 1. Auflage, Köln, 2004.

hakkında konuşulması yasak olan bir “tabu” olarak görülemez. “İşyeri barışını korumak” gerekçesi ile de işçinin düşünce özgürlüğü sınırlanamaz. Her ne kadar insanların birlikte verimli çalışması huzurlu bir ortam gerekirse de toplum hayatında farklı düşüncelerin ifade edilmesine gösterilen saygı işyerinde de gösterilmek zorundadır. Aksi takdirde ifade özgürlüğü giderek “çoğunluğa ve işverene uygun düşünceleri açıklamak özgürlüğüne” indirgenirdi⁵².

Ayrıca sadakat borcu veya işyeri barışını koruma anlayışı ile işletmedeki hukuka aykırılıkların ifşa edilmesini yasaklamak, hukuka aykırı davranışlara hak etmedikleri bir koruma sağlamak olurdu. İşyeri barışını bozanların, işletmeye zarar verenlerin, hukuka aykırılığı ifşa edenler değil, gerçekleştirenler olduğu dikkate alındığında zaten bu gerekçe anlamını yitirmektedir. İşveren yönetim hakkını işçinin düşünce özgürlüğünü sınırlayacak değil, tersine bu özgürlüğe karşı yapılacak engellemeleri kaldıracak şekilde kullanılmalıdır. Bir işçinin düşüncelerini açıklaması sonucu işyeri barışı bozulmuş ise, işveren düşünce açıklayan işçiyi değil, işyeri barışını bozanları cezalandırmalıdır⁵³. Üstelik hukuka aykırılıkların ifşa edilmesindeki durum, işyerinde iş arkadaşları ile politik konularda bir tartışmaya girmekten çok daha farklıdır. İfşa etme bu nedenle de işyeri barışı gerekçesi ile önlenemez.

Bugün artık tereddüt olmadan kabul edildiği üzere iş ilişkisinde de temel haklar etkilidir. Temel haklar sadece devletin müdahalelerine karşı savunma sağlama işlevi ile sınırlı kalmaz, hukukun tüm alanlarında dikkate alınması gereken objektif hukuk normları olarak kabul edilirler⁵⁴. Anayasa ilke ve kurallarının kişiler arasında yatay düzeyde de uygulama alanı bulacağı AY m. 11’in anayasa hükümlerini kişileri de bağlayan temel hukuk kuralı olarak görmesinden de anlaşılmaktadır. Özellikle Anayasa mahkemesine bireysel başvuru ile mahkeme kararlarının Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulmasının yolu da açıldıktan sonra özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve özgürlüklerin daha fazla etkili olacağı söylenebilir.

⁵² Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2013, GG Art 5. Rn. 33, 34, www.beckonline.de; Wendeling-Schröder, 171.

⁵³ Taşkent, 117.

⁵⁴ Ertürk, 205.

Anayasa hükümleri ve temel hakların kişiler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanacağı görüşü günümüzde etkisini kaybetmiş olsa da, temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı etki edeceği, koruma normu olarak dikkate alınacağı, devlete ait yargı görevini ifa eden mahkemelerin, kararlarında temel haklara uygunluğu dikkate alacağı kabul görmektedir. İnsan hakları ihlallerinin sadece kamu makamlarından kaynaklanmayacağı, bireyler arası ilişkilerde de temel hakların ihlal edilebileceği gerçeği karşısında adli yargı organları temel hakları korumakla görevli ve yetkilidirler⁵⁵. Temel haklar özellikle hukuk boşluklarının doldurulmasında, soyut bir içeriğe sahip hukuk kavramlarının somutlaştırılmasında ve hukuk kurallarının yorumunda etkili olurlar. İş hukuku kurallarının yorumunda temel hakların dikkate alınması da iş hukukunun temel bir ilkesidir⁵⁶.

