

süre daha başvurusunun geçerli olmasını istemesi durumları oluşturur⁹⁶ [ILO DP Code para.8.5; COE R(89)2 m.14.3; KVKK Tsr. m.9, 25]. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerinde işçilerin sağlığına ilişkin verilerin belirli süre saklanması emreden maddeler bulunmaktadır⁹⁷. İşverenin bu yükümlüğe uygun hareket etmesi için verinin elde edilme amacının yerine gelip gelmediğine bakılmaksızın, belirli süre saklanması gerekecektir.

Veri işleme yöntemi belirlenirken, özel yaşam hakkını en az düzeyde zedeleyecek nitelikte, orantılı olan (*less restrictive means*) seçilmelidir⁹⁸ [KVKK Tsr. m.4(1)c].

Bu kurallara uyulmasının idari bakımdan denetimini, denetim makamı⁹⁹ yapacaktır (95/46/EC m.6/2; KVKK Tsr. m.32 vd.).

İşveren için işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanma yükümlülüğü getiren İşK.m. 75/II hükmünün, burada yaptığımız açıklamalar doğrultusunda anlaşılmasının yerinde olacağı **kanısındayız**. Başka bir anlatımla, Veri Koruma Hukukunun bu başlık altında ortaya koymaya çalıştığımız düzenlemeleri, işverenin uymakla yükümlü tutulduğu dürüstlük kuralının, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi konusunda somutlaştırılması anlamına gelmektedir.

b. Veri kütüğü Sistemi Sahibinin (İşverenin) Yükümlülükleri ve İlgili Kişinin (İşçinin) Hakları

aa. Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü

Kişisel veri doğrudan ilgili kişiden toplanacaksa, veri kütüğü sistemi sahibi (işveren), ilgili kişiyi (işçiyi), veri kütüğü sistemi sahibinin ve temsilcilerinin kimlikleri, verinin hangi amaçla toplanmakta ve işlenmekte olduğu¹⁰⁰, alıcılar, veri toplamada kullanılan sorulara cevap vermenin isteğe bağlı ya da zorunlu olup olmadığı ve cevap verilmemesinin sonuçları, kendisine ilişkin

⁹⁶ A.e., s.20; Ayr. Bkz.: **Rehbinder**, Sorunlar, s.752; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.244; **Centel**, İş Hukuku, s.103; Ayr. Bkz.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.25.

⁹⁷ Örneğin İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.14/II çalışanların, kişisel sağlık dosyalarının işten ayrılma tarihinden itibaren 10 yıl; Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.17 ve Asbest Yön. m.19, bu tür maddelere maruziyete ilişkin kayıtların, maruziyetin sona ermesinden sonra en az kırk yıl boyunca saklanması emretmektedir.

⁹⁸ EU, Art.29-DPWP, **Opinion on Processing**, s.21.

⁹⁹ Bkz.: aş. § 9, II.

¹⁰⁰ Verilecek bilgi verinin gelecekteki tüm kullanım şekillerini de içermelidir. **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.13.

veriye ulaşma ve düzeltme hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirmek zorundadır [95/46/EC m.10; KVKK Tsr. m. 11(1); COE R(89)2 m.11.1-11.2]. Kişisel veriler ilgili kişi dışındaki kaynaklardan elde edilmekte ise, bilgilendirme en geç, elde edilme tarihinde yapılmalıdır [95/46/EC m.11; Ayr. Bkz. KVKK Tsr. m.11(2)]. Özetle, veri işleme yöntemi saydam nitelikte olmalıdır.

İşverenler, işçilerin kişisel verilerini işlemek için gerekli hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayansalar bile, bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmamış olması Veri Koruma Hukuku kurallarına aykırılık oluşturacaktır¹⁰¹. İlke olarak, kişisel verinin kaynağı işçinin kendisi olmalıdır (ILO DP Code para.6.1; COE R(89)2 m.4.1). Bu şekilde işçinin kendi hakkında hangi verilerin toplanmak istendiğini öğrenmek ve bunu verip vermeme noktasında karar vermek olanağını kullanması kolaylaşır¹⁰². UÇÖ Uygulama Kodu, işçiden başka bir kaynaktan, örneğin eski işverenden, veri toplanma yoluna gidilmek istendiğinde, diğer hukuka uygunluk nedenlerine değil, işçinin açık rızasına dayanılması gerektiğini belirtir¹⁰³. Ayrıca, bilgilendirme, işçinin rıza vermektan çekinmesi durumunda karşılaşılabileceği sonuçları da içermelidir [ILO DP Code para.6.2-6.3; KVKK Tsr. m.11(1)d].

Bilgilendirme, bireysel temelde yapılabileceği gibi, bunun genel olarak, -örneğin ilan yoluyla- yapılması da mümkündür¹⁰⁴. İşçilerin kişisel verilerini işleyen otomatik sistemlerin uygulamaya sokulması ya da bu tür sistemlerde değişiklik yapılması öncesinde işçi temsilcilerinin de bilgilendirilmesi ve onlara danışılması yerinde olacaktır [ILO DP Code para.12.2.a; COE R(89)2 m.3.1]. Veri işleme sürecinin saydam nitelikte sürdürülmesi bakımından, genel bilgilendirmenin belirli aralıklarla tekrarlanması önerilir¹⁰⁵.

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerin bazı maddelerinde bilgilendirme yükümlülüğüne rastlanır (Örn. İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.6/III; Asbest Yön. m.19/c). Ancak, bu yönetmeliklerin, düzenledikleri alanla sınırlı kapsamları ve yapılacak bilgilendirmenin içeriği ve sonuçları bakımından, burada ortaya koymaya çalıştığımız Veri Koruma Hukuku kurallarından çok geride oldukları da gerçektir.

¹⁰¹ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.20; **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.12; Ayr. Bkz.: **Tezcan**, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.389-390.

¹⁰² **Hendrickx**, General Principles, s.60.

¹⁰³ **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.15.

¹⁰⁴ **Hendrickx**, General Principles, s.61.

¹⁰⁵ **Colucci**, The Impact, s.38; **DeWalt**, Aware of Risks, s.95.

bb. Veriye Ulaşma Hakkı

İlgili kişinin (işçinin) kendisi hakkındaki veriye ulaşabilmesi Veri Koruma Hukukundaki en önemli haklardan birini oluşturur (95/46/EC m.12; KVKK Tsr. m.12). Bu hak sayesinde ilgili kişi, verinin doğruluğunu kontrol etmek, özel yaşamına saldırı bulunup bulunmadığı anlamak ve bu saldırıya karşı savunma yollarına başvurabilmek imkanına sahip olur. Bu hakka verilen önem, Alman Federal Veri Koruma Yasasındaki, *hukuki işlemle* hakkın ortadan kaldırılamayacağı ya da sınırlanamayacağı yolundaki hükümde de görülür¹⁰⁶ [§6(1)].

İlgili kişi (işçi), veri kütüğü sistemi sahibine (işverene) başvurarak; kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini, veri otomatik olarak işlenmekteyse, bu tür işlemeye dayanılarak kendine ilişkin alınabilecek kararlarla ilgi olarak otomatik işleme sürecinin mantığını öğrenmek, verinin ve kaynağının kendisine anlaşılır bir formda iletilmesini istemek¹⁰⁷, verinin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde bunların, gecikilmeksizin, düzeltilmesini, hukuka aykırı olması hâlinde ise silinmesini veya yok edilmesini talep hakkına sahiptir [KVKK Tsr. m.12(1)]. UÇÖ Uygulama Kodu, ilke olarak, bu hakkın çalışma saatleri içinde kullanılabilir kılınmasını benimsemektedir (ILO DP Code para.11.4). Bu hakkı kullanırken işçinin, işçi temsilcisi ya da başka bir işçinin, tıbbi veriler söz konusu olduğunda ise, kendi seçtiği bir sağlık çalışanının, yardımından yararlanabilmesine olanak sağlanması gerekir [ILO DP Code para.11.5; COE R(89)2 m.10.6, 12.4].

İşveren, bu istek üzerine, veri işlemenin hukukî dayanağını ve amacını, hangi tür kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılacağı ve aktarılacak kişilerin kimliklerini, bildirmek zorunda olduğu gibi; verinin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde düzeltmekle, hukuka aykırı olması hâlinde ise, silmek veya yok etmekle, yükümlüdür [95/46/EC m.12(b); KVKK Tsr. m.12(2); ILO DP Code para.11.9]. Verinin düzeltilmesi ya da silinmesi talebinin işveren tarafından reddedilmesi halinde, işçiye, en azından, bu veriye itiraz ettiğini belirten bir şerh düşme hakkı verilmeli ve bu şerh, söz konusu verinin ayrılmaz bir parçası haline getirilmelidir (ILO DP Code para.11.11). Performans değerlendirme rapor sonuçları gibi kanı içeren kişisel verilerin değiştirilmesinin fiziki olarak

¹⁰⁶ Söz konusu yasa, bu hakkın asla sınırlanamayacağını değil hukuki işlemle sınırlanmasının mümkün olmadığı hükmünü içerir. İlgili kişinin, talebine hangi koşullarda olumlu cevap verilemeyeceği ayrıca düzenlenmiştir. Bkz.: Alman Federal Veri Koruma Yasası §19 (4),(5).

¹⁰⁷ UÇÖ Uygulama Kodu, verinin işçinin anlayabileceği formda saklanması kuralını da içerir (ILO DP Code para.8.6); Ayr. Bkz. ve Karş.: **Patterson Ahrens**, *Liability Waiting to Strike*, s.394.

güçlük arz ettiği durumlarda ise, yine, işçinin söz konusu veri hakkındaki görüşünün veriye eklenmesi gerekir (ILO DP Code para.11.12).

İşveren makul zaman aralıklarıyla yapılan başvurular için ücret vb. karşılık isteyememeli (ILO DP Code para.11.7) ve gecikmeksizin cevap vermeli-dir. KVKK Tsr. m.13(1) uyarınca başvuru yazılı yapılacaktır. Cevap süresi ise 15 gün olarak belirlenmiştir.

İşçilerin kişisel verilerinin, ancak işçilerin çıkarlarını korumak için gerekli olduğu ölçüde işçi temsilcilerine aktarılmasına izin verilebilir (COE R(89)2 m.7).

İş mevzuatımıza bakıldığında iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenleyen bazı yönetmeliklerde işçilerin ve temsilcilerinin veriye ulaşma hakkının düzenlendiği görülür. Örneğin Asbest Yön.m.20/a uyarınca “İşçiler kendilerine ait kayıtların bir örneğini alabilirler. İşçiler ve/veya temsilcileri isimsiz genel bilgileri alabilirler”. Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.14/e, f’de de benzer hükümlere rastlanır. İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.6/III ise, işçilere, sağlık muayenelerinin sonuçlarıyla ilgili olarak hatalı veya hataya yol açabilecek bilgiye itiraz hakkını vermektedir (Ayr. Bkz.: Ağır Tİ Yön. m.6/VII). Ne var ki, konuya Veri Koruma Hukuku kuralları bakımından yaklaşıldığında, bu düzenlemelerin -bilgilendirme yükümlülüğünde olduğu gibi- yönetmeliklerin düzenledikleri alanla sınırlı kapsamları ve veriye ulaşma hakkının içeriği bakımından yetersiz oldukları açıktır.

Bu noktada Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹⁰⁸ düzenlemeleri üzerinde kısaca durulmalıdır. Bu kanun uyarınca, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir (BEHK m.4/I). Bilgi verme yükümlülüğü ise, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için öngörülmüştür; bu kurum ve kuruluşlar, istisnalar (BEHK m.15-28) dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik önlemleri almakla yükümlüdür (BEHK m.2, 5). İstisnalar arasında, kurum ve kuruluşların, sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler de sayılmıştır. Ancak, bu istisnanın istisnasını, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanları oluşturur. Kurum çalışanlarının, sözü edilen konulardaki bilgi edinme hakları saklıdır (BEHK m.25). Giderrek, Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarda -işçiler dahil- çalışanların, kendi kişisel verilerine ulaşma hakkı bulunduğu sonucuna varılması gerektiği, **kanısındayız**. Belirtmek gerekir ki, bilgi ve belge sağlanırken başvuru sahibin-

¹⁰⁸ RG 24.10.2003/25269

den erişimin gerektirdiği maliyet tutarının talep edilmesini düzenleyen hükmün (BEHK m.10/son); kurumun kendi çalışanın başvurusu için bir istisna getirmemiş olması, bu konudaki yukarıda belirtilen ÜÇÖ Uygulama Kodu (ILO DP Code para.11.7) bakış açısı karşısında tartışmaya açıktır.

Veriye ulaşma hakkının kullanımına sınırlama getirilmesi mümkündür (95/46/EC m.13; ILO DP Code para.11.8). Bu sınırlamalardan iş ilişkisi için de uygulama alanı bulabilecek olanlardan biri, sözleşmeye ağır aykırılık oluşturan bir hareketin /suçun araştırılması, önlenmesi vb. nedenlerle getirilenlerdir. Bir güvenlik soruşturmanın yürütümü süresince veriye ulaşma hakkına getirilebilecek olan sınırlama, iş ilişkisinde de söz konusu olabilir. Ancak, bu sınırlama soruşturma süresini aşmamalı; soruşturma ile hedeflenen amaca ulaşılmasıyla sınırlama kaldırılmalıdır. Soruşturma sonucunda iş sözleşmesiyle ilgili alınacak karar öncesinde, işçinin bu hakkını kullanması sağlanmalıdır¹⁰⁹ (COE R(89)2 m.12.2). Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlara ilişkin olarak, bunların idari ve adli kovuşturmayla konu bilgiyi vermektan kaçınabileceklerini düzenleyen hükümlere (m.19-20) bakıldığında, burada yaptığımız açıklamalara koştur şekilde yorumlanmalarının mümkün olduğu görülür. Söz konusu hükümler uyarınca, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek; gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgeler; adli soruşturma ve kovuşturmalarda bakımından ise, suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek nitelikteki bilgi ve belgeler, kapsam dışında tutulmuştur (BEHK m.19/bent c,d; 20/bent a,b,c). Kural olarak, soruşturma sırasında kendisi hakkındaki bilgiye ulaşması engellenen işçinin, soruşturmanın sona ermesiyle, bilgiye ulaşmasına olanak sağlanmalıdır; yeter ki, soruşturmanın sona ermesiyle hükümlerde sıralanan tehlikeler ortadan kalkmış olsun. BEHK m.19-20'de idari ve adli soruşturmalara ilişkin istisnalar düzenlenirken kullanılan "açıklanması veya zamanından önce açıklanması..." anlatımının, söz konusu kurum ve kuruluşlar ile işçileri arasındaki ilişkide, bu şekilde anlaşılması, **kanımızca**, yerinde olur.

Diğer bir sınırlama ise ilgili kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla veriye ulaşma hakkına getirilebilecek sınırlamadır [95/46/EC m.13/1(g)]. İsviçre Federal Veri Koruma Yasasının bu konudaki

¹⁰⁹ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.22

hükümleri (m.9), Türk Hukuku bakımından da uygulama alanı bulmaya uygundur. Bu hükümler uyarınca, bir yasa hükmünün sınırlamayı emretmesi ya da sınırlamada veri kütüğü sistemi sahibinin veya üçüncü kişilerin yararının üstün tutulabileceği durumların bulunması halinde kişisel veriye ulaşma hakkı engellenebilecektir. Ancak bunun nedeni derhal ilgili kişiye bildirilmek zorundadır. **Kanımızca**, bu konuda özel hükümler bulunmasa bile, MK m.24/II'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden olan "üstün yarar" ölçütü, veri kütüğü sistemi sahibine bu hakkı tanıyabilecek niteliktedir¹¹⁰. Bilgi Edinme Hakkı Kanununda, kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile işçileri arasındaki ilişki bakımından, bu noktada üstün tutulabilecek yararın ne olabileceğine cevap niteliğinde düzenlemeler bulunmaktadır. Başkalarının özel yaşamının (BEHK m.19/bent a, 21), kişilerin ya da soruşturmayı yürütenlerin yaşamının ve güvenliğinin (BEHK m.19/bent b), hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkının (BEHK m.20/bent d) ve haberleşmenin gizliliğinin (BEHK m.22), söz konusu olduğu durumlarda Kanun, bunlarla ilgili bilgi ve belgeleri kapsam dışında tutmaktadır.

Önemle belirtilmelidir ki, burada ortaya koymaya çalıştığımız sınırlama nedenleri, aynı zamanda işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne uymasının da haklı gerekçelerini oluşturacaktır (95/46/EC m.13/1).

cc. İlgili Kişinin (İşçinin) İtiraz Hakkı

95/46/EC sayılı Yönergenin 14(a) maddesi, üye ülkelere, en azından, üstün özel yarar ve kamu yararıyla ilgili bir görevin yerine getirilmesi nedenlerine dayanılarak, kişisel verilerin işlenmesi durumlarında, ilgili kişinin her zaman, bu işleme itiraz edebilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir [Bkz. ve Karş.: KVKK Tsr. m.13(2)]. İlgili kişinin itirazı, kendi özel durumundan kaynaklanan hukuki temellere dayanmalıdır. Başka bir anlatımla, itirazın konusu, veri kütüğü sistemi sahibinin dayandığı nedenle elde edeceği yarar karşısında ilgili kişiye ait verinin işlenmesinin önlenmesiyle elde edeceği yararın tartılması istemi olacaktır¹¹¹. İstem haklı bulunması halinde bu veri, veri kütüğü sistemi sahibi tarafından işlenemeyecektir.

dd. Verilerin Gizliliğinin Korunması ve Güvenliğinden Sorumluluk

Veri kütüğü sistemi sahibi, işlediği kişisel verilerin, kaza sonucu ya da hukuka aykırı şekilde yok edilmesine, kaybına, değiştirilmesine, yetkisiz kişi-

¹¹⁰ Ayr.Bkz.: General Information on the Swiss Federal Act on Data Protection, (Çevrimiçi) <http://www.edsb.ch/e/gesetz/schweiz/background.htm> (8 Ekim 2004).

¹¹¹ Alman Federal Veri Koruma Yasasının itiraz hakkını düzenleyen §20(5) hükmünde karşılıklı yararlar arasındaki bu karşılaştırma/tartım gereği açık şekilde anlatım bulmuştur.

lere açık edilmesine ya da bunların verilere ulaşmasına ve her türlü hukuka aykırı işlemeye karşı koruma sağlamaya elverişli teknik ve organizasyonla ilgili önlemleri almak ve uygulamakla yükümlüdür¹¹² [95/46/EC m.17/1; KVKK Tsr. m.15(1); ILO DP Code para.7].

Kişisel verilerin güvenliği için öngörülen bir diğer düzenleme ise, işleyici ve onun adına çalışanların veri kütüğü sistemi sahibinin talimatları dışında işleme yapamamasının sağlanmasına ve bu verilerin güvenliği için işleyici ile veri kütüğü sistemi sahibi arasında yazılı sözleşme yapmaya yönelik yükümlülüktür [95/46/EC m.16, 17/2-4; KVKK Tsr. m.15(2); ILO DP Code para.10.4]. İşverenler, kişisel verileri işlemekle sorumlu personelin yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını sağlamalıdır¹¹³ [ILO DP Code para.5.9; COE R(89)2 m.13.2; Bkz. ve Karş. KVKK Tsr. m.15(2)].

İşçilerin kişisel verileri bakımından işverenin sorumluluğu, veri kütüğü sistemi sahibi için öngörülen sorumluluktur. Ayrıca, işveren işçilerin kişisel verilerini diğer işçilerin ulaşımından da korumak zorundadır¹¹⁴. Başka bir anlamıyla, kişisel verilerin işyeri içinde dolaşımı da sınırlamaya tabi olmalıdır. Örneğin, UÇÖ Uygulama Kodu, kişisel verilerin işyeri içindeki aktarımından işçilerin açıkça haberdar edilmelerini hükme bağlamakta ve bu tür verilere sadece verilerin işlenmesiyle görevlendirilmiş olan çalışanların ulaşabilmesi gerektiğine işaret etmektedir (ILO DP Code para.10.5, 10.6).

Kişisel verilerin gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanması için günümüz teknolojisi çok çeşitli ve kapsamlı olanaklar sunmaktadır. Alınacak önlem, verinin ve işlenmesinin, ilgili kişinin hakları üzerinde doğurduğu tehlikeyle orantılı olmalıdır¹¹⁵ (95/46/EC m.17). İşyerindeki veri kütüğü sisteminin korunmasında işveren, işçi ve/veya işçi temsilcilerini/işyeri sendika temsilcilerinin güç birliği yapma olanakları da araştırılmalıdır¹¹⁶ (ILO DP Code para.5.12).

İşK.m.75/II işvereni, işçinin özlük dosyasındaki gizli kalmasında haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü kılar. Bu hüküm, işverenin işçiyi gözetme borcu göz önünde tutularak ve burada ortaya koymaya çalıştı-

¹¹² Colucci, The Impact, s.37-38.

¹¹³ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.14.

¹¹⁴ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.22; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.308; Pincus/Trotter, The Disparity, s.87.

¹¹⁵ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.19; Ayr. Bkz. DeWalt, Aware of Risks, s.93-94.

¹¹⁶ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.15.

ğımız kurallar doğrultusunda yorumlanmalıdır. İşverenin sorumluluğunun, işçiye ilişkin verilerin açıklanmamasından ibaret olmayıp; bunların korunmasını da kapsadığı kuşkusuzdur.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar bakımından, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca, kurumun kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler kapsam dışında tutulmuştur. Bu kurumların, sözü edilen konularda çalışanları dışında başkalarına bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (BEHK m.25). Ayrıca, BEHK m.21 uyarınca , özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır (BEHK m.21/I, 19) ve ancak kamu yararının gerektirdiği hâllerde, ilgili kişinin yazılı rızasıyla bu konudaki bilgi edinme talebine cevap verilebilecektir (BEHK m21/II). Ayrıca, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek bilgi veya belgeler de, bu Kanun kapsamı dışında tutulmuştur (BEHK m.22). Kısaca açıklamaya çalıştığımız bu hükümler, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçilerin kişisel verilerinin korunması noktasında işverenleri için yasal yükümlülükler öngörür niteliktedirler.

ee. Otomatik Veri İşleme Sonuçlarıyla Karar Alma

95/46/EC sayılı Yönergenin 15/1 maddesi, ilgili kişiler (işçiler) üzerinde hukuki sonuç doğuran kararların alınma sürecinde, işyerindeki performans gibi birtakım kişisel yönlerinin değerlendirilmesinde kullanılan otomatik veri işleme yöntemi sonuçlarının tek dayanak olarak kullanılmaması gerektiğini, hükme bağlamaktadır. Yasaklanan, karar verilirken, *sadece* otomatik veri işleme süreciyle elde edilen sonucun esas alınmasıdır¹¹⁷ (ILO DP Code para.5.5-5.6). Nitekim, bu Yönergeye uyum amacıyla çıkarılan Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası işyerindeki performansın değerlendirilmesinde sadece otomatik veri işleme sonuçlarının esas alınmasını yasaklamaktadır¹¹⁸ [UK DPA m.12(1)]. Örneğin, işçilerin devamsızlığı, salt bilgisayar sisteminden alınan çıktıya bakılarak değerlendirilemez. Bilgisayardan alınan bu çıktı, işçinin devamsızlığının nedeni hakkında bilgi verir nitelikte değildir. Dolayısıyla, sadece bu veri üzerinden karar alınması yasaktır.

Kişisel verilerin otomatik şekilde işlenmesine gösterilen duyarlılık, veri işleme yönteminin tamamen ya da kısmen otomatik ögeler içermesi halinde,

¹¹⁷ A.e., s.14.

¹¹⁸ Craig, Privacy and Employment Law, s.258.

işlemin, ve işlemin bu şekilde yapılmasındaki amacının denetim makamına bildirilmesi yönünde getirilen yükümlülükte de görülür (95/46/EC m.18).

Bu yasağın istisnası ise, bu tür kararların, bir sözleşmenin kurulması ya da hükümlerinin yerine getirilmesi için alınması olarak ortaya konmuştur [95/46/EC m.15/2(a)]. Birleşik Krallık Veri Koruma Yasasındaki benzer istisnalar [UK DPA m.12(6), (7), Schedule2], iş sözleşmeleri için de geçerli olmaları bakımından eleştirilmektedir. Şöyle ki, iş sözleşmesi hükümleri, hemen her zaman, tarafların müzakeresi sonucu ortaya çıkan hükümler olmayıp; işverenin tek taraflı oluşturduğu kuralardandır¹¹⁹. İşverenin otomatik veri işleme konusunda sözleşmeye koyacağı bir hüküm, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi kavramına dahil olacak ve genel kuralı oluşturan yasa, bu şekilde aşılabilecektir. Dolayısıyla, yasağa getirilen bu istisnanın, eşit müzakere gücüne sahip taraflarca oluşturulan sözleşmeler için geçerli olması gerektiği; iş sözleşmesinin ise, bu tür bir sözleşme olmadığı vurgulanmaktadır¹²⁰.

3. Veri Koruma Hukuku Kurallarına Aykırılığın Sonucu

95/46/EC sayılı Yönergenin 22-23. maddeleri, denetim makamına yapılan şikâyet sonucunda ulaşılabilecek idari nitelikli çözümleri yeterli görmeyerek, ilgili kişinin, kendisine ilişkin verilerin yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız kurallara aykırı şekilde işlenmesi karşısında hukuki çözüm yollarına sahip olmasının, özellikle de, uğradıkları zararın veri kütüğü sistemi sahibi tarafından tazminin sağlanmasının gerektiğine işaret etmektedir.

KVKK Tasarısına bakıldığında idari başvuru yollarının düzenlendiği (KVKK Tsr. m.40) görülür. KVKK Tsr. m.40(1) uyarınca Kanunun uygulanmasından kaynaklanan şikâyetler dilekçeyle şikâyet konusu işlemin yapıldığı veya öğrenildiği tarihten itibaren üç ay içinde Kişisel Verileri Koruma Kurumuna yapılacak ve şikâyet uygun bir süre içerisinde incelenerek sonuç ilgili kişiye tebliğ edilecektir. m.40(2)'de ise şikâyette bulunanların, şikâyet konusunda verilen kararın kendilerine tebliğinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemelerinde dava açabilecekleri belirtilmiştir. Bu hükmün, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun kararına karşı tutulacak hukuki yolu gösterdiğinden kuşku duymamak gerekir. Başka bir anlatımla, Kuruma başvuru yapılmaksızın veya başvuruyla birlikte; veri kütüğü sahibine karşı MK m.24-25 ve BK m.49 uyarınca dava açmak mümkündür. KVKK Tsr. m.40(2) hükmünün "*Kişilik hakları ihlal edilenlerin genel hükümlere göre zararını tazmin hakkı saklıdır*" şeklindeki son cümlesi, bu görüşümüzü doğrular niteliktedir. **Kanımızca**, sadece

¹¹⁹ Bkz.: yuk. § 7, I.

¹²⁰ Craig, Privacy and Employment Law, s.259.

tazminat değil; MK.m.25'te düzenlenen koruyucu davaların açılması da olanaklıdır. Nitekim, İsviçre Federal Veri Koruma Yasası m.15, açık şekilde İsviçre Medeni Kanunu m.28-28I hükümlerine atıfta bulunmakta, ayrıca davada, kişisel verinin düzeltilmesinin, yok edilmesinin ya da üçüncü kişilere açıklanmasının yasaklanmasının talep edilebileceğini belirtmektedir.

95/46/EC sayılı Yönergenin 24. maddesi, ortaya koyduğu kurallara aykırılık halinde bunun, ayrıca cezai yaptırımlarla karşılanmasını gerektirmektedir. KVKK Tsr. m. 50-53 hükümleri bu yolda cezai yaptırımlar öngörmektedir. Tasarını 50. maddesi, yeni Türk Ceza Kanunu da kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m.136) ve verileri yok etmeme (TCK m.138) suçlarını düzenleyen hükümlere atıf yapmaktadır¹²¹. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, Tasarının bu hükümlerinin bazıları, TCK hükümleriyle çelişki yaratabilecek niteliktedir [Bkz. ve Karş. TCK m.135(1)-(2) ve KVKK Tsr. m.50(1)-(2); TCK m.138 ve KVKK Tsr. m.50(5), 51]. 53. madde ise, idari para cezaları ve itiraz usulünü düzenlemektedir.

İş Kanununun idari cezaları düzenleyen hükümlerine bakıldığında, 75. madde uyarınca düzenlenmesi gereken özlük dosyalarını düzenlemeyen işveren veya işveren vekiline para cezası verileceği öngörülmektedir (İşK.m.104/I). Dosyanın içeriğinin açıklanmasına ilişkin bir hükme ise, yer verilmemiştir. Ancak, özlük dosyası içeriğinin bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın *işlenmesinin*, hemen her zaman, TCK m.135,136,138 hükümleri uyarınca suç oluşturabileceğini anımsatalım.

