

İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER ve BORÇLAR KANUNU TASARISININ KONUYLA İLGİLİ MADDELERİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Dr. İbrahim AYDINLI *

I- Genel Anlamda İnsan Hakları ve/veya Kişilik Hakları;

Kişilik hakkı "insan hakları" kavramı çerçevesinde uluslararası hukukta tüm yönleriyle düzenlemelere bağlanmıştır. İnsan hakları kavramı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi insan hakları konusunu kendisine uzmanlık alanı olarak belirlemiş bir mahkemenin kurulmasını sağlamış çağdaş bir kavramdır. İnsan hakları uluslararası hukukta daha çok savaş mağdurları, azınlık ve/veya etnik grupların haklarının korunması ve ihlallerinin yaptırıma bağlanması şeklinde görülmektedir. Uluslararası hukukta görülen bu gelişmelerin yansımalarını tüm çağdaş hukuk sistemlerinde, bağımlı olarak çalışanların ilişkilerinin düzenlendiği ilgili uluslararası sözleşmelerde, pozitif hukukta ise anayasal ve yasal düzenlemelerde görebilmekteyiz. Söz konusu olan yansımada, bağımlı çalışma ilişkilerinde ise insan hakkı kendini çalışanın iş hukuku anlamında "işçinin kişilik hakkı" olarak ele alınmaktadır¹.

Bu bağlamda kişilik hakkı kişinin maddi, manevi ve iktisadi haklarının tamamını kapsayan mutlak haklardandır². Kişilik haklarının veya kişilik değerlerinin korunmasını sağlayan mutlak emredici kurallar değişik hukuk kaynaklarında yer almıştır³. Bunların en başında temel norm niteliğinde olan anayasal düzenlemeler gelmektedir. 1982 Anayasasının, 10. maddesinde eşitlik ilkesi⁴ düzenlenmiştir. Anayasanın 12. maddesinde ise şahsın temel hak ve hürriyetleri güvence altına alınmıştır. Yine Anayasanın 40. maddesinde hak ve özgürlüklerin korunması hükme bağlanmıştır⁵. Bunun yanında kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı

(*) Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Çal. Ek.ve End.İliş. Böl.

¹Çalışma hayatında endüstri ilişkilerindeki gelişmeler neticesinde ortaya çıkan sosyal hakların amacı kişi temel hak ve özgürlüklerinin ekonomik ve sosyal şartların iyileştirilerek korunduğu ve geliştirildiği bir ortam sağlamaktır. Bu anlamda kişi hakkı gibi temel insan hakkı sosyal haklarla geliştirilen ve tamamlanan bir insan hakkı olarak ele alınmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz: BAŞBUĞ Aydın; "Sosyal Haklar ve Türk Sosyal Devlet Yapısındaki İnkalemler", Siyaset ve Toplum Dergisi, S;3, 2005, s.103-104.

²Kişilik haklarının özelliğine ilişkin geniş bilgi için bkz; HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, özellikle s.40 vd.

³TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s.123, SÜZEK, Sarper; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Metin Kutal'a Armağan, 1998, s.230 vd., AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002, s.59.

⁴TUNCAY, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, yazarın görüşü için s.106 vd., diğer görüşler için bkz; aynı eser; s.32-105, ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, 2004, s.146.

⁵SÜZEK, Yönetim Hakkı ve Sınırları, s.229.

(An. m.17), zorla çalıştırma yasağı (An. m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (An. m.19), özel hayatın gizliliği ve korunması (An. m.20), haberleşme hürriyeti (An. m.22), din ve vicdan özgürlüğü (An. m.24), düşünce özgürlüğü (An. m.25, 26), hak arama özgürlüğü (m.36) gibi özgürlük alanları anayasal düzenlemelerle belirlenmiştir⁶.

Anayasal düzenlemelere uygun olarak kişiliğin korunmasına ilişkin emredici kanuni düzenlemeler ise BK. m.19/2, MK. m.23, 24, 25'de genel prensipler olarak ele alınmıştır. Medeni Kanununun 26 ve 27. (ismin himayesi) maddelerinde kişiliğin korunmasına ilişkin özel normlar düzenlenmiştir⁷. Medeni Kanununun 23. maddesinde ise kişilik değerleri daha çok kişinin kendine karşı korunmuştur. Aynı maddede kişilik haklarının devredilmezlik ve vazgeçilmezlik özelliğine değinilmiştir. Bu değerlerin kişinin kendi rızası ile dahi olsa genel ahlaka ve kanuna aykırı olarak sınırlanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Medeni Kanununun 24 ve 25. maddelerinde ise kişilik haklarına dışarıdan yapılan haksız müdahalelere karşı haricen korunmayı sağlayan talep ve dava hakları düzenlenmiştir.

II-Çalışma Hayatında İşçinin Kişilik Hakkı

İş ilişkilerini diğer hukuki ilişkilerden ayıran en önemli unsur, işçinin işverene olan hukuki bağımlılığıdır⁸. Hukuki bağımlılık, işverenin denetim ve gözetimi altında ve onun iş organizasyonu içinde işin görülmesini gerektirmektedir⁹. Böylece işçinin işverene olan bağımlılığı iş ilişkilerinde işçinin kişilik haklarını daha da önemli bir hale getirmektedir¹⁰. Bağımlılık unsuru işçiye, işverene karşı sadakat borcunu yüklerken, işverene de işçiyi koruma yükümlülüğü getirmektedir¹¹.

Söz konusu yükümlülük; işverenin işçiyi iş tehlikelerine karşı koruması yanında onun kişilik değerlerini de koruması yükümlülüğünü doğal bir sonuç olarak karşımıza çıkarmaktadır¹². Bir başka anlatımla; işverenin işçiye karşı olan koruma yüküm-

⁶Konuyla ilgili bkz; AYDIN, s.33-35.

⁷Yine MK 26. maddesinde kişilik değerlerinden olan isim hakkı korunmuştur. Bunun yanında TTK'nın 56. vd. maddesinde de kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14 vd ile 70, 85-87. maddelerde ilgili düzenlemeler mevcuttur.

⁸Hukuki bağımlılık kavramı için bkz; GÜZEL, Ali; "Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Ölçüt Arayışı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kemal Oğuzman'ın Anısına, İstanbul, 1997, s.27, KUBAN Arzu; Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Hatırasına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s.62, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Ankara, 1995, s.29. ÇELİK; İş Hukuku, s.73 vd., NARMANLIOĞLU, Ünal; Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1994, s.140vd., MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s.27vd, SÜZEK, İş Hukuku, s.218, 219.

⁹OĞUZMAN, Kemal; İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması", KUBALI'ya Armağan, İstanbul, 1974, s.534.

¹⁰MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi İş Hukuku, Ankara,2004, s.417.

¹¹SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 2. bası, İstanbul,2005, s.312.

¹²AYDIN, s.61, 62.

lülüğünün içeriğinin kişilik haklarının korunması yönünde genişlemesi, işçinin işyeri organizasyonuna ve dolayısıyla işverene olan kişisel bağımlılığından kaynaklanmaktadır.

İş Hukuku doktrinde kişisel bağımlılık olarak adlandırılan "Intuitus personae" özelliği iş hukuku düzenlemelerinde temel değer olarak ele alınmıştır (İşKm.8). Bağımlılık unsurunun işçiyi koruma etkisi, işçinin kişiliğinin korunmasında önemli bir işleve sahiptir. Bu özellik ise "insani boyutu ve/veya insan haklarını iş ilişkilerine dahil etmiş ve önem kazandırmıştır"¹³.

Sözleşme hukukunda hizmet ya da iş görme edimi şahsi/kişisel bir edimdir. İşçi işe başlamakla sırf emeğini değil aynı zamanda diğer kişilik değerlerini de kendiliğinden (spontane olarak) işverenin hukuki hakimiyet alanı olan işyeri ya da iş organizasyonu içine sokmaktadır¹⁴. Bu nedenle işçinin emeği ile kişilik değerlerini kesin olarak birbirinden ayırmak mümkün değildir. Çünkü kişilik değerleri, şahsa sıkı sıkıya bağlı manevi mutlak haklardandır¹⁵. Belirtilen gerekçelere dayanarak işçinin şahsiyet veya kişilik değerlerine işveren tarafından riayet edilmesi işverenin koruma yükümlülüğünün bu alandaki uzantısıdır. Aynı zamanda işverenin kendi iş organizasyonu içinde meydana gelmesi şartıyla üçüncü bir kişinin işçiye karşı hukuka aykırı davranışının da işveren tarafından önlenmesi, iş ilişkisinin özelliğine dayanan işverenin koruma yükümlülüğünün bir gereğidir¹⁶.

