

İŞVERENİN FESİH HAKKI AÇISINDAN İŞÇİNİN İŞYERİNDE ÖZEL AMAÇLARLA İNTERNET KULLANIMI (SANAL KAYTARMA -CYBERLOAFING)

(Cyberloafing in Terms of Termination Right of Employer)

Fuat BAYRAM*

ÖZET

İşçinin iş görme borcunu ifa ederken, işyeri bilgisayarını ve internet bağlantısını özel amaçlarla kullanmasının hukuksal sonuçları Türk iş hukukunda güncel bir tartışmadır. Sanal kaytarma (cyberloafing) kavramı, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular (özel amaçlar) için kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Çalışmamızda işverenin fesih hakkı açısından, işyerinde özel amaçlı internet kullanımının (sanal kaytarmanın) iş görme borcunun özensiz ifası ve işveren talimatlarına aykırılık boyutu incelenmiştir. İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan işçi için özen borcunun ölçüsü, (diğer ölçülerin yanında) çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile de ilgilidir. İşçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımı gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir. Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin performans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya iş yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. Açık işveren talimatına rağmen, özel amaçlı internet kullanımının yapılmasının (internet iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil edeceği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güvenini kötüye kullanma ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir.

Anahtar kelimeler: İşyerinde internet, sanal kaytarma, işyerinde internet sınırlamaları

Abstract

Legal results of using the computer and the internet connectivity for per-

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

sonal purposes when the employee fulfil its service duty is a current mootng. The Notion of “Cyberloafing” is in used for utilizing internet connectivity and e-mails in working hours for personal purposes. In this article, right of the rescission of the employer is examined according to cyberloafing as a noncompliance with procedural rules of employer and negligence fulfillment of transaction. For the transaction of the fulfillment, in which proportion using the internet connectivity as a personal purposes to the working hours. If employee use the internet connectivity for personal purposes contrary to the employers agreements, regulaitons and prescriptions, it will be assumed of noncompliance with procedural rules and contraddiction to the duty of care. If personel using of internet disrupt the duty of care and decrease the capacity, the employer get the right for termination for default. Despite of the employers clear regulations, using internet connectivity for personal belongings constitute the right of rescission and be included to the breach of faith and violation of loyalty and faithfulness.

Keywords: İnternet at the workplace, cyberloafing, limitations of the internet at the workplace

I. Giriş

İşçilerin işyerinde özel amaçlarla internet kullanımını sınırlamayı ve işbaşında olmalarını sağlamayı amaçlayan politika ve tedbirlerin hukuki açılımı, modern iş hukukunun problemleri arasında yer almaktadır (Bkz. O'Brien, 2002:71-71; Anton ve Ward, 1998:903; Muhl, 2003:56; Pivec ve Brinkerhoff, 1999:22). Bu problemler daha çok, işçinin özel yaşamının dokunulmazlığı, işverenin internet iletişimini kontrol ve denetleme yetkisi ve özel kullanımın makul ölçüsüne ilişkin hususlarda ortaya çıkmaktadır (O'Brien, 2002:72; Muhl, 2003:57). İşçinin işyeri internet sistemini işten kaytarma, uygunsuz tacizler veya benzeri kötü hareketler için kullanmasının işletmenin verimliliğini olumsuz etkileyeceğinden hareketle konuyu ele alan yaklaşım (Bkz. O'Brien, 2002:72), problemle ilgili tartışmaları da daha çok işverenin fesih hakkı etrafında yapmaktadır.

İşçinin iş görme borcunu ifa ederken, işyeri bilgisayarını ve internet bağlantısını özel amaçlarla kullanmasının hukuksal sonuçları Türk iş hukukunda da güncel bir tartışmadır. Bu soruna özellikle işçilerin iş görme borcunu ifa ederken ve iş görme borcunun gereği olarak internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullandıkları hizmet sektörüne ait işyerlerinde rastlanmaktadır. (Bkz.Savaş, 2009:97). Türk iş hukuku mevzuatında beyaz yaka işçi - mavi yaka veya fikir işçisi - beden işçisi gibi ayrımlar olmasa da; sanayi sektöründeki işyerlerinde, üretimde çalışan personel - büro personeli (idari personel) şeklinde iki ayaklı bir uygulamanın olduğu bilinmektedir. Bu sektörde işçinin özel amaçlı internet kullanımı sorunu ise, idari personel olarak adlandırılan ve iş görme borcunu çoğunlukla internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanarak ifa eden işçilerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