İşçinin özel yaşamına müdahalenin hukuka aykırılık içermesi, iş sözleşmesinin feshi bakımında ayrı bir başlık olarak incelenecektir. Bu nedenle, şimdilik, İşK.m. 24/bent:II, c uyarınca işverenin işçiye karşı hapis gerektiren bir suç işlemesinin, işçi açısından haklı fesih nedeni olarak kabul edildiğini; en azından, TCK m.135,136,138 suçlarının işlenmesi durumunda işçi için haklı fesih nedeninin doğduğu noktasında, **kanımızca** duraksama olmadığını belirtmekle yetinelim¹²².

IV. Borçlar Kanunu Tasarısı m.423

Borçlar Kanunu Tasarısındaki m.423 hükmü, “*İşveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işle-*

¹²¹ Bkz.: yuk. § 5, II, 1.

¹²² Bkz.: aş. § 15, I.

yebilir” kuralını koyduktan sonra özel kanun hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir. Bu konudaki özel kanun, tasarı halindeki Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun olacaktır. Giderek, en geç Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaştığı tarihte Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun tasarısının da yasalaşması gereği ortadadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “işyeri kayıt ve belgelerindeki” anlamı, yanlış anlaşılabilir niteliktedir. Veri Koruma Hukuku söz konusu olduğunda, verinin elde edilmesi de işleme eylemine dahildir. Dolayısıyla, kayıt ve belgelerdeki mevcut verilerin yanı sıra; verinin elde edilmesinin de hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, **kanısındayız**.

İkinci olarak, “işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği” ile “iş görme ediminin yerine getirilmesi” ölçütleri arasındaki “ve” bağlacının da sıkıntı yaratması olasıdır. Bu bağlacın verdiği anlam, işlenecek verinin aynı zamanda hem işçinin yeterliliği, hem de iş görme edimiyle ilgili olması gerektiği şeklindedir. **Kanımızca**, kullanılması gereken bağlaç “veya” olmalıdır.

Kaldı ki, iki ölçüt arasında “veya” bağlacı bulunsa bile özellikle “iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmak” ölçütünün dar yorumlanmaması gerekir. Yukarıda üzerinde durduğumuz hukuka uygunluk nedenlerinin bazılarının, bu ölçütün dar yorumlanmasıyla devre dışı bırakılması iş ilişkisinde ciddi sorunlar yaşanmasına neden olacaktır. Dar yorum halinde, örneğin işçinin yerleşim yeri adresinin iş görmeye ilintisi bulunmadığı, pekala iddia edilebilir. Bununla birlikte, geniş anlamda iş görme edimiyle ilişkilendirilemeyen hukuka uygunluk nedenlerinin devre dışı kalacağına, kabulü gereklidir. İşveren tarafından işlenmek istenen veri, geniş yorumlandığı halde iş görme edimiyle ilişkilendirilemiyorsa, işçinin rızasıyla dahi işlenemeyecektir. Aksi halde, madde metnindeki “ancak” sözcüğü, anlamsız kalacaktır.

V. Veri Koruma Hukuku Düzenlemelerinin Özündeki İlkeler ve İşçi-İşveren İlişkisi

Bu bölümde açıklamaya çalıştığımız düzenlemelerin özünden çıkan Veri Koruma Hukuku temel ilkeleri¹²³ ve bunların işçi-işveren ilişkisine yansımaları şu şekilde özetlenebilir:

¹²³ Bkz.: OECD, Privacy Online, s.52; EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.20-22; . Colucci, The Impact, s.44 vd., 63 vd. Bygrave, Data Protection Pursuant to the Treaties, s.250; Craig, Privacy and Employment Law, s.168-170; UN, Compilation Of General Comments 2004, s.143-144, para.10; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.484, 1817; Pincus/Trotter, The Disparity, s.86; EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.13-

Kişisel veriler hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın işlenmemelidir. Hukuka uygunluk nedeni olarak dayanılan yararın, işçinin özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulabilecek nitelikte olup olmadığı duyarlılıkla değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk nedenlerinden İşçinin rızasına, kuşkuyla yaklaşılmalıdır.

Veri işleme yöntemi belirlenirken, özel yaşam hakkını en az düzeyde zedeleyecek nitelikte olan seçilmelidir.

Verinin, toplanma amacına uygun ve bu amacı aşmayan nitelikte olması, toplanma amacıyla arasında makul bağın kurulabilmesi gerekir.

Kişisel verinin işlenmesine başlamazdan önce işçi bu uygulama hakkında ayrıntılı şekilde bilgilendirilmelidir.

İşçiler kendilerine ilişkin verilere, bu verilere dayanılarak iş sözleşmesi hakkında kararlar alınmazdan önce ulaşma, ve bu verinin doğrulanması ve düzeltilmesi hakkına sahip olmalıdır.

İşveren tarafından toplanan veriler , kural olarak, başkalarına açıklanmamalı ve bunların yetkisiz kişilerin eline, kazayla dahi olsa, geçmesinin engellenmesi yükümlülüğü işverende olmalıdır. Bu bağlamda, işveren kişisel verileri işlemekle görevli olan personelin gerekli eğitimi almasını, Veri Koruma Hukukunun kurallarından haberdar olmasını sağlamakla da yükümlüdür.

Toplanan veriler, toplanma amaçlarına özgü kullanılmalı ve bu amaca ulaşmak için gerekli süreden daha uzun elde tutulmamalı; yok edilmelidir. Bu süre, işçinin veriye ulaşma, veriyi doğrulama ve düzeltme hakkını kullanmasına olanak verecek nitelikte olmalıdır.

Ş10. ADAY/İŞÇİ HAKKINDA BİLGİ TOPLANMASI: SORULAR, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEN BİLGİ EDİNME VE TESTLER

İşe alımda ve iş sözleşmesinin devamında adaya/işçiye yöneltilen sorular, üçüncü kişilerden aday/işçi hakkında bilgi edinilmesi ve yapılmak istenen testler, işçi hakkında bilgi (veri) sahibi olunması sonucunu doğurur. Başka bir anlatımla, sorular ve testler, veri işlemenin ilk adımı olan verinin toplanması anlamına gelir ve Veri Koruma Hukuku kurallarının, sıralanan işlemler için geçerli olduğu noktasında kuşku duymamak gerekir. Ancak, bu uygulamaların

doğurduğu kendine özgü problemler, üzerlerinde ayrıca daha ayrıntılı şekilde durmayı gerektirmiştir.

İşçi/aday hakkında bilgi toplanmasına ilişkin açıklamalara geçmezden önce, değinmekte yarar gördüğümüz nokta, işverenin işçi hakkında bilgi toplama kastı olmaksızın işçinin özel yaşamına ilişkin bazı bilgilere ulaşma olasılığıdır. İşçinin işyerinde işveren ve diğer işçilerle, topluluk halinde bulunmayı gerektiren çalışma koşulları nedeniyle, paylaşmak zorunda kaldığı özel yaşamına ilişkin olayların da, başkalarına aktarılmaması gerekir. Örneğin işçinin, verimini etkilemeyen ve diğerleri için bir tehlike yaratmayan hastalığına ilişkin test sonucunu masasında açıkta bırakması nedeniyle işvereni ve/veya birlikte çalıştığı iş arkadaşlarınınca durumun öğrenilmiş ya da aynı kişilerin gözü önünde işçinin eşiyle telefonda şiddetli bir tartışma yapmış olması, bunların işyerindeki diğer işçilere ve işyeri dışındakilere açıklanabilir olduğu sonucunu doğurmaz. İşçinin bu olayların başkaları tarafından öğrenilmesi noktasındaki iradesinin ne yönde olduğunu bilmeyen işveren ve iş arkadaşlarının, ortalama dürüst bir insan gibi davranıp durumun tüm gereklerini değerlendirerek bu konuda karar vermesi beklenir. Sıralanan olaylar ve benzerlerinin bu kişilerle paylaşılan alanlarda meydana gelmesi, işçinin rızası olmaksızın, bunların aktarılabilir olduğu anlamına gelmez¹²⁴

I. Bilgi Toplamaya Yönelik Uygulamalar Bakımından Aday ve İşçinin Konumunun Karşılaştırılması

İşveren işe alacağı kişinin tüm özelliklerini bilmek ve buna göre karar vermek isteyebilir. Bu nedenle, adaya soru sorulması, üçüncü kişilerden aday hakkında bilgi edinilmesi, ve birtakım testler istenmesi olasıdır. Bu noktada akılda tutulması gereken, özel yaşam hakkının da aralarından bulunduğu temel hakların, işçi-aday ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmış haklar olduklarıdır. Adayın özel yaşam hakkı ile işçinininki arasında fark yoktur¹²⁵. Her ikisinde de zarar görecektir çıkarlar aynıdır. Ayrıca, iş görüşmeleri aşamasında, iş sözleşmesindeki *ekonomik bağımlılıktan* söz edilemese de, adayın işe *ekonomik gereksinimi*, iş sözleşmesindekine bezer bir dengesizlik yaratır. İşçinin sorulara yanıt vermemesi ya da testleri reddetmesi halinde işini kaybetmesi; adayın ise işe girememesi söz konusu olacaktır. Buna karşı, AY m.48'de düzenlenen söz-

¹²⁴ Bkz.: yuk. §2, II ve IV; Ayr. Bkz. ve Karş.: **Warren/Brandeis**, The Right to Privacy, s.212.

¹²⁵ "... başvuru yapanlarla çalışanların özel yaşam hakları arasında ayırım yapılmamalıdır." *Soroka v. Dayton Hudson Corporation*, California Court of Appeal, First District 235 Cal.App.3d 654, 1 Cal.Rptr.2d 77, October 25, 1991, II, A, 2 (Çevrimiçi) <http://www.danpinello.com/Soroka.htm> (13 Şubat 2005).

leşme özgürlüğü temelinde tarafların, iş görüşmesi aşamasında daha fazla hareket alınaya sahip olduğu da yadsınmaz¹²⁶. Ne var ki, sorulara yanıt vermemekte ya da testlere rıza göstermemekte adayın bütünüyle serbest olduğunu iddia etmek, açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, gerçekçi değildir¹²⁷. Giderek, özel yaşama saldırı oluşturan eylemler karşısında hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızası için ortaya koyulan kuşku durumu; aday için de geçerlidir¹²⁸. Bu meselenin çözümünde, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin özel yaşam hakkı arasında makul bir denge kurulması gereği karşımıza çıkmaktadır.

İşçinin, sınırı aşan soruları cevapsız bırakması ya da testi reddetmesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirse, en azından iade davası açma ya da savunmasında ikinci testi isteme şansı varken¹²⁹, adayın bu tür haklarının varlığından söz edilemez. Öte yandan, aday bakımından, henüz bir iş sözleşmesinin kurulmamış olmasından hareketle, işverenin adayı gözetmekle yükümlü olmadığı da söylenemez. İş görüşmeleri aşamasında tarafların birbirlerine karşı edim yükümlülüğünden *bağımsız davranış yükümlülükleri* bulunduğu kabul edilir¹³⁰. Buradan yola çıkılarak, adaya sorulan sorular ve istenen testlerde, özel yaşama saygı sınırlarının aşılmasının, bağımsız davranış yükümlülüklerine aykırı davranış (sözleşme görüşmelerinde kusur; *culpa in contrahendo*) oluşturacağı ve tazminat istemine konu edilebileceği belirtilir¹³¹. Bu görüşün, mutlak şekilde kabulü, sorunun sorulduğu anda zararın da oluştuğunun kabul edilebileceği ölçüde mümkündür¹³². Tazminatın söz konusu olabilmesi için genel kural, bir zararın ortaya çıkmasıdır¹³³. Özel yaşama saygı sınırını aşan soruyu yanıtızsız

¹²⁶ Ertürk, Temel Haklar, s.79-82.

¹²⁷ Craig, Privacy and Employment Law, s.154-155; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16; Eyrenci, Personel Seçimi, s.239; Pincus/Trotter, The Disparity, s.62-63; Boyd, Tipping the Balance of Power, s.185-186.

¹²⁸ Bkz.: yuk. § 7, I.

¹²⁹ Bkz.: aş. § 15, II, 1, c.

¹³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: Rona Serozan, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Aktin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHMAD, Yıl:2, Sayı:3, 1968. s.110-11, 117 vd.; İlhan Ulsan, “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul, İ.Ü. Siyasal Bilimler Fak. Yay., 1982, s.314 vd.; Hamdi Yılmaz, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, Yargıtay Dergisi, C.11 Temmuz 1985, S.3, s.246 vd.

¹³¹ Eyrenci, Personel Seçimi, s.250; Ertürk, Temel Haklar, s.68; Ayr. Bkz.: Tuncay Kaplan, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.385 vd.

¹³² Sorunun sorulmasının özel yaşam hakkının ihlali olacağı yönünde Rehbinder, Sorunlar, s.752; Eyrenci, Personel Seçimi, s.247; Ertürk, Temel Haklar, s.68.

¹³³ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, ee.

bırakmak/testi reddetmek bu alana ilişkin bilgilerin öğrenilmesini, giderek, özel yaşama saldırı nedeniyle zarar oluşmasını engeller¹³⁴. Dolayısıyla, bu görüşün özel yaşama saygı sınırını aşan sorunun yanıtı bırakılması ya da istenen testin reddedilmesi ve bu nedenle, adayın işe alınmaması halinde tazminat talebinin söz konusu olabileceği şeklinde anlaşılması, **kanımızca** yerinde olur¹³⁵. Bu durumda dahi, başvuruyu reddeden, başka bir deyimle, sözleşme görüşmelerini kesen taraftan tazminat istenebilmesinin ancak, karşı tarafta sözleşmenin imzalanacağına yönelik güven uyandırılmış olması koşuluna bağlı olduğu belirtilmektedir¹³⁶.

Haklı olmayan sebeplerle reddedilen başvuru sahibinin, kişilik hakkının zedelenmesi sebebiyle zararının haksız fiil hükümlerine göre (BK m.41, BK m.49) tazmininin istenebileceği de ileri sürülmektedir¹³⁷. Her ne kadar, *culpa in contrahendo* temelli sorumluluğun ön plana çıkartılmasında, bu kurumun, haksız fiil hükümlerine göre, mağdura daha elverişli bir ortam yaratması yatmaktaysa da¹³⁸, bu, haksız fiil hükümleri çerçevesinde talepte bulunulmasını engellemez¹³⁹. Ne var ki, *culpa in contrahendo* sorumluluğu için yaptığımız açıklamalar, *mutatis mutandis* burada da geçerlidir.

Ortaya konmaya çalışılan durumda aday bakımından adalet duygusunu tam anlamıyla doyurucu bir sonuca ulaşıldığından söz etmek güçtür¹⁴⁰. **Kanımızca**, çözüm, adaya görülecek işle bağlantısı zayıf, özel yaşama saygı sınırını aşan sorular yöneltmesini/test teklif edilmesini *açık* şekilde yasaklayan ve

¹³⁴ Benzer yorum için Bkz.: *Jennings v. Minco Tech. Labs.*, 765 SW2nd 497 (Texas CA,1989), **Craig**, Privacy and Employment Law, s.74-75.

¹³⁵ Ayr. Bkz.: **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.377; **Ertürk**, Temel Haklar, s.83.

¹³⁶ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.247; **Centel**, İş Hukuku, s.104.

Öğretide, açıkça anlatım bulmasa da, *sözleşme görüşmelerinin kesilmesi* ile *iş başvurusunun reddedilmesi* durumlarının farklı kurumlar olarak algılandığına rastlamak olasıdır (Örn. Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.83). İş görüşmelerinin işverenin sözleşme görüşmelerine girişmek konusundaki daveti (Örneğin, iş ilanı) üzerine adayın gerekli belgeleri işverene yollamasıyla başladığı kabul edilir. Dolayısıyla, bu şekilde başlayan sözleşme görüşmelerinin işveren tarafından kesilmesiyle, başvurunun reddi arasında fark olmadığı, kanısındayız. Nitekim, Eyrenci de sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden söz etmekte; ayrıca işveren tarafından başvurunun reddine deyinmemektedir. Bkz.: **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.240-241, 246-248.

¹³⁷ **Ertürk**, Temel Haklar, s.83.

¹³⁸ **Ulusan**, *Culpa in Contrahendo*, s.300; **Serozan**, Bağımsız Borç İlişkisi, s.122 vd.; **Yılmaz**, *Culpa in Contrahendo*, s.246.

¹³⁹ Bkz.: yuk. § 5, III, 4.

¹⁴⁰ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.262; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, *The Situation in the Americas*, s.304, 312.

aksine davranışa yaptırım öngören yasal düzenlemeden geçmektedir¹⁴¹. Bu halde dahi, sorunun sorulduğunun ya da teklifin yapıldığının kanıtlanması noktasındaki zorluk nedeniyle özel yaşama saygı sınırını aşan uygulamaların önüne bütünüyle geçilemeyecektir. Yine de, mevcut durumdan daha kapsamlı bir koruma sağlanacağı açıktır.

Adayın özel yaşam hakkının korunması dolaylı yoldan da sağlanabilir. İşe alımda ayrımcılık yasağının etkili şekilde uygulamak, dolaylı olarak özel yaşam hakkının korunmasını sağlar¹⁴². Taraf olduğumuz, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin¹⁴³ 1. maddesi, işe alımda da ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal ve sosyal köken bakımından ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bu yasaklar, AB'nin İş Hayatında Eşit İşlem İlkesi hakkında Genel Çerçeve Oluşturan 2002/78/EC sayılı Yönergesi¹⁴⁴ m.3/1(a), 9; Irk ve Etnik Köken Dikkate Alınmaksızın Bireylere Eşit İşlem Hakkında 2000/43/EC sayılı Yönergesi¹⁴⁵ m.3/1(a), 7 ve İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları konusunda Kadın ve Erkeklerle Eşit İşlem Hakkında 76/207/EEC sayılı Yönergesi¹⁴⁶ m.1, 3/1(a) hükümlerinde de bulunmaktadır¹⁴⁷. Ne var ki, İşK.m.5'te iş

¹⁴¹ Örneğin Fransız İş Kodu (Section L.121.6) uyarınca, işverence, belirli bir işin görülmesiyle ilgili yetkinliğin anlaşılmasıyla doğrudan ilişkili ve gerekli olmayan soruların sorulması yasaktır. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part III, s.223; Nielsen, European Labour Law, s.407; Ayr. Bkz.: Pincus/Trotter, The Disparity, s.62-63; Craig, Privacy and Employment Law, s.167; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.198.

¹⁴² Bkz.: yuk. § 6, III; aş. § 10, IV, 4-5.

¹⁴³ 13.12.1966 tarih ve 811 sayılı Kanunla (RG 22.12.1966/12484) onaylanması uygun bulunan Sözleşmenin resmi çevirisi, uygulanmasına ilişkin 31.3.1967 tarih ve 6/7977 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yayınlanmıştır (RG 22.5.1967/12602). Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (26 Ocak 2005).

Belirtmek gerekir ki; işe alımda ayırım yapılmasını engelleme yükümlülüğü getiren taraf olduğumuz tek sözleşme 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi değildir. BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve İnsan Hakları ve Biyotop Sözleşmesi bu konuda hüküm içeren diğer başat sözleşmelerdir. Bu sözleşme hükümlerine aşağıda değinilmiştir. Bkz.: aş. § 10, II; § 10, IV, 5.

¹⁴⁴ Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: OJ L.303/16, 2.12.2000 (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html (13 Aralık 2004).

¹⁴⁵ Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: OJ 180/22, 19.7.2000, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html (13 Aralık 2004)

¹⁴⁶ Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: OJ L.39/40, 14.2.1976; Yönergede değişiklik yapan 2002/73/EC sayılı Yönerge için Bkz.: OJ L.269/15, 5.10.2002 (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html (13 Aralık 2004).

¹⁴⁷ Bkz.: Kerstin Ahlberg, "Avrupa Birliği İş Hukuku", Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku Semineri, İsveç Başkonsolosluğu 10-12 Ekim 2002, Çev. İdil Işıl Gül, Lami Bertan

sözleşmesinin kurulmasında ayırım yasağı, sadece II. fıkradaki, “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kalmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında ... cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” hükmünde düzenleme bulmuştur. Görüleceği üzere düzenlemede, sadece, cinsiyet ve gebelik temelli ayrımcılıktan söz edilmektedir. Dahası, ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımını hükme bağlayan VI. fıkrafta, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde ...” ayırım halinde tazminat öngörülmekte, iş sözleşmesinin kurulması aşaması, fıkrafta yer almamaktadır¹⁴⁸. Benzer bir durum, sendikal nedenle ayırım yapılmasını yasaklayan Sen.K. m.31 düzenlemesinde de söz konusudur¹⁴⁹.

Yasal düzenlemelerdeki bu yaklaşımın, öğretide, bugüne dek baskın şekilde kabul gören iş sözleşmesi kurulmadan önce eşit davranma borcunun bulunmadığı yönündeki görüşün¹⁵⁰, uzantısı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bunun dolaylı sonucu, işe alımda ayrımcılık yapıldığında, *culpa in contrahendo* çerçevesinde çözüm aranmasıdır¹⁵¹. Bu başlık altında açıklamaya çalıştığımız üzere *culpa in contrahendo* çerçevesinde tazminat talebi için salt ayırım yapılmış olması yeterli olmayabilir. Adayda sözleşmenin kurulacağına ilişkin güven yaratılmış olması koşulu da aranacaktır. Giderek, işe alımda ayırım yasağının etkili şekilde uygulamasını sağlayacak bir yasal düzenleme gereği ortadadır. Mutlak ayırım yasakları olarak anılan¹⁵² dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, din ve mezhep, ulusal ve sosyal köken, üyelik dahil sendikal faaliyet temelinde işe alımda ayrımcılık yapılması halinin en azından tazminat sorumluluğunu gerektirdiğini açık şekilde öngörecektir düzenleme, adaya özel yaşama saygı sınırını aşan soruların yöneltilmesini de önleyen bir etken olacaktır.

Tokuzlu, İstanbul,Şefik Matbaası, 2003, s.126-127; Cinsiyet ayrımcılığı boyutuyla AB Hukukunda bu konudaki gelişim ve ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, s.31 vd.

¹⁴⁸ İşK.m.5 hükmündeki ilkelere aykırılık halinde m.99 uyarınca idari para cezası öngörülmüş olması bu tür eylemlerin ayrıca hukuki yaptırımla karşılanması gereğini ortadan kaldırmaz.

¹⁴⁹ Sen.K. m. 31/I uyarınca “İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz”. Ancak ayırım yasağının yaptırımını düzenleyen hükümlerde, işe alımda sendikal nedenle ayırım halinde uygulanacak yaptırım bulunmamaktadır.

¹⁵⁰ **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, s.47-48; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.141 vd., 155; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, s.135-136; **Centel**, Ücret, s.140; **Ertürk**, Temel Haklar, s.64 ve özellikle 79-83. Bkz.: yuk. § 6, III.

¹⁵¹ İş Sözleşmesinin kurulması aşamasında ayırım halinde, istenecek tazminatın culpa in contrahendo çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yolunda **Eyrenci**, Yeni Düzenlemeler, s.23; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, s.136; **Süzek**, İş Hukuku, s.363.

¹⁵² Bkz.: **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.121 vd.

Dahası, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle sözü ettiğimiz türde bir düzenlemeye gitmenin, hukuk sistemi içinde bütünlük ve uyum sağlanmasının gereği olduğu da iddia edilebilir. 5237 sayılı Ceza Kanununda yasa koyucu, hukuk sistemimiz için yeni bir suç tipi öngörmektedir. “**Ayrımcılık Suçu**” başlıklı 122. madde uyarınca, kişinin işe alınmasını veya alınmamasını dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle bağlayarak ayrımcılık yapmak, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir¹⁵³ [TCK m.122(1)a]. Bu hüküm karşısında önerimiz doğrultusunda bir düzenlemeye gidilmesine gerek olmadığı görüşü savunulabilse bile, en azından, işverenin *culpa in contrahendo* sorumluluğunun daha geniş yorumlanması gereği ortadadır.

Bu önerilerimize, işverenin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması nedeniyle itiraz edilebilir. Ne var ki, sözleşme özgürlüğü, “... işvereni hiçbir suretle belirli bir kişiyi işe almaya zorlayamazsa da bu, işverenin keyfi işe almama kararlarının da caiz görüldüğü anlamına gelmez”¹⁵⁴. Mutlak ayırım yasaklarının etkisi, işe ilk girişte düşük de olsa varlığını korur. Dolayısıyla bu durum, işverenin haklı bir nedeni olmaksızın, özel yaşama saygı sınırını aşan sorular sormasının ya da mutlak ayırım yasaklarına aykırı davranışının hukuki yaptırımının belirsiz bırakılmasını haklı kılamaz.

II. Adaya/ İşçiye Yöneltilen Soruların Sınırı

Bilgi toplama uygulamalarının tümünde olduğu gibi, adaya/işçiye sorulacak soruların sınırını, mevcut somut işin özellikleriyle objektif bakımdan bağlantılı olup olmadıkları, başka bir anlatımla, sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gereklilik, oluşturur¹⁵⁵. Bu da, sınırın, adayın/işçinin işgal edeceği/ettiği pozisyonla bağlantılı şekilde *görece* olduğuna işaret eder¹⁵⁶. Sorunun, işçinin yeteneği ve işe uygunluğu ile bağlantısının

¹⁵³ TCK m.122/(1)a düzenlemesindeki ayrımcılık nedenlerine ilişkin sıralamanın *numerus clausus* nitelik taşımamakla birlikte işe alımda sendikal nedenle ayrımcılık yapılması halinde uygulanacak cezai yaptırımın Sen.K. m.59/bent:3 olması gerektiği yönünde Bkz.: **Centel**, Yeni TCK’nda Çalışma Yaşamı, s.12-13.

¹⁵⁴ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.155; Ayr. Bkz.: **Doğan Yenisey**, Uyum Sorunları, s.47-48; **Ertürk**, Temel Haklar, s.81.

¹⁵⁵ **Rehbinder**, Sorunlar, s.752; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.377; **Ertürk**, Temel Haklar, s.66; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.250; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.197-201; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.86; **Serkan Odaman**, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.274, Ekim 2002, s.40; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.300-301; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, a.

¹⁵⁶ **Rehbinder**, Sorunlar, s.752-753.

zayıf olması, ona kuşkuyla yaklaşılmasını gerektirecektir. Sözünü ettiğimiz sınırı aşan sorulara karşı adayın/işçinin bir savunma aracı olarak, doğru yanıt vermeme hakkı olduğu kabul edilir¹⁵⁷.

Buna karşı, adayın soru sorulmadan açıklama yapma yükümlülüğü altında olup olmadığı, tartışmalıdır. Ancak adayın, iş sözleşmesiyle üstleneceği işi yerine getirmesini olanaksız kılacak ya da önemli ölçüde aksatacak nitelikteki iş görüşmesi sırasında *mevcut* olan olguları, kendiliğinden açıklama yükümlülüğü altında olduğu genelde kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Adaya/işçiye adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, medeni durumu, yerleşim yeri, eğitim durumu ve dereceleri, askerlik durumu, yabancı dil bilgisi, daha önce çalıştığı işyerleri gibi kişisel durumuna ilişkin sorular sorulabilir¹⁵⁹. Adayın Kişisel durumuyla ilgili olarak, rakip işletmelerde bir yakınının çalışıp çalışmadığı yönünde sorulacak soru ise ancak, başvuruda bulunduğu pozisyonun işletmenin önemli sırlarını öğrenmesi ve rakiplere sızdırmasına olanak vermesi halinde, hukuka uygun kabul edilebileceği belirtilir¹⁶⁰. Ancak, salt rakip işletmede bir yakınının çalışıyor olması nedeniyle başvurusu reddedilen adayın, potansiyel endüstri casusu olarak algılanması, onur ve saygınlığını zedeleyebilir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda manevi tazminat talebinin kabulünün diğer ret durumlarına göre, daha yüksek bir olasılık oluşturduğu akıld tutulmalıdır. Bu sorunun halen işyerinde çalışan ve işletmenin önemli sırlarına hakim bir işçiye yöneltilmesi halinde doğru yanıt, sadakat borcunun bir gereğidir. Ne var ki, bu işçiden alınan olumlu yanıt, tek başına, işçi aleyhine karar almaya gerekçe oluşturamaz. İşletmenin önemli sırlarına ulaşma olanağı bulunmayan adayın/işçinin ise, **kanımızca** doğru yanıt verme yükümlülüğü de yoktur.

¹⁵⁷ **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.17; **Ertürk**, Temel Haklar, s.75-76; **Rehbinder**, Sorunlar, s.758-759; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.251,252, 255; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.301, 311; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.34; **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.40; Ayr. Bkz.: **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.377; **Savaş Taşkent**, "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", Prof Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, İ.Ü. Siyasal Bilimler Fak. Yay., 1982, s.177; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.198.