İşveren çalışma ilişkilerinin yapısı nedeniyle yönetim hakkında¹⁷ kaynaklanan emir ve talimatlarla işin görülmesini sağlar. Ancak bu emir ve talimatların hukuka uygunluğu işçinin sadakat veya itaat borcunun sınırlarını belirler. Söz konusu sınırlar sadece kanunlardaki iş sözleşmesine ilişkin emredici düzenlemelerden ibaret değildir. İşçiyi kendine karşı pozitif anlamda koruyan emredici hüküm MK m.23/2'de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre; bir işçi işe girmek amacıyla kendi kişilik değerlerinin kanuna veya genel ahlaka aykırı bir şekilde işverence müdahale edilmesine yönelik olarak açıkça ya da dolaylı rıza gösterse dahi, işverenin bu yönde yapacağı davranışlar hukuka uygun olmaz (MKm.23/2). Diğer bir deyişle işçinin göstereceği rıza ile hukuka aykırılık ortadan kalkmaz¹⁸. Bu sebeple söz konusu şartlar içinde gerçekleşecek olan bir davranış, işçi için haklı nedenle fesih nedenini doğurabilir (İşK. m.24/II).

¹³GÜZEL, Ali; "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", Halit Kemal ELBİR'e Armağan, s.187.

¹⁴KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s.33.

¹⁵ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara, 2000, s.116.

¹⁶Aynı görüşte; ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002, s.86.

¹⁷SÜZEK, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, s.226, 227, Aynı görüşte TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s.55 vd.

¹⁸ÖZTAN, s.120, 141 vd.

İşçinin kişilik haklarının işveren tarafından korunması sınırsız bir yükümlülük değildir. Bir başka anlatımla işverenin üstün bir yararının bulunması ya da işveren tarafından kanundan doğan bir yetkinin kullanılması veya işçinin hukuka uygun olan rızası nedeniyle işçinin özgürlüğünün kısıtlanması koruma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez. Söz konusu bu değerlendirmenin her somut olayın kendine özgü şartları altında yapılması gerekir¹⁹.

Yine çalışma hayatı ile daha yakından alakalı olan kişinin meslek, sanat ve ticaret hayatındaki kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin olarak TTK. m.56 ve 65 maddeleri arasında düzenlemeler yapılmıştır. Aynı konuda ticari olmayan hallerle ilgili olarak ise BK. m.48'de haksız rekabete ilişkin hükümler yer almıştır. Ceza hukuku açısından ise özellikle "Kişilere Karşı Suçlar" olarak düzenlenen ikinci kısmında hizmet ilişkisinin istismarı ile ortaya çıkan cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları hükme bağlanmıştır (TCK m.102/3-b, m.105/2, m.117/2,4, m.122/a gibi). Bunun yanında yine hizmet ilişkisine yönelik insan ticareti suçu ise TCK m.80'de hükme bağlanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki; yeni Türk Ceza Kanununda işçinin kişiliğinin korunmasına yönelik özel düzenlemeler eski Türk Ceza Kanunu'na²⁰ göre daha ayrıntılı ve çağdaş gelişmelere uygun olarak hükme bağlanmıştır.

Yeni TCK m.80'de zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek için kişiler üzerinde denetim olanaklarından veya çaresizlikten yararlanma suç olarak hükme bağlanmıştır. TCK m. 102/3-b'de cinsel saldırı suçunun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfus kötüye kullanılarak işlenmesi halinde cezayı arttırıcı nitelik olarak düzenlemiştir²¹. TCK m.105/2'de ise cinsel tacizin hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden veya aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak gerçekleştirilmesi nitelikli cinsel taciz içinde değerlendirilerek cezası arttırılmıştır²². İş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki cürümler ise TCK. m.117'de özel olarak hükme bağlanmıştır. TCK m.117/2'de kişinin çaresizliği ve bağımlılığını sömürmek suretiyle ücretsiz ya da emsal işlere göre düşük ücretle çalıştırma veya insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde çalışma koşullarına tabi kılma davranışı tipik suç olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise cebir ve tehdit kullanılarak çalışma koşullarını değiştirme veya işi bırakmaya zorlama davranışı da suç olarak getirilmiştir. Son olarak işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin bir başka düzenleme ise TCK m.122/a'da düzenlenmiştir. Buna göre işveren İşK m.5'deki gibi dil, ırk, renk, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce ve benzeri sebep-

¹⁹SÜZEK, İş Hukuku, s.313, 314.

²⁰Eski Türk Ceza Kanunu bakımından konuyla ilgili geniş bilgi için bkz; ERSOY, Yüksel; Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara, 1973, BIYIKLI, Hasan; Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C:VI, 1985, BIYIKLI Hasan; Sosyal Ceza Hukuku, Ankara, 1983.

²¹YENİDÜNYA, Caner; "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Legal Hukuk Dergisi, Y:3, S:33, Eylül, 2005, s.3296.

²²YENİDÜNYA, s.3312.

lere dayanarak kişilerin işe alınması ya da alınmamasını sağlaması da ayrıca bir suç olarak hükme bağlanmıştır²³.

Görüldüğü gibi, kişilik değerlerinin hukuki anlamda korunması, hem anayasal hem de yasal düzenlemelerle sağlanmıştır. Anılan hukuki düzenlemeler işverenin yönetim hakkından kaynaklanan emir ve talimat verme yetkisini sınırlamaktadır. Bir başka ifadeyle işveren, sınırlanan alanlar bakımından işçiyi koruma yükümlülüğü altına sokulmaktadır.

İş ilişkilerinin bağımlılık özelliği nedeniyle Borçlar Kanunu tasarısının 421 ve 423. maddelerinde de genel ve özel içerikli düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmamızda öncelikle konunun Borçlar Kanunu tasarısının ilgili maddelerinde ele alınış şekli genel olarak değerlendirildikten sonra, İş Kanunu ve ilgili mevzuattaki yerleri irdelenmektedir.

III- Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Düzenlemelere Yönelik Genel Değerlendirme

2003 yılında yürürlüğe girmiş olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda²⁴ olduğu gibi Borçlar Kanunu tasarısında da **işçinin kişiliğinin korunmasına** ilişkin iki yeni düzenleme getirilmiştir²⁵. İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin bu iki düzenlemeden ilki genel olup ikinci düzenleme ise daha özel bir içerik barındırmaktadır. İncelememizde öncelikle her iki düzenlemeyi madde gerekçeleri ile beraber ele aldıktan sonra, ileriki başlıklarda getirilen düzenlemelerin iş hukukundaki yerini belirleyeceğiz.

A. İşçinin Kişilik Haklarına Yönelik Genel Düzenleme

İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin genel düzenleme "işverenin borçları" ana başlığı altında "işçinin kişiliğinin korunması" alt başlıklı BK m.332'ye karşılık gelen Borçlar Kanunu tasarısının 421.maddesidir. Buna göre; "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*".

²³Yeni Türk Ceza Kanunu açısından konuyla ilgili geniş bilgi için Bkz: CENTEL, Tankut; "Yeni Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, C:19, S:5, Eylül-2005, s.4 vd. İşçinin kişiliğinin korunmasına yönelik düzenlemelerin değerlendirilmesi için özellikle bkz; 6-11.

²⁴İşçinin doğrudan kişiliğinin korunmasına ilişkin olarak İş Kanununda getirilen yeni düzenlemeler için bkz; Eşit davranma ilkesi başlığı altında İşKm.5, işçinin iş sözleşmesini haklı fesih nedenlerine yönelik olarak cinsel tacize karşı korunması bakımından İşKm.24/II,b,d, işçinin kişisel bilgilerinin dürüstlük kuralı uyarınca işveren tarafından kullanılmasına ilişkin olarak İşKm. 75/2.

²⁵Borçlar Kanunu tasarısının hizmet sözleşmesine ilişkin getirilen düzenlemelerin genel değerlendirmesi için bkz; EKMEKÇİ, Ömer; "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", MERCEK, Temmuz, 2005, s.157 vd.

Böylece tasarı maddesinin birinci fıkrasında kanun koyucu, işverenin işçinin kişiliğine yönelik sorumluluğunun temelini oluşturan ana esasları "işçinin kişiliğinin korunması ve saygı gösterilmesi", "işyerinde ahlaka uygun bir düzenin kurulması" şeklinde belirlemiştir. Burada söze konu olan ahlak kavramı borç ilişkilerinin içeriğinin sınırlandırıldığı ahlaka aykırılıktaki²⁶ objektif ahlak (sosyal etik²⁷) anlayışıdır. Yoksa işverenin kendisinin veya işçisinin ya da işçilerinin subjektif (bireysel) ahlak anlayışı burada geçerli olmaz.