İşçinin iş görme borcu gereğinin dışındaki tüm internet kullanımı özel amaçlı internet kullanımı olarak tanımlanabilir (Songu, 2011:1058-1059; Okur, 2005: 50; Yiğit, 2010:168-169). Bu konuda terminolojiye yeni kazandırılan “sanal kaytarma (cyberloafing)” kavramı da, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular için kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır (Aydın vd. 2012:22).

Türk iş hukukunda, işçinin işyerindeki özel yaşam alanı ile işverenin işçinin internet iletişimini denetlemesi ve işçinin internet kullanımına sınırlar getirilmesi gibi hususlar bu tartışmaların ana eksenini teşkil etmektedir. Özel amaçlı internet kullanımının geçerli bir fesih nedeni olacak derece özensiz ifaya yol açması ise, konunun daha çok iş yargısına yansıyan yönü ile ilgilidir. Bu tartışmaya ilişkin olarak ortaya çıkan Yargıtay kararları da daha çok bu çerçevededir. Ülkemiz iş hukuku uygulamasında, davaların nerede ise tamamına yakın kısmının işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi sonrasında açılması; işyerinde kişisel internet kullanımına ilişkin sorunun fesih ve feshe bağlı alacakların konu edildiği işe iade ve işçilik alacakları davalarında ve bu olgunun sadece fesih sebebi teşkil edip etmediği (veya ne tür bir fesih sebebi teşkil ettiği) bağlamında yargı denetiminden geçmesine neden olmaktadır. Çalışmamızda da işverenin fesih hakkı açısından, işyerinde özel amaçlı internet kullanımının (sanal kaytarmanın) iş görme borcunun özensiz ifası ve işveren talimatlarına aykırılık boyutu incelenecektir.

II. Sanal Kaytarma ve İş Görme Ediminin Özensiz İfası

1. Özen Borcu

İş sözleşmesi ile işçi, işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi taahhüt eder (TBK.m.391/I; İK.m.8/I). İşçi iş görme borcunu ifa ederken yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK.m.396/I). Özen borcu, işçinin asıl edimi olan iş görme borcunu, tam ve doğru bir biçimde yerine getirmesini sağlayacak her türlü dikkat, itina ve irade gücünü kullanmasını öngörür (Ertaş, 1982:29).

İş Kanunu'nun m.25/II-1 hükmü uyarınca işçinin iş güvenliğini kast veya ihmali ile tehlikeye düşürmesi halinde veya işyerinde bulunan makine, tesisat veya başka maddeleri otuz günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle (derhal) feshedebilmektedir. Bu hüküm dışında İş Kanunu'nda işçinin özen borcuna ilişkin özel bir madde bulunmadığından dolayı, Türk Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükmünün iş ilişkilerine de uygulanacağından şüphe etmemek gerekir.

Özenin amacı işin gereği gibi yapılmasının sağlanmasıdır. Eğer işçi bu borcunu yerine getirmese ve dolayısıyla işi özen göstermeksizin yaparsa yapmış olduğu ifa “*kötü ifa*” niteliğini kazanır ve kötü ifanın hukuki sonuçları burada uygulama

alanı bulur (Centel,1994: 137). 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 (TBK.m.400).

2. Özen Borcunun Ölçüsü

Özen borcu gereği, çalışma süresi içinde işçinin tüm dikkat ve motivasyonun kural olarak iş görme borcuna yönelik olması, özel amaçlara yönelik olmaması gerekir. Bu kuralın mutlak olarak uygulanması iş hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu gibi işçinin kişilik hakkının korunması ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada özen borcunun ölçüsünün belirlenmesi önem arzeder. İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken göstermesi gereken özenin derecesinde objektif bir ölçü mevcut değildir. Özen borcu nispi bir borçtur. Bu bakımdan özenin derecesi ve kötü ifanın hangi hallerde özen borcuna da aykırılık teşkil edeceği; her somut olayda, o olaya ilişkin şartlar dikkate alınmak suretiyle değerlendirilecektir (Çelik,2013:140; Ekonomi,1987:123; Centel, 1994:137; Narmanlıoğlu, 2012:186; Mollamahmutoglu ve Astarlı, 2011: 515; Süzek, 2012:352; Demir, 2009:113; Şakar, 2011, 105).