Bu durumda içeriği belirsiz bir kavram olan “sadakat” borcunun somutlaştırılmasında da önemli bir temel hak olan “ifade özgürlüğünün” dikkate alınması zorunludur. Devlet, bir özel hukuk ilişkisi olan iş ilişkisinde de ifade özgürlüğünü ve buna bağlı olan ifşa etmeyi korumakla doğrudan yükümlüdür. Sadakat borcu, işçiyi düşünce açıklamasından alıkoyan, onu sansürleyen, düşünce açıklamasının sonucunda yaptırımla karşılaşmasına dayanak olan bir içerik kazanmamalıdır. Aksinin kabulü düşünceyi açıklama özgürlüğünün güvenceye alınmadığı, işverene işveren olması nedeni ile bu özgürlüğü sınırlama hakkı tanındığı anlamına gelir. Bu durum çalışan insanın “işçi” değil giderek “köle” olup olmadığını sorgulamayı gerektirirdi. Böyle bir yaklaşım çağımızın iş hukuku ve temel haklar anlayışı karşısında kabul edilemez⁵⁷. İşçiye getirilebilecek tek sınırlama aşağıda açıklanacağı üzere ifşa hakkını da ölçülü kullanması olabilir. Bunun ötesinde sadakat borcunun düşünceyi açıklama özgürlüğünü işlevsiz hale getirecek bir anlamı olamaz.

İşçi her şeyden önce kendi hakları ihlal edildiğinde işvereni eleştirebilmeli, yetkili makamlara şikayet edebilmelidir. Öğretide ve yargı kararlarında zaten bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bunun da ötesinde

⁵⁵ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1999, 172, 173.

⁵⁶ **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2012, 27; **Sözer**, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2008, 83, 84.

⁵⁷ **Aydın**, Kişilik Hakları, 144; **Schmidt**, Rn. 33, 34.

işçinin kendi hakları ihlal edildiğinde, demokratik sınırlar içinde, hakaret ve iftira oluşturmayan şekilde durumu kamuoyu ve medyaya ifşa etmesi de mümkün olmalıdır. Yargıtay da bir kararında işverenin genel merkezi önünde basın açıklaması yaparak işvereni eleştiren, yaşanan olaylara demokratik biçimde tepki göstererek çalışma koşullarında ve ücretlerinde iyileştirmelere ilişkin isteklerde bulunan işçilerin bu davranışının haklı veya geçerli fesih sebebi oluşturmayacağını isabetle hükme bağlamıştır⁵⁸.

Ancak işçinin ifade özgürlüğünün sadece kendi haklarını korumakla sınırlı anlaşılması gerektiği de kabul edilemez. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü sadece bireyin özgürlüğünün güvencesi değil, demokratik özgürlükçü toplum düzeninin de temel koşuludur. İfade özgürlüğü olmadan kamu yararını etkileyen olay ve konuların öğrenilmesi ve tartışılması olanağı ortadan kalkacağından, işleyen bir demokrasiden de söz edilemez. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü, kişiliğin doğrudan ifade edilmesi anlamına geldiğinden en önemli temel haklardan biridir ve özgürlükçü demokratik devlet düzeninin temel direğidir. Bu nedenle iş ilişkisinde de diğer hayat ilişkilerinde olduğu kadar geçerli olmasının yanında kişisel ve ekonomik menfaatlerden de önce gelir⁵⁹.

Bu esaslar karşısında, düşüncüyü açıklama özgürlüğü kapsamında sadece işçinin yararı için değil, demokratik toplum düzeninin menfaati gereği korunan bir ifşa hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu hak, sadakat borcu ile kullanılmaz hale getirilecek, özüne dokunulacak şekilde sınırlandırılmaz. Aksine, sadakat borcunun içeriği belirlenirken, işçinin düşüncüyü açıklama özgürlüğü dikkate alınmalı, sadakat borcuna düşünce özgürlüğünü sınırlandıracak bir anlam verilmemelidir. İşçi sadece kendi menfaatlerini ihlal eden işveren davranışlarında değil, tüm hukuka aykırılıklarda düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahiptir. Aksinin kabulü işverene demokratik toplum düzeninin gerekleri ve insan hakları ile bağdaşmayan bir sansür yetkisi tanınması sonucunu doğururdu. AİHM, Heinisch kararında işverenin hukuka aykırı davranışını ifşa eden işçinin işten çıkarılması ile düşüncüyü açıklama özgürlüğüne bir müdahale gerçekleştiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre

⁵⁸ Yarg. 22 HD, E. 2011/3629, K. 2011/5892, T. 24.11.2011.

⁵⁹ BVerfGE 28.4.1976

bu müdahale “demokratik bir toplumda zorunlu” da değildir⁶⁰. Eğer kamusal menfaatler tehlikeye düşüyorsa ve işyeri içi uyarılar sonuç vermiyorsa, işçinin işletme dışı yetkili makamlar ve kamuoyuna durumu ifşa etme hakkı da ifade özgürlüğü kapsamında⁶¹. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün doğrudan gereği olarak ifşacı işçi, işverenin her türlü müdahalesine karşı etkin şekilde korunmalıdır. Bunun yanında ifade özgürlüğü bir hukuka uygunluk sebebi olarak da dikkate alınmalı, çalışanın meslek sırrını ifşa veya başka bir nedenle ceza ya da tazminata mahkum edilmesine karşı da koruma sağlanmalıdır. Bu güvencelerin sağlanmaması Anayasa ve AİHS ile güvenceye alınan düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlalini oluşturur.

4. İfşa Etmenin İfade Özgürlüğü Kapsamında Korunmasının Koşulları

Ancak AİHM işçinin her durum ve koşulda işvereni doğrudan savcılığa ihbar etmesinin veya işyerindeki olumsuzlukları kamuoyu ile paylaşmasının da doğru olmadığını belirtmektedir. AİHM sadakat borcunun iş ilişkisinde önemli bir rolü olduğunu, işçinin işverenin sırlarını ve itibarını korumakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle bazı temel koşulların varlığı araştırılmalıdır. Bunlardan ilki ifşa eden çalışanın iyiniyetli olmasıdır. İyiniyetli olma kapsamında öncelikli koşul, çalışanın saikidir. İntikam alma, kazanç elde etme gibi amaçlarla ifşa eden işçiye sağlanacak güvence sınırlı olabilir. İşçi asıl olarak kamu yararı için ifşa ve ihbarda bulunmalıdır. Bundan daha önemlisi, çalışanın asılsız isnatlarda bulunmamasıdır. İfşa ve ihbar eden çalışan, ihbar ettiği hususların gerçek olduğuna iyiniyetli olarak inanıyor olmalıdır. İkinci koşul ise çalışanın ifşa ederken de ölçülü davranmasıdır. Savcılık, kamuoyu gibi işletme dışı kişilere ifşa son çaredir. İşçi öncelikle konunun işletme dışı kişi ve kurumlara duyurulmadığı, işverene daha az zarar veren başka araçlar ile olumsuzluğu önlemeye çalışmalıdır.

AİHM bu ilkelere göre somut olayı denetlemektedir. AİHM'ye göre Heinisch'in ihbar ettiği hususlarda açık ve ciddi bir kamu yararı söz konusudur. Kendi haklarını savunamayacak durumda olan yaşlı ve bakıma muhtaç kişilerin korunması amacı ile işveren ihbar edilmiştir. Heinisch'in

⁶⁰ AİHM, Heinisch/Almanya, Rn. 93.