Tasarının konuyla ilgili 1. fıkra gerekçesinde; işverenin işçinin kişiliğini korumaya yönelik olarak benzer tedbirler; "işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamaması, tedavisi için gerekli izinleri vermesi, gerektiğinde işyerinde acil tedavi olanaklarını sağlaması gibi" diye sayılarak yükümlülüğün içeriği somutlaştırılmıştır. Yine gerekçenin devamında işverenin koruma yükümlülüğünün amacının "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmek" adı altında "işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması" olduğu belirtilmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasının gerekçesinin son kısmında ise, işçilerin cinsel tacize yönelik olarak korunması yükümlülüğünün içeriği ve alınacak benzer tedbirler ele alınmıştır. Buna göre; "işveren bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür." denilerek uygulamanın ne şekilde olabileceğine yönelik örnekler verilmiştir.

Borçlar Kanunu tasarısının m.421/2.fıkrasında ise "işveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür." denilmektedir.

Kanun koyucu bu fıkrada işverenin sorumluluğunun çerçevesini ve kapsamını konuyla ilgili "*gerekli önlemleri almak*" şeklinde belirtmiştir. Fıkranın devamında ise işverenin işçinin yaşamının, sağlığının ve bedensel bütünlülüğünün maddi ve manevi yönüne ilişkin koruma yükümlülüğünün hukuki niteliğinin "**hakkaniyet sorumluluğu**" olduğu vurgulanmıştır.

²⁶Borç ilişkilerinin içeriğinin genel ahlaka aykırılığı onların mutlak butlanla geçersiz olmasına sebebiyet verir. Genel ahlak kavramı ve konuyla ilgili olarak bkz; EREN, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2001, s.300 vd.

²⁷Sosyal etik bir ülkede belli bir zamanda toplumun genelinin benimsediği davranış normlarıdır. Sosyal etik aynı zamanda bireysel ve grup ahlaklarının üzerinde genel bir ahlak anlayışıdır. Bkz; GÜRİZ, Adnan; Hukuk Felsefesi, 6. Baskı 2003, Ankara s.14 vd.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik koruma yükümlülüğünün hukuki niteliğinin iş hukuku ve borçlar hukuku doktrinde, kusura dayanan bir sorumluluk mu yoksa kusursuz bir sorumluluk mu olduğu tartışılmıştır²⁸. Borçlar Kanunu tasarısında ise işverenin sorumluluğunun hakkaniyet sorumluluğuna dayandığı Tas.m.421/2'de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca tasarıda daha önce Borçlar Kanunun'da olmayan hakkaniyet sorumluluğu, kusursuz sorumluluk türü olarak özen ve tehlike sorumluluğu yanında yeni bir sorumluluk türü olarak hükme bağlanmıştır (BKTas.m.60). Tasarının 60. maddesi; "Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararı, uygun biçimde gidermesine karar verebilir." cümlesi ile hakkaniyet sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk türleri ana başlığı altında düzenlemiştir. Tasarı bu haliyle kanunlaşırca hakkaniyet sorumluluğunun kusursuz sorumluluk türü olarak uygulanması gerekir. Bu nedenle BK.tas.m.421/ 2'de geçen hakkaniyet kavramını uygulayıcılar ve doktrin pozitif hukuk anlayışına göre ve sistematik yorum metoduna göre kusursuz sorumluluğa rahatlıkla dayandırabileceklerdir. Kısaca ifade etmek gerekirse daha önce tartışmalı olan işverenin söz konusu sorumluluğu tasarı ile netliğe kavuşturulmuş olmaktadır.

BK.Tas.m.421'in ikinci fıkrasının gerekçesinde ise, "işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur." denilerek iş sağlığı ve güvenliğine dikkat çekilmiştir. Gerekçenin devamında ise, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması konusunda "işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür." denilerek değerlendirme kriterleri belirlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinin son cümlesinde, 4857 sayılı İş Kanununun "İşverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri" kenar başlıklı 77 nci maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir." denilerek getirilen düzenlemenin İş Kanunu ile paralellik içinde olduğunu görmekteyiz.

²⁸*Kusur sorumluluğu görüşünde olanlar*; TEKİNAY, Selahattin Sulhi; "İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y:2, S:3, 1968, OĞUZMAN, Kemal; "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan İşverenin Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:34, 1969. REİSOĞLU, Seza; *Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri*, Ankara, 1968, s.207. SÜZEK, İş Güvenliği, Hukuku, Ankara, 1985, s.231 vd., KAPLAN, E. Tuncay; *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 1992, s.78 vd. AKIN, Levent; *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara, 2001, s.97, 98, SÜZEK, ilke olarak kusur sorumluluğu görüşünde olmasına rağmen kusurun objektifleştirilmesi görüşünü savunarak kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa yaklaştığını da belirtmektedir. SÜZEK, İş Hukuku, s.320,322, MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre; işverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk türü olarak kabul edilmesi, iş hukukunun yapısına uygun düşmektedir. Ancak pozitif hukuk düzenlemeleri buna elvermemektedir. BKm.332/1,2'nin düzenlemesi akdi ve kusur sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu nedenle kusur sorumluluğunun kabul edilmesi pozitif hukuk düzenlemelerinin yarattığı bir zorunluluktur. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.748. *Kusursuz sorumluluk görüşünde olanlar için bkz*; GÜRSOY, Kemal Tahir; "İşverenin Sorumluluğu" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:31, S:1-4, 1974., EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Do-*

Tasarının BK m. 332/2'ye karşılık gelen 421. maddenin son fıkrası ise "*İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyebilecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme BKm.332/2 ile genel anlam itibarıyla aynıdır.

Tasarının 421. maddesinin son fıkrasının gerekçesinde "işverenin bu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda işçinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacaklarının, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmektedir." denilerek madde fıkrası aynen tekrarlanmıştır. Gerekçenin devamında ise sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapıldığını ve bu tür zararların giderilmesinde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır." denilerek haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktaki zamanaşımı farkına değinilmiştir. Gerekçede belirtildiği gibi haksız fiil yerine sözleşmeye aykırılığa dayanmanın getirdiği farklardan biri zamanaşımı olduğu gibi zamanaşımı kadar önemli olan *kusurun ispatlanması ve sorumsuzluk anlaşmalarında da* kendini göstermektedir²⁹.

B. İşçinin Kişisel Bilgilerinin Korunması Bakımından Özel Düzenleme

Borçlar Kanunu Tasarısının 423. maddesinde işverenin işçinin kişilik haklarının korumasına yönelik ikinci önemli düzenleme ise, "İşverenin Borçları" ana başlıklı "Kişisel Verilerin İşlenmesi" alt başlığı altında hükme bağlanmıştır. Buna göre; "*İşveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.*" Öncelikle belirtelim ki; daha önce Borçlar Kanunu'nda olmayan söz konusu düzenleme İşK'nun 75. maddesine benzer ve onu tamamlayan bir düzenlemedir.

ğan Sorumluluğu, Ankara, 1974, s.89, TUNÇOMAĞ, Kenan; "İş Kazasından Doğan İşverenin Sorumluluğunun Özellikleri", İstanbul Barosu Dergisi, C:61, S: 4, 5, 6, 1987.

²⁹REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,9. Bası,1993, s.281. BK.tas.m.421'in son fıkrasını borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi çerçevesinde değerlendirecek olursak, BKm.332/2'de olduğu gibi iş sözleşmesinin tarafı olmayan ölen işçinin desteğinden yoksun kalanlara, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını tanıyarak borç ilişkisinin nisbiliği ilkesine bir istisna getirmiştir. Bu istisna ise borçlar hukukunda "borç ilişkisinin üçüncü kişilere yansması" veya "üçüncü kişilere etkisi" olarak adlandırılmaktadır. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz; LARENZ, Karl; Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Ablage, München, 1983, 224 vd., CANARİS, Claus Wilhelm; "Ansprüche wegen "Positiver Vertragsverletzung" Und Schutzwirkung für Dritte "bei nichtigen Verträgen, Juristscherechtschrift, 1965, Nummer 15-16. s.477 vd. TANDOĞAN, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963 s.164 vd., 312 vd. 346., SONNENSCHÉIN, Jürgen; "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar", (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1, 1984. s.257, Teoman, AKÜNAL; "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması", Yargıtay Dergisi, C:14, S:5, Temmuz-1988, s.222. İşverenin edimden bağımsız koruma yükümlülüğünün üçüncü kişiyi etkileyen borç ilişkisi anlamında değerlendirilmesi için bkz; AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s.143 vd.