Özen borcundan kaynaklanan sorumluluğun kapsamı, işin özel niteliğine göre değişiklik gösterebilir. Tehlikeli ve zarar çıkma olasılığının yüksek olduğu işlerde çalışan işçinin özen borcunun kapsamı, daha güvenli ve zarar olma ihtimalinin düşük olduğu işlerde çalışan işçinin özen borcunun kapsamından tabii ki daha geniş olacaktır (Ekonomi, 1987:124).

İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan ve uygulamada beyaz yaka olarak adlandırılan işçi için özen borcunun ölçüsü daha çok, çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile ilgilidir. Burada öncelikle iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri ve diğer işveren talimatlarına bakmak gerekir. İşveren bu normlar vasıtası ile çalışma süreleri içinde özel amaçlı internet kullanımını yasaklayan veya belli ölçülere bağlayan hükümler getirebilir. Bu ihtimalde işçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımını gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir.

Bu tür düzenlemelerin mevcut olmadığı hallerde dürüstlük kuralı ve işçinin çalıştığı işlerde geçerli olan değer yargıları da yine özenin derecesini belirlemede dikkate alınır(Ertaş,1982: 32-33). Bunun sonucu olarak işçinin özel amaçlı internet kullanımı, dürüstlük kuralı ve o işe ilişkin değer yargıları süzgecinden geçirilmeli ve sonuç olarak iş görme borcunun özensiz ifasına yol açacak derecede olup olmadığı belirlenmelidir.

Dürüstlük kuralı iş ilişkisinin tüm alanlarında uygulama alanı bulan bir kuraldır (Centel, 1994:163). Namuslu ve dürüst bir insandan beklenebilecek davranışları da ifade eden dürüstlük kuralı (Oğuzman, 1990: 164) gereği işveren iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını kullanırken ve özellikle iş görme borcunun ifasını kabul ederken, doğruluk ilkesine uygun davranmak ve işçi nezdinde varlığı normal olan güven duygusunu zedelememek zorundadır (Bkz.Köprülü, 1984:135). İşveren dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde önemli bir yeri olan güven ilkesi uyarınca işçiyi haklı beklentilerinde hayal kırıklığına uğratmamalıdır. İşveren işçinin kendisinden beklediği şeyi düşünerek hareket etmeli ve bu düşünceye göre davranışlarını yönlendirmelidir (Bkz. İmre, 1980: 287-288). Yine işveren işçiden çalışma süresinin tamamında tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme ediminin ifasına yöneltmesini beklememeli; makul ölçüler içinde bir işe yoğunlaşma ve performans beklentisi içinde olmalıdır.

İşverenin iş sözleşmesinde kaynaklanan haklarını, tanınmalarındaki amaca aykırı olarak kullanması, işçinin makul sınırlar içinde kalan özel amaçlı internet kullanımını özensiz ifa olarak nitelendirmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve bu şekilde hak kötüye kullanılmış olur. Çalışma süreleri içinde işçinin tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme borcuna seferber etmesinde objektif sınırların yanında her kendi kişisel sınırı olduğunu da unutmamak gerekir. Her insanın belli bir noktaya kadar dikkatini toplayabilme, itina gösterebilme ve kişisel niteliklerini verimli kullanabilme kapasitesine sahiptir. İşçiden bu sınırın üzerine çıkmasını beklemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. İşverenin, işçiden kendi kişisel sınırı üzerinde bir özen beklememesi gerekir. İşveren, işçiden bu sınırların üzerinde bir özen yoğunluğu bekleyip de işçi bunu gerçekleştirmediği takdirde, özen borcuna aykırılıktan ötürü fesih hakkının kullanılması halinde de, hakkın kötüye kullanıldığı söylenebilir.