⁶¹ Schmidt, Rn. 37; Aydın, 85.

ihbar dilekçesinde bazı polemiklere, abartılı husus ve eleştirilere yer vermiş olması da onun öncelikle kendi iş koşullarıyla ilgili şahsi menfaati peşinde olduğunu kanıtlamaz. Zira dilekçedeki iddiaların gerçeğe dayandığı anlaşılmaktadır. Her durumda Heinisch'in doğrudan bildirimler dağıtmak veya medyayı bilgilendirmek yerine önce savcılığa başvurması da onun işverene daha az zarar vermeye dikkat eder şekilde iyiniyetli davrandığını göstermektedir. Ölçülülük konusunda da AİHM Heinische'e hak vermektedir. Zira Heinisch işletme yönetimine sürekli işyerindeki olumsuzluklar konusunda başvurmuş, bunun da ötesinde avukatı ile işvereni ihbarda bulunabileceği konusunda uyarmıştır. Gerçi Heinisch uyarılarında açıkça evrakta sahtekarlardan söz etmemiştir. Fakat yaptığı uyarıların içeriğine bakıldığında, yaşlılara verilen bakım hizmetinin doğru belgelenmediği açıkça belirtilmektedir. Bu vakıaların ışığında artık işçinin işvereni savcılığa ihbar etmek yerine başvurabileceği daha hafif başka bir yol kalmadığının kabulü gerekir. Alman Federal İş Mahkemesinin konuyla ilgili içtihadına göre de aynı sonuca varılmaktadır. AİHM bu noktada ilginç ve önemli bir tespit de bulunmaktadır: Alman hukukunda ifşa ve ihbar eden işçilere yol gösteren, hangi sıra ile hangi başvuru yollarının izlenebileceğine dair özel bir düzenleme de zaten bulunmamaktadır.

İhbar konusunun gerçeğe uygunluğu konusunda ise AİHM, Berlin Eyalet İş Mahkemesi kararını ciddi şekilde eleştirmektedir. Her şeyden önce resmi denetim kurumunun geçmiş yıllardaki denetim sonuçları ile de huzurevindeki personel yetersizliğinin olumsuz sonuçlara yol açtığına işaret edilmiştir. Ayrıca Heinisch, üç iş arkadaşının da tanıklığı ile işletme yönetiminin kendilerine verdiği bir talimatı ortaya koymuştur. Buna göre, Heinisch ve diğer bakıcılardan yapmadıkları bazı işleri yapmış gibi gösterip evrak düzenlemeleri talep edilmiştir. Savcılığın ihbar sonucu takipsizlik kararı vermesi de ifşa eden işçi aleyhine yorumlanamaz. Ceza takibi ayrı bir konudur ve ihbar edenden bu ihbarın nasıl sonuçlanacağını önceden öngörüp ona göre ihbarda bulunmaması beklenemez. AİHM bu noktada hem Alman Anayasa ve Federal İş Mahkemesi kararlarına hem de Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin Protect of Whistleblower Kararı'na işaret etmektedir. Bu kararlar uyarınca iyiniyetli olarak bir hususu ihbar eden çalışan, sonradan bu hususun gerçek olmadığı ortaya çıksa dahi korunmalıdır.

AİHM işverenin ihbar ile ciddi ve ağır bir zarar gördüğünü, işletmenin itibarı ve kazancına verilebilecek zararlara karşı kendini savunma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Fakat yaşlı bakımının kaliteli ve düzgün işlemesi konusundaki kamusal yarar daha ağır basmaktadır. İşçinin ihbarı sayesinde bu alandaki sorunların öğrenilmesi, tartışılmasının sağlanması ve böylece önüne geçilmesindeki kamu yararı, demokratik bir toplumda, işverenin itibarı ve ekonomik yararından daha ön planda tutulmalıdır. Bu toplumsal yarar karşısında işçiye uygulanan yaptırım aşırı ve ağırdır. İş hayatındaki en ağır yaptırım olan derhal fesih ile işçinin cezalandırılması ve bunun ulusal mahkeme tarafından haklı görülmesini AİHM onaylamamaktadır. Mahkeme ayrıca işçiye haklı fesih yaptırımının uygulanması sonucu benzer durumda olan diğer işçilere ve topluma verilen mesajın da önemli olduğuna işaret etmektedir. AİHM'ne göre işçinin maruz kaldığı feshin yerindeliği denetlenirken, bu yaptırımın başka işçileri vatandaşlık haklarını kullanarak benzer olayları ihbar etmekten caydırıcı ağır bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınmak zorundadır. İşverenin fesih hakkı böylece feshin diğer işçiler üzerindeki etkileri de gözetilerek sınırlanmaktadır⁶².