Tasarının 423.maddesinin gerekçesinde; ilgili maddenin kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328-b maddesi göz önünde tutulmak suretiyle kaleme alındığı belirtilerek işçinin korunması amacıyla kişisel verilerin işlenmesinin düzenlendiği belirtilmektedir. Madde gerekçesinin devamında ise, özel kanun hükümlerinin saklı kalması koşuluyla işverene bilgi teknolojisinin kullanımına yönelik olarak işçinin kişiliğini korumaya yönelik bir yükümlülük getirildiği vurgulanmıştır. İşverenin işçiye ait kişisel bilgileri ancak "işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları" ölçütü getirilerek işverenin koruma yükümlülüğünün içeriği belirlenmeye çalışılmıştır. İşveren bu durumda işçinin kişisel bilgilerini bilgisayar ortamına veya klasik kayıt ve defterlere söz konusu ölçüte uygun olarak kayıt edebilir ve bunları kullanabilir.

Yukarıda Borçlar Kanunu tasarısını işverenin koruma yükümlülüğü çerçevesinde genel olarak inceledik. Bundan sonra ise, tasarının ilgili maddeleri konuyla ilgili olan bölümlerde detaylı olarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

IV- Genel Olarak İşçinin Kişilik Haklarının İş Hukuku Düzenlemelerinde İşverence Korunması Yükümlülüğü

A. Bilgi Edinme Hakkı³⁰ Bakımından İşçinin Kişilik Hakkı

İşverenin işçiye yönelik bilgi edinme hakkı yönetim hakkından kaynaklanır. İşverenin aday işçiden veya işçisinden soru sorarak bilgi edinme hakkının sınırını genel olarak Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı belirler³¹. Bu nedenle işin içeriğinin gerektirmediği ve objektif haklılığı olmayan soruların işçiye sorulması hukuka aykırılık oluşturur³².

Sözleşme görüşmelerinde, işverenin menfaati ile işçinin kişilik hakları karşı karşıya gelir. Bu sebeple işverenin işçiden bilgi edinebilme menfaatinin üstünlüğü, objektif bir haklılığa dayanmalıdır³³. Bir başka anlatımla, sorulacak soruların içeriğinin kişinin mesleki bilgilerini ölçmeye yarayan veya en azından dolaylı da olsa kişinin mesleki yaşantısı ile ilgili olması gerekir³⁴.

³⁰Bilgi edinme hakkına ilişkin olarak mevzuatımızda 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu yürürlükte-dir. Ancak bu kanun sadece kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için geçerli olması nedeniyle işverenin işçilerle ilgili bilgi edinme konusunun dışında kalmaktadır (m.2).

³¹EYRENCİ, Öner; "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı İstanbul, 1991. s.250. BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.93.

³²ODAMAN, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003, s.88

³³Aynı görüşte; EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.250, BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s.94.

³⁴GÜZEL, İntuitus Personae, s.187.

İşveren işçi adayına veya işçisine nüfus bilgilerini (adı, soyadı, ikametgah adresi, medeni hali, doğum yeri, tarihi gibi) telefon numarasını içeren soruları sorabilir. Yine işveren işçi adayına veya işçisine, eğitimi ve öğrenimi ile sınırlı kalmak koşuluyla genel sorular sorabilir. Buna karşın işveren özellikle kadınlara işin niteliği gerektirmedikçe, yakında evlenip evlenmeyecekleri, hamile olup olmayacakları gibi sorular sorup cevaplandırmalarını isteyemez³⁵. Bir başka anlatımla, işveren tarafından iş ilişkisi ile bağlantılı olmadığı müddetçe işçilerin ekonomik durumları, akrabaları, dini inanç ve siyasi görüşleri ile ilgili soruların sorulması hukuka uygun değildir (İşK. m.5). İşçiler tarafından bu tür sorulara yanlış cevap verildiği³⁶ sonradan sözleşme devam ederken anlaşılrsa bile "hiç kimse kusuruna dayanıp hak elde edemeyeceği" genel ilkesine göre işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaz³⁷. Tam tersine 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen "eşit davranma ilkesi" gereği işçi işverenden dört aya kadar ücret tutarında tazminat dışında, yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir (İşK. m.5/6).

Kanımızca, işçinin kişiliğinin ve özel hayatının korunması sadece işyerindeki işçiler açısından değil işyerine çalışmak için gelen işçi adayı içinde aynen geçerli olmalıdır. Böylece işveren sözleşme görüşmeleri için kendisiyle sosyal teması geçen kişilere karşı edimden bağımsız koruma yükümlülüğü ile sorumludur. İşverenin iş ilişkisi görüşmelerinden doğan üçüncü önemli yükümlülüğü ise, personelle ilgili bilgi ve belgelerin saklanmasıdır. İşçi işverene kendisiyle ilgili bilgi ve belgeleri göndermekle, işverenden bu kişisel bilgilerin korunmasını isteyecek düzeyde bir güven ilişkisine girmiş olmaktadır. Bu nedenle işveren bu sosyal temasın doğurduğu güven ilişkisi gereği ilgili bilgi ve belgeleri özenle saklamalı ve haksız kullanımlara karşı korumalıdır. İşverenin bu yöndeki saklama ve koruma yükümlülüğü bir bakıma işverenin işçiye ait bilgilere ilişkin sır saklama yükümlülüğü anlamına gelir³⁸. Bu belgeler, personel soru bildireleri, işveren tarafından istenen tıbbi muayene raporları, yetenek testleri gibi işverenin tasarrufu altında bulunan belgelerdir. İşveren eğer adayla hizmet sözleşmesini

³⁵Alman Federal Mahkemesi işe başvuranların hepsinin kadın olması halinde bunun ayrımcılığa neden olmayacağını ve BGB §611/a maddesine girmeyeceğini belirtmiştir. Ancak Federal İş Mahkemesi Avrupa Topluluğu Mahkemesinin 1990 yılında verdiği kararından da etkilenerek hamilelik sorusunun işin yapısı gereği haklı olarak sorulması gereken bir soru olması halinde sorulabileceğini diğer türlü tüm adaylar kadın olsa bile böyle bir sorunun sorulamayacağı yönünde 1992 yılında kararını değiştirmiştir. Federal İş Mahkemesi kararları için bkz; ATAMER, Yeşim; "İşe Alınmada Kadın Erkek Eşitliği, Avrupa Topluluğu Hukuku Işığında Gelişen Alman Modeli", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul -1996 s.174. Bizim hukukumuzda bununla ilgili bir düzenleme yoktur. Ancak Fransız İş Kodunun madde L.121-6'da işe alınacak işçi adayına veya işyerindeki bir işçiye işveren ancak o kişinin mesleki becerisi ve işyerinde yapacağı işle ilgili soru sorabilir anlamına gelecek düzenleme getirilmiştir. GÜZEL, İntuitus Personae, s.187.

³⁶İşçinin haklı olarak cevap vermeme hakkı olan sorulara karşı işçinin aynı zamanda "yalan söyleme hakkı" vardır. AKYİĞİT, Ercan; Yeni Mevzuata Göre hazırlanmış İş Hukuku, Ankara,2005, s.205.

³⁷ODAMAN, s.90. Adaylara işverenin soru türleri ve sınırları ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz; EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.249-257.

³⁸EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.244.

kurmamış ise, işçinin kendisine verdiği belgeleri, işçiye geri vermek zorundadır³⁹. İşçi, adayların değerlendirilmesi aşaması bitinceye kadar belgeleri geri isteyemez. Ancak bu süreç bittikten sonra işverenden kişiliğinin korunması açısından belgelerin ortadan kaldırılmasını dahi isteyebilir⁴⁰ (ZGBArt. 28/1, MK. m.24/1, 25).

İşverenin sözleşme görüşmeleri esnasında istihdama ilişkin hangi koruma yükümlülükleri ile bağlı olacağı 1475 sayılı İş Kanununda tam olarak belirtilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanununda ise, işçilerin özlük dosyalarındaki bilgilerin işveren tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması konusunda düzenleme getirilmiştir. Ayrıca işveren, işçinin gizli kalmasında menfaati bulunan hallerde özlük dosyasında yer alan bilgileri açıklamamakla yükümlü tutulmuştur (İşK. m.75). İş ilişkisi görüşmelerinde bulunulan ancak kendisiyle hizmet sözleşmesi yapılmayan kişilerin bilgilerinin işveren tarafından hukuka aykırı olarak kullanılması halinde culpa in contrahendo kurumunun⁴¹ varlığı inkar edilemez. Çünkü işveren kendisiyle iş ilişkisi kurmak isteyen kişiye karşı sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan sosyal temastan doğan koruma yükümlülüklerine uymak zorundadır. İş Hukuku doktrininde sözleşme görüşmelerinin, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi doğurduğu ve bu nedenle görüşmelerin "hukuki işlem benzeri" ilişki olduğu için her iki tarafın sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine (BK. m.96, 100, 125) dayanması gerektiği belirtilmektedir⁴². Söz konusu borç ilişkisinin, genel davranış yükümlülükleri denilen edimden bağımsız yükümlülükler doğurduğu kabul edilmektedir. Özellikle iş ilişkisi görüşmelerinde işveren bakımından koruma yükümlülüklerinin kapsamı, işçinin kişiliğinin korunması doğrultusunda genişlemektedir⁴³.