3. Sanal Kaytarmanın Özensiz İfaya Yol Açması

İşyerinde makul ölçüleri aşacak özel amaçlı internet kullanımı, işe daha az zaman ayırmaya; bu suretle ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmaya ve performansın düşmesine sebep olabilir (Yiğit, 2010: 194; Hozar, 2007:201). Özel amaçlı kullanımın toplam süresi çalışma süreleri içinde önemsiz derecede düşük olmasına karşın, özel amaçlı kullanımın günlük çalışma süresi içindeki dağılımı işçinin iş yoğunlaşmasını bozacak derecede de olabilir. İşçinin belli aralıklarla ve sürekli bir biçimde iş görme borcuna ara vererek interneti özel amaçları için kullanması, işçinin işe olan yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkileyecektir.

Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin per-

formans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya işe yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde iş akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak ve uyarılara rağmen işini eksik kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek (işçinin davranışlarına ilişkin) geçerli neden örnekleri arasında sayılmıştır. İş akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak ifadesinden hareketle, iş akışını bozacak ve işyerinde olumsuzluklara yol açacak derecedeki özel internet kullanımı halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemez olduğunu ve geçerli fesih sebebinin gerçekleştiğini ve kabul etmek gerekir (Aydın vd.,2012: 22;Songu, 2011:1089).

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan geçeli nedenler, İş Kanunu'nun 25.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen (haklı) nedenler niteliğinde olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen kullanımların feshine konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. İşçinin özel amaçlı internet kullanımı, işverenle arasındaki güven ilişkisini sarsmayan nitelikte ise ve işyerindeki uyum ve işleyişi olumsuz olarak etkilemiyorsa geçerli fesih nedeni teşkil etmez. Zira sürekli borç ilişkilerinde taraflardan her biri diğer tarafın hafif kusurlu davranışlarını göze almalıdır. Burada ölçülülük ilkesine de başvurulabilir. Ölçülülük işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasındaki çatışmada adil dengenin bulunmasıdır (Süzek, 2012:353).

Yargıtay, işyerinde özel amaçlı internet kullanımını işçinin davranışlarına ilişkin geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre işyerinde özel amaçlı internet kullanımı iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesine sebep olduğu için geçerli bir fesih nedenidir. Kararlarda geçen *iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi* ifadesinin, *iş görme borcunun özensiz ifası* olarak nitelendirilmesi yanlış bir yorum olmayacaktır.

İşçinin işyerinde özel amaçlı internet kullanımı ile ilgili olarak Yargıtay'ın verdiği bir karara göre (Y.9.HD., 04.05.2009, E.2008/3630, K.2009/12393; kararın incelemesi için bkz.Yıldız, 2009:110 vd.) işçinin mesai saatleri içerisinde iş amaçlı bilgisayar, internet üzerinden alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullanması ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamaması işyerinde olumsuzluklara yol açacak nitelikte davranış olup; bu durumda iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesini beklenemez. Hatta işçinin üstlenilen işi yetiştirmesi veya işverenin zararının oluşmaması da, onun bu olumsuz davranışını ortadan kaldırmaz. İşçi yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Dolayısıyla işverenin bu sebeplerden dolayı iş sözleşmesini, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih niteliğindedir. Görüldüğü gibi Yargıtay, işyeri bilgisayarının

çalışma süreleri içinde amacı dışında kullanılmasının iş görme edimine olumsuz etkisine vurgu yapmıştır. Ancak bu vurgu iş görme ediminin sonucuna veya işverenin bundan dolayı zarar görmesinde daha ziyade iş görme edimi için ayrılan zamanın (çalışma süresinin) iş görme edimine yönelik değil de kişisel amaçlar için harcanmasıdır.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında (Y.9.HD, 5.2.2007, E.2006/30107, K.2007/2011) bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili işyeri iç düzenlemesine rağmen, davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde kişisel mailinde kullanmasının şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi, mesai saatleri içinde kişisel ihtiyaçlarında işyeri bilgisayarını kullanarak *iş görme edimini yerine getirmediği*, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme bu davranışı haklı fesih sebebi olarak değil ve fakat işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olduğu kanaatine varmıştır. (aynı yönde Y.9.H.D, 19.02.2007, E.2006/32539, K.2007/4328). Yargıtay bir başka kararda (9. H.D, 15.10.2007, E.2007/16405, K.2007/30241) işçinin şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde bir çok kez kişisel mailinde kullanmasını yine *iş görme ediminin yerine getirilmemesi* olarak yorumlamış ve geçerli fesih sebebi saymıştır.