¹⁵⁸ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.245-246; **Centel**, İş Hukuku, s.103; **Rehbinder**, Sorunlar, s.755-756; **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.40; **Ertürk**, Temel Haklar, s.78-79; Ayr. Bkz.: **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1538.

¹⁵⁹ **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.378; **Rehbinder**, Sorunlar, s.746, 753; **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.41; **Ertürk**, Temel Haklar, s.68; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 250;.

¹⁶⁰ **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.41.

Adaya daha önce aldığı ücretin sorulması konusu, tartışmalı olmakla birlikte, bu soruyla işin özellikleri arasında objektif bakımdan bağlantı kurulabiliyorsa, sorunun haklı olduğu kabul edilmelidir. Bu soruya gerçeğe uygun cevap verilmemesinin ancak, adayın eski ücretini yeni kurulacak iş sözleşmesi bakımından en alt ücret düzeyi olarak şart koşmuş olması halinde, İşK.m.25/II/a uyarınca haklı fesih nedeni sayılacağı belirtilir¹⁶¹.

Adayın önceki iş sözleşmesinin neden ve nasıl sona erdiğinin sorulması söz konusu olduğunda, *kara liste* uygulamasının önüne geçmek kaygısıyla bu sorunun sorulmasının bazı ülkelerde yasaklandığı belirtilmektedir¹⁶². Öte yandan, İşK.m.23 uyarınca, süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesiyle bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse ve işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa veya yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa ya da işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse; sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin eski işverene sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, işverenin bu tür soruları sorma hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁶³. **Kanımızca**, adaya bu konuda sorulacak soru, İşK.m.23 sorumluluğundan kaçınmak amacıyla sınırlı olmalıdır. Giderek, adaya önceki iş sözleşmesini kendisinin feshedip etmediği; sözleşme aday tarafından feshedilmiş ise, önel sürelerine uyulup uyulmadığı; uyulmamış ise nedeni sorulabilecek; buna karşın, önceki iş sözleşmesinin aday tarafından sona erdirilmediği açıklaması üzerine sorulara devam edilmesi kara liste uygulamasını akla getirecektir.

Adaya, eski işverene karşı geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi bulunup bulunmadığının sorulabileceği kabul edilir¹⁶⁴. Şartları varsa, BK m.351/III uyarınca eski işverenin yasağa aykırı durumun sona erdirilmesini isteme hakkının bulunduğu düşünüldüğünde, sorunun haklılığı anlaşılacaktır.

Adayın/işçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular yöneltilmesini haklı kılabilecek durumların ise istisnai olduğu kabul edilir. Yapılacak işin parayla doğrudan ilintili olması ve zimmete geçirme veya görevin kötüye kullanılma-

¹⁶¹ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.251-252; **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.41; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.378; **Ertürk**, Temel Haklar, s.68-69.

¹⁶² **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.303; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.200

¹⁶³ **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.41.

¹⁶⁴ **Ertürk**, Temel Haklar, s.69; **Rehbinder**, Sorunlar, s.754; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 252.

sından korkulması halinde bu tür soruların sorulabileceği belirtilir¹⁶⁵. Bu durum dışında, işçinin borcu nedeniyle ücretine konabilecek haczin muhasebe biriminin işlerini önemli ölçüde aksatacağı gibi nedenlerin soruyu hukuka uygun kılmayacağı önemle belirtilmelidir¹⁶⁶. Her ne kadar, ücrete haciz konulması ve bunun muhasebe biriminin işlerini önemli ölçüde aksatması durumunda işveren açısından geçerli nedenle fesih olanağından söz edilebilse de¹⁶⁷, henüz gerçekleşmemiş ve gerçekleşmesi halinde işverene vereceği zarar sınırlı olan bu gibi olasılıklara dayanılarak soru yöneltilmesini haklı bulmak, işçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamalarının özel yaşam hakkı karşısında özlü bir üstün yarara dayandırılması gerektiği yolundaki ilkeye aykırılık oluşturacaktır.

İşyeri ve işin niteliği bakımından işçinin sağlık durumunun çalışma yeteneğini sınırlandırıp sınırlandırmadığını öğrenmeye yönelik soruların sorulması mümkündür. Dahası, çalışma yeteneğini engellemese bile işyerinde çalışmasında sakınca doğurabilecek, bulaşıcı hastalık vb. sağlık sorunlarından aday/işçi, işvereni haberdar etmelidir¹⁶⁸. Bu noktada, HIV pozitif durumda olmak ya da bazı genetik hastalıklara yatkınlık, kural olarak, işyerinde çalışmakta sakınca doğurabilecek bir durum olarak algılanamaz¹⁶⁹.

Benzer şekilde, işyeri ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa¹⁷⁰, bayan adaya hamilelik durumunun sorulması özel yaşama saldırı ve ayrımcılık yasalarına aykırılık oluşturacaktır¹⁷¹. Unutulmamalıdır ki, İşK.m.5/III uyarınca

¹⁶⁵ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 252; **Odaman**, İşvereni Yanılma, s.41; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.379; **Ertürk**, Temel Haklar, s.69.

¹⁶⁶ Aksi Görüşte **Rehbinder**, Sorunlar, s.754.

¹⁶⁷ **Ali Güzel**, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul, İstanbul Barosu Yay., 2004, s.58.

¹⁶⁸ **Rehbinder**, Sorunlar, s.756; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 253; **Ertürk**, Temel Haklar, s.70; **Odaman**, İşvereni Yanılma, s.41; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.378-379; **Centel**, İş Hukuku, s.103.

¹⁶⁹ **Şükran Ertürk**, “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, DEÜHFD, Cilt:IV, Sayı:2 2002, s.9; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.44, 52, 131; Bkz.: aş. § 10, IV, 4-5.

¹⁷⁰ Mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği gibi işler bakımından bu gereklilik söz konusudur. Ayrıca, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (RG 14.7.2004/25522) uyarınca gebe işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işler bakımından da işin niteliğinin, adaya yöneltilcek soruyu haklı kıldığı kabul edilmelidir.

¹⁷¹ **Taşkent**, İptal Nedenleri, s.179-180; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 252-255; **Ertürk**, Temel Haklar, s.70-73; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.379; **Do-**

işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapması yasaklanmıştır. Ayrıca, BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi¹⁷² m.11, İş ve Meslek Bakımından Ayrımlık Hakkında 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin m.1, İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Konusunda Kadın ve Erkeklere Eşit İşlem Hakkında 76/207/EEC sayılı Yönergesi m.1, 3/1(a) hükümleri de bu tür ayrımcılığın önündeki bir diğer engellerdir¹⁷³.

Yeri gelmişken, adaya/işçiye tütün ya da alkol gibi yasal maddeleri işyeri dışındaki yaşamında kullanıp kullanmadığının sorulmasının da mümkün olmadığı, **kanısında** olduğumuzu belirtmeliyiz¹⁷⁴. Tütün ve/veya alkol kulla-

gan Yenisey, Uyum Sorunları, s.59; İşverenin, işçinin hamilelik durumu nedeniyle üstleneceği yükümlülüklerden yola çıkılarak, işin niteliği gerektirsin gerektirmesin, hamilelik konusunda soru sorma hakkı olduğu yönünde, **Rehbinder**, Sorunlar, s.754; Ali **Nazım Sözer**, "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", Adalet Dergisi, Yıl:73, S.6 , Kasım-Aralık, 1982, s.1050-1051; **Ercan Akyığıt**, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, Kazancı Yay., 1990, s.44.

Öğretide, işyeri veya işin niteliğinin gerekli kılıp kılmadığı ölçütüne girilmeksizin adaydan hamilelik testi istenemeyeceği ileri sürülmektedir.(Bkz.: **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 255; **Ertürk**, Temel Haklar, s.73; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.379). Kanımızca, işyeri veya işin niteliğinin gerekli kılması durumunda bu konuda soru sorulması haklı görülebilmekteyse, adaydan test de istenebilir. Yeter ki, test sonucu adayın sadece hamilelik durumu hakkında bilgi verici nitelikte olsun.

Halen çalışmakta olan işçi bakımından ise, işverenin yükümlülükleri, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik m.7 uyarınca işverene durumun bildirilmesine bağlıdır. İşverenin hamilelik durumunu kendiliğinden araştırmak gibi bir yüküm ve hakkı yoktur (Bkz.: **Sözer**, Hamilelik, s.1052-1053). Bu nedenle, çalışmakta olan işçiden hamilelik testi de istenemeyecektir.

Hamile olduğunu işverene bildirecek olan işçinin bu durumu kanıtlaması da gerekir. Bunun için test sonucunun işverene sunulması yerine bayan işçiyi muayene eden hekimin açıklaması yeterli görülmelidir (Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.308).

¹⁷² Sözleşme, 17.7.1980 tarihinde imzaya açılmış ve 3.9.1980 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin oluşum aşamalarıyla ilgili bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (26 Ocak 2005).

Türkiye Sözleşmenin onaylanmasını 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı (RG 14.10.1985) Kanunla uygun bulunmuştur. 15.12.1985 tarihi itibarıyla Sözleşme Türkiye Bakımından bağlayıcılık kazanmıştır. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm> (26 Ocak 2005). Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (Çevrimiçi) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm> (26 Ocak 2005).

¹⁷³ Bkz.: yuk. § 10, I.

¹⁷⁴ Bkz. ve Karş.:**Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1538.

nan kişinin bir takım sağlık risklerine açık olması, kadın adayın hamile kalabileceği; HIV pozitif ya da genetik olarak bazı hastalıklara yatkın adayın, hastalanabileceği varsayımlarıyla benzerlik gösterir. Giderek, alkol ve tütün kullanımıyla ilgili sorunun salt sorulmuş olmasının özel yaşam hakkını ihlal etmeyeceği iddia edilebilirse de¹⁷⁵, sorunun cevabı doğrultusunda, aday/işçi hakkında olumsuz karar alınması, ayrımcılık yasaklarına aykırılık oluşturacaktır¹⁷⁶. Öte yandan, işyeri dışındaki yaşamında tütün ya da alkol kullanan adayın, işyerindeki alkol ve tütün yasağını ihlal edeceği de, gerçekleşmesi mutlak bir öngörü olarak ileri sürülemez.

Adaya/işçiye yöneltilecek cinsel yaşamı, karşı cinsle ilişkileri, evlenmeyi ya da doğum yapmayı düşünüp düşünmediği; kürtaj yaptırıp yaptırmadığı yönündeki sorular özel yaşama saldırı oluşturacaktır^{177,178}. Ancak, görülecek işin mutlaka bekar kişiler tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa, yakında evlenmek niyetinin olup olmadığının sorulmasının mümkün olduğu ileri sürülür¹⁷⁹. Mutlaka bekar kişiler tarafından yerine getirilmesi gereken işlere örnek olarak, adayın evde çalıştırılmak üzere işe alınmak istendiği durumlar gösterilir. **Kanımızca**, evde çalışmaktan, işçinin yaşamını çalışacağı evde, aynı çatı altında sürdürmesinin beklendiği durumlar anlaşılmalıdır. İşyerinde cinsel taciz iddialarının araştırılması gerektiğinde, salt bu iddiaya özgü ve iddianın araştırılması amacını aşmayan cinsel yaşama yönelik sorulara da olanak tanımak gerekecektir¹⁸⁰.

Adayın eski hükümlülüğüne ilişkin sorular, hüküm giyilen suç, görülecek iş için önem taşıyorsa haklı görülür. Giderek, adayın/işçinin üstlenilecek görevle ilgili ise, sabikasını kendiliğinden bildirmesi gerekir¹⁸¹. Buna karşın,

¹⁷⁵ Bkz.: aş. § 15, II, 1, c.

¹⁷⁶ Bkz.: yuk. § 6, III; aş. § 10, IV; § 13, I, 1, a; § 13, II; Ayr. Bkz.: **Rosenblum**, Workplace Security, s.102-103.

¹⁷⁷ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 255; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.197; **Ertürk**, Temel Haklar, s.73; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.378; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.310; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.87.

¹⁷⁸ Kadın işçiye yakın zamanda hamileliği düşünüp düşünmediğinin sorulabileceği yönünde **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.42; Evden uzun süre ayrı kalmayı gerektiren işler bakımından adayın evlenmeyi düşünüp düşünmediğinin sorulmasını geçerli gören görüş için Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.303.

¹⁷⁹ **Rehbinder**, Sorunlar, s.753.

¹⁸⁰ Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

¹⁸¹ "... Davacı davalıya ait işyerine güvenlik görevlisi olarak girerken doldurduğu form dilekçe-sinde sabikası olduğu halde yokmuş gibi beyanda bulunduğu ve bu yalan beyanın hizmet sözleşmesi sürerken işveren tarafından ortaya çıkarıldığı, bunun üzerine hizmet sözleşmesinin 6 günlük iş süresi içinde sona erdirildiği ... anlaşılmalıdır... Böyle olunca davalı işverenin haklı nedenle

işe girişte sabıka kaydı istenmesi, kişinin bildirmekle yükümlü olduğundan başka hükümlülüklerini de içereceğinden, haklı görülmez. Ayrıca, işle ilgili olsa bile adli sicilden silinmiş olan sabıka kaydının bildirilmek zorunluluğu yoktur¹⁸².

Kural olarak, adaya/işçiye dini inanç, etnik köken, siyasi görüş ve sendika üyeliği gibi konularda soru sorulamaz. Bu alanlar, Anayasal koruma altındadır (Bkz.: AY m.15/II, 20, 24, 25, 51, 68). Özellikle, AY m.15/II ve 24/III hükümlerinde kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı açık şekilde anlatım bulmuştur. 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin yanı sıra AB'nin 2000/78/EC ve 2000/43/EC sayılı Yönergelelerinin bu konularda ayrımcılığı yasakladığı unutulmamalıdır. Önemle anımsatılmalı ki, işe alımda dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılması TCK m.122 uyarınca suç oluşturur. Dolayısıyla, bu tür sorulara işçinin doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ilkenin istisnasını, işyerinin dini bir kuruma ya da siyasi bir partiye ait olması durumunun oluşturduğu; bu tür kurumların adaya/işçiye dini inanç, siyasi görüşle ilgili soruları sorabilecekleri belirtilir¹⁸³. Sendika üyeliği konusunda ise, adaya soru sorulmasını önleyen norm, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağını hükme bağlayan Sen.K. m.31/I hükmüdür. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerine veya iş sözleşmelerine bu hükme aykırı kayıtlar konulması, kanuna aykırı bir sözleşme hükmü niteliği taşıyacak ve geçersiz sayılacaktır¹⁸⁴ (Sen.K. m.31/II, BK m.20). Halen işyerinde çalışan

sözleşmeyi feshettiğinin kabulü ile feshe bağlı tazminat isteklerinin reddine karar verilmelidir." Yarg. 9. HD, 22.1.1998, E. 1997/19393, K.1998/432, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs-Haziran 1998, s.15; Aynı yönde Yarg. 9. HD, 11.11.1981, 10728/13806, **Günay**, Şerh, s.1029; Buna karşı sabıkanın görülecek işle ilgili olup olmadığı tartışmasına girilmeksizin, bunun işe girişte gizlenmesinin, işveren açısından haklı fesih nedeni olduğu yönünde Yarg. 9. HD, 6.6.2000, 4727/7993, Çimento İşveren Dergisi, S.4 C.14, Temmuz 2000, s.44.

¹⁸² **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 255-256; **Ertürk**, Temel Haklar, s.73-74; **Rehbinder**, Sorunlar, s.755; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.380; **Taşkent**, İptal Nedenleri, s.178; **Odaman**, İşvereni Yanıltma, s.42; **Akyiğit**, Hükümsüzlük, s.45; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.303; **Rosenblum**, Workplace Security, s.110-111.

¹⁸³ **ILO** Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16; **Rehbinder**, Sorunlar, s.753; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 256; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.310, 303-304, 301; **Ertürk**, Temel Haklar, s. 74.

¹⁸⁴ **Fevzi Şahlanan**, Sendikalar Hukuku, İstanbul, Yılmaz Ajans Matbaacılık, 1995, s.177; **Narmanlıoğlu**, Toplu İş İlişkileri, s.158; **Rehbinder**, Sorunlar, s.753-754; **Eyrenci**, Personel

işçilere, bu konuda soru yönetilmesi önündeki engel ise işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından ayırım yapmasını yasaklayan Sen.K. m.31/III düzenlemesidir.

Anımsatalım ki, kişilerin, ırk ve etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefî, dini, veya diğer inançları; sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler, duyarlı veri niteliğinde olup işveren tarafından toplanması ve işlenmesi Veri Koruma Hukuku bakımından da daha sıkı kurallara tabidir¹⁸⁵.

III. Aday/İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme

İşverenler, işçilere yöneltilen sorularla yetinmeyerek, haklarında, üçüncü kişilerden özellikle de eski işverenlerinden, bilgi edinme yoluna başvurmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçiye yöneltilmesi haklı olmayan soruların üçüncü kişilere de yöneltilmesi mümkün değildir¹⁸⁶.

Üçüncü kişilerden bilgi edinme yoluna gidilirken adayın/işçinin rızasına gereksinim duyulup duyulmadığı önemlidir. Bir işyerinde çalışmaya devam ederken başka bir işyerine başvuruda bulunan adayın, eski (halen iş ilişkisi devam eden) işvereninden bilgi edinilmesi konusunda rızasının bulunması gerektiği; ancak işten ayrılmış olan aday için rızasına başvurulmaksızın, eski işvereninden bilgi talep edilebileceği belirtilmektedir¹⁸⁷. Buna karşın, ilke olarak, kişisel verinin kaynağının adayın/işçinin kendisi olması gerektiği (ILO DP Code para.6.1; COE R(89)2 m.4.1); bu şekilde adayın/işçinin kendi hakkında hangi bilgilerin toplanmak istendiğini öğrenmek ve bunu verip vermeme noktasında karar vermek olanağını kullanmasının kolaylaşacağı ileri sürülür¹⁸⁸. UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu, ayırım yapmaksızın adaydan/işçiden başka bir kaynaktan, örneğin eski işverenden,

Seçimi, s. 256-257; **Ertürk**, Temel Haklar, s. 74; **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.378, 379.

¹⁸⁵ Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

¹⁸⁶ **Ertürk**, Temel Haklar, s.76.

¹⁸⁷ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 259-260; **Ertürk**, Temel Haklar, s.77-78.

¹⁸⁸ **Hendrickx**, General Principles, s.60; **Colucci**, The Impact, s.35-36; İşçi hakkında bilginin işçile görüşülerek ya da soru formu doldurtularak edinilmesinin, iş sözleşmesinin *intuitu personae* karakterine de en uygun düşen yol olduğu yolunda Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.302.

bilgi toplanma yoluna gidilmek istendiğinde, diğer hukuka uygunluk nedenlerine değil, işçinin açık rızasına dayanılması gerektiğini belirtir¹⁸⁹ (ILO DP Code para.6.2-6.4). Benzer şekilde, ABD Güvenilirlik Hakkında Adil Bilgilendirme Yasası¹⁹⁰, halihazırdaki ya da muhtemel çalışanların, öncesinde rızaları alınmaksızın, geçmişlerinin araştırılması ve referans kontrolü için tüketici değerlendirme ajanslarının kullanılmasını yasaklar. Buna karşın, bazı Eyaletlerde, çocuk ve gençlerle ilgi işlere özgü şekilde adayların/işçilerin sabıka kayıtlarının işverence sorgulanmasına izin verilir¹⁹¹. Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliğince yayınlanan “İşe Alma ve Seçme” başlıklı Uygulama Kodu¹⁹² 95/46/EC sayılı AB Yönergesine uyum kaygısıyla çıkarılan bir belge olması itibarıyla dikkat çekicidir. Bu düzenleme uyarınca da, adaylara ilişkin üçüncü kişilerden bilgi edinme uygulamasının, başvuru pozisyonunun işverene, işçilere, müşterilere ve üçüncü kişilere özel ve belirgin bir tehlike yaratacak nitelikte olması, özel yaşam hakkını daha az zedeleyen bir başka yöntem bulunmaması ve adaya üçüncü kişilerden bilgi alınacağı açık şekilde bildirilmesi gerekmektedir¹⁹³.

Kanımızca da, adayın/işçinin özel yaşamını ne derece açık edileceği yolundaki kararı kendisinin vermesi gerektiği düşünüldüğünde, her halde, rızasının alınması yerinde olur. Ancak, rıza verilmediğinde adayın işe alınmaması, özellikle, işveren, işçiler, müşteriler ve üçüncü kişiler bakımından belirgin şekilde tehlike yaratabilecek pozisyonlara başvuran adaylar bakımından, haklı görülme zorundadır¹⁹⁴.

Adayın rızasına başvurulmaksızın eski işverenden bilgi edinilmesi ve bunun aleyhine sonuç doğurması halinde, adayın *culpa in contrahendo* uyarınca, başvuru yaptığı işverenden tazminat talebinde bulunabileceği belirtilir¹⁹⁵. Bu noktada, tazminatın, adayın özel yaşama saygı sınırını aşan soruları yanıtız

¹⁸⁹ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.15-16.

¹⁹⁰ Yasanın metni ve hakkında bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ftc.gov/os/statutes/fcrajump.htm> (26 Ocak 2005).

¹⁹¹ Rosenblum, Workplace Security, s.111; Pincus/Trotter, The Disparity, s.66-67; Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.12; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.303.

¹⁹² Information Commissioner (IC), Data Protection Act 1998 Codes Of Practice, The Employment Practices Data Protection Code Part 1: Recruitment and Selection, V.1, March 2002, (Çevrimiçi) <http://www.informationcommissioner.gov.uk/eventual.aspx?id=437> (13 Kasım 2004).

¹⁹³ IC, Employment Practices DP Code Part 1, s.27.

¹⁹⁴ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.15.

¹⁹⁵ Eyrenci, Personel Seçimi, s. 260; Rehbinder, Sorunlar, s.751; Ertürk, Temel Haklar, s.77.

birakmasıyla aleyhine sonuç doğması (başvurusunun reddedilmesi) nedeniyle belirlenecek tazminattan daha yüksek olması gerektiği **kanısındayız**. Sorunun yanıtızsız bırakılması her ne kadar işe girme olanağını daraltsa/ortadan kaldırsa da adayın özel yaşamını koruyabilmesi anlamına gelir¹⁹⁶. Üçüncü kişilerden adayın rızası olmaksızın bilgi edinilmesi ise, sorunun yanıtızsız bırakılması durumundan farklı olarak, özel yaşama ilişkin bilgilerin öğrenilmesi anlamına gelir. Öte yandan, rıza alınmaksızın yapılan bu tür bilgi toplama işlemlerinin adayın özel yaşamına saldırı oluşturduğu ve işe alınıp alınmadığına bakılmaksızın MK m.25, BK m.41, 49 hükümleri uyarınca tazminat talebine konu olabileceği de ileri sürülebilir.

Adayın/işçinin rıza göstermesi halinde de, eski işverenin vereceği bilgilere ulaşma ve hangi bilgilerin yeni işverene aktarıldığını öğrenme hakkının olduğu unutulmamalıdır¹⁹⁷. Belirtmek gerekir ki, adayın rızası olsa bile, eski işveren için aday hakkında yeni işverene bilgi vermek zorunluluğu yoktur¹⁹⁸. Bilgi vermeyi kabul etmesi halinde eski işveren, adayın başvurduğu işverenin işe alımda karar vermek için gereksinim duyacağı bilgileri vermeli, işçi hakkındaki sendika üyeliği vb. duyarlı veri niteliğindeki bilgileri aktarmamalıdır¹⁹⁹. Dahası, sorunun adayın kişilik hakkını zedeleme olasılığı karşısında, eski işverenin de doğru yanıt vermeme hakkının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülür²⁰⁰. Adayın daha önce çalıştığı kurumun kamu kurum ve kuruluşu niteliğini taşıması halinde, yeni işverenin bilgi edinme hakkına dayanarak, bunlardan aday hakkında bilgi talep etmesi de, **kanımızca**, mümkün değildir. BEHK m.25 uyarınca, “*Kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışındadır*”; ayrıca, kişinin yazılı rızası olmaksızın , özel yaşamın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile yaşamına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve

¹⁹⁶ Bkz.: *Cort v. Bristol Meyers*, Massachusetts, 1982, (Çevrimiçi) <http://law.wustl.edu/Organizations/SBA/Outlines/Upper%20Level%20Outlines/Employment%20Law/Bernstein/EmploymentLaw-Bernstein1-2003.doc> (26 Şubat 2005), **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.201.

¹⁹⁷ **Rehbinder**, Sorunlar, s.747; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 260; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.303; **Ertürk**, Temel Haklar, s.78; Ayr. Bkz. § 9, III, 2, b, bb.

¹⁹⁸ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 259; **Ertürk**, Temel Haklar, s.78. Bu konuda Mevzuatımızdaki istisna, Ağır Tİ Yön. m.5/VI hükmüdür. Buna göre, işyerinden ayrılarak yeni bir işe giren ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilerin sağlık raporları veya örnekleri yeni işverenin isteği halinde o işyerine gönderilecektir. Kanımızca, gönderilecek olan, raporların eski işverene de açık olan kısmı olarak anlaşılmalıdır. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

¹⁹⁹ Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b, dd.

²⁰⁰ **Gremper, P.**, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmäßiger Rechte, Bassel 1993, s.128'den aktaran ; **Ertürk**, Temel Haklar, s.77.

ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeleri, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutan hükmün (BEHK m.21), kurumun eski çalışanları içinde geçerli olduğu kuşkusuzdur.

Adayın, eski işverenin verdiği yanlış ya da işle ilgili olmayan bilgiler nedeniyle zarara uğraması halinde, bu işverenden, haksız fiil veya gözetme borcuna aykırılık temelinde tazminat talep hakkı doğacaktır²⁰¹.

IV. Adaylara/İşçilere Uygulanan Testler

1. Genel Olarak

Dünyada işverenler, işçinin işe uygunluğunu belirlemek, verimliliği arttırmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, işyerinde suç işlenmesini önlemek gibi çeşitli nedenlerle, iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında ve devamında işçilere birtakım testler uygulama eğilimindedirler²⁰². Bu eğilim, UÇÖ'nü harekete geçirmiş, Örgüt organları testler konusunda yol gösterici nitelikte hükümler içeren uygulama kodları hazırlamışlardır²⁰³.

İşçilere uygulanan testlerin tümü, işçi hakkında kişisel veri toplamak anlamına gelir. Alkol ve uyuşturucu testleri, HIV testleri ve genetik testler söz konusu olduğunda, bu testlerle toplanan veriler, kişiyi sağlık durumuyla ilgili bilgi verir. Bu nedenle, duyarlı veri niteliğinde değerlendirilecek ve bu tür verilerin işlenmesine ilişkin daha sıkı kurallara tabi olacaktır²⁰⁴.

Aşağıda inceleyeceğimiz test türlerinin çoğuna, Ülkemiz uygulamasında, şimdiye kadar, yaygın şekilde rastlanmadığı bir gerçektir. Ancak, Ülkemizdeki işverenlerin, alkol ve uyuşturucu testleri başta olmak üzere, bu tür test uygulamalarına gittikçe artan ilgisinden söz etmek yanlış olmayacaktır²⁰⁵.

²⁰¹ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s. 260; **Rehbinder**, Sorunlar, s.747; **Ertürk**, Temel Haklar, s.77-78. Bkz.: yuk. § 5, III, 4; § 6, IV; §2, III, 4.

²⁰² İşyerinde yapılan testlerin tarihçesi ve uygulanma yoğunluğu hakkında Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.9-14; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.166-168.

²⁰³ "UÇÖ İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Problemlerine İlişkin Uygulama Kodu" (ILO Code of Practice on Management of Alcohol and Drug related Problems at the Workplace); "UÇÖ HIV/AIDS Uygulama Kodu (ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work); "UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Uygulama Kodu" (ILO Code of Practice on Protection of Workers' Personal Data) bunlara örnektir. Bu düzenlemelerin İngilizce metinleri için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://labordoc.ilo.org/> (13 Aralık 2004).

²⁰⁴ Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

²⁰⁵ Bkz.: **Gaye Güzelay**, "İş Başvurusu Yapanları Bekleyen Yeni Soru: Madde Bağımlısı Mısınız?", Hürriyet Gazetesi, Hürriyet İK, 20.2.2005, s.28 ; **Murat Yalınz**, "Bu Şirkette Test Yapılır!", Yeni Aktüel Dergisi, S.6, 23-29 Ağustos 2005, s.32.

Çalışmanın bu başlığı altında, işyerindeki test uygulamalarına, bazı yabancı hukukların ve uluslararası kuruluşların yaklaşımı özetlenerek, Türk Hukuku bakımından bu tür uygulamaların nasıl yorumlanması gerektiği yönündeki görüşlerimiz ortaya konmaya çalışılacaktır. Açıklamalarımıza geçmeden önce, kısaca, insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına ilişkin Türk Hukukundaki yasal düzenlemeler üzerinde durmak gerekmektedir.

2. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Alınmasına İlişkin Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler

Alkol ve uyuşturucu testleri, HIV testleri ve genetik testler kişiden, kan, idrara doku vb. insan kökenli biyolojik madde alınmasını gerektirmektedir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun, kan ve idrar testleri açısından uygulama alanı bulmadığı belirtilmelidir. Oto-greftler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu, bu kanun hükümlerine tabi değildir (2238 sK.m.2/II).

Buna karşın MK m.23/II uyarınca, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”*. Bu hükmün, hiçbir ayırım yapmaksızın insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına, aşılanmasına ve nakline ancak yazılı rıza ile olanak vermekte olduğu ileri sürülmektedir²⁰⁶. **Kanımızca**, bu hükmün, madde gerekçesi de dikkate alınarak ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde, *nakil amaçlı* insan kökenli biyolojik madde alınmasına özgü olduğu da iddia edilebilir²⁰⁷. Yine de, işçiden istenen test için insan kökenli biyolojik madde alınması gerektiğinde, testi haklı kılacak *“üstün yarar”* bulunsa bile, yazılı rıza alınması, yerinde olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Ülkemizde, işverenlerin, işçilerine alkol ve uyuşturucu testi yapmak istemeleri halinde, piyasadan oldukça düşük maliyetle test kitleri ve cihazları elde etmeleri mümkündür. Uyuşturucu test kitleri *“evde işyerinde ve her yerde”* gibi teşvik edici sloganlarla piyasada satılmaktadır. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/12/16/cilek/cilek3.html> (25 Aralık 2004).

²⁰⁶ Dural/Öğüz, Kişiler, s.107.

²⁰⁷ Madde gerekçesinin sözünü ettiğimiz MK m.23/III fıkrasına ilişkin bölümü şöyledir: *“Yürürlükteki maddenin (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi kastediliyor) üçüncü fıkrasında 3678 sayılı Kanunla eklenen hükmün, Ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’ varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer alması uygun görülmüştür.”* T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Tasarısı (1998), Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri:4, s.300.

Alkol ve uyuşturucu testleri, HIV testleri ve genetik testlere ilişkin izleyen başlıklardaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, AK, AB ve UÇÖ düzenlemeleri başta olmak üzere dünyadaki genel eğilim, bu tür testlerin işçinin rızası temelinde meşrulaştırılmaması; başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaları gerektiği yönündedir²⁰⁸. Ne var ki, işçilere uygulanacak testlerin hukuka uygunluk nedenine ilişkin Türk Hukukunda özel bir düzenleme bulunmayışı, MK m.24/II çerçevesinde işçinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmezden gelmeyi olanaksız kılar. Dolayısıyla, bu tür bir hukuki ortamda yazılı rıza, özel yaşama sağlanacak korunma için, bir araç olarak da algılanabilir.

Bu belirleme sonrasında, aşağıda her başlık altında Türk Hukuku bakımından test istemi için işverenin dayanabileceği nedenin ne olabileceği yolundaki yaptığımız değerlendirmelerin değeri tartışılabilir. **Kanımızca**, bu değerlendirmeler iki bakımdan anlamlıdır: Birincisi, olması gereken hukuku (de lege feranda) ortaya koyma çabasının ürünüdürler. İkincisi ise, makul bir nedene dayanmayan test istemlerinin işçi tarafından reddedilmesi üzerine, olası işten çıkartmalarda, feshin “geçerli” veya “haklı” olup olmadığının belirlenmesinde, dikkate alınmaları gerekir.

3. Alkol ve Uyuşturucu Testleri

Genelde, işverenlerin, işçilerin çalışma performansını etkileyen ya da etkilemesi olası alkol ve uyuşturucu kullanımı kaynaklı problemlerin ortaya çıkmasını önlemek için gerekli tedbirleri alma hakkı bulunduğu kabul edilir²⁰⁹ (ILO AD Code para.2.2.5). Buna karşı, işçilerin de özel yaşamlarına saygı hakkı göz ardı edilmemeli; alkol ve uyuşturucu kullanımıyla ilgili özel yaşamlarına yönelik müdahaleler, sınırlı, makul ve haklı olmalıdır²¹⁰ (ILO AD Code para. 2.3.9).

İşyerlerinde alkol ve uyuşturucu testleri, en yaygın şekilde ABD’de uygulanmaktadır. Avrupa’yla karşılaştırıldığında, ABD’ndeki uygulamanın yaygınlığı, meseleye bakış açısıyla ilgilidir. ABD’de alkol ve özellikle uyuşturucu kullanımı, tarihsel süreçte, bir ahlaksızlık ve ciddi ekonomik ve sosyal yıkım kaynağı olarak algılanmışken; Avrupa, alkol ve uyuşturucuya, öncelikle bir kamu sağlığı meselesi olarak yaklaşmaktadır²¹¹.

²⁰⁸ Ayr. Bkz.: aş. § 10, IV, 3-5.

²⁰⁹ Cranford, Arguing the Ethics, s.1807; ILO, Alcohol- and Drug-related, s.7.

²¹⁰ ILO, Alcohol- and Drug-related, s.8.

²¹¹ Craig, Privacy and Employment Law, s.172; Isbister, Justifying Drug Testing, s.265.

Alkol ve uyuşturucu testleri, çeşitli boyutlarıyla özel yaşama müdahale içerir. *Öncelikle*, kişiden beden sıvısı vb. örnek alınmasını gerektirdiğinden, beden bütünlüğüne, dolayısıyla özel yaşam hakkına müdahaledir. Test için çeşitli yöntemlerin uygulanması olasıdır. Alkol testi, kişinin nefesi (alkolmetreye üflemesi) ve kan örneği üzerinden yapılabilen; uyuşturucu testi için idrar, kan ya da saç örneği alınması gerekmektedir. Kan testine oranla, alkol için nefesin test edilmesi; uyuşturucu için idrar örneği alınması, kişinin beden bütünlüğünü, dolayısıyla özel yaşamını en az zedeleyen yöntemler olarak kabul görür²¹². Ancak, idrar testi için, test sonucunun yanıtılması olasılığına karşı, örneği verirken kişinin izlenmesinin, onur kırıcı ve utanç verici bir yöntem olduğu üzerinde durulduğu belirtilmelidir²¹³.

İkinci olarak, test, kişinin saklı kalmasını istediği ve özel yaşamına dahil olduğu tartışma götürmez nitelikteki sağlık durumuyla ilgili bilgilerin (verilerin) ortaya çıkmasına neden olabilir²¹⁴. Örneğin, alınan kan ya da idrar üzerinde yapılacak testlerle, işçinin haberi olmaksızın hamilelik durumu öğrenilebilir ya da işçi test sonucunun doğru yorumlanabilmesi için gizlemekte olduğu hastalığı nedeniyle almakta olduğu ilaçları açıklamak zorunda kalabilir. Testlerin *diğer bir etkisi* ise, meşru işveren yararıyla hiç ilgisi olmayan bir noktada, işçinin işyeri dışındaki yaşamı hakkında bilgi verici nitelikte olmasından kaynaklanır. Bu da, işçinin işyeri dışındaki yaşamını gerektiği ölçüde özgür yaşayamaması anlamına gelir²¹⁵. Burada, özel yaşam hakkı ile kişinin kendini geliştirme hakkı ve çoğulculuk arasındaki ilişkiyi hatırlatmakla yetinelim²¹⁶. HIV testlerinin ve genetik testlerin de, büyük ölçüde, burada açıklamaya çalıştığımız etkileri gösterdiğini iddia etmek yanlış olmaz²¹⁷.

Alkol ve uyuşturucu testleri konusunda üzerinde durulan diğer bir nokta, kullanılan test yönteminin güvenilirliğidir. Özellikle uyuşturucu testi için kullanılan maliyeti düşük yöntemlerin yanılma payı yüksektir²¹⁸. Bu ne-

²¹² **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.37; Kan testinin zedeleyici olmadığı yönünde, **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1809.

²¹³ **Thomas**, Drug Testing, s.159, 161; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.177; **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.37; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.25.

²¹⁴ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.177; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1806.

²¹⁵ **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1810-1811; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.52; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.178; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.287.

²¹⁶ Bkz.: yuk. § 3, II.

²¹⁷ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.213-214.

²¹⁸ **Rob Brooker**, "Industry Standards in Workplace Drug Testing", Personnel Journal, Vol.71, Iss.4, Costa Mesa, April 1992, s.128; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.174-176.; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.288.

denle, pozitif sonuçların, ikinci bir teste tabi tutulması gerekir²¹⁹. Alkol testleri bakımından, kesin denemese de, sonucun uyuşturucu testlerine oranla güvenilirliği yüksektir. Yine de, nefesle yapılan testin pozitif çıkması durumunda, kan testiyle sağlama yapılması önerilir²²⁰. Alkol testlerinin güvenilirliği konusundaki bu belirlemeler, sonuç işçi aleyhine de olsa bir Yargıtay kararında da yer bulmuştur: “...Davacının olay günü % 114 promil alkollü şekilde işverene ait yolcu otobüsünü kullanırken kaza yaptığı ve bir kişinin yaralanmasına sebebiyet verdiği dosya içindeki trafik alkol tespit tutanağı ile davacının dosya içindeki Sulh Ceza Mahkemesinin 18.09.1998 tarihli celsesindeki açık beyanı ile sübut bulmuştur. Davacının bu açık kabulüne ve alkol tespit tutanağına rağmen kolonya sürülmesinin alkol tespit aletine etkisi ile ilgili olarak alınan raporun 5- 10 dakika içinde ölçüldüğü takdirde etkili olabileceği şeklindeki bildirimde değer verilerek davacının alkollü araç kullanmadığının kabulü dosyadaki bilgi ve belgelere ve maddi olgulara uygun düşmez...”²²¹. Yüksek mahkemenin bozma kararı vermesinde işçinin ceza yargılamasında alkol aldığı yolundaki ikrarı etkili olmuştur. Yoksa, karardan testin güvenilirliğinin Yargıtay’ca kesin olarak kabul edildiği sonucu çıkarılamaz, **kanısındayız**.

Alkol ve uyuşturucu testlerindeki pozitif sonuçların ne anlama geldiğinin doğru kavranması da son derece önemlidir. Alkol testleri, yakın zamanda alkol alındığına işaret eder. Bu testler, test yapıldığı andaki alkol düzeyini gösterdiklerinden, bu düzeyle, kişinin alkolden ne kadar etkilendiği –sarhoş olup olmadığı- arasında bağ kurulmasının mümkün olduğu savunulmaktadır²²². Uyuşturucu testi ise, maddenin ne zaman alındığı hakkında bu tür bir bilgi vermez. Başka bir anlatımla, özellikle uyuşturucu testinin pozitif sonuç vermesi durumunda, kişinin test yapıldığı anda –dolayısıyla görev sırasında- bu maddenin etkisi altında ya da bağımlı olduğu sonucu çıkarılamaz²²³. Ayrıca, alkol veya uyuşturucunun kandaki düzeyini saptayan testlerin, sadece bu maddelerin kullanıldığına işaret ettiğine ve kişinin ne derece etki altında olduğunu kesin şekilde belirlemediğine vurgu yapılmaktadır. Bilimsel veriler, cinsiyet, beden

²¹⁹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.174-175; **ILO**, Workers’ Privacy Part III, s.19.

²²⁰ **ILO**, Workers’ Privacy Part III, s.18; Karayolları Trafik Yönetmeliği (RG 18.07.1997/23053 Mük.) m.97/c,3 hükmü, nefesle yapılan kan testinin kesin sonuç vermeyebileceği varsayımına dayanır. Bu hüküm uyarınca, ölümlü veya yaralamalı kazaya karışan sürücünün cihazla yapılan teste itiraz etmesi halinde, kan testi yapılmalıdır.

²²¹ Yarg. 9. HD, 11.2.2004, E. 2003/1229, K. 2004/1946, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

²²² **Thomas**, Drug Testing, s.159; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1809.

²²³ **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.288; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.176, 178; **Thomas**, Drug Testing, s.167.

yapısı, kullanım sıklığı, yorgunluk durumu vb. etkenlere bağlı olarak etkilenme düzeyinin kişiden kişiye değişebileceğini göstermektedir^{224,225} Başka bir anlamla, alkol ve uyuşturucu kullanımının performans (verimlilik) üzerindeki etkisini değerlendirebilecek bir test bulunmamaktadır²²⁶.

Alkol ve uyuşturucu testi uygulamaları, çeşitli amaçlara ulaşmak için yapılmaktadır. Bu tür maddelerin kullanımından kaynaklanan, işe geç gelme, devamsızlık vb. şekillerde ortaya çıkan verim düşüklüğünü engellemek, işverenler tarafından ileri sürülen amaçlardan biridir. Ne var ki, bu gerekçenin, uygulamayı hukuka uygun kılmaması tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca, işçinin iş sözleşmesi uyarınca üstlendiği görevi yerine getirmek konusunda her zaman yeterliliğini koruduğunu anlayabilmek için işverenin, işçinin alkol veya uyuşturucu kullanımı konusunda bilgi edinmeye hakkı vardır²²⁷. Buna karşı, verimlilikle alkol ve uyuşturucu kullanımı arasından doğrudan bağ kurulamaması ve verim düşüklüğünün tek başına fesih nedeni oluşturmasından hareketle, teste gerek olmadığı, bu amaçla yapılacak testlerin özel yaşama saldırı oluşturacağı belirtilir²²⁸. Öte yandan, özellikle uyuşturucu testlerinin, kamu sağlığı ve güvenliği nedenlerine dayandırılmak istendiği de görülür. ABD’de, 80’lerin ortalarından bu yana, işverenlerin uyuşturucu testi yapmak konusunda Federal Hükümet tarafından cesaretlendirildikleri ve yetkilendirildikleri bir gerçektir. ABD’nin organize suçla mücadele ve toplumun uyuşturucudan arındırılması amacını güden bu politikasında, işyerleri uyuşturucuya karşı savaşta önemli alanlar olarak algılanmaktadır²²⁹. Bu tür bir politikanın kendisinin hukuka uygunluğu tartışmalı²³⁰ olmakla birlikte, işveren için hukuka uygunluk

²²⁴ ILO, Alcohol- and Drug-related, s.29.

²²⁵ Bu noktada, kişinin alkol etkisi altında (sarhoş) olduğunu kabul etmek için kandaki düzeyinin ne olması gerektiği tartışmalarında, Trafik Yön.m.97/b,2 hükmündeki oranın (0.50 promil) ölçü olarak alınıp alınmayacağı üzerinde durulabilir. Ne var ki, bu oranın, kişi henüz sarhoş olmadan araç kullanmasını önlemeye yönelik olduğu unutulmamalıdır (Trafik Kontrol Y.m.15/IV). Başka bir anlatımla, Yönetmelik kanında bu düzeyde alkol bulunan kişiyi sarhoş olarak kabul etmemektedir. Lakin, 0.50 promil üstündeki oranda kanında alkol bulunan herkesin de sarhoş olduğu iddia edilemez. Alman Yol Trafik Kanunu m.24/a uyarınca izin verilen oranın 0.80 promil olduğu düşünüldüğünde (Bkz.:ILO, Workers’ Privacy Part III, s.240) göreceliklik, daha da açık şekilde anlaşılacaktır.

²²⁶ ILO, Alcohol- and Drug-related, s.33; Cranford, Arguing the Ethics, s.1809; Thomas, Drug Testing, s.167.

²²⁷ Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.15; Cranford, Arguing the Ethics, s.1807; Isbister, Justifying Drug Testing, s.269.

²²⁸ Craig, Privacy and Employment Law, s.189; Cranford, Arguing the Ethics, s.1810.

²²⁹ Rosenblum, Workplace Security, s.79-80; ILO, Workers’ Privacy Part III, s.12-13, 29; Craig, Privacy and Employment Law, s.186.

²³⁰ Craig, Privacy and Employment Law, s.188-189.

nedeni yaratacağını kabul etmek gerektiği, **kanısındayız**. Ne var ki, ABD'dekine benzer bir düzenleme bulunmadıkça, işverenin kamu sağlığı gerekçesine dayanması, kendisini devletin yerine koyması anlamına gelebilecektir ki, bu durumun sakıncalarına daha önce de işaret edilmişti²³¹. Önemle belirtelim ki, verimlilik ya da kamu sağlığı nedenlerini, alkol ve uyuşturucu testleri için hukuka uygunluk nedeni olarak algılayan görüşler, testin pozitif çıkması veya işçinin bağımlı olduğunun anlaşılması durumunda, iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesine sıcak bakmamaktadır: Öncelikle, işçinin tedavi ve rehabilitasyonu için olanak sağlanmalı; fesih, son çare olarak düşünülmelidir²³². Bu tutumun temelinde, işçiyi alkol ve uyuşturucu kullanımına iten nedenlerin, iş ve işyeri kaynaklı olabileceği belirlenmesi yatmaktadır²³³.

İşyerinde yapılacak alkol ve uyuşturucu testleri için genel kabul gören hukuka uygunluk nedeni ise, iş sağlığı ve güvenliği kaynaklı risklerin en aza indirilmesidir²³⁴. Taşımacılık, madencilik, enerji gibi sektörlerde çalışan ve/veya yaptıkları iş, güvenlik açısından yüksek risk oluşturan işçilere alkol ve uyuşturucu testi yapılması, hukuka uygun kabul edilir²³⁵. Dikkat edilmesi gereken nokta; testin, işyerindeki işgücünün tümüne değil, risk oluşturan görevlerdeki işçilere yapılacak olmasıdır²³⁶. Bu işçilerin, özel yaşam hakkını daha az

²³¹ Bkz.: yuk. § 7, II; § 3, II.

²³² **Brooker**, Drug Testing, s.130; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1810, 1814; **Thomas**, Drug Testing, s.162, 167; **Isbister**, Justifying Drug Testing, s.264-265.

10-14 Mayıs 1993 tarihinde Norveç'te İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Testi üzerine yapılan UÇÖ Uzmanlar Komitesi toplantısında da, bağımlılıkla mücadele gerekçesiyle, aynı sonuca varılmıştır Bkz.: **ILO**, Alcohol- and Drug-related s.34-35 ve (ILO AD Code para.9.2.1).

²³³ İşyerinde alkol ve uyuşturucuya ulaşımın kolay olması, özellikle alkol kullanımı konusunda işyerinde sosyal baskı bulunması, işçinin işi nedeniyle normal sosyal ve cinsel yaşamından uzak kalması, yönlendirme hizmeti alamaması, işin aşırı stresli olması, sürekli işini kaybetme korkusu, monoton iş koşulları, gece işi, postalar halinde çalışma söz konusu olduğunda postanın kısa aralıklarla değişmesi, işçinin işini gördüğü yerin sürekli değişmesi ve bu nedenle çalışma arkadaşlarının da buna koşut olarak değişmesi gibi nedenlerin işçiyi alkol ve uyuşturucu kullanımına ittiği belirtilir. Bkz.: **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.26.

²³⁴ **Perrins** et. al., Harvey on Employment Law, para.522; **Isbister**, Justifying Drug Testing, s.266-267; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.192; **Thomas**, Drug Testing, s.163, 167; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.288; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1813; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.24.

²³⁵ **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.15-16, 30-33; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.289.

²³⁶ **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.34; **Perrins** et. al., Harvey on Employment Law, para.522; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.30; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.195-197; *Luck v. Southern Pacific Transportation Co.*, No. A040995. Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Four. Feb 21, 1990, (Çevrimiçi) <http://login.findlaw.com/scripts/callow> (13 Şubat 2005); Ayr. Bkz.: **Thomas**, Drug Testing, s.162.

zedeleyen başka yöntemlerle denetlenmesinin mümkün olmaması²³⁷ veya performanslarında düşüş gözlenmesi ve bunun nedeninin alkol ve/veya uyuşturucu kaynaklı olduğu yönünde makul şüphe bulunması²³⁸ da uygulamanın hukuka uygun olarak kabulü için aranması gereken koşullardır. Öte yandan, testle işçi hakkında kişisel veri elde edileceğinden, Veri Koruma Hukuku kurallarının burada da geçerli olduğu akıldan çıkartılmamalıdır²³⁹. Dolayısıyla, alkol ve uyuşturucu testleri için alınan örnekler başka amaçla kullanılmamalı, işçiler test öncesinde bilgilendirilmeli, işçiye test sonucuna ulaşma hakkı sağlanmalı; test sonuçları işçiye bildirilmelidir²⁴⁰.

Test, mümkün olduğunca güvenilir ve geçerli sonuç veren yöntemlerle yapılmalıdır. Testin doğru sonuç verdiği konusunda sağlamasının yapılabilmesi de gerekmektedir²⁴¹. Pozitif test sonuçları, sağlık personeline gözden geçirilmeli; sonuç hakkında işçiyle görüşmeli ve bu görüşme de sağlık personeline yapılmalıdır. Görüşme, bu sürecin en önemli aşamasıdır. İşçinin sonucun pozitif çıkmasına getireceği, kullandığı yasal ilaçlar gibi, hukuka uygun bir açıklama

²³⁷ Örneğin, sürücüler, yapmakta oldukları iş nedeniyle işyeri dışındadırlar ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından alkol ve/veya uyuşturucu kullanmaları büyük risk doğuracaktır. Bu işçilerin, başka şekilde denetlenmesi neredeyse imkansızdır. Öte yandan, işyerinde bulunan işçiler bakımından psikomotor testleri gibi özel yaşama müdahale oluşturmayan yöntemlerle istenilen amaca ulaşılabilecekse alkol ve uyuşturucu testinden kaçınılmalıdır. Bkz.: **Thomas**, Drug Testing, s.166; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.194, 196; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.289; Bkz. ve Karş.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.25.

²³⁸ İşçinin alışmamış şekilde davranışlar göstermesi, alkol ve/veya uyuşturucu etkisi altında olduğunu gösteren, göz bebeğinde büyüme, donuklaşma, ağız kokusu gibi açık bulguların (semptom) söz konusu olması, makul şüphenin oluşması için verilebilecek örneklerdir. Ayrıca, şüpheyi destekleyen bilgi ve gerçekler bir araya getirilerek, değerlendirilmeli; şüphenin haklı olduğu üzerine diğer yöneticilerle mutabakat sağlanmalıdır. Bkz.: **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1813; **Brooker**, Drug Testing, s.132; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.196; **Thomas**, Drug Testing, s.167; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.24-25; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.289.

²³⁹ İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi duyarlı veri niteliğindeki sağlık verilerin işlenmesi için sıralanan hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Bkz.: yuk. IV, A, 3, a, gg; Ayr. Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.198-199; **Brooker**, Drug Testing, s.132; **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.34, 37.

²⁴⁰ **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.522; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.200-201; **Thomas**, Drug Testing, s.167; **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.34, 37.

²⁴¹ **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.36; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1808-1809; **Thomas**, Drug Testing, s.167.

ması olabilir²⁴². Pozitif sonuç için, işçi tarafından böyle makul bir açıklama yapıldığında, sonucun, işverene negatif olarak bildirilmesi önerilir²⁴³.

Test için örnek vermeyi reddeden (teste rıza göstermeyen) işçinin bu davranışından, onun, alkol ve/veya uyuşturucu kullandığı veya bağımlı olduğu sonucunu çıkarılmamalıdır²⁴⁴. İşçiye zor kullanılarak test yapılamaz. Ancak, işçinin bu tutumunun, testin istenme gerekçesine göre, fesih nedeninin belirlenmesinde etkin olabileceği, **kanısındayız**²⁴⁵.

Türk Hukuku bakımından işçilerin alkol ve uyuşturucu kullanımına ilişkin öncelikle belirtilmesi gereken hüküm, İş Kanunu'nun 84. maddesidir. Bu madde uyarınca, "*İşyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır*" (İŞK m.84/I). "*İşveren; işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahiptir*" (İŞK m.84/II). Bu düzenlemelere aykırı davranış, işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi hakkı verir (İŞK.m.25/II/d).

Yasak, görüldüğü üzere, iki boyutludur. İlk yasak, işyerine sarhoş ve uyuşturucu madde almış olarak gelmeye yöneliktir. Belirtelim ki; işçinin, sarhoş olmaksızın; görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemeyecek düzeyde alkol alarak işyerine gelmesi yasaklanmamıştır ve haklı fesih nedeni oluşturmaz²⁴⁶. Uyuşturucu madde alarak işyerine gelmek konusundaki yasak ise; sarhoşluktan farklı olarak, maddenin etkisinin düzeyine bağlı değildir. Uyuşturucu kullanımı, TCK m.191 uyarınca suçtur. Giderek, etki altında olma düzeyine bakılmaksızın, bu şekilde işyerine gelmek yasak ve işveren için haklı fesih nedenidir.

²⁴² **Brooker**, Drug Testing, s.129; **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.34, 38; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.199; **Thomas**, Drug Testing, s.162.

²⁴³ **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.38.

²⁴⁴ A.e., s.34.

²⁴⁵ Bkz.: aş. § 15, II, 1, b.

²⁴⁶ "... davacının işyerine alkol aldıktan sonra geldiği, tanık beyanlarından anlaşılmiş ancak sarhoş olduğuna dair hiçbir bilgi edinilmemiştir. 1475 sayılı iş kanununun 77. maddesinde işyerine sarhoş olarak gelinmesinden ve işyerinde alkol alınmasından sözedildiğine göre somut olayda bu iki hususunda gerçekleştiği anlaşılmadığından..." Yarg. 9. HD, 8.5.2003, E. 2002/25918, K. 2003/7770, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası; "... işyerine sarhoş olarak gelmek fesih sebebi sayılmış olup mücerret alkollü gelmek fesih sebebi değildir..." Yarg. 9. HD, 9.10.2002, 4239/18575, **Günay**, Şerh, s.835-836; "...Aldığı içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını, işini normal şekilde yürütmesini etkilemiyorsa, sadece işyeri dışında içki kullanmış olması aktin feshi için yeterli değildir..." Yarg. 9. HD, 27.6.1978,6424/9324, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.34, Ocak 1979, s.9-10; **Çelik**, Dersler, s.235; **Ekonomi**, İş Hukuku, 206.

İkinci yasak ise işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmaya yöneliktir. Alkolün ya da uyuşturucu maddenin işyerinde alınmış olması, yasağa aykırı davranıldığı için yeterlidir. Sarhoşluk yaratacak derecede alınıp alınmadığı önemli değildir²⁴⁷. Ancak anımsatalım ki, işyerinin eklentilerinde işverenin belirlediği kurallar çerçevesinde alkollü içki kullanılması, ortaya koyduğumuz bu kuralın ilk istisnasını oluşturur²⁴⁸ (İşK m.84/II). Diğer istisnalar ise, İşK.m.84/III'te sıralanmış olup; işçinin işi gereği işyerinde alkollü içki kullanması haline işaret etmektedir.

Konumuz bakımından cevaplanması gereken soru, bu hükümlerin işverene alkol ve uyuşturucu testi yapma hakkı verip vermediğidir. Cevap arayışında, Fransız yargı kararları, yol gösterici olabilir. Şöyle ki, Fransız İş Kodu, İşK.m.84 benzeri hükümler içerir. Kodun L.232-2 maddesi uyarınca, sarhoş durumdaki işçilerin işyerine girmeleri ve işyerinde kalmaları yasaktır. Ayrıca, L.232-3 hükmü işverene, işyerinin tamamen alkollü içkilerden arındırılması yolunda çalışma kuralları koymak hakkı vermektedir. Bu kurallara Fransa Çalışma Bakanlığı ve Mahkemelerin getirdiği yorum ise, işverenin alkol testi yapabileceği ancak, testin sıra dışı güvenlik riski ve önlem alma gereği bulunan durumlar dışında tüm işçilere uygulanamayacağı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek risk yaratan görevlerdekilere uygulanabileceği; işin doğası gerektirmedikçe alkol testi uygulamanın işçilerin özel yaşamlarına saldırı oluşturacağı yönünde olmuştur²⁴⁹. **Kanımızca**, İşK.m.84 düzenlemesinin de bu şekilde yorumlanması yerinde olur. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde çalışan işçilere test uygulamasının hukuka uygunluğu "*İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, ... işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler*" hükmünü getiren İşK.m. 77/I ile de desteklenebilir²⁵⁰. Ayrıca, iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde çalışan işlerin bazıları için, görevlerini hiç alkol almadan yerine getirmenin, yasal bir zorunluluk olduğu da unutulmamalıdır. Taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı

²⁴⁷ Yarg. 9. HD, 23.11.2000, 11059/17243, **Cevdet İlhan Günay**, Şerhli İş Kanunu, 2.bs., Ankara.Yetkin Yay., 2001, s.3554; Yarg. 9. HD, 21.11.1988, 8379/11025, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.133, Nisan 1989; Yarg. 9. HD, 26.3.1981, 1673/3925, TÜTİS, C.5, S.4, Temmuz 1981, s.24;

²⁴⁸ İşçilerin ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceği işveren tarafından belirlenmemiş ise, işyeri eklentilerinde alkollü içki satışı yapılıyor olması, iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk taşımayan işlerde çalışan işçilerin, sarhoşluk derecesine varmadıkça bu yerlerde alkollü içki kullanabilecekleri sonucuna varmayı zorunlu kılar.