Yukarıda iş hukuku düzenlemelerine ilişkin açıklamalarımıza uygun olarak Borçlar Kanunu tasarısının 423. maddesi'nde "kişisel verilerin işlenmesi" başlığı ile düzenlenen madde, işverenin borçlarını ilgilendiren "işçinin kişiliğinin korunması" alt başlığı altında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununda daha önce olmayan konuyla ilgili düzenleme İşK 75'te yer alan işçinin özlük dosyasındaki bilgilerin saklanması yüküm-

³⁹REHBİNDER, Alfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", (Çev. Ömer Teoman), İÜHFMDoğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C:XLV-XLVII, S:1-4, 1981-1982, s.751,752.

⁴⁰Bkz; EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.244.

⁴¹Culpa in Contrahendo için geniş bilgi bkz; ADAL, Erhan; Culpa in Contrahendo, Sözleşme/Sözleşme Öncesi Sorumluluk, (Basılmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1980. BAYGIN, Cem; "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV, S:1-2, Erzincan, 2000, s.345 vd. Culpa in Contrahendo sorumluluğu, edimden bağımsız borç ilişkisinin bir görünümüdür. Bir başka ifadeyle güven sorumluluğunun sözleşme öncesi görünümü Culpa in Contrahendo'dur. KIRCA, Çiğdem; Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s.6,111.

⁴²EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.240,241. Yazar, iş görüşmelerinden işveren için doğan yükümlülüklerden ikincisi için "davranış yükümü" terimini kullanmıştır. Aynı yazar, s.243.

⁴³EYRENCİ, İşe Girişte Personel Seçimi, s.242.

lülüğünü tamamlayan bir düzenleme şeklinde öngörülmüştür. Tasarının tek fıkradan oluşan 423. üncü maddesinde, işçinin korunması amacıyla kişisel verilerin işlenmesi konusu düzenlenmektedir. Düzenlemenin gerekçesinde; "...teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin işlenmesi konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilecektir." denilerek İş Hukuku doktrininde yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda yerinde bir düzenleme yapılmıştır. Özellikle kişisel bilgilerin işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işçinin özlük dosyasına işlenebileceği hükmü dürüstlük kuralının yansması olarak yerinde bir düzenlemedir.

B. İşverenin Giriş-Çıkış Kontrol (Üst Arama) Yetkisi ve İşçinin Kişilik Hakkı

Kişilik hakları ile işverenin yönetim hakkının çatıştığı önemli konulardan biri de işverenin işyerinde yapacağı kontrollerdir⁴⁴. Kapı kontrolü ve işçinin üzerinin aranması kural olarak kişilik hürriyetine bir müdahale olarak görülmektedir (BK. m.19, MK. m.23). İşçinin kişilik haklarına müdahale anlamına gelen giriş çıkış kontrolü, ya işçinin rızasına ya da işverenin yönetim hakkına dayanır. İşveren ancak dürüstlük kuralına uygun olarak kapı kontrolü veya üst araması yapabilir⁴⁵. İşçinin rızası ile dahi olsa işveren yönetim hakkından kaynaklanan yetkiyi kullanırken, temeli dürüstlük kuralına dayanan işçiyi koruma yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır⁴⁶.

Kapı kontrolü ve üst aramasına ilişkin doğrudan hukuki düzenleme bulunmasa bile işveren kontrol veya arama yetkisini ilgili iş kolunda buna ilişkin adet bulunması haline dayanarak ya da zararın hemen önlenmesinin gerektiği olağanüstü hallerde kullanılabilir⁴⁷. Üst aramada işverenin işçiler arasında eşit işlem yapma yükümlülüğüne uygun şekilde davranması gerekir. Ayrıca işveren arama sırasında şeref ve haysiyet kırıcı davranışlarda bulunmamalıdır⁴⁸. İşyerinde hırsızlık olaylarının yoğunlaşması nedeniyle işveren kendi üstün yararına dayanarak işçilerin çıkış saatinde üst araması yapabilir. Bu durumda her ne kadar ilk bakışta üst araması işçilerin kişilik haklarının zarar görmesi sonucunu doğursa da işverenin menfaati daha üstün nitelikte kabul edilmelidir⁴⁹.

⁴⁴Bu kontrollerden en önemlileri, sağlıkla ilgili olan testlerdir. Bunların başında ise alkol ve uyuşturucu testleri, AIDS testleri, genetik ve psikolojik testler gelmektedir. Testler ile ilgili uluslararası ve yabancı ülkelerdeki düzenlemeler için bkz; AYDIN, s.166-201.

⁴⁵OĞUZMAN, İşçilerin Üzerlerinin Aranması, s.535, 536, HUECK/NİPPERDEY, s.219, NİKİSCH, s.257.

⁴⁶SÜZEK, Yönetim Hakkı ve Sınırları, s.232.

⁴⁷BAŞBUĞ, Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara, 1999, s.114.

⁴⁸OĞUZMAN, İşçilerin Üzerlerinin Aranması, s.537.

⁴⁹Örnek için bkz; SÜZEK, İş Hukuku, s.329.

Görüldüğü gibi, işveren kontrol yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmalıdır. Kanaatimizce işverenin dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü edim yükümlülüğünden değil, iş ilişkisinin özelliğinden kaynaklanan edimden bağımsız koruma yükümlülüğüne dayanmaktadır⁵⁰. Çünkü işveren buna aykırı davrandığında, işçi işverene karşı şahsiyet haklarının korunmasına ilişkin davaları açabileceği gibi, İşK. m.24/II'e göre hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁵¹.

C. İşçinin Cinsel Tacize Uğraması ve İşçinin Kişilik Hakkı

İşyerinde cinsel taciz derecesine varan davranışlara⁵² karşı işçinin korunması işverenin koruma yükümlülüğü içinde önemli bir yer tutar. İşçilere yönelik cinsel taciz, işçinin kişilik haklarına karşı yapılmış hukuka aykırı bir davranıştır⁵³. Cinsel taciz doğrudan işverenden gelebileceği gibi işverenle ilişkisi olan üçüncü bir kişiden de gelebilir. Yine cinsel tacizin işyerinde olması şart olmayıp işyeri ve iş saatleri dışında olması da mümkündür⁵⁴. Bir başka ifadeyle, cinsel tacizin işveren veya vekilinin ya da işverenin üzerinde etki ve kontrol hakkı bulunan bir diğer işçisi yahut hatırlı müşterisi veyahut yakını tarafından işyerinde ve iş saatleri içinde yapılması halinde, işverenin bu davranışlar bakımından işçiyi koruma yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁵.

İşveren veya vekilinin iş saatleri dışında da işçinin kişiliğine karşı saygı duymaları aynı ölçüde devam eder. İş saatleri dışındaki işçiye yapılan tacizin, işverenin koruma yükümlülüğünü doğurabilmesi için ciddi ve sık tekrarlanan bir davranış halini alması gerekir⁵⁶.

⁵⁰AYDINLI, s.117

⁵¹Yargıtay'ın verdiği bir kararda, işçi işyeri dışında iken masası ve çekmeceleri aramış ve bulduğu ajandada kendi aleyhine ifadeler görünce işçisini 17/II'ye dayanarak işten çıkarmıştır. Yargıtay işveren işin veya işletmenin bir gereği olmaksızın bu aramayı yaptığından yapılan feshin haksız bir fesih olduğunu belirtmiştir. Yargıtay kararı için bkz; Yarg.9HD. 30.10.2000 T, E.10386, K.15096 sayılı karar. (Yargıtay kararı, AYDIN, s.221, Dipnot 788'den naklen alınmıştır.)

⁵²Kavram için bkz; BAKIRCI, Kadriye; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, 2000, s.194-196.

⁵³Cinsel taciz; kişilerin vücuduna bedeni temas içermeyen ve mağdurun rızası olmadan cinselliklerine yönelik sözlü veya yazılı olmak üzere rahatsız edici davranışlara denir. Cinsel taciz kavramı TCK'nun 105. maddesinin gerekçesinde "mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlar" şeklinde tanımlanmıştır. YENİDÜNYA, s.3311. Bunun dışında cinsel amaçlı vücuda yönelik bedeni temaslar ise yerine göre cinsel saldırı veya cinsel istismar suçu olarak TCK m.102 ve 103'de düzenlenmiştir. Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçuna ilişkin geniş bilgi için bkz; aynı yazar; s.3284-3310.