Yine Yüksek Mahkemeye göre işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaliyle dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

Yüksek Mahkemeye göre işçinin davranışlarına dayanan fesih yoluna başvurulabilmesi için, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini gerekir. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi akdi yükümlülüğün yüklendiği belirlenmeli, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmelidir. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan sadakat gibi yan edim yükümlülükleri ile yan yükümleri de (Bkz. Ertürk, 2010: 169-175) dikkate alınmalıdır. Yüksek Mahkeme işçinin davranışı ile iş sözleşmesinin ihlalini de yeterli görmemiş; işçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şartını da aramıştır. Ancak buradaki işletmesel menfaatin zarar görmesi kavramını işverenin somut maddi zararı olarak anlamamak gerekir. İşçinin iş görme edimi için ayırması gereken zamanı kendi özel işleri için kullanması işverenin işletmesel menfaatine zarar vermesi anlamına gelir.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre işveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının veya diğer işyeri araçlarının iş saatleri içinde özel amaçlı kullanımı durumunda işçi iş sözleşmesi ile borçlandığı iş görme edimini yerine getirmemekte ve iş görme borcunu ihlal etmektedir (Özkaraca, 2008:304).

III. Açık İşveren Talimatlarına Rağmen Sanal Kaytarma Yapma

1. İşçinin İşveren Talimatlarına Uyma Borcu

Özel amaçlı internet kullanımı ile ilgili açık bir işveren talimatının olduğu durumlarda soruna sadece özen borcu açısından değil, aynı zamanda işveren talimatlarına uyma borcu açısından da bakmak gerekir. **İşverenin** işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilmesi ve onlara özel talimatlar verebilmesi mümkündür (TBK.m.399). İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. İşverenin yönetim hakkının (emir ve talimat verme yetkisinin) karşısında olan bu borç, işçinin işverene bağımlı bir biçimde iş görme edimini yerine getirmesinin bir sonucudur (Bkz. Çelik, 2013:141-142; Ekonomi, 1987: s.124; Süzek, 2013; 358-359; Demir, 2009:64; Turan, 1993:76; Centel, 1994: 139; Şakar, 2011:107; Narmanlıoğlu, 2012: 184; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011:520; Akyiğit, 2013:151).

İşçinin iş görme borcunu tam manası ile yerine getirebilmesi, iş edimini işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yapmasına diğer bir ifade ile işverene itaat etmesine bağlıdır. Dolayısıyla itaat borcu hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bağımsız bir borç olmaktan ziyade iş görme borcunun kapsamında bir yükümlülüktür (Ekonomi, 1987:125). İşçinin itaat borcu ile kastedilen mutlak bir itaat değildir. İşverenin yönetim hakkının karşısında yer alması hasebi ile itaat borcu da işverenin yönetim hakkının tabi olduğu sınırlara tabidir. Diğer bir ifade ile işverenin yönetim hakkının sınırları işçinin itaat etme borcunun da çerçevesini çizer. İşçi bu çerçevenin dışında bir itaatle yükümlü olmayıp, işverenin yönetim hakkını aşarak verdiği emir ve talimatları yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla işçinin itaat borcunun sınırlarını da kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, çalışma yaşamının gelenekleri ve dürüstlük kuralı teşkil eder. Kanunlardaki sınırlamaların en başta gelenleri kişilik hakkını koruyucu nitelikteki düzenlemelerdir. Kişilik hakkının anayasal dayanakları ve aynı zamanda kişilik hakkı kapsamındaki birer kişilik değeri olan temel haklar (başta kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkeleri olmak üzere), itaat etme borcunun anayasal sınırlarını belirler (Bayram, 2003, 273).

2. Sanal Kaytarmanın Açık İşveren Talimatına Rağmen Yapılması

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında (Y.9.HD, 17.03.2008, 2007/27583E, 2008/5294 K) işverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımının yasak olduğunu; internetin özel olarak kullanılabilece-

ğine ilişkin açık veya örtülü bir izin olmadan işçinin işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamayacağını belirtmiştir. Bu yasağın istisnaları ise acil durumlar ile işle ilgili olarak internetin kullanımı olarak belirlenmiştir. Karara göre özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sisteminin sınırsız kullanım hakkına sahip değildir. Özel amaçlı kullanımın sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart olmayıp bu yönde örtülü olarak da izin verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir. Yine karara göre işçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtar gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki *şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir*.