²⁴⁹ **Ford**, *Two Conceptions*, s.141.; **ILO**, *Workers' Privacy Part III*, s.222-223 ve a.y. dn.6-10.

²⁵⁰ İsviçre Hukuku bakımından benzer yorum için Bkz.: **ILO**, *Workers' Privacy Part III*, s.298-300.

yapan sürücüler, alkollü içki kullanmış olarak bu araçları kullanamazlar²⁵¹ (Trafik Yön. m.97/b/1).

İş sağlığı ve güvenliği bakımından risk taşımayan bir görevde çalışan işçiden ise, performans düşüklüğünün alkol veya uyuşturucu kullanımından kaynaklandığından kuşkulansa bile, test istenmemesi gerekir. Aksinin kabulü, kolluk güçlerine bile tanımayan bir yetkinin işverene tanınması²⁵² ve işçinin özel yaşamına saldırı anlamına gelecektir. Ayrıca, bu **kaniya** varmamızda, işçinin performans düşüklüğü, işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirme, alkol sorunundan kaynaklanan devamsızlık²⁵³ gibi olguların, kendi başına fesih nedeni oluşturması (İşK.m.18, 25/1) ve Türk Hukuku uyarınca, işverenin, bu başlık altında ortaya koyduğumuz bazı yabancı hukuk sistemleri ve uluslararası belgelerdeki yaklaşıma benzer şekilde fesihten önce işçinin alkol veya uyuşturucu probleminin çözümünde yardımcı olmak gibi bir yükümlülüğünden söz edilememesi, önemli etkenlerdir²⁵⁴ (ILO AD Code para.8.1.1).

²⁵¹ Dolayısıyla, işçinin işyerine sarhoş gelme yasağına aykırı davranışta bulunduğu belirlenmesinde görevi de etkili olacaktır. Yargıtay da bir kararında, *kamyon* sürücüsü olan işçinin, işyerine içkili gelmesini ve kamyon kullanmasını yasağa aykırı davranıldığı kabul için yeterli bulmuştur. Yarg. 9. HD, 26.3.1991, E. 1990/12848, K. 1991/6573, YKD, C.17, S.12, Aralık 1991.

Görevi, taksi veya dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı dışında araç sürücülüğü olan işçinin ise, işini normal şekilde yürütmesini etkileyecek alkol miktarı olarak, Trafik Yön.m.97/b,2 hükmündeki 0.50 promillik oran kabul edilmelidir.

²⁵² CMK m.75 uyarınca şüpheli veya sanığın vücudundan tükürük vb. örneklerin alınmasına Cumhuriyet Savcısı karar verebilir ve karar yirmidört saat içinde Yargıç onayına sunulmalıdır. Kolluğun Yargı kararına gereksinim duymaksızın test yapabileceği tek alan trafik kontrolüdür (Trafik K. m.48,Trafik Yön.m.97). Bu düzenlemenin temelinde de sağlık ve güvenlik nedenleri bulunduğunu iddia etmek kanımızca mümkündür.

²⁵³ İşK m.25/1/a uyarınca, işçinin içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. Başka hastalıklar nedeniyle işe devam edemeyen işçinin sözleşmesinin feshi için ise devamsızlığın, işçinin bildirim süresini altı hafta aşması gerekir. Bu noktada, içkiye düşkünlüğün alkolizm boyutunu alması halinde, diğer hastalıklar gibi işlem görmesi gerektiği ileri sürülür. Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım, meseleye özellikle UÇÖ'nün yaklaşımıyla örtüşmektedir. Bkz. ve Karş.: **Ali Nazım Sözer**, "İş Hukukunda İçkiye Düşkünlük Sarhoşluk ve Kusur", TÜTİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.1, s.13-14; ILO, Alcohol- and Drug-related, s.17.

²⁵⁴ Bazı yabancı hukuk sistemleri ve uluslararası belgelerdeki iş sözleşmesini feshederek doğrudan cezalandırmak yerine öncesinde, uyuşturucu kullanan kişiye yardımcı olmaya çalışmak şeklinde özetlenebilecek -bu başlık altında yukarıda deyindiğimiz- yaklaşıma benzer düzenleme, Türk Hukukunda TCK'nunda bulunur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme, bulundurma ve kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirme suçunu düzenleyen TCK m.191, bu suçların cezasının ancak, suçlunun tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması hâlinde infaz edileceği hükmünü içerir. Ne

İşyerine sarhoş veya uyuşturucu madde kullanarak gelmek konusundaki yasağa uymayan işçinin ise teste sokulması, yasağa uymadığının belirlenmesi için, bir zorunluluk değildir. Bu belirleme için, alkol veya uyuşturucu kullanıldığına ilişkin makul şüphe yaratan bulguların varlığı yeterli sayılmalıdır. İşçinin sarhoşluğuna genel gözlem yöntemleriyle karar verilebilir. İşveren, işçinin alkol kullanımını, görevini yerine getirme tarzı, alkol kokusu, konuşma bozukluğu ve saldırgan davranışlar gibi²⁵⁵ bulgulara dayanarak tespit edebilir.²⁵⁶ Belirtelim ki, uyuşturucu kullanımı durumunda da belirli bulguların gözlenmesi mümkündür²⁵⁷. İşçiden bu konuda savunma istenmesi halinde²⁵⁸ test, ancak işçinin savunması için gerekli olabilir. Bu açıklamaların, yaptıkları görev, iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek risk taşımayan işçiler bakımından geçerli olduğunu anımsatalım.

4. HIV/ AIDS Testleri

HIV²⁵⁹, AIDS²⁶⁰'e yol açar. Başka bir anlatımla, vücudun bağışıklık sistemini zayıflatarak enfeksiyonla mücadelesini güçleştirir. AIDS, hemen her zaman ölümcüldür. Ne var ki, herhangi bir kişi, AIDS belirtileri görülmezsizin 10 yıl ya da daha uzun bir süre enfeksiyonlu (HIV+, HIV pozitif) olarak yaşamını sürdürebilir. HIV pozitif kişilerin, çalışma yeteneklerini (verimliliklerini)

var ki, işveren için, fesih öncesinde, işçinin bu probleminin çözümü için yardımcı olmak gibi bir yükümlülüğünden söz etmek güçtür.

²⁵⁵ Ayr. Bkz.: yuk. dn.238

²⁵⁶ Almanya Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesinin sıralanan bu ölçütleri kullanarak verdiği karar hakkında bilgi için Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.241.

"... davacının her ne kadar işyeri dışında alkol aldığı anlaşılmaktaysa da, işyeri aracılığıyla işyerine geldiği ve işyerinde doktor tutanağıyla alkollü olduğu anlaşıldığı gibi, tutum ve davranışlarından da tanık beyanlarına göre alkollü olduğu açıktır..." Yarg. 9. HD, 11.4.2005, 8257/12834, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, S.6, s.17411742.

²⁵⁷ Bu bulgular hakkında bilgi için Bkz.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s. 24-25; (Çevrimiçi) <http://www.uyusturucu.gen.tr/nasil/index.html> (26 Aralık 2004).

²⁵⁸ Kanımızca, ister haklı ister geçerli nedene dayanılsın fesih öncesinde işçiden savunma istenmelidir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **K. Ahmet Sevimli**, "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, C.18, S.6, Kasım 2004, s.17-21; Ayr. Bkz.: **Çelik**, Dersler, 243-244.

²⁵⁹ *İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü (the Human Immunodeficiency Virus)*; vücudun bağışıklık sistemini zayıflatarak sonuçta AIDS'e yol açan virüstür. (**ILO**, An ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work, Geneva, International Labour Office, 2001, para.3.2)

²⁶⁰ *Edinilmiş Bağışıklık Yetmezliği Sendromu (the Acquired Immune Deficiency Syndrome)*; genellikle fırsatçı enfeksiyonlar ve kanser türleriyle birlikte anılan, bugüne dek tedavisi bulunamamış tıbbi durumların oluşturduğu kümeye verilen isimdir. (**ILO**, HIV/AIDS Code, para.3.2).

etkileyecek sağlık problemleri yaşamaksızın, çalışmaya devam etmeleri de mümkündür²⁶¹. Ancak bu konumdaki kişiler bile virüsü başkalarına bulaştırabilir²⁶². HIV, başta kan, meni, vajinal salgılar ve anne sütü olmak üzere vücut akışkanları yoluyla insandan insana geçer²⁶³. Yani, HIV, sıradan fiziksel temaslarla bulaşmamaktadır. Örneğin, el sıkışmak, öksürmek, aksırmak, öpüşmek, tuvalet ve çamaşırhanelerin ortak kullanımı, HIV taşıyan bir kişinin dokunduğu mutfak malzemelerinin kullanılması, sivrisinek ya da başka bir böceğin ısırması gibi durumlar, virüsün bulaşmasına yol açmamaktadır²⁶⁴. Görüleceği üzere, normal sosyal ilişkilerin yaşandığı, olağan işyeri koşullarında, HIV bulaşma riski, yok denecek kadar azdır²⁶⁵. Ancak, insan kanyıyla doğrudan temas olasılığı içeren sağlık, güvenlik, kurtarma gibi iş alanlarında çalışanlar bakımından, HIV bulaşma riskinin daha yüksek olduğu kabul edilir²⁶⁶.

Buna karşın, HIV'nin sınırlı koşullarda yaşayabilen, kırılğan bir virüs olduğu unutulmamalıdır. Virüs vücuda ancak doğal olarak nemli yerlerden girebilmekte; ciltte herhangi bir yara olmadığı sürece nüfus edememektedir. Dolayısıyla, alınacak önlemlerin başında, virüse karşı fiziki engel oluşturulması yer alır. Virüsün engellenmesinde, Evrensel/Genel Önlemler (*Universal Precautions*) olarak bilinen basit ve işlevli önlemler dizisi etkilidir²⁶⁷.

²⁶¹ ILO, Workers' Privacy Part III, s.37.

²⁶² ILO, HIV/AIDS Code, Appendix I, s.19.

²⁶³ Bugüne kadarki çalışmalar sonucu, bulaşmanın dört ana yoldan gerçekleştiği belirlenmiştir: Enfeksiyonlu bir kişiyle korunmadan cinsel ilişki gerçekleştirilmesi (en yaygın yol); enfeksiyonlu kan, organ, doku nakli ya da kirli enjeksiyon araçlarının ve vücuda delen başka araçların kullanılması başta olmak üzere kan yoluyla; enfeksiyonlu annenin virüsü rahimde ya da doğum sırasında çocuğa geçirmesi ve emzirme. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part III, s.38; ILO, HIV/AIDS Code, Appendix I, s.19.

²⁶⁴ Ertürk, AIDS Sebebiyle Fesih, s.7-8; ILO, HIV/AIDS Code, Appendix I, s.19.

²⁶⁵ ILO, Workers' Privacy Part III, s.38, 137; Ertürk, AIDS Sebebiyle Fesih, s.8; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.177.

²⁶⁶ ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri (United States Centers for Disease Control and Prevention, CDC) verilerine göre, ABD'de 1991 ortalarında 6000 HIV pozitif sağlık çalışanından sadece 40 kişiye, işlerini yaparken meydana gelen kaza ve olaylar nedeniyle HIV bulaşmış olması, önlem alındığında, en riskli gruplarda bile bulaşma olasılığının düşük olduğuna işaret eder. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part III, s.38.

²⁶⁷ Standart Önlemler olarak da anılan kan ve vücut akışkanları ile ilgili Evrensel Önlemler, ilk olarak ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri tarafından 1985 yılında geliştirilmiştir. Bu önlemlerin kaynağında, büyük ölçüde, HIV/AIDS salgını ve hastanelerde çalışan personeli kanla geçen enfeksiyonlardan koruyacak yeni stratejiler geliştirme gereksinimi yer almakla birlikte, Evrensel Önlemlerin enfeksiyon durumu ne olursa olsun herkesi kapsayacak şekilde uygulanması gerekir. Evrensel Önlemler, iğne vb. sivri uçlu nesnelerin titizlikle kullanılması ve atılması; herhangi bir işlemde önce ve sonra ellerin yıkanması; kanla ve diğer vücut akışkanlarıyla doğ-

Bu başlık altında HIV/AIDS testleri için yapacağımız açıklamalar, hepatit vb. diğer bulaşıcı hastalıklar için de, *mutatis mutandis* geçerlidir. Özellikle HIV/AIDS üzerinde durmamızın nedeni ise, bu virüs ve neden olduğu hastalığın, işçiler bakımından etkilerinin çok boyutlu ve ağır olması; giderek dünya çapında bir sorun haline almış olmasıdır. İşe alım, iş sözleşmesinin devamı ve fesihle ayrımcılık, cinsler arası eşitsizliklerin daha da derinleşmesi²⁶⁸ ve çocuk işçiliğinin yaygınlaşması, HIV/AIDS'in başat olumsuz etkileri olarak sayılabilir²⁶⁹. Ayrıca, dünyada işverenler, sağlık çalışanları başta olmak üzere, çeşitli iş kolları ve meslekler için, iş başvurusunda bulunanlara ve halen çalışmaya devam edenlere, HIV testi yapmak eğilimindedir²⁷⁰.

Ayrımcılık, başta olmak üzere HIV/AIDS nedeniyle çalışma yaşamında görülen olumsuz etkiler, uluslararası kuruluşları harekete geçirmiştir. UÇÖ tarafından hazırlanan *HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı* Başlıklı Uygulama Kodu²⁷¹; AB Avrupa Konseyi (Council of EU) ve Üye Devletlerin Sağlık

rudan temas durumlarında, eldiven, üstlük, maske vb. koruyucuların kullanılması; vücut sıvıları ve kan bulaşmış atıkların güvenli biçimde imha edilmesi; aletlerin ve diğer hastalık yapabilecek mikroorganizmaların bulaştığı (kontamine) donanımın gerektiği biçimde dezenfekte edilmesi; ve kirlenmiş, çamaşır vb. maddelere ilişkin işlemlerin titizlikle yapılması, şeklinde sıralanır. Bkz.: **ILO**, HIV/AIDS Code, Appendix II, s.23.

²⁶⁸ Kimi biyolojik etmenler, erkeklere göre kadınlara daha açık kılmaktadır. Ayrıca, kadının ve erkeğin statüsündeki yapısal eşitsizlikler sonucunda kadınların enfeksiyonu önleyici girişimlerde bulunmaları güçleşmekte, bu durum AIDS'in sonuçlarını kadınlar açısından daha da ağırlaştırmaktadır. Bkz.: **ILO**, HIV/AIDS Code, Appendix I, s.21; **ILO**, AIDS Manual, Module 5, s.1-4, 7,9-14.

²⁶⁹ Etkiler hakkında bilgi için Bkz.: **ILO**, HIV / AIDS: A Threat to Decent Work: Productivity and Development, Document for Discussion at the Special High-Level Meeting on HIV / AIDS and the World of Work, Geneva, International Labour Office, 2000, s.14-19; **ILO**, HIV/AIDS Code, Appendix I, s.29.

²⁷⁰ Dünyada HIV testlerinin hangi iş kolları ve mesleklerde uygulandığı ve işverenlerin dayandığı nedenler hakkında bilgi için Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.40-46; **Goldberg/Sprotzer**, HIV Testing, s.22; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.178.

²⁷¹ HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı Başlıklı uygulama kodu Haziran 2001 tarihinde UÇÖ tarafından benimsendikten sonra BM Genel Kurulunun 25-27 Haziran 2001'de New York'ta yapılan HIV/AIDS özel oturumunda gündeme alınmış, BM Genel Sekreterliği başta olmak üzere ulusal liderlerin, kurumların, işçi ve işveren örgütlerinin ve hükümet dışı organizasyonların desteğini almıştır. Oturumun sonuç bildirgesinde, HIV/AIDS ile ilgili ulusal yasal düzenlemelere gidilirken UÇÖ Kodu dahil daha önce oluşturulan belgelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. UÇÖ Kodunun oluşturulma aşamaları için Bkz.: **Jane Hodges**, Guidelines on Addressing HIV/AIDS in the Workplace through Employment and Labour Law, InFocus Programme on Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration, Paper No. 3, Geneva, January 2004, s.5; (Çevrimiçi) http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/code/code_dev_page.htm (13 Aralık 2004); **BM Sonuç Bildirisi** için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.thebody.com/ungass0601/declaration.html> (13 Aralık 2004).

Bakanlarının AIDS ve İşyeri konulu toplantısından çıkan Karar (Kısaca *AB AIDS ve İşyeri Kararı*)²⁷², Avrupa Konseyi (Council Of Europe) Bakanlar Komitesice kabul edilen COE R(87)25 ve COE R(89)14 sayılı Tavsiye Kararları²⁷³; çalışma yaşamında HIV/AIDS'e verilecek tepki konusunda yol gösterici başat düzenlemeler olmuşlardır²⁷⁴. Bunların yanı sıra, BM Eğitim Bilim Kültür Örgütü (UNESCO) ve Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından hazırlanan belgelerde de HIV/AIDS olgusunun çalışma yaşamındaki etkilerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur²⁷⁵. Ulusal düzeyde ise, doğrudan AIDS sorununa özgülünmüş yasalar söz konusu olduğu gibi; ayrımcılık yasakları getiren yasal düzenlemeler, özürlülerin genel ve çalışma yaşamındaki haklarına yönelik hükümler ve iş yasaları da HIV/AIDS sorunuyla savaşında ve HIV pozitif işçilerin korunmasında önemli enstrümanlar olarak algılanmaktadır^{276,277}.

Kodun Türkçe çevirisi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/public/english/protection/trav/aids/code/languages/index.htm> (13 Aralık 2004).

²⁷² Conclusions of the Council and the Ministers for Health of the Member States, meeting within the Council, on 15 December 1988 concerning AIDS and the place of work, OJ C.28, 3.2.1989, s. 2-3 (Çevrimiçi) [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41989X0203\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=41989X0203(01)&model=guichett) (13 Aralık 2004).

²⁷³ Recommendation No. R (89) 14 of The Committee of Ministers to Member States on the Ethical Issues of HIV Infection in the Health Care and Social Settings, (Çevrimiçi) <http://cm.coe.int/ta/rec/1989/89r14.htm> (7 Aralık 2004); Recommendation No. R(87)25 Concerning a Common European Public Health Policy to Fight the Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) (Çevrimiçi) [http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/Health/Recommendations/Rec\(1987\)25.asp](http://www.coe.int/T/E/Social_Cohesion/Health/Recommendations/Rec(1987)25.asp) (7 Aralık 2004).

²⁷⁴ Başta "İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkından 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi" olmak üzere, işyerinde HIV/AIDS kaynaklı sorunlarla savaşında kullanılabilir Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri ve bu konudaki açıklamalar için Bkz.: **Hodges**, Addressing HIV/AIDS, s.5-8.

²⁷⁵ Bu belgeler hakkında bilgi için Bkz.: **Louis N'Daba, Jane Hodges-Aeberhard**, HIV / AIDS and Employment, Geneva, International Labour Office, 1998, s.61 vd.; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.52-53, 126-138; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.179-182.

²⁷⁶ Ulusal düzeydeki bu yasal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Marie-Claude Chartier**, HIV/AIDS+WORK: Legal Initiatives That Can Help Fight HIV/AIDS in the World of Work, Geneva, ILO, 2004, s.6-12; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.48-52; **Goldberg/Sprotzer**, HIV Testing, s.21, özellikle 25-26; **N'Daba/Hodges-Aeberhard**, HIV/AIDS and Employment, s.21-23; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.182-186; **ILO**, Threat to Decent Work, s.26.

²⁷⁷ Ulusal düzeydeki bu tür yasal düzenlemeler ayrımcılığa cevap niteliğindeki yargı kararlarının alınmasını kolaylaştırır. Güney Afrika Hava Yolları'nın davalı olduğu olayda, "Hastalık semptomları göstermeyen HIV pozitif bir kişi, kabin görevlisi olarak görevini gerektiği gibi yerine getirebilir ... HIV pozitif kişinin yolcular ya da diğer üçüncü kişiler için doğurduğu risk dikkate değer değildir ve gerektiğinde iyi tasarlanmış Evrensel Önlemler devreye sokulabilir..." şeklindeki anlatıma yer veren karar, HIV/AIDS nedeniyle yapılan ayrımcılıkla savaşında örnek gösterilen kararlardan biridir. *Hoffmann v. South African Airways*, Constitutional Court of South

Çalışma konumuz bakımından üzerinde durulması gereken nokta, işyerindeki HIV testlerine, bu sorunla savaşımında nasıl yaklaşmakta olduğudur. UÇÖ'nün hazırladığı uygulama kodu uyarınca, "... HIV testleri işyerlerinde yapılmamalıdır. Böyle bir uygulama gereksizdir ve yapıldığında işçilerin insan haklarını ve saygınlıklarını zedeleyecektir. Çünkü, test sonuçları açık edilebilir ya da kötüye kullanılabilir; işçilerden bu konuda alınacak rıza her zaman kendi özgür iradelerinin sonucu olmayabilir ya da testle ilgili gerçekleri ve sonuçları, işçi, eksiksiz biçimde dikkate almayabilir. İşyerlerinin dışında bile, gizli tutulması gereken gönüllü HIV testleri, işçilerin öncesinde bilgilendirilmiş rızalarına dayanılarak gerçekleştirilmeli ve tam gizlilik koşullarında yalnızca sağlık personeli tarafından yapılmalıdır" (ILO HIV/AIDS Code para.8). "HIV testi, işe alımda ya da iş sözleşmesinin devamında bir ön koşul olarak kullanılmamalıdır. Çalışanlar için, işe girişte ya da iş sözleşmesi devamında düzenli aralıklarla yapılan işe uygunluğu belirlemeye yönelik sağlık testlerinde ise, zorunlu HIV testine yer verilmemelidir" (ILO HIV/AIDS Code para.8.1). Kod, uyarınca test ancak, elde edilen bilginin anonim hale getirilmesi²⁷⁸ koşuluyla bilimsel amaçlarla ya da gönüllü olarak ve işyeri dışında veya mesleki nedenlerle işyerinde HIV içeren maddelere maruziyet sonrasında yapılabilir (ILO HIV/AIDS Code para.8.3, 8.4, 8.5). Belirtelim ki, maruziyet sonrası yapılacak testlere UÇÖ'nün yaklaşımı, testin, işçi lehine kullanılması yönündedir. Kişinin HIV virüsüne maruz kalmış olması, fesih için gerekçe oluşturmayacağı gibi; gerekirse, bu işçi için alternatif çalışma ortamı yaratılması beklenir²⁷⁹.

AB AIDS ve İşyeri Kararında da, benzer bir yaklaşımın sergilendiği görülür. Karar uyarınca, HIV pozitif durumda olmakla birlikte, hastalık belirtisi göstermeyen işçilere, diğer işçilere nasıl bakılıyor ve davranılıyorsa öyle davranılmalı; işe uygun oldukları kabul edilmelidir (m.8). Ayrıca, işçilerin HIV durumları hakkında işverene bilgi vermek yolunda bir yükümlülükleri bulunmamalıdır (m.9). Kararın 7. maddesinde ise; açık şekilde, HIV taşıyan ya da AIDS'li kişilerin iş arkadaşları için hiçbir tehlike oluşturmayacağı bu nedenle işe alınacak kişilerin HIV taramasından geçirilmesini gerektiren bir neden bulunmadığı; olağan sağlık taramalarında HIV testi yapılmasının ise AIDS'le savaşımında uygun bir yol olmadığı belirtilmektedir²⁸⁰. Ayrıca, işçilerin

Africa ,28 Sep. 2000, CCT 17/00. Bu karar ve diğer örnek kararlar için Bkz.: **Chartier**, Legal Initiatives, s.13-15; **N'Daba/Hodges-Aeberhard**, HIV/AIDS and Employment, s.23-24.

²⁷⁸ Anonim hale getirme deyiimi Veri Koruma Hukukunda, kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesini anlatır (Bkz.: KVKK Tsr. m.3, d).

²⁷⁹ **Hodges**, Addressing HIV/AIDS, s.30; **ILO**, AIDS Manual, Module 2, s.16-17.

²⁸⁰ Ayr. Bkz.: **ILO**, Threat to Decent Work, s.11, 26-27.

HIV/AIDS durumuna ilişkin verilerin gizliliği korunmalı²⁸¹ ve HIV/AIDS vakalarına karşı, iş performansını etkileyen diğer ciddi hastalıklara yakalanan işçilere nasıl davranılıyorsa o şekilde davranılmalıdır (m.5, 11). Benzer hükümler, UÇÖ kodunda da bulunmaktadır (ILO HIV/AIDS Code para.9.1; 9.7).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye kararlarına bakıldığında da, HIV/AIDS sorununa yaklaşımın farklı olmadığı görülür. İşe alımda ve iş sözleşmesinin devamında HIV testlerinin zorunlu olmaması, öncesinde bilgilendirme yapılmış gönüllü testlere danışmalık hizmetinin eşlik etmesi, özellikle sağlık çalışanlarının bulaşmaya karşı önlemler hakkında bilgilendirilmesi, test sonuçlarının gizliliğinin korunması, kararlardaki öneriler arasında yer alır [COE R(87)25 para.2.2.1, 2.2.3; COE R(89) 17 para.I-A, I-B, V-A].

HIV testleri konusundaki genel ilkeler böyle olmakla birlikte, uluslararası ve ulusal yargı organlarının işyeri HIV testleri üzerine verdikleri kararlar, hastalığa yaklaşımın ayrıntılarını ortaya koyar niteliktedir. Avrupa Bidayet Mahkemesi²⁸² (*European Court of First Instance*), bir kararında²⁸³, AB Avrupa Komisyonun, tropikal ve az gelişmiş bir bölgedeki görev için başvuruda bulunan bir kişiyi, AIDS olması²⁸⁴ nedeniyle reddetmesinin, AB AIDS ve İşyeri Kararındaki ilkelere aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu karara varırken, diğer işçilerle fark gözetilmeksizin işlem görmesi gerekenlerin, HIV pozitif olup hastalık (AIDS) belirtisi göstermeyen kişiler olduğuna işaret etmiştir²⁸⁵. Belirtmek gerekir ki, bu kararda görev yapılacak bölgenin, enfeksiyon riski yüksek bir bölge olması; başka bir anlatımla, kişinin hastalığının söz konusu göreve uygun olmaması etkilidir²⁸⁶.

²⁸¹ Bu verilerin, duyarlı sağlık verisi niteliği taşıdıklarından bu konudaki sıkı kurallara tabi olduklarını anımsatalım. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

²⁸² Avrupa Bidayet Mahkemesinin görevleri arasında AB kurumlarının personeline ilişkin düzenlemelerden doğan uyumsuzluklara bakmak da bulunur. Bkz.: (Çevrimiçi) http://curia.eu.int/en/institut/presentation/fr/index_cje.htm (26 Aralık 2004).

²⁸³ A. v. *Commission of the European Communities*, 14.5.1994, Case T-10/93, European Court reports 1994 Page II-00179; IA-00119; II-00387, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/celex/cgi/sga_rqst?SESS=10345!CTXT=4!UNIQ=5!APPLIC=celexext!FILE=VISU_visom_4_10_8!DGP=0!VI_txt13 (26 Aralık 2004).

²⁸⁴ Kişi kendisi gönüllü olarak HIV pozitif olduğunu bildirmiş ve sonrasında yine gönüllü olarak yapılan test ve muayene sonucunda AIDS olduğu anlaşılmıştır. A. v. *Commission of the European Communities*, para.3, 64.

²⁸⁵ A. v. *Commission of the European Communities*, para.59, 62 ve özellikle, 69.

²⁸⁶ A.e., para.4, 65.