⁵⁴AKYİĞİT, s.195.

⁵⁵BAKIRCI, s.198 vd. İşveren dışında diğer kişilerin işçiye yönelik cinsel tacizin işçiye haklı nedenle fesih yetkisi vermesi için hukuka aykırı davranışın işverene veya vekiline bildirilmesine rağmen olayın tekrar etmemesine yönelik önlemlerin alınmamış olması gerekli ve yeterlidir. ÇELİK, s.229, MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, s.476,477, SÜZEK, İş Hukuku, s.521. AKYİĞİT, s.196.

⁵⁶BAKIRCI, s.182 vd. İşveren işyerinde amirlerinin, iş arkadaşlarının ve müşterilerin işçinin kişiliğine yönelik saldırılarına önlemesi onun işyerinde sağlıklı bir ortam yaratma yükümlülüğünün bir gereğidir. ERTÜRK, s.88, 89.

Cinsel tacize ilişkin olarak Türk hukukunda kişilik değerlerine yapılan hukuka aykırı davranışların yaptırıma bağlandığı genel hükümler mevcuttur (BK. m.47, 49, MK. m.24, 25, TCK.m.105/I,II). İş hukuku düzenlemelerinde ise, işçi bakımından haklı nedenle feshin düzenlendiği kanun maddeleri İşK. m.24/II-b, d, Den. İşK. m.14/II-c, Bas. İşK. m.11/1, 2, 4 şeklindedir.

Borçlar Kanunu tasarisının 421. maddesi'nde ise konu "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlığı altında düzenlenmiş olup cinsel tacize yönelik olarak özel ifadelere yer verilerek işçinin kişilik hakkının bu yönden korunmasına dikkat çekilmiştir. Tasarıda; ".....özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." denilerek işverene özel bir koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Madde gerekçesinde ise; ".....İşveren bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür." denilerek maddenin uygulanmasına yönelik olarak işçinin konuya ilişkin hakları ile işverenin yükümlülüğünün içeriğini belirlemiştir. Yine gerekçede, 421. maddenin düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinden alıntı yapıldığı belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu tasarisında cinsel tacize yönelik olarak getirilen söz konusu düzenleme, İş Kanununun işçi bakımından fesih yaptırımına bağlanmış cinsel tacizi ilgilendiren İşKm.24/II, b ve d, şıklarında yer alan düzenlemelerle paralellik arz etmektedir. Bu anlamda Borçlar Kanunu tasarisında yapılan düzenleme olumlu ve yerindedir.

D.İşverenin Teknolojik İmkânlardan Yararlanması ve İşçinin Kişilik Hakkı

Teknolojinin ilerlemesi, çalışma hayatında bir takım kolaylıklarla beraber kişilik değerlerine yönelik yeni saldırı veya tecavüzlere de meydan vermektedir. Örneğin, bilgisayar hafızasına depolanan işçilerin mesleki yetenekleri ve gerekli olan kişisel bilgilerinin teknolojik imkânlarla hukuka aykırı olarak elde edilebilmesi mümkündür. Teknoloji araçlarıyla işçilerle ilgili bilgilerin bilgisayara işlenmesi veya işyerlerine konulan "elektronik göz" denilen kameralarla işçilerin devamlı surette izlenmeleri, işverenin yönetim hakkını kullanma metotlarından bazılarıdır⁵⁷. İşveren işçilerin verimliliklerini kontrol veya iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek için yetkilendirdiği kişileri kullanabileceği gibi bunun yerine teknolojik imkânları kullanarak kameralar sayesinde söz konusu yönetim hakkını kullanabilir⁵⁸.

⁵⁷REHBINDER, M; Schweizersches Arbeitsrecht, 10. Neuberarbeitete Auflage, Bern, 1991, s.77, İşçilerin gözlenmesi konusunda Türk ve yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemeler konusunda geniş bilgi için bkz; AYDIN, s.202 vd.

⁵⁸Aksi görüş için bkz; ERTÜRK, s.86.

İşveren, teknolojik imkânları işçinin kişilik değerlerine zarar vermeyecek şekilde kullanmalıdır. Bilgisayarda bulunan işçiye ait bilgilerin işveren tarafından ancak işletme içinde insan kaynakları bölümüne veya mali işler bürosuna verilerek kullanılması normaldir. Çünkü ilgili işlemler kişinin liyakatinin ölçülmesi buna göre ücretinin değerlendirilmesi gibi objektif işlemler için gerekli olabilir⁵⁹. Bunun yanında işverenin bu bilgileri işçinin rızası olmaksızın üçüncü bir kişiye vermesi hukuka uygun değildir. Burada üçüncü kişi, bu bilgileri almada üstün bir menfaati olmayan kişidir⁶⁰. Yoksa örneğin; Çalışma Bakanlığında gelen yetkililere bu bilgiler Medeni Kanununun 24/2. maddesi uyarınca "kamu yararının üstünlüğü ilkesine" göre verilebilir. Kanaatimizce işverenin işçilere ait bilgilerin bulunduğu elektronik sayfaları, (özellikle işçinin kişiliğine (nerede oturduğu, özel telefon numarası, kaç çocuğu olduğu, eşinin mesleği vs.) ilişkin bilgilerin bulunduğu sayfalar) şifre kırıcılara (hacker) karşı güvenlik şifreleri ile koruması gerekir. Bu yükümlülüğün işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü içine girdiğine inanmaktayız.

1980'lerden itibaren kişilere ilişkin toplanan verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemelerde hakim olan prensipler şunlardır: Kişilik haklarının korunması, elde edilen verilerin işe alınma ve işin devamında olmak üzere amaca yönelik kullanılması, bazı kişisel bilgilerin toplanmaması, toplanan bilgilerin korunması ve korunma süresinin belirlenmesidir⁶¹. Konuyla ilgili olarak başta Almanya olmak üzere İsviçre ve Avusturya hukuklarında, Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunları (*Gesetz zum Schutz vor Missbrauch Personenbezogener Daten bei Datenverarbeitung z-BDSG*) yürürlüğe konulmuştur⁶².

Türk İş Hukukunda bilgisayar verilerine karşı doğrudan koruma kanunu mevcut değildir⁶³. Ancak İşK m.75'de yer alan özlük dosyasının içeriğinde yer alan bilgilerin işveren tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak kullanma ve bunları saklı tutma görevi, işverene işçinin kişilik haklarının korunması açısından bir yükümlülük olarak

getirilmiştir. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu tasarısının 423. maddesine göre; işveren

⁵⁹REHBİNDER, Art. 328 N.15.

⁶⁰REHBİNDER, Hukuki Sorunlar, s.747.

⁶¹AYDIN, s.223. Ulusal ve uluslar arası düzenlemeler açısından bkz; aynı yazar, s.223-236.

⁶²Geniş bilgi için bkz; KAPLAN, Tuncay; İş Hukukunda Kişilik haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", Cemal Mihcioğlu'na Armağan, AÜSBFD, C:52, Ocak-Aralık, 1997, s.381 vd. Konuyla ilgili OECD, ILO ve AB kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler ile Belçika, Danimarka, Yeni Zelanda, Fransa, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İngiltere ve ABD'de yapılan düzenlemeler için bkz; AYDIN, s.222-241.

⁶³Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 134,135 ve 136. maddelerinde bilişim suçları denen suç tipleri ve yaptırımları öngörülmüştür. Bunlar özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarıdır. Özellikle TCK 135 ve 136. maddelerine göre; işverenin işçinin şahsi bilgilerini iş ilişkisi sonucunda meşru veya gayri meşru olarak elde ettikten sonra bunları hukuka aykırı olarak başkalarına verme, yayma veya bu konularda tedbir almama davranışı tipik suç unsurunu oluşturur.

kişisel bilgileri "ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilir." Tasarıda getirilen bu yeni düzenleme doktrin görüşlerine uygun olup İşKm.75. maddeyi de destekleyen ve tamamlayan bir hüküm olarak ele alınması bakımından yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu hükümler yeterli olmayacağından sadece işçileri kapsayan değil tüm kişileri kapsayan bilgisayar verilerine karşı koruma kanunu ülkemizde de çıkarılmalıdır⁶⁴.