Sanal kayıtma, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin açık bir işveren talimatına rağmen gerçekleştirilmiş ise, Yargıtay'ın görüşünün aksine doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleştiği sonucuna varılmamalıdır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi iş sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurur ve işçi iş görme borcunu ve belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimi içinde sürekli olarak ifa eder. İşveren açısından haklı sebebin var olacağını belirleyen unsur, işçi davranışının iş sözleşmesinin devamını çekilmez hale getirmesidir (Arslan, 2012: 9). Açık bir işveren talimatına rağmen iş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen özel amaçlı internet kullanımının haklı nedenle feshe konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Açık işveren talimatına rağmen işçinin kişisel amaçlı internet kullanımı, işverenle arasındaki güven ilişkisini sarsacak düzeyde olsa bile kural olarak bu kullanımın güven temelini ortadan kaldırdığından söz edilemez. Özel amaçlı kullanımın konusuna göre (işverene hakaret içeren mailler, yasadışı sitelere giriş yapma, işvereni kamu makamları veya 3. kişilere karşı hukuki veya cezai sorumluluk altına sokacak şekilde veri transferi gibi durumlarda) işverenin İş Kanunu m.25/II hükmü anlamında haklı fesih hakkının oluştuğundan da söz edilebilir. Özel amaçlı internet kullanımının kesin olarak yasaklanmasına karşın, işçinin bu kurala aykırı davranması ve bu nedenle işini aksatması veya görevlerini yapmamakta ısrar etmesi; kişisel internet kullanımı yolu ile başka bir işçiyi taciz etmesi veya işveren hakkında asılsız ithamlarda bulunması; internet yolu ile meslek sırlarını ifşa etmesi; kişisel internet

kullanımından kaynaklanan sebeplerle işvereni 30 günlük ücreti ile ödeyemeyecek derecede zarara uğratması gibi ihtimallerde işveren haklı fesih hakkını kullanabilir (Songu, 2011:1088-1089,1095-1096; Yiğit, 2010:201-206). Ancak bu hallerden çoğunda fesih sebebi bizzatıhi internetin kişisel amaçlı kullanımı sebebiyle feshi değildir. Bu fesihlerde baskın faktör internet iletişimi ile yapılınsın veya yapılmınsın sözü edilen fiillerin gerçekleştirilmesidir.

İş Kanunu m.25/II hükmü anlamında, haklı feshi gerektirir işçi davranışlarının, işyeri bilgisayarları ve internet sistemi kullanılarak gerçekleştirilmesi olgusu ile sanal kaytarmayı birbirinden ayırt etmek gerekir. Her ne kadar ilk durumda da işyeri bilgisayarı amacı dışında kullanılmakta ise de burada ağır basan unsur işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı fiilidir. İkinci ihtimalde ise önemli olan işçinin iş görme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu zaman dilimi içinde, iş görme borcunun ifasına ara vermesi ve işverenin yararına geçirmesi gerekli olan bir zaman dilimini özel amaçları için kullanmasıdır.

Açık işveren talimatına rağmen sanal kaytarma yapmanın (iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil ettiği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güveninin kötüye kullanıldığı ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir. İşçi, iş sözleşmesinin gereği olarak iş görme borcunu dürüstçe yerine getirmek, işverene karşı doğru davranmak, kısacası işverenin menfaatini gözetmekle yükümlüdür (Arslan, 2012, 87). Sadakat borcunun gereği olarak işçi işverenin haklı menfaatlerini makul ölçüler içinde korumalı ve işverene zarara uğratacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır (Ertürk, 2010;141). Türk Borçlar Kanunu'nda özen borcu ile aynı madde düzenlenen sadakat borcu gereği işçi işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK.m.396/I). İşçinin açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımı yapmasının sadakat borcuna aykırı olması haklı fesih sebebinin gerçekleşmesi için yeterli olup, bu davranıştan dolayı işverenin zarara uğrayıp uğramasının bir belirleyiciliği yoktur. İşçinin özel amaçlı internet kullanımının işveren açısından ağır bir risk taşıması yeterlidir (Bkz.Ertürk, 2010:161). Kanımızca açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımının aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hallerin belirlenmesi için öncelikle işçinin görev tanımına ve işyerinin faaliyet konusuna bakmak gerekir. İşçinin yaptığı iş veya işyerinin faaliyet konusu, bilgi ve iletişim güvenliğine özel önem verilen ve hassasiyet gösterilen işlerden ise; buna paralel olarak işverence kapsamı belirlenmiş internet kullanımı dışındaki özel amaçlı kullanımın işverene zarar verme riski yüksek ise, bu ihtimalde doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