Avrupa Adalet Divanına, Bidayet mahkemesinden temyiz yoluyla gelen benzer bir davada²⁸⁷ ise, Avrupa Komisyonundaki belirli süreli bir işe başvuran kişi, HIV testi yaptırmak istemediğini açıkça belirtmiş; bunun üzerine kişiye doğrudan AIDS testi olarak nitelenemeyecek başka bir test (lökosit sayımı) yapılarak, AIDS olduğu sonucuna varılmıştır. Divan, işe alınacak kişinin işe uygunluğunun belirlenmesi için sağlık muayenesinden geçirilebileceğini; ne var ki açık şekilde HIV testi yaptırmak istemediğini bildiren kişiye farklı bir test yapılarak bu durumunun ortaya çıkarılmasının hukuka aykırı ve özel yaşama saldırı olduğunu belirterek, bozma kararı vermiştir. Karar, muayene sonucunda görülen anormallikler -başka bir anlatımla kişinin AIDS olduğundan kuşkulanması- sonrasında HIV testi istenmesinin değil; kişinin bunu reddetmesine rağmen testin yapılmasının hukuka aykırı olduğuna işaret eder niteliktedir²⁸⁸. Bu yaklaşım gerekçelendirilirken kullanılan, “İlgili kişi, başvurmuş olduğu pozisyona uygunluğunun değerlendirilebilmesi için sağlık memurunun gerekli gördüğü teste, layıkıyla bilgilendirildikten sonra dahi, rıza göstermekten kaçınmaya devam ederse, Kurumun (Avrupa Komisyonu) kişiyi işe alma riskini almak yönünde bir yükümlülüğü yoktur”²⁸⁹ anlatımı, dikkat çekicidir.

HIV/AIDS testleri konusunda ulusal düzeydeki bazı yargı kararları da yol gösterici olabilir. Örneğin, ABD’de işverenlerin işe alımda ya da devamında, kamu güvenliği gerekçesi haklı kılmadıkça, HIV testi istemeleri, başta Engelli Amerikalılar Kanunu²⁹⁰ olmak üzere, birçok federal ve federe yasaya aykırılık oluşturacaktır²⁹¹.

ABD yargı organlarının kamu güvenliği gerekçesini yorumlayışlarına birkaç örnek şöyle sıralanabilir. İtfaiyeci ve cankurtaran personelinin (*paramedic*) yıllık sağlık muayenelerinde HIV testi yapılması hakkında verilen

²⁸⁷ *X v. Commission of the European Communities*, 5.10.1994, C-404/92 P., European Court reports 1994 Page I-04737, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/celex/cgi/sga_rqst?SESS=28402!CTXT=5!UNIQ=4!APPLIC=celexext!FILE=VISU_visom_5_0_2!DGP=0!VI_txt0 (26 Aralık 2004).

²⁸⁸ *X v. Commission of the European Communities*, para.22-24.

²⁸⁹ A.e., para.21.

²⁹⁰ Engelli Amerikalılar Kanunu (*Americans with Disabilities Act*) uyarınca hastalık semptomları göstermeseler dahi HIV pozitif kişiler özürülü kabul edilerek birtakım ayrıcalıklardan yararlanmakta ve ayrımcılığa karşı korunmaktadır. Şöyle ki, engelli kişi, engellilik düzeyinden daha yüksek düzeyde engelli olduğu esas alınarak işlem görürse, ayrımcılık yapıldığı kabul edilecektir. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.usdoj.gov/crt/ada/pubs/hivqanda.txt> (7 Ocak 2005); Ayr. Bkz.: **Jacobs**, *Electronic Trespassing*, s.22.

²⁹¹ **Goldberg/Sprotzer**, *HIV Testing*, s.22; **ILO**, *Workers’ Privacy Part III*, s.48; **Rosenblum**, *Workplace Security*, s.104; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, *A Post-September 11 Perspective*, s.12.

bir kararda²⁹², öncelikle, HIV testi yapmak isteyen işverenin, virüsün bulaşmasına karşı alınacak diğer önlemlerin yeterli olmadığını kanıtlaması gerektiği belirtilmiş ancak, Evrensel Önlemlerin, virüs bulaşma riskini azaltmakla birlikte, söz konusu personelin çalışma ortamı göz önüne alındığında, tam anlamıyla uygulanabilir ve denetlenebilir olmadığı sonucuna varılarak, bu personel için HIV testi istenmesinin hukuka aykırı olmadığına karar verilmiştir. Kararın, bu personelin çalışma koşullarına özgü ve istisnai nitelikte olduğu özellikle, belirtilmektedir²⁹³. Diğer bir karardaki²⁹⁴ hukuka uygunluk gerekçesi ise, çalışana HIV bulaştığı yönünde makul şüphe bulunmasıdır. Bu kararın, maruziyet sonrası testlere, UÇÖ'nün yaklaşımıyla uyuşmadığı açıktır. Başka bir kararda²⁹⁵ ise, zihinsel özürlülerin rehabilite edildiği bir merkezin çalışanlarına HIV ve Hepatit B testi uygulanması, hastalardan virüs kapma ya da onlara bulaştırma riskinin çok düşük olması nedeniyle, hukuka aykırı bulunmuştur.

Türk Hukukunda, çalışma yaşamında HIV/AIDS nedeniyle doğabilecek sorunlara ilişkin özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, özel yaşamın korunmasına yönelik genel düzenlemeler ve eşit davranma ilkesi çerçevesinde, HIV testlerinin uygulanabilirliği sorusuna cevap aramak gerekecektir. Eşit Davranma İlkesi başlıklı İşK.m.5/I hükmü uyarınca, “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” Ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlar, görüldüğü üzere, *numerus clausus* nitelikte sayılmamıştır. Dolayısıyla, İşK.m.5 düzenlemesi, iş ilişkisinde veya sona ermesinde, HIV pozitif kişilere karşı ayrımcılık yapılması önünde engel olarak yorumlanabilecek niteliktedir²⁹⁶. HIV pozitif kişilerin yıllarca hastalanmaksızın çalışabildikleri ve olağan işyeri koşullarında bulaşma riskinin sifıra yakın olması karşısında, Türk Hukuku bakımından

²⁹² *Anonymous Fireman v. City of Willoughby*, U.S. District Court, Ohio, Fed. Suppl. 1991 Dec 13;779:402-18, (Çevrimiçi) http://www.ncbi.nlm.nih.gov/entrez/query.fcgi?cmd=Retrieve&db=PubMed&list_uids=11648277&dopt=Abstract (13 Aralık 2004).

²⁹³ *Goldberg/Sprotzer*, HIV Testing, s.23.

²⁹⁴ *Johnetta J. v. Municipal Court*, No. A045336. Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Five. Mar 20, 1990, (Çevrimiçi) http://www.aegis.com/law/states/ca/appellate/1990/218_CalApp3d_1255.html (13 Aralık 2004).

²⁹⁵ *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation*, U.S. Court of Appeals, Eighth Circuit, Fed. Suppl. 1989-686:243, (Çevrimiçi) http://www.ncbi.nlm.nih.gov/entrez/query.fcgi?cmd=Retrieve&db=PubMed&list_uids=11648572&dopt=Abstract (13 Aralık 2004).

²⁹⁶ *Hoffmann v. South African Airways* kararı, Güney Afrika Anayasası bakımından benzer bir çıkarıma dayanır. (Bkz.: *Chartier*, Legal Initiatives, s.14); İşK.m.5 düzenlemesini bu şekilde yorumlamamıza yardımcı olan diğer bir dayanak ise, Avrupa Temel Haklar Şartının ayrımcılık yasaklarını düzenleyen 21/1 maddesinde engellilik durumunun da ayırım yasağının geçerli olduğu alanlar arasında sayılmış olmasıdır.

da, kural olarak, işçilerden HIV testi istenmesinin ve test sonucuna göre HIV pozitif işçilerin aleyhine işlem yapılmasının, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacağı; işverenin işçinin HIV durumunu öğrenmekte hukuka uygun bir nedeni de bulunmadığından testin özel yaşama hukuka aykırı müdahale niteliği taşıyacağı sonucuna varılır²⁹⁷.

İşverenin işe almadan önce, işçinin sağlık durumunu işe uygunluğunu öğrenmek istemesinde hukuka aykırılık yoktur²⁹⁸; hatta, bazı durumlarda sağlık muayenesi, yasal bir zorunluluktur (Bkz.: İşK.m. 86, 87, 89). Yeter ki, muayene doktor tarafından yapılsın ve sonucunda işverene, sadece, adayın sağlık durumunun işe uygunluğu hakkında bilgi verilsin²⁹⁹. Bakılması gereken, adayın başvuru anındaki sağlık durumudur. HIV pozitif kişilerin, ileride hastalanabilecekleri olasılığı, bu bakımdan test yapılmasını haklı kılmayacaktır³⁰⁰.

Ancak, kişinin AIDS olduğundan kuşku duyulmasını gerektirecek bulgular; başka bir anlatımla, makul şüphe, söz konusuysa, HIV testi haklı görülebilir. Önemle belirtelim ki, burada sözünü ettiğimiz durum, adayın HIV nedeniyle taşıyıcı konumundan hasta konumuna geçmiş olduğu evreye işaret eder. AIDS, ileri evrede olmasa bile hastalıktır; AIDS aşamasında olduğundan kullanılan kişiden HIV testi istenebilmesinin temelinde ise, başvuru anında ya da ileride çalışamaz durumda olacağına ilişkin bilimsel verilerle dayalı öngörü (prognoz) yatar³⁰¹. Belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku bakımından, bu konuya özgü bir yasal düzenleme getirilmedikçe³⁰², makul şüpheye dayanmayan HIV

²⁹⁷ **Ertürk**, AIDS Sebebiyle Fesih, s.11; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.187; **Craig**, işverenin işçiye ilişkin veriyi (HIV durumuna ilişkin bilgi) elde etmek için bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, elde edilecek bilginin ayrımcı etkisine gitmeye gerek kalmaksızın, salt bu bilginin elde edilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağına vurgu yapmaktadır.Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.216, 133-138.

²⁹⁸ *A. v. Commission of the European Communities*, para.50; **N'Daba/Hodges-Aeberhard**, HIV/AIDS and Employment, s.16.

²⁹⁹ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.259; **N'Daba/Hodges-Aeberhard**, HIV/AIDS and Employment, s.17-18; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

³⁰⁰ **Goldberg/Sprotzer**, HIV Testing, s.22.

³⁰¹ *A. v. Commission of the European Communities*, para.62.

³⁰² **Örneğin**, *A. v. Commission of the European Communities* kararında işe alımda HIV testi istenmesi üzerine tartışılabilmesini sağlayan, Komisyonun kendisini, AB AIDS ve İşyeri Kararının, 8. maddesindeki, HIV pozitif durumda olmakla birlikte, hastalık belirtisi göstermeyen işçilere, normal işçilere nasıl bakılıyor ve davranılıyorsa öyle davranılması; işe uygun oldukları kabul edilmesi yönündeki hükümlerle, bağlı görmesidir.(Bkz.: *A. v. Commission of the European Communities*, para. 60). ABD'deki işe alımlardaki koruma ise, başta Engelli Amerikalılar Kanunu olmak üzere federal ve federe düzeydeki yasalardaki hükümler sayesinde gerçekleştirilmektedir (Bkz.: **Goldberg/Sprotzer**, HIV Testing, s.22).

testini reddeden adayın, işe alınmaması halinde uygulanabilecek, ayrımcılık yasağına aykırı davranış temeline oturan hukuki yaptırımın ne olacağı tartışmaya açıktır³⁰³. Bu boyutuyla, test isteği, soru sorma hakkının aşılması anlamına geleceğinden koşulları varsa, *culpa in contrahendo* çerçevesinde tazminat talebini olanaklı kılabilir. HIV/AIDS olgusuna UÇÖ ve AB yaklaşımıyla örtüşen çözüm, -TCK m.122 de göz önünde bulundurulduğunda- en azından, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun geniş yorumlanmasıdır³⁰⁴.

Sınırlı nitelikte istisnai koşullar söz konusu olduğunda, halen çalışmakta olan işçiden HIV testi istenebileceğinin kabulü gerekir. Çalışma koşulları bakımından, bulaşma riskini azaltacak Evrensel Önlemlerin alınmasının ve denetlenmesinin olanak dışı ve diğer işçilere ve üçüncü kişilere virüs bulaştırma riskinin yüksek olduğu durumların, işe alım ve iş sözleşmesinin devamında, test istenmesini haklı kılacağı **konusunda** olduğumuzu belirtmek isteriz. Bu koşullarda, işçinin özel yaşamına müdahaleyi haklı kılacak dayanak, üstün özel ve kamu yararı olarak ortaya çıkar. Ne var ki, bu istisnai durumlarda dahi, test zorla yapılamaz. İşçinin ya da adayın testi reddetmesi, işe alımda adayın tercih edilmemesi; halen çalışmakta olan işçi bakımından ise iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturabilir³⁰⁵. Önemle belirtelim ki; bu tür istisnai koşullar söz konusu değilse, işe alımdan farklı olarak, iş sözleşmesi sürerken işçinin AIDS olmasından kuşku duyulması dahi, HIV testi istenmesini haklı kılmaz. Bu durumda, işçi herhangi ağır bir hastalığa yakalandığında nasıl davranılacaksa, o şekilde davranılmalıdır. İşverenin, sağlık durumu işe uygun olmayan bir kişiyi, işe almamasının doğal ve hukuka uygun olduğu iddia edilebilirse de, işçinin hastalanması durumunda İş Kanunu hükümleri devreye girecektir³⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki, işe alımlarda HIV pozitif adaylara karşı ayrımcılık yapılmasını engellemeye yönelik düzenlemeler, toplu iş sözleşmesiyle de getirilebilir (Eyrenci, Personel Seçimi, s.262). Bu tür hükümler içeren toplu iş sözleşmelerinin dünyadaki örnekleri için Bkz.: N'Daba/Hodges-Aeberhard, HIV/AIDS and Employment, s.69-71; Manual, Module 3, s.7-8.

³⁰³ Aydın, bu noktada uygulanacak bir yaptırımın bulunmadığını belirtmektedir. Bkz.: Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.187.

³⁰⁴ Bkz.: yuk. § 10, I.

³⁰⁵ Bkz.: aş. § 15, II, 1, b.

³⁰⁶ Unutulmamalıdır ki, İşK.m.25/I/b uyarınca, işçinin tutulduğu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığı -dolayısıyla hastalığının niteliğinin işveren için haklı neden oluşturması- Sağlık Kurulunca alınan karara bağlıdır. Bu bakımdan Sağlık Kurulu kararında da HIV'nin olağan işyeri koşullarında bulaşma riskinin düşük olduğu gerçeği ve AIDS'li işçilerin kendilerine uygun koşullarda mümkün olduğunca çalıştırılmaya devam edilmesi yönündeki ilke göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun dışında, işçinin hastalık nedeniyle İşK.m.25/I/a ve I(a) hükümlerinde belirtilen koşulların oluşması halinde işveren açısından haklı neden oluş-

5. Genetik Testler

Beden; su, proteinler, DNA (Deoksiribonükleik asit), şekerler ve yağlardan meydana gelen, hücreler bütünüdür. Canlılardaki yönetici moleküle DNA denir. Genetik bilgileri içeren ve hücre çekirdeğinde yer alan ikili sarmal DNA molekülleri (kromozomlar), proteinlerin yapımında ve sentezinde kullanılan şifredir. Gen ise, DNA molekülünün, canlının kalıtsal özelliklerinden herhangi birini taşıyan parçası; kalıtımın temel fiziksel ve işlevsel birimidir. İnsanın fizyolojik yapısı genetik kompozisyonuyla (genom) belirlenir. Canlıların genetik kompozisyonu için, onların yapım tarifi demek yanlış olmayacaktır. Giderek, bu tarifteki bir anormallik, kendisini yapının tamamında gösterecektir. Bu, kişinin genleriyle sağlık durumu arasındaki bağı ortaya koymak için kullanılan bir benzetme olup; genlerdeki anormalliklerin fiziksel bozukluk ve hastalıklarla sonuçlanabileceğine işaret eder. Genetik hastalık, bireyin genetik kompozisyonundaki bozukluklar sonucu ortaya çıkan hastalıktır. Genetik hastalıklar çeşitlidir. Bunların bir bölümü doğrudan genetik kompozisyonundan kaynaklanmakla birlikte, çok büyük bir bölümü genetik özelliklerle dış (çevresel) etkenlerin bileşimi sonucunda ortaya çıkar³⁰⁷.

Dolayısıyla, insan genomunun bütünüyle deşifre edilmesi, hastalıkların ve fiziksel bozuklukların engellenmesinde önemli bir adımı oluşturur. Temel amacı, insan DNA'sındaki genlerin tanımlanması olan, İnsan Genom Projesi (Human Genome Project), 13 yıllık bir çalışma sonunda, 2003'te tamamlanmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, elde edilen verinin analizinin, yıllar alacağı belirtilmektedir³⁰⁸. Günümüzde Genetik Bilimi, özellikle İnsan Genom Projesi'yle beraber, Tıp alanında çok önemli uygulamaların çıkış noktası olmuştur. Bunlardan biri de genetik testlerdir. Bu testler, genetik hastalıkların tanı, hastalığın gidişatı yönünde öngörü (prognoz) ve tedavisiyle; bu hastalıklar bakımından risk altındaki bireylerin belirlenmesinde kullanılmaktadır.

tuğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca, hastalığın verim düşüklüğüne yol açması da geçerli neden oluşturabilir. Türk hukukunda HIV/AIDS nedeniyle fesih konusunda ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: **Ertürk**, AIDS Sebebiyle Fesih, s.19 vd.

AIDS durumunda "... sadece fesih sırasında değil ileriye doğru işçinin işini görmesini engelleyecek ve işyerinde olumsuz sonuçlar doğuracağına da olumsuzluk içeren bir varsayım olarak kamulanması..." gerektiği görüşü için Bkz.: **Devrim Ulucan**, İş Güvencesi, 2. Baskı, y.y., Toprak İşveren Yay., t.y., s.49.

³⁰⁷ Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.203-206; **ILO**, Workers' Privacy Part III, 54-55; (Çevrimiçi) <http://www.genbilim.com> (3 Ocak 2005); (Çevrimiçi) http://www.istanbulcerraahi.com/bolumler_genetiklab.asp (3 Ocak 2005).

³⁰⁸ Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ncbi.nlm.nih.gov> (3 Ocak 2005); (Çevrimiçi) http://www.oml.gov/sci/techresources/Human_Genome/home.shtml (3 Ocak 2005).

Genetik testler iki ana gruba ayrılır. Birinci türe, *genetik yoklama* (*genetic screening*) denir. Tek bir testten oluşan genetik yoklamayla, kişinin genomundaki varolan anormallikler ve düzensizliklerin belirlenmesi amaçlanır. Bu yolla, belli ölçüde, kişinin genetik hastalıklara yatkınlığı belirlenebilir. İkinci tür test ise, *genetik izleme* (*genetic monitoring*) olarak adlandırılır ve amacı, zaman içinde insan genomunda meydana gelen değişiklikleri izlemektir. Genetik izleme, yoklamadan farklı olarak, genetik bozuklukları belirlemekle kalmayıp; nedenleri hakkında da bilgi verici niteliktedir. Özellikle, genlere zarar verme riski taşıyan maddelere maruz kalan kişilerin sağlık durumlarının izlenmesinin, koruyucu bir boyutu olduğu kabul edilir³⁰⁹.

Bu açıklamalar sonrasında, genetik testlerin iş yaşamında farklı amaçlara ulaşmak için kullanılabilmesi görülecektir. Özellikle, test maliyetinin düşmesiyle doğru orantılı şekilde, ABD başta olmak üzere dünyada, işçilere/adaylara genetik test yapılması, gündeme gelmektedir³¹⁰. Bugüne kadar, ülkemizde iş yaşamına ilişkin bir sorun olarak karşımıza çıkmayan genetik testler, uluslararası şirketlerin ülkemizdeki mevcut ve olası yatırımları da düşündüğünde, Türk Hukuk çevrelerinin her an ilgilenmek zorunda kalabileceği bir gerçek olarak algılanmalıdır³¹¹.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından, bu testlerden yararlanılarak kapsamlı bir koruma sağlanabilir. Meslek hastalıklarının önceden önlenmesi, bu yolla mümkün olabilir. Bu boyutuyla, genetik testlerin işçinin yararına olduğu da iddia edilebilir³¹². Buna karşın, test sonuçlarına bakılarak, genetik hastalıklara yatkın olan işçi ve adayların ayrımcılıkla karşılaşması olasıdır³¹³. Bu durum bizi, HIV pozitif kişiler için yapılan açıklamaların genetik olarak dayanıksız kişiler için de *mutatis mutandis* geçerli olduğu sonucuna götürecektir. Ayrıca, genetik dayanıksızlık, bulaşıcı olmadığı gibi; genetik test sonuçları, kişi-

³⁰⁹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.207-209; **ILO**, Workers' Privacy Part III, 55-57.

³¹⁰ Genetik testlerin işyerlerinde uygulanma yaygınlığı hakkında Bkz.: **Roger Jansson** et. al., Genetic Testing In The Workplace: Implications For Public Policy, Seattle, Washington, Institute for Public Health Genetics Health Policy Analysis Program, Dept. of Health Services School of Law Department of Economics University of Washington, September 30, 2000, s.17 vd.; **ILO**, Workers' Privacy Part III; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.212.

³¹¹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.223; Ayr. Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.193.

³¹² **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.61-62, 67; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.213.

³¹³ **Jansson** et. al., Implications, s.16-17, 19; **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1508 vd.; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.216; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.62, 69; Ayr. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.aclu.org/WorkplaceRights/WorkplaceRights.cfm?ID=9075&c=180> (13 Ocak 2004).

nin mutlak şekilde hastalanıp hastalanmayacağı; hastalanırsa bu bunun zamanı ve ağırlığı hakkında kesin bilgi de vermez³¹⁴.

Öte yandan, genetik test için de işçinin vücudundan kan, saç, deri vb. örneklerin alınması gerekir³¹⁵; dolayısıyla, genetik testlerin işçinin özel yaşamına etkileri, bu boyutuyla da, alkol ve uyuşturucu ve HIV testleriyle benzerlik gösterir³¹⁶. Dahası, genetik test, sadece test yapılan işçinin değil; kan hısımlarının genetik yapısı hakkında da bilgi verir. Dolayısıyla, onların özel yaşam hakları da bu bağlamda göz ardı edilemez³¹⁷.

Genetik Bilimindeki gelişmeler ve genetik testlerle ilgili bu gerçekler karşısında, konuya ilişkin düzenleme gereksinimi, uluslararası ve ulusal düzeyde cevap bulmuştur. Uluslararası alanda, Avrupa Konseyince oluşturulan ve Türkiye'nin de taraf olduğu, *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*³¹⁸ önemli bir kaynaktır. Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca, "*Kişinin genetik kalıtımı temelinde dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır*". 12. maddede ise genetik testlere ilişkin olarak "*Genetik hastalıkların önceden bildirilmesine yönelik ya da test öznesini hastalık yapan genin taşıyıcısı olarak tanımlamaya veya genetik bir hastalığa yatkınlık veya bu hastalığa karşı dayanıksızlığı bulmaya yarayan testler, sadece sağlık amaçları ya da sağlık amaçlarına bağlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmanlık hizmeti eşliğinde yapılabilir*" hükmü getirilmiş bulunmaktadır.

³¹⁴ **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1503-1508; **Jansson et. al.**, Implications, s.35; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.224; **Michael Ashley Stein**, "Human Rights and Genetic Discrimination: Protecting Genomics' Promise for Public Health", Journal of Law, Medicine & Ethics, 2003 Fall(31)3, s.377-388.

³¹⁵ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.208.

³¹⁶ Bu konuda, tekrardan kaçınmak amacıyla yukarıdaki açıklamalarımıza göndermeyle yetiniyoruz. Bkz.: yuk. § 10, IV, 3-4.

³¹⁷ **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1542.

³¹⁸ Biyoloji Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine). Sözleşme, Avrupa Konseyince 4.4.1997'de imzaya açılmış ve 1.12.1999'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye, imzaya açıldığı tarihte imza koyan Türkiye, 2.7.2004 tarihinde sözleşmeyi onaylamıştır. (Bkz.: (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> (7 Ocak 2005). Sözleşmenin, İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/164.htm> (7 Ocak 2005); 3.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanunla (RG 9.12.2003/25311) TBMM tarafından onaylanması uygun bulunan Sözleşmeye ilişkin 3.4.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakalar Kurulu Kararı ve resmi çeviri için Bkz.: RG 20.4.2004/25439.

Avrupa Konseyinin COE R(92) 3 ve COE R(97)5 sayılı Tavsiye Kararları³¹⁹ da, genetik testlere ilişkin diğer düzenlemelerdir. Bu kararlarda, genetik testlerin gönüllülük temelinde yapılması, iş ilişkisinin kurulmasının ve devamının genetik test yaptırmaya bağlanmaması, ulusal hukuk tarafından açık şekilde izin verilmedikçe kişilerin ya da toplumun korunması amacının zorunlu testleri haklı kılmaması, genetik veri toplanmasına ve işlenmesine ancak sağlık nedenleriyle ve özellikle, ilgili kişinin ya da üçüncü kişilerin sağlığına yönelik ciddi tehlikenin önlenmesi amacıyla izin verilmesi, hastalığın öngörülmesine yönelik veri toplama işlemlerinin, ancak ulusal hukuk tarafından uygun korumalar sağlanmış olmasına bağlı olarak, üstün yarar ilkesine dayanabilmesi tavsiye edilmektedir [COE R(92)3, para.5(a), 6(a); COE R(97)5, Appendix, para.4.7-4.9].

Benzer şekilde, AB Temel Haklar Şartı m.21/1 uyarınca, genetik temelli ayrımcılık açık şekilde yasaklanmıştır. Ayrıca, AB 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesi uyarınca oluşturulan Çalışma Grubunun 2004 yılında benimsediği Genetik Veri Belgesinde³²⁰ de açıkça belirtildiği gibi, genetik testler yoluyla elde edilen veriler, duyarlı sağlık verisi niteliğinde olduğundan, bu tür verilerin tabi olduğu sıkı kurallara bağlı olarak işlenebilir³²¹. Söz konusu belgede de, kural olarak iş ilişkisinde, genetik veri işlenmesinin yasaklanması gerektiği, testlerin öngörü gücünün halen kesinlik göstermediği, bu nedenle testlerden elde edilen bilgiler ışığında kişilerin ayrıma uğramasına izin verilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır³²². Bu yaklaşım, 1989 tarihli Genetik Mühendisliğine İlişkin Etik ve Yasal Sorunlar hakkındaki AB Avrupa Parlamentosu Kararıyla³²³ da uyumludur. Bu kararla ilgili, özellikle belirtilmesi

³¹⁹ Sağlık Koruma Amaçlı Genetik Test ve Yoklamaya İlişkin R(92)3 sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation no. R (92) 3 on Genetic testing and Screening for Health Care Purposes), Kararın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://cm.coe.int/ta/rec/1992/92r3.htm> (13 Ocak 2005); Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin R(97)5 sayılı Tavsiye Kararı (Recommendation no. R (97) 5 on the Protection of Medical Data), Kararın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://cm.coe.int/ta/rec/1997/97r5.htm> (13 Ocak 2005); Ayr. Bkz.: Explanatory Memorandum on R (92)3 (Çevrimiçi) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=611957&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679> (13 Ocak 2005), para.31-37.

³²⁰ EU, Art.29-DPWP, "Article 29 - Data Protection Working Party, Working Document on Genetic Data Adopted on 17 March 2004", 12178/03/EN/WP 91, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup/wp2004/wpdocs04_en.htm (13 Ocak 2005).

³²¹ EU, Art.29-DPWP, Working Document on Genetic Data, s.5-6; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, g.

³²² A.e., s.10.

³²³ Resolution on the Ethical and Legal Problems of Genetic Engineering, Kararın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=51988IP0327\(01\)&model=guicheti](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=51988IP0327(01)&model=guicheti) (13 Aralık 2005).

gereken nokta ise, 13. paragrafında, açık şekilde genetik hastalıklara yatkın işçilerin ayıklanmasının asla, çalışma ortamının iyileştirilmesine alternatif olarak kabul edilemeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır.

UÇÖ İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 171 sayılı Tavsiye Kararı m.12(2) uyarınca, “*Belirli tehlikeli mesleki maddelere maruziyetin sağlık üzerindeki etkilerinin erken belirlenmesine yarayan geçerli ve genelde kabul gören biyolojik izleme metodu bulunduğu, bu, işçinin rızasına bağlı olarak, daha ayrıntılı tıbbi muayeneye gereksinim duyan işçilerin belirlenmesi için kullanılabilir*”. Bu anlatım, hem genetik testlerin geçerliliği hem de kullanım amacı konusundaki kuşkuya işaret etmesi bakımından anlamlıdır. Giderek, UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodunda ise, genetik yoklamanın yasaklanması ya da ulusal hukuk tarafından açık şekilde izin verilen durumlarla sınırlı kalması gerektiği belirtilmektedir³²⁴ (ILO DP Code para.6.12).