Toplanan verilerin kötüye kullanılması halinde kişilik hakları ihlal edilen işçi, gerek işverene karşı gerekse üçüncü kişilere karşı genel hükümlere (MK. m.24, 25, BK. m.49 işverene karşı BK. m.332) başvurabilir. Kanaatimizce haklı nedenle fesih bakımından işveren bilgisayar verilerini kötüye kullandığı takdirde işçi, İşK.m.24/II'ye dayanarak hizmet sözleşmesini feshedebilir. Çünkü buradaki fesih halleri iyiniyet ve ahlak kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında düzenlendiği için kanunda açıkça düzenlenmeyen ancak doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar dahi bu nedenler arasına sokulabilir⁶⁵.

E. İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Kişilik Hakkının Korunması

a.Genel Olarak

İşverenin koruma yükümlülüğünün içeriğinin en önemli bölümü olan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda ve İş Kanunu'nda düzenlemeler mevcuttur. (BK. m.332, İşK. m.77). Getirilen düzenlemelere bakıldığında, işverenin koruma yükümlülüğünün sınırının hakkaniyet ölçüsü ile çizildiği görülmektedir⁶⁶ (İşK.m.77/1, BKm.332/1). Bir başka anlatımla işverenin koruma yükümlülüğü, hakkaniyet çerçevesinde sözleşmenin niteliği ve işin mahiyetine göre belirlenmektedir. BK. m.332/2'de ise, *destekten yoksun kalma tazminatı* hükmüne bağlanmıştır. Buna göre işveren, işçinin ölümüne iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığı için sebebiyet vermişse, işçinin desteğinden yoksun kalan kişilerin, işverene karşı uğradıkları zararın tazmini için dava açma hakları mevcuttur. Söz konusu destekten yoksun kalma tazminat davası, işverene karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanılarak açılmaktadır⁶⁷ (BK. m.332/2).

⁶⁴KAPLAN, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı, s.385, 386, AYDIN, s.237.

⁶⁵ÇELİK, İş Hukuku, s.185.

⁶⁶EREN, İşverenin Sorumluluğu, s.46, ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s.39 vd., KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s.10, SÜZEK, Cismani Zarar, 18, AKIN, Maddi Tazminat, s.58, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s.179.

⁶⁷EREN, alacaklının hukuki alanı içinde olan üçüncü kişilerin de uğradığı maddi ve manevi zararların tazmininde de akde aykırılık hükümlerine dayanılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar bu görüşünün BK 332. maddenin 2 fıkrasında kendini gösterdiğini belirtmektedir. EREN, Borçlar Hukuku, s.1047, 1048. Türk borçlar hukukunda edimden bağımsız borç ilişkisinin ve bunu doğuran üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünün kabul edildiği ender düzenlemelerden biri BKm.332/2'dir. Bkz; AYDINLI, s.39.

b. Alman Hukukunda

İşveren tarafından işçinin hayat ve sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler, benzer şekilde Alman ve İsviçre Hukuklarında görülmektedir. Alman Medeni Kanununda (BGB) §618/1'e bakıldığında, BK. m.332'ye benzer bir düzenleme görülmektedir. Yine BGB §618'de de işverene işçilerin hayat ve sağlıklarının korunması için işin niteliğinden kaynaklanan tehlikelere karşı önlem alması yükümlülüğü getirilmiştir. Eğer işveren bu düzenlemelere aykırı davranırsa, işçi hayatta ise kendisi, kendisi ölmüşse külli halefleri sözleşmenin müsbet ihlali nedeniyle işverene karşı dava açabilirler. İşverenin söz konusu sorumluluğu, kusurlu sorumluluk olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Alman hukukunda işverenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde BGB § 273'e göre, işçinin çalışmayı reddetme hakkı olup bu yolla işçiler işverenin temerrüdü hükmüne başvurarak, çalışmaksızın ücrete hak kazanabilmektedirler⁶⁹.

c. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda işçinin hayat ve sağlığının işveren tarafından korunmasına ilişkin olarak OR 328'de düzenleme getirilmiştir. Düzenleme Alman hukuku ile genel olarak paralellik arz etmesine rağmen 1972 yılında 328. maddenin ilk fıkrasında yapılan değişiklikle işçinin şeref ve haysiyeti ile hayat alanı ve mesleki itibarının korunması da işverene, işçiyi koruma yükümlülüğü olarak yüklenmiştir. Bu maddenin bir diğer önemli yönü, işverenin alacağı önlemlerin sınırının işin mahiyeti ve işverenin sahip olduğu ekonomik ve mali gücü ile belirlenmesidir (OR328/1). İsviçre doktrininde 328. maddenin işçinin korunması için tek başına yeterli olmadığı, bu nedenle ilgili düzenlemenin kamu hukuku kuralları ile beraber ele alınması gerektiği kanaati hâkimdir⁷⁰. Bunun yanında, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymaması sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilmiştir. Bu durumda işçi işi yapmaktan kaçınabilme hakkına sahiptir (OR. Art. 97). İşverenin söz konusu ihlalinin sık görülmesi halinde ise işçi lehine fesih hakkı doğmaktadır⁷¹.

⁶⁸ULUSAN, s.22.

⁶⁹HUECK/NİPPERDEY, s.397. (Türk hukuku için bkz; BK. m.325)

⁷⁰Bkz; REHBİNDER, Art. 328, Anm 18.

⁷¹REHBİNDER, Art. 328, Anm 28.

d. Türk Hukukunda

İşK. m.77 ve BK. m.332'deki düzenlemeler doğrudan işçinin kişilik haklarının korunmasından daha çok işçinin vücut bütünlüğü ve sağlığı ile sosyal ve ekonomik desteğin sağlanması bakımından getirilmiştir. İşK. m.77 ile BK. m.332'yi doğruluk ve dürüstlük kuralının gerektirdiği güven ilişkisine göre edimden bağımsız koruma yükümlülüğü olarak değerlendirirsek, işçilerin kişiliğini de işverenin koruma yükümlülüğü içine dahil edebiliriz⁷². Ancak dolaylı da olsa işçinin kişilik haklarını koruyucu maddeleri İş Hukukunda feshi ilgilendiren maddelerde görebilmekteyiz (İşK. m.24/II-b, ç, Bas. İşK. m.11/1-2).

Borçlar Kanunu tasarısının 421. maddesine baktığımızda ise, İşçinin kişiliğinin korunması doğrudan ele alınmıştır. Buna göre; "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla,yükümlüdür. İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir."

Görüldüğü gibi Borçlar Kanunu tasarısının 421. maddesinde, BK 332. maddenin genel yapısı daha da genişletilerek işveren, işçinin kişiliği işyerinde ahlaka uygun bir düzenin sağlanması, işçinin sağlığı, yaşamı ve bedensel bütünlüğünün korunması için "...hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, **hakkaniyet gereği** kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlü" tutulmuştur. Tasarının 421. maddesinin son fıkrasında düzenlenen destekten yoksun kalma tazminat davası ise BK m.332'de olduğu gibi aynen korunmuştur.

⁷²İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun asli edim yükümü olduğunu kabul eden yazarlar için bkz; EREN, Borçlar Hukuku, s.34 ULUSAN, İşçiyi Gözetme Borcu, s.18,19. Aynı görüşte olan yabancı yazarlar, MAYER/MAYL, Theo; Österreichisches Arbeitsrecht, Wien-Newyork, 1978, s.94,95, SCHWARZ/LÖSCHING, Günther; Arbeitsrecht 2. Bearbeitete Auflage, Wien, 1983, s.234. Aynı görüşte MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet Sözleşmesi, s.177. İşçiyi gözetme borcunun yan edim yükümü olarak kabul edilmesinin ayrı bir talep hakkı vermesi bakımından önemine işaret eden BAŞBUĞ bunun asli edim sayılmasının doğru olmayacağı kanaatine varmıştır. Aynı yazar asli edim olmaksızın da yan edim olabileceğini de ayrıca belirtmiştir. Halbuki aynı yazar edimden bağımsız koruma yükümlerini aslında ön plana çıkarmak istemektedir. BAŞBUĞ, Aydın; "Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", Kamu İş Dergisi, Ocak-1998, s.65 vd dipnot. 6. Koruma yükümlülüğüne ilişkin olarak doktrinde temel olarak iki görüş öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki organizma görüşü, diğeri ise edimden bağımsız koruma yükümlülüğü görüşüdür. Konuya ilişkin görüşler ve eleştiriler için bkz; AYDINLI, s.138 vd.