IV. Sonuç

Sanal kaytarma (cyberloafing) kavramı, işverenin sağlamış olduğu e-posta ve internetin işçiler tarafından iş saatleri içinde ama iş dışı konular için (özel amaçlarla) kullanılmasının karşılığı olarak kullanılmaktadır. İş görme borcunun ifasında internet bağlantılı işyeri bilgisayarını kullanan işçi için özen borcunun ölçüsü, diğer ölçülerin yanında çalışma süresini hangi oranda özel amaçlı internet kullanımında geçirdiği ile de ilgilidir. İşçinin sözleşme, yönetmelik ve işveren talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanımı gerçekleştirirse bu fiil işveren talimatlarına uymama anlamına geleceği gibi aynı zamanda özen borcuna da aykırılık teşkil edecektir. Bu tür düzenlemelerin mevcut olmadığı hallerde işçinin özel amaçlı internet kullanımı, dürüstlük kuralı ve o işe ilişkin değer yarguları süzgecinden geçirilmeli ve sonuç olarak iş görme borcunun özensiz ifasına yol açacak derecede olup olmadığı belirlenmelidir. İşveren işçiden çalışma süresinin tamamında tüm dikkat ve motivasyonunu iş görme ediminin ifasına yöneltmesini beklememeli; makul ölçüler içinde bir işe yoğunlaşma ve performans beklentisi içinde olmalıdır.

Buradaki makul ölçü işçinin işe yoğunlaşması ve performansı ile ilgilidir. Özel amaçlı internet kullanımı, işçinin işe daha az zaman ayırmasına ve bu suretle ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışmasına ve performansının düşmesine sebep oluyorsa makul ölçü aşılmış demektir. Özel amaçlı kullanımın toplam süresi çalışma süreleri içinde önemsiz derecede düşük olmasına karşın, özel amaçlı kullanımın günlük çalışma süresi içindeki dağılımı işçinin iş yoğunlaşmasını bozacak derecede de olabilir. İşçinin belli aralıklarla ve sürekli bir biçimde iş görme borcuna ara vererek interneti özel amaçları için kullanması, işçinin işe olan yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkileyecektir.

Kişisel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesini (özen borcunu) engelleyecek düzeyde ise; diğer bir ifade ile işçinin performans ve verim düşüklüğüne yol açıyorsa veya işe yoğunlaşmasını olumsuz yönde etkiliyorsa geçerli bir fesih sebebi teşkil edecektir. İş akışını bozacak ve işyerinde olumsuzluklara yol açacak derecedeki özel internet kullanımı halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemez olduğunu ve geçerli fesih sebebinin gerçekleştiğini ve kabul etmek gerekir. İş ilişkisinde işçinin işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemeyen kullanımların feshe konu edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

Yargıtay, işyerinde özel amaçlı internet kullanımını işçinin davranışlarına ilişkin geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Yargıtay bu kararlarında işyeri bilgisayarının çalışma süreleri içinde amacı dışında kullanılmasının iş görme edimine olumsuz etkisine vurgu yapmaktadır. Ancak bu vurgu iş görme ediminin sonucuna veya işverenin bundan dolayı zarar görmesinde daha ziyade iş görme edimi için ayrılan zamanın (çalışma süresinin) iş görme edimine yönelik değil de özel

amaçlar için harcanmasıdır. Yüksek Mahkemeye göre işyerinde özel amaçlı internet kullanımını iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesine sebep olduğu için geçerli bir fesih nedenidir. Kararlarda geçen iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi ifadesini iş görme borcunun özensiz ifası olarak anlamak gerekir. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre de işveren tarafından kullanıma sunulan internet bağlantısının veya diğer işyeri araçlarının iş saatleri içinde özel amaçlı kullanımı durumunda işçi iş sözleşmesi ile borçlandığı iş görme edimini yerine getirmemekte ve iş görme borcunu ihlal etmektedir.