Tüm bu gerekçelerle AİHM, işçinin ifade özgürlüğüne, özellikle de bilgi iletme hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde zorunlu ve ölçülü olmadığını, Alman mahkemelerinin çatışan menfaatler arasında doğru bir denge kuramadıklarını ve böylece AİHS m. 10'un ihlal edildiğini kabul etmektedir.

SONUÇ

İşvereni ihbar eden Heinisch lehine verilen AİHM kararı sonrasında işe iade davası Almanya'da yeniden görüldü. Tarafların mahkemede sulh olması ile uyuşmazlık sona erdi. Bu anlaşmanın koşullarına göre, Heinisch'in iş sözleşmesinin derhal fesihle son bulmadığı, yetersizlik nedeni ile yapılan fesih bildirimiminin işletme gerekleri ile fesih bildirimine dönüştüğü kabul edildi. Ayrıca işverenin Heinisch'e 90.000 Euro tazminat ödemesi ve onun mesleki geleceğini olumsuz etkilemeyecek bir çalışma belgesi verme-

⁶² Ulber, Daniel: "Whistleblowing und der EGMR", NZA 2011, 962, 964.

sinde anlaşıldı⁶³. AİHM kararı uyarınca Alman Devletinin de manevi tazminat olarak ödediği 10.000 Euro manevi tazminat ile birlikte düşünüldüğünde Heinisch'in zararının kısmen de olsa karşılandığı söylenebilir. Şüphesiz konuyla ilgili gerçek manevi tatminin, huzurevlerindeki kötü durumun kamuoyu tarafından öğrenilmesi ve tartışmaya açılması olduğu söylenebilir. Ancak işverenini ihbar eden Heinisch'i nasıl bir mesleki geleceğin beklediği de maalesef tahmin edilebilir.

AİHM bu kararı ile işyerindeki hukuka aykırılıkları ve olumsuzlukları ifşa ve ihbar eden çalışanların durumunu güçlendirmektedir. AİHS m. 10'daki ifade özgürlüğü bu karar karşısında çalışanların işyerindeki olumsuzluklar konusunda toplumu bilgilendirme hakkını güvenceye almaktadır. Artık çalışanların AİHS ile korunan bir "ifşa hakkı" olduğu söylenebilir⁶⁴. Vatandaşlık haklarının kullanılmasının ilke olarak feshi haklı kılacağı, aksinin istisna olduğunu kabul eden Berlin İstinaf Mahkemesi kararının yanlış olduğu Alman öğretisinde de kabul edilmektedir⁶⁵. Gerçek durum tam aksine vatandaşlık haklarının kullanılmasının feshi kural olarak haklı kılma-yacağıdır. Ancak çalışanın ifşa ve ihbar hakkı sınırsız değildir; çalışanın iyiniyetli olması ve ölçülü davranması zorunludur. Bu koşullara uygun olarak çalışanın ihbarı, işverene zarar vermek, kazanç elde etmek gibi saiklerle değil, kamu yararına gerçekleşmelidir. Daha da önemlisi ifşa edilen hususlar gerçek olmalı, asılsız isnatlardan kaçınılmalıdır. Fakat çalışanın ihbarı sonucu işverene yönelik ithamlarının gerçek olmadığını anlaşılması, örneğin ceza kovuşturmasında takipsizlik veya beraat kararı verilmesi tek başına çalışanın kötüniyetli olduğunu kabul etmeyi gerektirmez. Aslolan çalışanın iyiniyetli olduğudur ve iyiniyetli olarak ihbar ettiği hususların gerçek olduğuna inanmış ise çalışanın bir iş hukuku veya ceza hukuku yaptırımına uğratılmaması gerekir.