V. Sonuç

Çalışmamızın ilk önemli sonucu işçi-işveren ilişkilerindeki değişimin kanun koyucunun iradesine olan yansımadır. Şöyle ki; ülkemizde özellikle son yıllarda iş hukuku alanında işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin kanun ve yönetmelikler modern iş ilişkileri üzerinde etkin rol oynamaktadır. Bir başka anlatımla, dünyadaki gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde olduğu gibi işçi-işveren ilişkileri, küreselleşmenin doğurduğu etkiler yüzünden "esnek çalışma ilişkileri" adı altında toplu iş ilişkilerinden bireysel iş ilişkilerine doğru bir yoğunlaşma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kısacası neoliberalizm akımlarının iş ilişkileri üzerindeki etkisi toplu iş ilişkilerinin önemli birer tarafı olan sendikaların etkisini günden güne azaltmaktadır. Bu sonuç ise işçi ile işvereni ferdi iş ilişkisi içine itmektedir. Bu nedenle iş ilişkilerine yönelik olarak işçinin kişiliğinin ferdi anlamda işverene karşı korunması bir başka deyimle, işverene buna yönelik yükümlülükler getirilmesi, bireysel anlamda işçinin kişiliğinin öne çıkmasını sağlamaktadır.

İşçi-işveren ilişkilerindeki bu gelişmeler doğrultusunda borç ilişkilerinin düzenlendiği genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu tasarısında, ferdi anlamda **işçinin kişiliğinin korunmasına** yönelik olarak iki yeni düzenleme (m.421, m.423) getirilmektedir. Söz konusu tasarıda hükme bağlanmış bu düzenlemeler, iş ilişkilerindeki kişisel bağımlılığı önemseyen ve ona sonuçlar bağlayan bir nitelik arz etmektedir. Bu iki yeni düzenlemenin iş hukuku alanında yürürlükte olan ilgili hukuk kurallarına da genel hüküm olarak hukuki dayanak teşkil etmesi, olumlu bir kanunlaştırmadır. Borçlar Kanunu tasarısındaki bu iki yeni düzenleme aynı zamanda iş hukukunun yapısına da uygun olup, İş Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında anlayış paralelliğini kurması açısından önemlidir.

Çalışmamızın ikinci önemli sonucu ise, işverenin sorumluluğunun hukuki nitelendirilmesi üzerinde gerçekleşmektedir. İşverenin koruma yükümlülüğünün niteliği üzerinde kusur-kusursuz sorumluluk tartışmaları, iş hukuku doktrinde yıllardan beri süregelen ve bunun üzerinde hukuki görüşler sunulmuştur. Ancak bu tartışmalar, gerek doktrin gerekse uygulamada henüz bitmiş değildir. Özellikle sorumluluk hukukunda haksız fiil sorumluluğunun kural olması, kusursuz sorumluluğun ise ancak kanunda açıkça düzenlenmesi varsa uygulanması ve kusursuz sorumluluk hallerinde kıyasa başvurulmaması kuralı tartışmaların daha da devam etmesine neden olmaktadır. Gerçekten her iki görüşü savunan yazarların dayanakları, hukuki tutarlılık taşıyan görüşlerdir. Bu tartışmalara ilişkin olarak Borçlar Kanunu tasarısının 421. maddesinde düzenlenen işverenin koruma yükümlülüğünün hukuki niteliği, BK.332/1'de olduğu gibi **"hakkaniyet" sorumluluğu** şeklinde belirtilmiştir. Ancak tasarının 421. maddesinde düzenlenen "hakkaniyet" kelimesi sadece kavram olarak bırakılmayıp, aynı tasarının 60. maddesinde kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir. Tasarıda yapılan bu iki düzenleme birlikte ele alındığında işverenin 421. maddeden kaynaklanan sorumluluğunun **kusursuz sorumluluk** olduğunu rahatlıkla çıkarabilmekteyiz. Eğer tasarı bu şekilde kanunlaşır, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün hukuki niteliği üzerindeki tartışmanın sona ereceği kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

ADAL, Erhan; Culpa in Contrehendo, Sözleşme/Sözleşme Öncesi Sorumluluk, (Basılmamış Doçentlik Tezi), İstanbul, 1980.

AKIN, Levent; İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001.

AKÜNAL;Teoman, "Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması", Yargıtay Dergisi, C:14, S:5, Temmuz-1988.

AKYİĞİT, Ercan; Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara,2005

ATAMER, Yeşim; "İşe Alınmada Kadın Erkek Eşitliği, Avrupa Topluluğu Hukuku Işığında Gelişen Alman Modeli", Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul -1996.

AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, 2002.

AYDINLI, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004.

BAKIRCI, Kadriye; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, 2000.

BAŞBUĞ, Aydın; "Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", Kamu İş Dergisi, Ocak-1998.

BAŞBUĞ, Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara, 1999.

BAŞBUĞ Aydın; "Sosyal Haklar ve Türk Sosyal Devlet Yapısındaki İki kilemler", Siyaset ve Toplum Dergisi, S; 3, 2005.

BAYGIN, Cem; "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV, S:1-2, Erzincan, 2000.

BIYIKLI Hasan; Sosyal Ceza Hukuku, Ankara, 1983.

BIYIKLI, Hasan; Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsan Gücü Yönetimi, C:VI, 1985.

CANARIS, Claus Wilhelm; "Ansprüche wegen "Pozitiver Vertragsverletzung" Und Schutzwirkung für Dritte "bei nichtigen Vertragen, Juristscherechtschrift, 1965, Nummer 15,16.

CENTEL, Tankut; İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul -1994.

ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul, 2004.

EKMEKÇİ, Ömer; "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", Mercek, Temmuz, 2005.

EREN Fikret; Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara, 1975.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974.

EREN, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2001.

ERSOY, Yüksel; Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara, 1973.

ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002.

EYRENCİ, Öner; "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, 1991.

GÜRİZ, Adnan; Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003.

GÜRSOY, Kemal Tahir; "İşverenin Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:31, S:1-4, 1974.

GÜZEL, Ali; "Ekonomik ve Teknolojik Gelişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Ölçüt Arayışı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Kemal Oğuzman'ın Anısına, İstanbul, 1997.

GÜZEL, Ali; "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek" Halit Kemal ELBİR'e Armağan.

HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001.

İZVEREN, Adil; İş Hukuku, Ankara, 1974.

KAPLAN, E. Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992.

KAPLAN, Tuncay; İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", Cemal Mihçioğlu'na Armağan, AÜSBFD, C:52, Ocak-Aralık, 1997.

KIRCA, Çiğdem; Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.

KUBAN Arzu; Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Hatırasına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998.

LARENZ, Karl; Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Ablage, München, 1983.

MAYER/MAYL, Theo; Österreichisches Arbeitsrecht, Wien-Newyork, 1978.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Ankara, 1995.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Ankara, 2004.

NARMANLIOĞLU, Ünal; Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973.

NARMANLIOĞLU, Ünal; Ferdi İş İlişkileri, İzmir, 1994.

ODAMAN, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003.

OĞUZMAN, Kemal; Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması, İÜHFİM, C:32, S:2-4, 1966.

OĞUZMAN, Kemal; "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan İşverenin Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:34, 1969.

OĞUZMAN, Kemal; İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması", KUBALI'ya Armağan, İstanbul, 1974.

ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara, 2000.

REHBİNDER, M; Schweizerisches Arbeitsrecht, 10. Neuberarbeitete Auflage, Bern, 1991.

REHBİNDER, Alfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", (Çev: Ömer Teoman), İÜHFİM Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C:XLV-XLVII, S:1-4, 1981-1982.

- REİSOĞLU**, Seza; Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968.
- REİSOĞLU**, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası,1993.
- SCHWARZ/LÖSCHING**, Günther; Arbeitsrecht 2. Bearbeitete Auflage, Wien
- SÖLLNER**, Alfred; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gezetsbuch, Band: 3, Schuldrecht-Besonderer Teil, 1. Halbband (&& 433-651k) 2. Auflage, München, 1988, BGB § 611, Anm 375.
- SÜZEK**, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985.
- SÜZEK**, Sarper; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Metin Kutal'a Armağan, 1998.
- SÜZEK**, Sarper; İş Hukuku, İstanbul- 2005.
- SONNENSCHĒIN**, Jürgen; "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunlar", (Çev: İsmail Karapınar) Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C:V, S:1,1984.
- ŞAKAR**, Müjdat; Basın İş Hukuku, İstanbul, 2002.
- TANDOĞAN**, Haluk; Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963.
- TANDOĞAN**, Haluk; "Hukuka Aykırılık Bağ", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, I. Sempozyum, İstanbul, 1980.
- TAŞKENT**, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi; "İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y:2, S:3,1968.
- TUNCAY**, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- TUNCAY**, Can; Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul, 1989.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan; "İş Kazasından Doğan İşverenin Sorumluluğunun Özellikleri", İstanbul Barosu Dergisi, C:61, S: 4, 5, 6, 1987.
- ULUSAN**, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990.
- YENİDÜNYA**, Caner; "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Legal Hukuk Dergisi, Y:3, S:33, Eylül, 2005.