Yargıtay'a göre işçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanması haklı fesih sebebidir. Kanımızca sanal kayıtma, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin açık bir işveren talimatına rağmen gerçekleştirilmiş ise, Yargıtay'ın görüşünün aksine doğrudan haklı fesih sebebinin gerçekleştiği sonucuna varılmamalıdır. Açık işveren talimatına rağmen sanal kayıtma yapmanın (iletişiminin içeriğinden bağımsız olarak) haklı fesih sebebi teşkil ettiği haller, bu ihlalin aynı zamanda sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, işverenin güveninin kötüye kullanıldığı ve doğruluk ve bağlılığa uymadığı hallerdir. Kanımızca açık işveren talimatına rağmen özel amaçlı internet kullanımının aynı zamanda sadakat borcuna da aykırılık teşkil edeceği hallerin belirlenmesi için öncelikle işçinin görev tanımına ve işyerinin faaliyet konusuna bakmak gerekir. İşçinin yaptığı iş veya işyerinin faaliyet konusu, bilgi ve iletişim güvenliğine özel önem verilen ve hassasiyet gösterilen işlerden ise; buna paralel olarak işverence kapsamı belirlenmiş internet kullanımını dışındaki özel amaçlı kullanımın işverene zarar verme riski yüksek ise bu ihtimalde haklı fesih sebebinin gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E., (2013) İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Anton, G./Ward, J.J., (1998) "Every Breath You Take: Employee Privacy Rights In The Workplace", Labor Law Journal, 1998'March.
- Arslan, S., (2012) İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Aydın, U./Özkalp, E./Tekeli, S., (2012) "Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, 2012'Mart.
- Bayram, F., (2003) Türk İş Hukukunda İşçinin, İşverenin Kişilik Hakkını Koruma Borcu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul.
- Centel, T., (1994) İş Hukuku. C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- Çelik, N., (2013) İş Hukuku Dersleri, İstanbul : Beta Yayınları.
- Ekonomi, M., (1987) İş Hukuku. C.I. Ferdi İş Hukuku, İstanbul.
- Ertaş, K., (1982) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara.
- Ertürk, A. A., (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul.
- Hozar, N. N., (2007) "Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", Sicil. Eylül.
- İmre, Z., (1980), Medeni Hukuka Giriş, İstanbul.
- Köprülü, B., (1984) Medeni Hukuk-Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, İstanbul.
- Mary E./Pivec, M. E./Brinkerhoff, S., (1999) "E-Mail In The Workplace : Limitations on Privacy" Human Rights, Vol.26, Iss.1.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M., (2011) İş Hukuku, Ankara.
- Muhl, C.J., (2003) "Workplace E-mail and İnternet Use : Employees and Employers Beware", Monthly Labor Review, Vol.3, Iss.2 2003'February.
- Narmanlıoğlu, Ü., (2012) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul.
- O'Brien, C.N., (2002) "The İmpact of Employer E-Mail Policies on Employee Rights to Engage in Concerted Activities Protected by The National Labor Relations Act", Labor Law Journal, Dickinson Law Review 2002.
- Oğuzman, M.K., (1990) Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul.
- Okur, Z., (2005) "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", Kamu-İş, 8. Cilt, S.2.
- Özkaraca, E., (2008) "İş Sözleşmesinin İş İçin Tahsis Edilen Bilgisayarın Özel Amaçla Kullanımı Nedeniyle Feshine Dair Alman Federal İş Mahkemesi Kararı", MÜHF-HAD, C.14, 2008'3.
- Savaş, F.B., (2009) "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum, 2009'3.

- Songu, S.Ö., (2011) “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, I.Cilt, İstanbul.
- Şakar, M., (2011) İş Hukuku Uygulaması, İstanbul.
- Turan, K., (1993) Ferdi İş Hukuku, Ankara.
- Yıldız, G.B., (2009) “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık. S.16.
- Yiğit, Y., (2010) “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi” SÜHFD, 18.C, S.2.