⁶³ http://www.anstageslicht.de/index.php?UP_ID=14&NAVZU_ID=57&STORY_ID=53&M_STORY_ID=959.

⁶⁴ AİHM'nin *Guja/Moldova* - 14277/04, 12.2.2008 kararında bir kamu görevlisinin kamudaki olumsuzları ihbar ve ifşa etmesi de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Buna da dayanarak ifşa ve ihbar hakkının sadece işçileri değil, tüm bağımlı çalışanları kapsadığı söylenebilir.

⁶⁵ **Ulber**, 963.

Ölçülü davranmak konusunda ise AİHM, işyeri dışındaki kişi ve kurumlara ihbar ve ifşanın son çare olduğu ilkesini benimsemektedir. Somut olayda çalışanın işverene önceden başvurmuş ve uyarılmış olması karşısında artık savcılığa ihbarın ölçülü olduğu kabul edilmektedir. Ancak AİHM her durumda mutlaka işverenin uyarılmasına öncelik vermemekte, bunun “pratik” olmadığı durumlarda doğrudan işyeri dışı kişi ve kurumlara başvurulabileceğini belirtmektedir. Somut olayda çalışanın işvereni yeterince uyarılmış olması karşısında AİHM hangi durumlarda işverenin uyarılmasına gerek olmadığını tartışmamaktadır. Ancak bu konuda AİHM'nin kararında dayanak olarak açıkça belirttiği Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Protect of Whistleblower Kararı m. 6.2.3 esas alınabilir. Buna göre, “*Gerek iç kanalların mevcut olmadığı, düzgün bir şekilde çalışmadığı gerekse düzgün bir şekilde çalışmayacağı makul nedenlerle beklendiği yerlerde, işletme dışına ifşa ve ihbar, ki medya aracılığıyla olanlar da buna dahil olmak üzere, aynı şekilde korunmalıdır.*”. Şüphesiz hangi koşullarda doğrudan işletme dışı kişilere ve medyaya ifşada bulunulabileceği yeterince somutlaşmamaktadır. Fakat gerek Avrupa Konseyi gerek AİHM bu konuda gereken somut düzenlemelerin yapılmasını ulusal hukuka bırakmaktadır. Böyle düzenlemeler yapılmadığı sürece çalışanın doğrudan işletme dışı kişilere ihbar ve ifşasını eleştirmek güçtür. AİHM'nin kararında, Alman hukukunda ifşa etmede başvurulacak usul ve sıranın düzenlenmemiş olduğuna işaret etmesi de bu şekilde yorumlanabilir.

Heinisch/Almanya kararı AİHM'nin iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün önemi bakımından değerlendirmelerini de içermektedir. AİHM'nin içtihadı karşısında, işçinin ifade özgürlüğünün sadakat borcundan önce geldiği, işyerindeki hukuka aykırılık ve olumsuzluklar karşısında işçinin susma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmelidir. İyiniyetli ve ölçülü davranmak kaydı ile işçinin işyerindeki olumsuzlukları ifşa etmesi, onun ifade özgürlüğü kapsamında korunması zorunlu olan bir hakkıdır. Bu hak, işyerindeki olumsuzlukları ifşa ve ihbar hakkı olarak adlandırılabilir. AİHS'ne ve AİHM'nin yetkisine tabi olan, AY 90 ile insan haklarına dair uluslararası sözleşmelerin iç hukuka üstünlüğünü kabul eden Türk hukuk sistemi için de bu karardaki esaslar bağlayıcıdır. İşyerindeki olumsuzlukları ifşa eden iyiniyetli ve ölçülü davranan bir işçinin iş sözleşmesinin feshi ve diğer yaptırımlar, AİHS ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı anlamında ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olur.

Kaynaklar

- Aktan**, Coşkun Can: Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı : WHISTLEBLOWING, Mercek Dergisi Ekim-2006, 1.
- Alpagut**, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil Mart 2012, 23.
- Arslan Ertürk**, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2010.
- Aydın**, Ufuk: İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi 2002-2003, 79.
- Aydın**, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002.
- Brox**, Hans/**Rüthers**, Bernd/**Henssler**, Martin, Arbeitsrecht, 18. Auflage, Kolhammer, 2012.
- Çil**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2012.
- Demir**, Fevzi/**Demir**, Gönenç: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş; C:11, S:1/2009, 23.
- Düsel**, Jens, Gespaltene Loyalitaet, Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Diss. Univ. Frankfurt a. M, 2009
- Ertas**, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara, 1982.
- Ertürk**, Şükran, İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara, 2002.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2010.
- Frowein**, Jochen ABR./**Peukert**, Wolfgang, Europaeische Menschenrechtskonvention, Kehl/Strassburg/Arlington, 1994.
- Geiser**, Thomas: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern, 1983.
- Geiser**, Thomas/**Müller**, Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern, 2012.
- Güran**, Sait: Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, Anayasa Yargısı, sayı 1-3Ankara1992, 23.

- Hromadka**, Wolfgang/**Maschmann**, Frank, Arbeitsrecht, Band 1 Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Springer, 2011, 223.
- Imbach Haumüller**, Diana, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich - ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich, 2011.
- Kaboğlu**, İbrahim Özden: “Düşünce Özgürlüğü”, İnsan Hakları, İstanbul, 2000.
- Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1999.
- Von Kaenel**, Adrian, Whistleblowing, Multidisziplinäre Aspekte, Bern, 2012, www.swisslex.ch
- Lederberger**, Zora, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern, 2005.
- Maunz/Dürig/Herzog**, Grundgesetz-Kommentar 66. Ergänzungslieferung 2012, Art. 5 Abs. 1, www.beckonline.de
- Okur**, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-İş, C:8 S:4/2006, 41.
- Portmann**, Wolfgang: Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz Überflüssig, nützlich oder notwendig?, AJP 2010, 987.
- Preis**, Ulrich/**Reinfeld**, Roland: “Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis”, AuR 12/89, 361.
- Rehbinder**, Manfred: Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag, Bern, 2010, www.swisslex.ch, Art. 321 OR
- Schemmer**, Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 5, www.beckonline.de
- Schmidt**, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2013, GG Art 5., www.beckonline.de
- Schmitt**, Bettina, Whistleblowing - Verpfeifen des Arbeitgebers, Hamburg, 2003.
- Sözer**, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2008.
- Stahelin**, Adrian, Zürcher Kommentar-OR-Stahelin-06, www.swisslex.ch
- Streiff**, Ullin/**Kaenel**, Adrian von, Arbeitsvertrag, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 321a, N 14, www.swisslex.ch

- Sur**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2011.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2012.
- Taşkent**, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz, AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002.
- Thüsing**, Gregor, BGB 611 Rn. 379, ArbeitsrechtKommentar, Henssler/Willemsen/Kalb, 1. Auflage, Köln, 2004.
- Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2013.
- Tuncay**, A. Can: "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, s.1043.
- Ulber**, Daniel: "Whistleblowing und der EGMR", NZA 2011, 962.
- Uşan**, Fatih, İş hukukunda İş Sırrının Korunması: (sır saklama ve rekabet yasağı), Ankara, 2003.
- Wendeling-Schröder**, Ulrike, Autonomie im Arbeitsrecht: Möglichkeiten und Grenzen eigenverantwortlichen Verhaltens in der abhängigen Arbeit, Frankfurt am Main, 1994.
- Zöllner**, Wolfgang/**Loritz**, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München, 1998.