Genetik testler konusundaki, ulusal düzeydeki düzenlemelere bakıldığında, genel eğilimin, iş ilişkisinde genetik test uygulamasının yasaklanması yolunda olduğu söylenebilir. Bu konuda düzenleme bulunmayan ülkeler bakımından ise, testlerin iş sağlığı ve güvenliği nedenlerine bağlı olarak ve çok sınırlı koşullarda uygulanmasına izin verilebileceği görülmektedir³²⁵. İşverenlerin, genetik testlere görece en fazla ilgi gösterdiği ABD’de, federal devlet kurumlarında işe alımda ve iş sözleşmesinin devamında genetik test istenmesi ve genetik bilgilerin kullanılması bir Başkanlık Emriyle yasaklanmıştır³²⁶. Yasağın özel sektör dahil tüm çalışanları kapsar şekilde genişletilmesi yolundaki yasa çalışmalarları ve kamuoyu baskısı devam etmektedir³²⁷. HIV’ye benzer şekilde, genetik temelli ayrımcılığa karşı kullanılan diğer bir pozitif düzenleme ise, Engelli Amerikalılar Kanunudur³²⁸.

Türk Hukuku bakımından, genetik testlerin iş yaşamında kullanılmasını hukuka uygun kılacak nedenin ne olabileceği sorusuna yanıt aranırken, bu ko-

³²⁴ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.17-18.

³²⁵ Ulusal düzenlemelere örnekler için Bkz.: Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.191-193, Wokers’ Privacy Part III, s.66-70.

³²⁶ Executive Order To Prohibit Discrimination In Federal Employment Based On Genetic Information, 8.2.2000, Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.opm.gov/pressrel/2000/genetic_eo.htm (13 Ocak 2005); Ayr. Bkz.: Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.304.

³²⁷ Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.aclu.org/WorkplaceRights/WorkplaceRightslist.cfm?c=180> (13 Ocak 2005).

³²⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Kim, Rethinking Employee Protections, s.1512-1532; Stein, Genetic Discrimination, s.380 vd.; Jansson et. al., Implications, s.44 vd. Ayr. Bkz.: yuk. § 10, IV, 4.

nuda, iç hukukta açık ve mutlak bir yasak bulunmasa da, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Türkiye'nin taraf olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, genetik test uygulamak için işverenin dayanabileceği üstün yararın tanımlanmasında bu sözleşmenin hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Giderek, işverenin, genetik olarak dayanıklı işçileri tercih ederek maliyetleri düşürmek şeklinde özetlenebilecek, ekonomik nitelikteki yararı; genetik testlerin özel yaşama çok boyutlu ve ağır şekilde müdahale eden niteliği, test sonuçlarının mutlak bir hastalığa işaret etmediği ve genetik temelli ayırımın yasaklanmakta olduğu düşünüldüğünde, işçinin özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulamaz³²⁹.

İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında açıkça genetik test yapılmasına izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, test için kanunun verdiği yetkinin kullanılmasından da söz edilemeyecektir. Bunun dışında işverenin, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerinin³³⁰, başka bir anlatımla işçiyi gözetme borcunun, genetik testi haklı kılıp kılamayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu noktada, test uygulanacak işçinin, başka bir anlatımla mağdurun, üstün yararının, özel yaşama müdahaleyi hukuka uygun kılıp kılamayacağı tartışılmalıdır. Mağdurun yaşamına yönelik mevcut bir tehlikenin bulunduğu ve kişinin müdahale için rızasının alınamayacak durumda olduğu çok sınırlı durumlarda, özel yaşamına müdahale edilen mağdurun üstün yararının bu müdahaleyi hukuka uygun kıldığı belirtilir³³¹. Genetik testler ise, henüz ortaya çıkmamış ve çıkması mutlak olmayan sağlık sorunlarıyla ilgilidir. Bu bakımdan, mağdurun üstün yararı belirtilen noktada, öncesinde gerekli bilgilendirme yapılmış açık rızası olmaksızın, özel yaşamına müdahaleyi haklı kılamaz³³². Kaldı ki, Genetik testlerin pozitif sonuç vermesi halinde, test yapılan kişinin manevi olarak olumsuz etkilendiği; depresyon, yoğun kaygı, utanma ve suçluluk duygusu gibi

³²⁹ Craig, Privacy and Employment Law, s.225-226; Ertürk, Temel Haklar, s.69; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, II.

³³⁰ Örneğin, Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.16/a uyarınca işverenin, sağlık ve güvenlik yönünden risk bulunan işlerde çalışanların, sağlık durumlarının gözetim altında tutulması için işyerinde gerekli düzenlemeleri yapmak yönünde yükümlülüğü bulunmaktadır. Benzer bir yükümlülük, Kimyasal Madde Yön m.12/a hükmünde sağlık yönünden risk altında olduğu saptanan işçilerin uygun sağlık gözetimine tabi tutulacakları şeklinde düzenlenmiştir. m.12/c'de ise sağlık gözetiminde biyolojik izleme ve gerekli incelemeler yer alması gerektiğine işaret edilmektedir.

³³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.148-149; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Dural/Öğüz, Kişiler, s.140.

³³² COE, Explanatory Report, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm> (13 Ocak 2005), para.88; Ayr. Bkz.: Jansson et. al., Implications, s.36-37.

sonuçları olduğu gözlenmektedir. Giderek, kişinin genetik bozukluk ve yetersizliklerini bilmeme hakkı olduğu kabul edilir³³³. Ayrıca, genetik izlemeyle belirlenebilenler dışında, izleme sırasında kendini göstermeyen, ancak çok daha uzun vadede ortaya çıkabilecek hastalıklar da göz ardı edilmemelidir. İşverenin asıl yükümlülüğü, sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımının azaltılması ve bu şekilde tüm işçilerin genetik hastalıklardan korunmasıdır³³⁴ (Kanserojen Mutajen Madde Yön.6/a; Kimyasal Madde Yön.8/b).

Bu açıklamalar sonrasında, iş sağlığı ve güvenliği alanında işçinin sağlık durumunun gözlenmesi yükümlülüğü getiren hükümlerin, tehlikeye maruz kalan işçiye test yaptırması yönünde *öneride* bulunulmasını mümkün kıldığı ve bu testin iş ortamının iyileştirilmesi ve işçinin genetik kompozisyonunda etkilene belirtisi görülürse, çalıştığı pozisyonun değiştirilmesi için kullanılabilceği³³⁵; ancak, işçinin rızası olmaksızın test yapılmasını, tek başına haklı kılmayacağı, şeklinde yorumlanmasının yerinde olacağı, **kanısındayız**³³⁶.

İşçilerden genetik test istenmesi konusunda hukuka uygunluk nedeni olarak üçüncü kişinin üstün yararı akla gelebilir. Şöyle ki, birtakım genetik hastalıkların (Örneğin, Alzheimer) kişilerin fiziksel ve zihinsel yetenekleri üzerinde olumsuz etki yaptığı bilinmektedir. Bu tür hastalıklara *tutulan* ve iş

³³³ Jansson et. al., Implications, s.38-39; Kim, Rethinking Employee Protections, s.1539; Workers Privacy Part III, s.66; Craig, Privacy and Employment Law, s.215; COE, Explanatory Report on Convention on Human Rights and Biomedicine, para.85.

³³⁴ Kim, Rethinking Employee Protections, s.1541-1542; Craig, Privacy and Employment Law, s.219-220.

³³⁵ Kimyasal Madde Yön. m.12/d uyarınca, sağlık gözetimi sonucunda; işyerinde tehlikeli kimyasal maddeye maruz kalan işçide, olumsuz sağlık etkisi görülmesi halinde, işçi durumdan haberdar edilecek ve kendisine yapılması gerekli sağlık gözetimi ile ilgili gerekli bilgi ve tavsiyeler verilecektir. Bu durumda alınacak önlemlere işçinin yaptığı işten alınarak tehlikeli kimyasal maddeye maruziyet riskinin olmadığı başka bir işte çalıştırılması da dahildir. Ayr. Bkz.: COE, Explanatory Report on Convention on Human Rights and Biomedicine, para.85.

Risk bulunmayan başka bir işte çalıştırmanın, genetik hastalığa yatkınlığına işaret edeceğinden, işçinin özel yaşamına dahil olan bir bilginin açık edilmesi anlamına gelebileceğine işaret edilmektedir. Giderek, genetik testlerin işyerinde yapılmaması ya da test öncesinde işçinin rızasına başvurulurken açık şekilde, test sonucuna göre çalıştığı işin değiştirilebileceğinin de belirtilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: Jansson et. al., Implications, s. 39-40.

Belirtmek gerekir ki, işyerinde görülen işler içinde işçinin genetik yatkınlığı göz önünde bulundurulduğunda ancak zarar görmeyeceği bir görev bulunamıyorsa, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenin olduğu sonucuna varılmalıdır. Bkz.:Ulucan, İş Güvencesi, s.48; Yarg. 9. HD, 4.5.1999, 4497/8393, Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara, Kamu-İş Yay., 2002, s.186-187.

³³⁶ Ayr. Bkz.: Rosenblum, Workplace Security, s.107-108.

sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde çalışan işçiler, işveren, diğer işçiler ve üçüncü kişiler için tehlike doğurabilir³³⁷. Ancak, genetik test söz konusu olduğunda üçüncü kişilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanması şeklinde özetlenebilecek dayanak, -bu testlerin öngörüsül güvenilirliğinin mutlak olduğu varsayımında dahi- **kanımızca**, yine de, hukuka uygunluk nedeni olarak algılanamaz. Genetik yatkınlık nedeni de olsa³³⁸, hastalık ortaya çıktığında semptomları, sıradan gözlemlerle ya da makul aralıklarla tekrarlanacak tıbbi muayene ve işçinin kişiliğine daha az veren testlerle saptanabilir. Giderek, iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek düzeyde risk içeren görevlerde çalışan işçilere (Örneğin, pilotlara) genetik test yerine sözünü ettiğimiz türde gözlem ve tıbbi muayenenin daha sık yapılması yoluyla da üçüncü kişilerin bu noktadaki yararının korunması amacına varmak mümkündür³³⁹.

Adaylardan istenecek genetik testler konusunda Türk Hukuku'ndaki durum ise, HIV testleriyle benzerlik gösterir. Tekrardan kaçınmak kaygısıyla yukarıdaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz³⁴⁰.

6. Adayın/İşçinin Kişilik Özelliklerinin Öğrenilmesine Yönelik (Psikolojik) Testler

İşveren işe alacağı adayın ya da halen işyerinde çalışmakta olan işçisinin becerisi, öğrenme yeteneği, konsantrasyonu, strese dayanıklılığı, sosyal ilişkilerdeki başarısı, dürüstlüğü vb. kişilik özellikleri hakkında bilgi sahibi olmak isteyebilir. Adayın/işçinin bu tür kişilik özelliklerinin öğrenilmesi için başvuru testler, genel olarak psikolojik testler olarak adlandırılmaktadır³⁴¹. Psikolojik testlerin, özellikle işe alımda ve yükseltmede kullanımı dünyada oldukça yaygındır³⁴².

Yetenek testleri, zeka testleri, ilgi ve mesleki tercih testleri, kişilik testleri ve dürüstlük testleri psikolojik testlerin başat türleridir. Sözünü ettiğimiz testlerin büyük çoğunluğu, işçiye yazılı şekilde -çoktan seçmeli, doğru

³³⁷ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.228-229.

³³⁸ Birçok hastalık genetik nedeni olabileceği gibi; aynı hastalıklar, genetik yatkınlığı olmayan kişilerde, çevresel etkenler sonucunda da ortaya çıkabilir. Örn. Bkz.: **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1544, 1548.

³³⁹ **Kim**, Rethinking Employee Protections, s.1539-1540; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.232-233; Ayr. Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.193.

³⁴⁰ Bkz.: yuk. § 10, I; § 10, IV, 4.

³⁴¹ **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.71; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.256; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.194.

³⁴² Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.74-76, 85.

yanlış veya el yazısıyla- yanıtılamayı gerektiren ya da yüz yüze görüşmede yöneltilecek sorulardan oluşur; dolayısıyla, işçiye yöneltilecek soruların sınırlarıyla ilgili yaptığımız açıklamaların³⁴³, bu testler için de geçerli olduğunda kuşku yoktur³⁴⁴. İşyerinde uygulanan psikolojik testler arasında adayın/işçinin özel yaşamına müdahale bakımından en çok tartışma yaratanlar, kişilik ve dürüstlük testleridir. Sıraladığımız diğer testlerin bu bakımdan genelde kabul görmekte olduğu belirtilmektedir³⁴⁵.

a. Kişilik Testleri

Kişilik testlerinin, amacı test yapılan kişinin değer, görüş, yargı ve belli şekilde davranmaya yatkınlıklarını belirlemektir.

Kişilik testlerinin bir türünü, nesnel testler (objective tests) oluşturur. Bu tür testler, çoktan seçmeli ya da doğru yanlış şeklinde yanıtlanması gereken sorulardan oluşur. Özellikle, stres içeren ve depresyona neden olma olasılığı yüksek, sürekli gece ya da yalnız çalışmayı gerektiren, güvenlik görevliliği, itfaiyecilik, hava trafik kontrolörlüğü vb. işler için kullanılmaktadır.

Diğer bir türü oluşturan, izdüşsel testler (projective tests) ise, kişiye çeşitli şekilde yorumlanabilecek uyarıcılar göstererek birebir uygulanan testlerdir. En bilinen izdüşsel test, mürekkep lekesi testidir (inkblot test). Bu testlerin de amacı, nesnel testlerle aynıdır. Ne var ki, birebir görüşülerek uygulanması, değerlendirmenin psikolog ya da psikiyatrist tarafından yapılması gereği ve görece öznel yorumlanabilmesi, izdüşsel testlerin çalışma yaşamında fazlaca tercih edilmemeleri sonucunu doğurmaktadır. Bunlar dışında, çalışma yaşamında ilgi gören diğer bir kişilik testi türü ise, grafolojik raporlamadır. Bu bağlamda, grafoloji, el yazısının çözümlenmesi (analizi) yoluyla kişiliğin yorumlanmasıdır³⁴⁶.

Kişilik testlerinin güvenilirliği tartışmaya açık olmakla birlikte, özellikle nesnel testlerin verimlilik açısından dramatik şekilde olumlu sonuç verdiği örneklerle rastlamak mümkündür³⁴⁷. Verimliliğin artırılması gerekçesinin yanı sıra, bu tür testlerin, iş görüşmesinde sorulan sorular ve üçüncü kişilerden bilgi edinmek gibi yöntemlerle birlikte kullanıldığında, aday hakkında daha kapsamlı bilgi edinilmesini sağlaması işverenlerin ilgisini arttıran etkenlerdir.

³⁴³ Bkz.: yuk. § 10, II.

³⁴⁴ **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.82; *Soroka v. Dayton Hudson Corporation*, IV.

³⁴⁵ **Aydm**, İşçinin Kişilik Hakları, s.194; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.71-72; Ayr. Bkz.: **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.256.

³⁴⁶ **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.72-73.

³⁴⁷ Bkz.: **Aydm**, İşçinin Kişilik Hakları, s.195 dn.711; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.76-78.

Buna karşı, kişilik testlerine gereğinden çok önem verilmesinin, güdüleme (motivasyon), eğitim, deneyim gibi etmenlerin göz ardı edilmesine neden olacağı ve kişiliğin zaman içinde değişmeyeceği önkabulünü beraberinde getirdiği gerekçeleriyle karşı çıkmaktadır³⁴⁸.

UÇÖ İnsan Kaynaklarının Gelişimi Hakkında 150 sayılı Tavsiye Kararı³⁴⁹ yeterlilik ve doğal yeteneklerin ölçümü için, özel durumların gerekli kılması halinde, psikolojik testlerin kullanılabilmesini (m.13/1); testin ancak ilgili kişinin rızasıyla yapılabileceğini, kişisel özelliklerin değerlendirilmesinde bu testlere diğer yöntemlerin de eşlik etmesi gerektiğini ve uygulamanın sadece konunun uzmanları tarafından yapılmasını (m.13/2) öngörmektedir. UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu ise, kişilik testlerinin bu kod içinde öngörülen kurallara uygun olması ve adayların/işçilerin testi reddedebilme olanağının bulunması gerektiğini vurgulamaktadır (ILO DP Code para.6.11).

Ulusal hukuk sistemlerine bakıldığında; az sayıda ülkede ve özellikle kamu görevlerine girişte kişilik testlerinin uygulanmasının açık şekilde desteklendiği görülür. Genel eğilim ise, testlerin sınırlı şekilde kullanılması yönündedir. Sınırlama, kişilik testi aracılığıyla toplanacak bilginin mevcut somut işin özellikleriyle objektif bakımdan bağlantılı olması ve özel yaşama saldırı içeren sorular içermemesi esaslarına odaklanır³⁵⁰. ABD Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, *Soroka v. Dayton Hudson Corporation*³⁵¹ davasında verdiği kararda, doğru-yanlış şeklinde yanıtlanması gereken teste bulunan “Eminim ki sadece bir tek gerçek din vardır; günahlarımın affedilemez olduğuna inanıyorum; kendi cinsiyetimdenden kişiler beni dayanılmaz şekilde cezp ediyor” gibi soruları işle ilgili olmayan hukuka aykırı sorular olarak nitelemiştir.

Türk Hukuku bakımından da kişilik testi uygulamalarının, hukuka uygun olarak kabulü için adayın/işçinin rızasının alınması gerekir³⁵². Testlerin özel yaşama müdahale eden karakteri dikkate alındığında, rızanın kuşkuya yer

³⁴⁸ ILO, Workers’ Privacy Part III, s.72-73.

³⁴⁹ Tavsiye Kararının İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/ilolex/english/redisp1.htm> (28 Şubat 2005).

³⁵⁰ ILO, Workers’ Privacy Part III, s.81-83; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.197-202.

³⁵¹ California Court of Appeal, First District 235 Cal.App.3d 654, 1 Cal.Rptr.2d 77, October 25, 1991; (Çevrimiçi) <http://www.danpinello.com/Soroka.htm> (13 Şubat 2005); Ayr. Bkz.: Rosenblum, Workplace Security, s.87.

³⁵² Rehbinder, Sorunlar, s.748; Eyrenci, Personel Seçimi, s.256; Ertürk, Temel Haklar, s.75; İşçinin rızasıyla dahi kişilik (karakter) testi uygulanamayacağı yönünde Taşkent, Yönetim Hakkı, s.105-106.

birakmayacak nitelikte olması ve adayın/işçinin testin amacı, metodu ve kapsamı hakkında da yeterli şekilde bilgilendirilmesi de yerinde olur³⁵³. **Kanımızca**, kişilik testlerinin, kişinin farkında olmadan kendisi hakkında açık etmek istemediği bilgileri ortaya çıkarabilme özellikleri, test öncesi yapılacak bilgilendirmenin bu gerçeği de içermesini gerektirir. Kişilik testi aracılığıyla toplanacak bilginin mevcut somut işin özellikleriyle objektif bakımdan bağlantısı; başka bir anlatımla, testle elde edilmek istenen bilgiye, sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gereksinim duyulması; testin işgal edilecek pozisyon açısından taşıdığı önemle sınırlı ve orantılı olarak uygulanmasını zorunlu kılar³⁵⁴. Ayrıca, sadece yapılan testin sonucuna dayanılarak aday/işçi hakkında karara varılması, bu testlerin güvenilirliği üzerindeki tartışmalar da göz önüne alındığında, yerinde olmayacaktır³⁵⁵. Test sonuçlarının işverenin mülkiyetinde olduğu belirtilmektedir; bunların gizliliğinden ve güvenliğinden işveren sorumludur ve test uygulanan kişinin sonuçlara ulaşma, itiraz ve sonuçların yok edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır³⁵⁶.

Bu noktada, grafoloji üzerinde ayrıca durulmalıdır. Özellikle ruhbilimcilerce, bu yöntemin bilimsel nitelik taşımadığı ve bu nedenle kullanılmaması gerektiği³⁵⁷, dile getirilmesine rağmen, grafolojinin, astroloji vb. diğer bilimsel olmayan yöntemlerle karşılaştırıldığında dünyada kabul gören ve kullanılan bir yöntem olduğu da bir gerçektir³⁵⁸. Giderek, işçinin kişiliğinin çözümlenmesinde grafolojik raporlama yöntemine dayanmak isteyen işverenlerin, bu seçimlerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hemen yukarıda sıraladığımız ilkelere çok daha sıkı şekilde uymaları gerektiği açıktır. Hal böyleyken, adayın özgeçmişini el yazısıyla yazarak işverene vermesini, grafolojik incelemeye örtülü rıza gösterdiği şekilde yorumlayan öğretilerdeki baskın görüşe³⁵⁹ katılmamız mümkün görünmemektedir. El yazısı grafolojik incelemeye alınmak istenen

³⁵³ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.256; **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.17. Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, aa; § 9, III, 1, f; § 9, III, 2, b, aa.

³⁵⁴ **Rehbinder**, Sorunlar, s.748; **Ertürk**, Temel Haklar, s.75; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.80, 81, 82; Bkz.: yuk. § 9, III, 1, a; § 9, III, 1, f.

³⁵⁵ **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.196, 198; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.80

³⁵⁶ **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.257; **Ertürk**, Temel Haklar, s.75; Bkz.: yuk. § 9, III, 2, a; § 9, III, 2, b, bb; § 9, III, 2, b, dd.

³⁵⁷ **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.17; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.301; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s. 80-81; **Ertürk** grafolojiden bilim olarak söz etmektedir. Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.75.

³⁵⁸ **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.301; **Eyrenci**; Personel Seçimi, s.256-257; **Rehbinder**, Sorunlar, s.748; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.73-74, 75.

³⁵⁹ **Rehbinder**, Sorunlar, s.748; **Eyrenci**, Personel Seçimi, s.258; **Ertürk**, Temel Haklar, s.75 ve a.y. dn.232.

adayın/işçinin kuşkuya yer bırakmayacak nitelikteki rızasına dayanılması gerektiği, bunun da ancak test öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmasıyla mümkün olacağı **kanısındayız**.

b. Dürüstlük Testleri

Dürüstlük testlerini, yazılı ve mekanik dürüstlük testleri olarak iki ana başlık altında incelemek mümkündür.

aa. Yazılı Dürüstlük Testleri

Yazılı dürüstlük testleri uygulama yöntemi bakımından nesnel testlere benzer, ancak bu tür testlerle hedeflenen, adayın/işçinin, işyerinden para ya da mal çalmaya veya sürekli devamsızlık yapmak, geç kalmak gibi verimliliği etkileyen davranışlara görece eğilimlilik durumunun belirlenmesidir³⁶⁰. Bu tür testlerin kullanımı, başta ABD olmak üzere, dünyada oldukça yaygındır ve daha çok işyerinde para ve ticari mallara ulaşım imkânı olan veznedar, kasiyer, güvenlik görevlisi gibi pozisyonlarda çalışacak adaylar/işçiler üzerinde uygulanmaktadır³⁶¹.

Yazılı dürüstlük testlerinin güvenilirliği hakkında kesin bir kaniye varılabilmiş değildir. Ancak, bu tür testlerin tümüyle yasaklanması halinde işverenlerin işe alacakları ya da çalıştırdıkları kişilerin dürüstlüğü anlamak için bilimsel olmayan başka yöntemlere kayacakları endişesinin, bu testlerin kontrollü şekilde kullanılmasına izin verilmesinde önemli etkenlerden bir olduğu ileri sürülür³⁶².

ABD’de, Rhode Island ve Massachusetts Eyaletleri dışında yazılı dürüstlük testlerini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Massachusetts yazılı dürüstlük testlerini tümüyle yasaklarken; Rhode Island, işçi seçiminde yazılı dürüstlük testlerinin birincil dayanak olarak kullanılmasına yasak getirmiştir³⁶³. Birleşik Krallıkta ise, eski hükümlüleri ayrımcılığa karşı koruyan yazal düzenlemeler uyarınca, yazılı dürüstlük testi, eski hükümlülük durumunun açık edilmesi için kullanılamayacaktır³⁶⁴.

³⁶⁰ ILO, Workers’ Privacy Part III, s.84.

³⁶¹ A.e., s.85.

³⁶² A.e., s.86-87; Ayr. Bkz.: **The National Workrights Institute (NWI)**, March 26, 1990 Statement On Pencil And Paper Honesty Tests, (Çevrimiçi), http://www.workrights.org/issue_other/oi_statement_3-26-90.html (1 Mart 2005)

³⁶³ Bkz.: **NWI**, Statement On Pencil And Paper Honesty Tests, a.y.

³⁶⁴ **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.200; **ILO**, Workers’ Privacy Part III, s.87-88.

Genelde, yazılı dürüstlük testlerinin kişilik testlerinden çok farklı algılanmadığını ileri sürmek yanlış olmaz. Örneğin, UÇÖ belgelerinde mekanik dürüstlük testleri için ayrı hükümler bulunmaktayken, yazılı testler için ayrı bir düzenlemeye gidilmemesi, bunların kişilik testi gibi algılandığı izlenimini yaratmaktadır. Kaldı ki, ruhbilimciler arasındaki bu iki test arasında dikkate değer farkın ne olduğu yolundaki tartışma da, bu algılayışın kabulünü kolaylaştırmaktadır³⁶⁵. Giderek, kişilik testlerinin hukuka uygunluğu hakkında yaptığımız açıklamaların, yazılı dürüstlük testleri için de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Burada ayrıca Türk Hukuku açısından belirtilmesi gereken, adli sicilden silinmiş olan hükümlülük durumunu kendiliğinden açıklamak zorunluluğu olmayan adayın³⁶⁶ bu durumunun, testle ortaya çıkarılmasının hukuka uygunluğunun, tartışmaya açık olduğudur. **Kanımızca**, test öncesi yapılacak bilgilendirmede testin bu özelliğinin belirtilmesi, sorunu büyük ölçüde çözecektir.

bb. Mekanik Dürüstlük Testleri

Mekanik dürüstlük testlerinde kullanılan cihazların en bilindik olanı, dilimizde yalan makinesi olarak adlandırılan poligrafır³⁶⁷. Bu test, kişinin yalan söylediğinde, tansiyon, nabız, solunumun gibi fizyolojik göstergelerinde istemsiz değişimler olduğu kabulüne dayanır. Bu değişimler kişinin bedenine bağlanan poligraf aracılığıyla algılanır ve yorumlanır. Diğer bir mekanik test ise ses stres değerlendirme cihazıyla (*voice stress evaluation device*) ile yapılır. Bu tür testte ise, yalan söylendiğinde ses tonunda değişimler olduğu kabulü söz konusudur³⁶⁸.

Poligraf testi başta olmak üzere mekanik testlerin güvenilirliği oldukça tartışmalıdır³⁶⁹. Belirtmek gerekir ki; alınan sonuçların güvenilirliğinin yüksek olduğu iddiasındaki Amerikan Poligraf Derneği (*The American Polygraph Association*) dahi, sadece bu testin sonucuna dayanılarak, kişinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi ya da suçlu olarak damgalanmaması gerektiğini belirtmektedir³⁷⁰.

³⁶⁵ ILO, Workers' Privacy Part III, s.85.

³⁶⁶ Bkz.: yuk. § 10, II.

³⁶⁷ Yalan makinesi mekanik dürüstlük testlerinde kullanılan cihazların genel adıdır. Dolayısıyla biz poligraf deyimini kullanmayı daha doğru buluyoruz.

³⁶⁸ ILO, Workers' Privacy Part III, s.88.

³⁶⁹ Cranford, Arguing the Ethics, s.1809.

³⁷⁰ ILO, Workers' Privacy Part III, s.89-91.

Yalan makinesi kullanımının oldukça yaygın ve güvenilirliğinin kuşku olması ABD’de federal düzeyde İşçilerin Poligrafa Karşı Korunmasına İlişkin Yasanın³⁷¹ çıkarılmasına neden olmuştur. Bu yasa uyarınca özel sektör işverenlerinin, oldukça dar tutulmuş istisnalar dışında, yalan makinesinin herhangi bir türünü kullanmaları yasaklanmıştır. Ancak, Yasa kamu işverenleri için yasak getirmemektedir³⁷² (§2002). Özel sektör işverenleri bakımından yasağın istisnalarını, hırsızlık veya işyerinin malına ciddi zararlar söz konusu olduğunda, belirli bir çalışanın bu olaylara karıştığı noktada makul şüphe söz konusu olması; güvenlik sağlayan işletmeler; denetime tabi ilaç üretimi ve dağıtımını yapan işletmeler ve güvenlik ve enerji alanındaki kamu kurumlarıyla çalışan işletmeler oluşturmaktadır³⁷³. Bu hallerde, herhangi bir yalan makinesi değil ancak poligraf kullanılması mümkündür³⁷⁴ (§2006). Poligraf testi sırasında adaya küçük düşürücü ya da özel yaşamına gereksiz müdahale anlamına gelen sorular sorulması yasaktır³⁷⁵. Ayrıca, işçinin iş sözleşmesi, destekleyici ek deliller olmaksızın salt test sonucuna dayanılarak feshedilemez veya aday salt bu nedenle reddedilemez; aynı kural kişinin testi reddetmesi bakımından da geçerlidir³⁷⁶ (§2002). Birçok eyalette ise daha kapsamlı yasaklar söz konusudur³⁷⁷. Benzer şekilde, Kanada ve Avustralya’da da yalan makinesi kullanımı yasaklayan düzenlemeler bulunmaktadır³⁷⁸.

UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Koduna bakıldığında ise, poligraf ya da benzer testlerin kullanımının kesin şekilde yasaklanmasının istendiği görülür³⁷⁹: “*Poligraf, dürüstlük cihazları ya da benzer herhangi bir test yöntemi kullanılmamalıdır*”(ILO DP Code para.6.10).

³⁷¹ Yasanın metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.dol.gov/esa/regs/statutes/whd/poly01.pdf> (13 Şubat 2005).

³⁷² **Roger B. Jacobs, Cora S. Koch**, “Polygraph Testing: Weighing the Risk”, *Employee Relation Law Journal*, Vol.14, Autumn 1988, s.203-204; **Pincus/Trotter**, *The Disparity*, s.68; **Rosenblum**, *Workplace Security*, s.83; Ayr. Bkz.: **Craig**, *Privacy and Employment Law*, s.81-82.

³⁷³ **Rosenblum**, *Workplace Security*, s.83-84; **Pincus/Trotter**, *The Disparity*, s.68-69; **Jacobs/ Koch**, *Polygraph*, s.204.

³⁷⁴ **ILO**, *Workers’ Privacy Part III*, s.92.

³⁷⁵ A.e., s.92; **Jacobs/ Koch**, *Polygraph*, s.204.

³⁷⁶ **Jacobs/ Koch**, *Polygraph*, s.204-205; **Rosenblum**, *Workplace Security*, s.83; **Pincus/Trotter**, *The Disparity*, s.68; **Pla Rodriguez**, *The Situation in the Americas*, s.304.

³⁷⁷ **ILO**, *Workers’ Privacy Part III*, s.92-93; Özellikle en kapsamlı yasaklardan birini getiren New Jersey Eyaletindeki düzenleme hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: **Jacobs/ Koch**, *Polygraph*, s.206 vd; Ayr. Bkz.: **NWI**, *Statement On Pencil And Paper Honesty Tests*, a.y.

³⁷⁸ **ILO**, *Workers’ Privacy Part III*, s.91.

³⁷⁹ **ILO**, *Code of Practice on Personal Data (Commentary)*, s.17.

Türk Hukukunda, mekanik dürüstlük testlerinin kullanımını doğrudan yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne var ki, işverenin testle sağlayacağı yarar ile adayın/işçinin özel yaşam hakkı arasındaki dengenin kurulması gereği göz ardı edilmemelidir. Özellikle, bu tür testlerin özel yaşama ağır şekilde müdahale eden karakteri; testin en yaygın şekilde uygulandığı ülkelerdeki yasaklama eğilimi, UÇÖ'nün bu tür testlere yaklaşımı ve test sonuçlarının güvenilirliği hakkındaki kuşku değerlendirildiğinde, sıra dışı güvenlik gerektiren işler dışında mekanik dürüstlük testlerinin kullanımının, hemen her zaman, hukuka aykırı olacağı sonucuna varmak güç olmayacaktır, **kanısındayız**³⁸⁰.

§11. İŞÇİLERİN İZLENMESİ VE GÖZETLENMESİ

İşçilerin telefonlarının dinlenmesi ve kaydedilmesi, e-postalarının, İnternet'e girişlerinin ve ziyaret ettikleri sitelerin denetlenmesi; işyerindeki davranışlarının görüntü ve ses alma araçları ve benzerleriyle gözetlenmesi; iş yaşamında sıkça karşılaşılan izleme ve gözetleme (*monitoring and surveillance*) uygulamalarıdır³⁸¹.

Bu tür uygulamalar, çeşitli açılardan işçilerin özel yaşamlarına müdahale oluşturmaktadır. Görüntü ve ses alma aygıtlarıyla yapılan izleme ve gözetlemeler bakımından, kişinin görüntüsü ve sesi üzerindeki hak ile özel yaşam hakkı arasındaki ilişki açıktır³⁸². İletişimin izlenmesi söz konusu olduğunda, özel yaşam hakkının haberleşme özgürlüğünü de kapsadığı akılda tutulmalıdır. Tüm bu uygulamaların diğer bir boyutu ise, izleme ve gözetlemeyle işçiler hakkındaki kişisel verilere ulaşılmakta olmasıdır. Özel yaşam hakkı, iletişim özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması arasındaki sıkı bağ, AB Temel Haklar Şartı ve dolayısıyla Avrupa Anayasasında³⁸³ açık şekilde anlatım bulmaktadır. AB Temel Haklar Şartı 8. maddesinin (Avrupa Anayasası m.II-68) kişisel verilerin korunmasına ayrılmış olması, özellikle e-posta izlemeleri açısından, 7. madde (Avrupa Anayasası m.II-67) hükmünde iletişim için getirilen korumayı tamamlayıcı nitelikte görülür³⁸⁴.

³⁸⁰ Taşkent, yalan makinesiyle yapılan testleri, insanlık onuruyla bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmektedir. Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.105.

³⁸¹ İzleme ve gözetleme uygulamalarının türleri ve vardığı boyutlar hakkında bilgi için Bkz.: **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.52, 56-57; **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.12-16; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.220-205; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.21-22; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s.520, 526; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.387 ve a.y. dn.20; Ayr. Bkz. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.427.

³⁸² Bkz.: yuk. § 3, III, 3, b.

³⁸³ Bkz.: yuk. § 4, VI - VII.

³⁸⁴ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.10.

Belirttiğimiz gibi; izleme ve gözetleme uygulamalarının hemen hepsi, izlenen kişi hakkında kişisel veri elde edilmesi anlamına gelir ve bu nedenle Veri Koruma Hukuku kuralları bu tip uygulamalar söz konusu olduğunda da gözetilmek zorundadır. Nitekim, işçilerin e-postalarının ve İnternet aktivitelerinin gözlenmesi; ses ve görüntü verilerinin işlenmesi ve video yoluyla gözlenmelerinin 95/46/EC sayılı Yönergenin kuralları kapsamında değerlendirileceği açıkça ifade edilmektedir³⁸⁵.

Bu bölümde, Veri Koruma Hukuku kurallarının iş ilişkisinde nasıl uygulanması gerektiği daha önce açıklandığından³⁸⁶; tekrardan kaçınılmış; izleme ve gözetleme bakımından özellik gösteren hususlar üzerinde, UÇÖ, AB ve AK organlarının bakış açısından yararlanılarak, durulmaya çalışılmıştır³⁸⁷.

I. İletişimin İzlenmesi

İletişim alanında özel yaşam hakkı, iletişim olanaklarına serbestçe ulaşmayı ve bunlardan müdahale olmaksızın yararlanmayı anlatır³⁸⁸. Bu, özel yaşam hakkı kadar, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün (AY m.26; AİHS m.10) de kapsamında değerlendirilir³⁸⁹. İletişim olanağının sınırlanması ya da ortadan kaldırılması, AY m.22/II ve AİHS m.8'e aykırılık oluşturur³⁹⁰ ve kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi, TCK m.124(1) uyarınca suçtur.

Bu açıklamalar sonrasında, işyerinde işçiye hiçbir şekilde özel iletişim olanağı tanınmamasının özel yaşam hakkına, hukuka aykırı müdahale oluştura-

³⁸⁵ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.13.

³⁸⁶ Bkz.: yuk. § 9, III.

³⁸⁷ Belirtmek gerekir ki, bazı yabancı hukuklarda izleme gözetleme eyleminin kendisi ile daha önce yapılan iletişimin kayıtlarının elde edilmesi şeklindeki özel yaşam hakkı ihlalleri farklı ele alınmaktadır. Bunun nedeni iki durumun farklı yasal düzenlemelerin konusu olmasıdır. (Birleşik Krallık içi Bkz.: **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.511, 519; ABD için Bkz.: **Charles E. Frayer**, "Employment Privacy and Internet Monitoring: Balancing Workers' Rights and Dignity with Legitimate Management Interests", The Business Lawyer, Vol.57, Feb 2002, s.866-868; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.22 dn.20; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s.521) Biz bu tür bir ayrıma gitmeksizin konuyu ele alacağız. Türk Özel Hukuku bakımından böyle açık bir ayrımın varlığından söz etmek, kanımızca, güçtür. Ancak TCK m.132 vd. bakımından iletişimin dinlenmesi ile kayda alınmasının farklı cezai yaptırımlara tabi olduğu görülür. Bunun özel hukuktaki yansımaları hükmedilecek tazminat miktarına ilişkin olabilir; yoksa ihlal edilen hakkın niteliğinde fark yoktur.

³⁸⁸ **Hendrickx**, General Principles, s.46.

³⁸⁹ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.7; **Hendrickx**, General Principles, s.47.

³⁹⁰ *Golder v. UK*, 21.2.1975, para.43 (Çevrimiçi) [http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/ HE-JUD/sift/81.txt](http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/HE-JUD/sift/81.txt) (13 Temmuz 2004).

çağı açıktır³⁹¹. İletişimin bazı formlarının yasaklanması ise, tartışmaya açıktır. Bu noktada her olayın özellikleri gözetilerek karar vermek gerekir. Örneğin, telefona izin verilirken e-posta ya da cep telefonu kullanımının yasaklanması için dayanılacak neden en azından işçiden sadakta borcu kapsamında bu yasağa uymasını beklenebilir kılmalıdır. Örneğin, tezgahtar olarak çalışan bir işçiden müşterilerle ilgilenmesi gerektiği zaman diliminde, gerekli olduğunda (örneğin işyeri telefonundan) kendisine ulaşılabilmesini sağlamak kaydıyla, cep telefonunu kullanmamasını istemek bu çerçevede mümkün olabilir.

İletişim amaçları dışında İnternet kullanımının (site görüntüleme, banka hesabı üzerinde işlem yapma, fatura ödeme vb.) tamamen yasaklanması ya da kısıtlanması konusunda işverenin daha geniş bir hareket alanı olduğu kabul edilmektedir. Ancak, bu tür kullanımın tamamen yasaklanmasının, İnternet'in işçilerin yaşamındaki kolaylaştırıcı etkisi göz önüne alındığında, uygulanabilirliği ve gerçekçiliğinin tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir³⁹².

Özel yaşam hakkına gerekli saygının gösterildiğinden söz edebilmek için iletişim özgürlüğünün engellenmemesi yetmez; gizliliğe de saygı gösterilmesi gerekir. Kullanılan iletişim araçlarının mülkiyetinin işverende olması, bir temel hak olan haberleşmenin gizliliğine saygının, ortadan kalktığı sonucunu doğurmaz³⁹³. Unutulmamalıdır ki, özel yaşama saygı, iş yaşamının sürdürüldüğü mekanlarda da belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsar³⁹⁴. Yapılan iletişimin içeriğinin gizli ya da özel olup olmaması; başka bir anlatımla kişinin özel yaşamına ilişkin olup olmaması

³⁹¹ Bu yöndeki bir yasaklama işçinin diğer bazı haklarının ihlali olarak da yorumlanabilir. Örneğin, ABD Ulusal Endüstri İlişkileri Kurulu (The National Labour Relations Board), şirket e-posta sisteminin kişisel kullanıma tamamen kapatılmasını, örgütlenme hakkının (right to engage in concerted conduct) ihlali olarak yorumlamıştır. Karara konu olayda, bir işçi, işverenin yeni izin politikasını şirketin e-posta sistemini kullanarak eleştirmiştir. Kurul, işçinin bu davranışının örgütlenme hakkı bakımından koruma altında olan bir davranış olduğunu ve iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturmayacağını belirtmiştir. Ulusal Endüstri İlişkileri Kurulunun son kararlarında, Ulusal Endüstri İlişkileri Yasasında (National Labor Relations Act) işçilerin örgütlü hareketleri için getirilen bu korumanın, sendikalaşmamış işyerleri bakımından da geçerli olduğuna işaret edilmektedir Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.22 dn.21.

³⁹² **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.15-16 ve a.y. dn.27; EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.4, 24; Ayr. Bkz.: **Kesan**, First Principles, s.255.

³⁹³ *Halford v. U.K.*, para.43-44; Benzer bir yaklaşım sergileyen Massachusetts Yüksek Mahkeme kararı hakkında bilgi için, *Restuccia v. Burk Technology Inc.*, **Fraye**, Balancing Rights and Interests, s.865 ve a.y. dn.51; Bkz. ve Karş.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.23; 15.12.2004 tarih ve 2Sa 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi Kararı (Çev. Alphey Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s. 226.

³⁹⁴ *Niemietz v. Germany*, para.29, *Burghartz v. Switzerland*, para. 36.

önemli değildir. Özel yaşam hakkının iletişim alanındaki yansıması, içeriğine bakılmaksızın tüm haberleşmenin korumadan yararlanmasını gerektirir³⁹⁵.

AİHS m.8 hükmündeki “correspondence” sözcüğü aslen yazışma; mektuplaşma anlamına gelir. Ancak, AİHM kararlarında, bu sözcüğün tüm haberleşme araç ve türlerini kapsar şekilde yorumlandığı görülür³⁹⁶. AB Temel Haklar Şartı ve dolayısıyla Avrupa Anayasasında da, yazışma yerine, “iletişim” terimi tercih edilerek, hakkın kapsamı bakımından aynı yaklaşım sergilenmiştir³⁹⁷. Dolayısıyla, bu bölümde e-posta için yapılan açıklamalar, *mutatis mutandis*, tüm iletişim şekilleri için geçerlidir. Formları farklı da olsa, tüm bu araçların, aynı amaca –iletişime- yönelik olması ve işveren tarafından işin yürütümünde kullanıldıkları gerçeği, bizi bu kanıya götürmektedir³⁹⁸.

1. İşçinin İletişiminin İzlenmesi Uygulamasının Dayanacağı Neden

İşveren, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan her uygulamada olduğu gibi izleme ve gözetleme uygulamalarını da bir hukuka uygunluk nedenine dayandırmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinden, üstün özel yarar söz konusu olduğunda, izleme ve gözetlemeyle sağlanacak yararlar, bu uygulamanın işçinin özel yaşam hakkı üzerinde yaratacağı etki, duyarlılıkla değerlendirilmek zorundadır³⁹⁹. İşverenin dayanacağı üstün yarar için, işe ve işyerine ilişkin gizli bilgilerin rakiplere sızdırılmasının önlenmesi başat örneklerden birini oluşturmaktadır⁴⁰⁰. **Kanımızca**, bu durumda işverenin salt ekonomik nitelikli yararı

³⁹⁵ **Kilkelly**, Guide, s.20; **Hendrickx**, General Principles, s.46; **Clayton/Tomlinson**, The Law of Human Rights, s. 819; *Halford v. UK*, para.16, 46.

“...Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ... saldırı teşkil eder...” Yarg. 4. HD, 31.10.2000, 6487/ 9467, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹⁶ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.341; **Clayton/Tomlinson**, The Law of Human Rights, s.819-820; Öm. Bkz.: *Klass v. Germany*, para.41.

³⁹⁷ Bkz. ve Karş.: AİHS m.8/I ve AB Temel Haklar Şartı m.7; Ayr.Bkz.: EU, **Presidium of the Convention**, Full text of the explanations, document, CONVENT 49 of 11.10.2000 (Çevrimiçi) http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/04473_en.pdf (1. Ağustos 2004).

³⁹⁸ Bkz.: **Kesan**, First Principles, s.253; **Colucci**, The Impact, s.90-91; **Sheehy**, Management’s Point of View, s.29; **Connolly**, Activity Monitors, s.57.

³⁹⁹ **Ford**, Two Conceptions, s.141; **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.513 (2); **IC**, Employment Practices DP Code Part 3, s.18.

⁴⁰⁰ **Frayner**, Balancing Rights and Interests, s. 859; EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.17; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.4..

korunmak isteniyorsa, hukuka uygunluk nedeni olarak üstün yarardan çok, işçinin sadakat borcunun, izleme uygulamasına rıza göstermesini gerekli kıldığının kabulü, daha yerinde olur. Buna karşın, sızdırılan bilgiyle işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkının görünümünden birinin zedelenmesi de söz konusu olabilecektir ise, üstün özel yarardan söz edilebilir. Örneğin, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin kişisel verilerine ulaşım ve bunları aktarabilme olanağı bulunan bir işçinin iletişiminin izlenmesinde, bu kişilerin özel yaşam hakkının korunması noktasında üstün yararlarının bulunduğu söz edilebilir. Belirtelim ki, uygulama makul bir nedene dayanmadığı halde işçinin izlemeye rıza göstermesi de söz konusu olabilir. Bu konuda, işçinin rızası hakkındaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz⁴⁰¹.

Ayrıca, izleme ve gözetleme, dayanılan nedenin haklı kıldığı amaca ulaşmaya özgü kullanılmalıdır. Örneğin, virüs vb. programların neden olabileceği ağır ekonomik yıkım düşünüldüğünde, iletişim ve bilgisayar sisteminin korunması amacıyla yapılmak istenen izleme uygulamasına işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir gereği olarak algılanabilir. Ancak bu durumda izlemeyle elde edilen veriler, koruma amacı dışında işçinin davranış ve yaşam tarzının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılamaz⁴⁰². Bu kuralın istisnası, sistem güvenliği için yapılan izlemede elde edilen ve güvenlik amacıyla ilgisi olmayan verinin, işçinin çıkarına olması ya da ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın⁴⁰³ veya suç oluşturan bir hareketin ortaya çıkarmasıdır⁴⁰⁴.

2. Gereklilik

İzleme ve gözetleme uygulamalarına geçilmezden önce, bunun gerekli olduğundan emin olmak gerekir. Geleneksel yönetim teknikleriyle elde edilecek bir amaca ulaşmak için izleme ve gözetleme yapmak, özel yaşama en az zarar verecek yöntemin seçilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁴⁰⁵. İşçinin e-postalarının izlenmesinin, hangi hallerde gerekli olduğuna örnek olarak, işçinin çeşitli nedenlerle işyerinde bulunmadığı zamanlarda işle ilgili iletişimin devam

⁴⁰¹ Bkz.: yuk. § 7, I; § 9, III, 1, f.

⁴⁰² EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 2, a.

⁴⁰³ Ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış (serious wrongdoing) için suç niteliğinde olmayan cinsel taciz örneği verilmektedir. **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.19; Ayr. Bkz.: **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s.521.

⁴⁰⁴ **Perrins** et. al., Harvey on Employment Law, para.513 (11); **IC**, Employment Practices DP Code Part 3, s.38; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.13-14; Bkz. ve Karş.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.22-23.

⁴⁰⁵ Bkz.: yuk. § 8; § 9, III, 2, a; § 9, V.

ettirilmesinin başka türlü mümkün olamaması gösterilmektedir⁴⁰⁶. Bu durumda, e-posta hesabının izlenmesi ve açılması için işçinin önceden bilgilendirilmiş olmasının önerildiğini belirtelim⁴⁰⁷. Diğer bir gereklilik dayanağı ise, iletişim için kullanılan sistemin, virüs vb. tehlikelere karşı korunması olabilir⁴⁰⁸. Bu durumda da, sisteme zarar verecek programların girişinin bloke edilmesi olanağı, öncelikle araştırılmalıdır⁴⁰⁹. Unutulmamalıdır ki, bu, izleme ve gözetleme yoluyla elde edilen işçiye ilişkin kişisel verilerin gizliliğinin korunması ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin işveren sorumluluğunun da bir gereğidir⁴¹⁰.

3. İzleme Uygulamasının Özel Yaşama Müdahale Düzeyi

Kural olarak, e-posta iletilerinin izlenmesi iletilerin tarafları, başlığı ve gönderilme zamanı gibi trafik verileriyle⁴¹¹ sınırlı kalmalı, içeriğine girilmemelidir⁴¹². Benzer şekilde, özellikle faturalama amacıyla, telefon görüşmelerinin zamanı, süresi ve görüşülen numarayla sınırlı şekilde izlenmesi kabul edilebilir⁴¹³. Esasen, gelişen teknoloji, içeriğine girilmeksizin e-posta kullanımının değerlendirilmesi için uygun olanakları sunmaktadır⁴¹⁴. Örneğin, işçinin aldığı ve gönderdiği ileti sayısının, gönderildiği adreslerin ve iletilerdeki "ek"lerin niteliğinin denetlenmesiyle, işverenin iletişim sistemini virüs vb. tehlikelere ya da iş ve işyerine zarar verici davranışlara karşı koruması mümkündür. Bu açıklamalar, İnternet'in haberleşme dışı amaçlarla kullanımı bakımından da geçerlidir⁴¹⁵.

⁴⁰⁶ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; Ayr. Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 2 Sa 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi Kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s.225-226.

⁴⁰⁷ **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.515 (5).

⁴⁰⁸ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; Ayr. Bkz.: **Colucci**, The Impact, s.15.

⁴⁰⁹ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.18.

⁴¹⁰ A.e., s.19; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b, dd.

⁴¹¹ 2002/58/EC sayılı Yönergede "trafik verisi" bir elektronik iletişim ağında iletilerin nakli ve ücretlendirilmesi için işlenen veri olarak tanımlanmaktadır [2002/58/EC Art.2 (b)]. Bu tür veriyen örnek, gönderici ve alıcının e-posta adresleri, gönderilme ve/veya alınma zamanıdır. Ayr. Bkz.: **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.7.

⁴¹² **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.515 (1); EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.21; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.299.

⁴¹³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.70; **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.61.

⁴¹⁴ E-posta izleme servis ve programlarının vardığı nokta hakkında bilgi için Bkz.: **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.6.

⁴¹⁵ Bkz.: EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.24-25.

İşverenin trafik verileriyle hukuka uygun amacına ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda ise, e-postanın işçi dışındaki tarafının özel yaşam hakkı da hesaba katılmalıdır. İşçinin özel yaşamına müdahaleyi haklı kılan neden, e-posta yazışmasının diğer tarafı –telefon görüşmeleri için hattın diğer ucundaki kişi- için aynı etkiyi göstermeyecektir. Örneğin bu kişinin rızasının alınması oldukça güçtür⁴¹⁶. Dolayısıyla, işyeri dışındakilerin, iletilere eklenecek bir uyarıyla işyerinden yapılan iletişimin izlendiğinden haberdar edilmesi önerilmektedir⁴¹⁷. **Kanımızca**, bu tür bir uyarının bile işyeri dışındaki kişinin özel yaşamına müdahaleyi hukuka uygun kılması tartışmaya açıktır⁴¹⁸. Bu konudaki diğer bir öneri ise, işçilere özel e-postalarına “kişiyeye özel” etiketi eklemeleri veya mesajları şifrelemeleri ve iletişimde oldukları özel çevrelerini de bu yolda davranmaları konusunda uyarılarının istenmesidir⁴¹⁹.

E-posta iletişimin içeriğine girilmesiyle işçinin özel yaşam hakkına müdahalenin yaratacağı sorunların ortadan kaldırılması için, yapılan önerilerden biri diğeri ise, -böyle bir yükümlülük öngörülme de⁴²⁰- işçiyeye özel kullanım ve işle ilgili kullanım için iki ayrı e-posta hesabı sağlanması ya da işçinin özel (işveren tarafından sağlanmayan) e-posta hesabına (Web mail) İnternet üzerinden ulaşımına izin verilmesidir. Bu açıklamaların, telefonla yapılan iletişim bakımından, işyerinde yeterince özel kullanıma özgü telefon bulundurulması ya da cep telefonu kullanımına izin verilmesi şeklinde anlaşılabilir⁴²¹. İşçiyeye böyle bir imkanın sağlanması, işveren için çoğu durumda ek maliyet de yaratmaz⁴²². Bu halde, işçinin özel kullanımına ayrılan e-posta hesabından yapılan iletişim, virüs taraması dışında, işveren tarafından denetlenmemelidir⁴²³.

⁴¹⁶ Colucci, The Impact, s.110 ve a.y. dn.110.

⁴¹⁷ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.18; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.515 (6).

⁴¹⁸ Pazarlama, kamuoyu yoklaması veya telefonla danışmanlık hizmeti için kullanılan iletişim araçları bakımından işyeri dışındakilerin, bir uyarıyla işyerinden yapılan iletişimin izlendiğinden haberdar edilmesinin yeterli olacağı; ancak, diğer iletişim araçlarının izlenmesinin, iki tarafın da rızasıyla gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.: Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.18.

⁴¹⁹ Mignin/Lazar/Friedman, a.g.m., s. 18; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.515 (2).

⁴²⁰ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.515 (8)

⁴²¹ Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.16, 18; Craig, Privacy and Employment Law, s.105; Jacobs, Electronic Trespassing, s.24.

⁴²² Aksine, bunun maliyetlere olumlu etki edebileceği de ileri sürülmektedir. “... İşçinin günün şartlarına uygun şekilde işyerinde kişisel işlerini halletmesini yasaklamak, ikilemsel şekilde, uzun vadede verimin düşmesine neden olabilir. Örneğin, bir işveren, İnternet aracılığı ile yapılan tüm kişisel kullanımı yasakladığında, altışverişlerini İnternet üzerinden yapan işçiler altışverişlerini yapmak için işyerlerini terk etmek zorunda kalabilirler. Bu nedenle bazı eleştirilenler İnternet ve

Önemle belirtelim ki; özel kullanım için e-posta hesabı sağlanması, işçinin yürütülen iş için kullanacağı hesap bakımında izleme uygulamalarının, Veri Koruma Hukukunun veri kütüğü sahibi konumundaki işveren için öngördüğü, verinin korunması ve işçiye veriye ulaşım hakkı sağlanması gibi diğer yükümlülüklerden, sıyrıldığı anlamına gelmez⁴²⁴. Bu durumda, işçiye ilişkin bilginin öğrenilmesi olmasa da, örneğin bunun açık edilmesi, özel yaşama saldıırı oluşturabilir⁴²⁵. Dinlenmekte olan işe özgülenen telefonda özel görüşme yapıldığının fark edilmesi halinde, en azından kaydın durdurulması yerinde olur. Benzer bir yaklaşım ABD Hukukunda görülür. ABD Federal Birleştirilmiş Suç Kontrolü ve Güvenli Sokaklar Yasası⁴²⁶ (*the Federal Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*) kural olarak işin yürütümü için kullanılan telefonların dinlenebilmesine olanak sağlamasına karşın, yargı kararlarında, bu tür telefonlarda özel görüşme yapıldığının tespiti halinde, izlenmemesi gerektiğine işaret edilmektedir⁴²⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işe özgülenen iletişim aracının izleneceği hakkında işçi yeterli şekilde bilgilendirilmedikçe bu aracın izlenmesi, yine özel yaşam hakkının ihlalini oluşturacaktır⁴²⁸.

4. Gizli İzleme

Kural olarak gizli izleme ve gözetleme yapılamaz; işverenler, izleme ve gözetleme konusunda işçileri bilgilendirmeli; önceden haberdar etmelidir⁴²⁹

e-posta üzerindeki geniş kısıtlamaların verimi arttırmak yerine, azaltacağını iddia etmektedir..." **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.16; Ayr. Bkz.: **Colucci**, The Impact, s.17, 19.

⁴²³ İşçinin suç oluşturan davranışlarından işverenin de sorumlu tutulabileceği ya da işverenin bizzat işçi tarafından işlenen suçun mağduru olması gibi haller bu kuralın istisnasını oluşturacaktır. EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.21; Ayr. Bkz.: **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.28.

⁴²⁴ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.23; Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b.

⁴²⁵ Bkz.: yuk. §2, IV.

⁴²⁶ 1968 tarihli bu yasa, daha sonra 1986 tarihli Elektronik İletişim Mahremiyet Yasası (the Electronic Communications Privacy Act) ile değişikliğe uğramıştır. Yasa ve değişiklik hakkında bilgi ve yasanın işçilere sağladığı korumanın yetersizliği noktasındaki eleştiriler için Bkz.: **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.181 vd.; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.12 vd.

⁴²⁷ **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.67; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.18; Ayr. Bkz. **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.22; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s518; e-posta bakımından benzer yaklaşım için Bkz.: **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.296.

⁴²⁸ Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b, aa; aş. § 11, I, 5.

⁴²⁹ **Sağlam**, Gizli Ses Kaydı, s.111; Ekranlı Araçlarla Yapılan İşlerde Asgari Güvenlik ve Sağlık Gereklere Hakkında 90/270/EC Sayılı AB Yönergesinin ekinde bulunan "... işçinin haberi ol-

[COE R(89)2 Art.3.1]. İşyerinde gizli izlemeyle ilgili yol gösterici kararlardan biri AİHM'nin Halford kararıdır⁴³⁰. Birleşik Krallık'ta rütbeli bir Polis memuru⁴³¹ olan Bayan Halford, işvereni aleyhine cinsiyet ayrımcılığı davası açmıştır. Dava devam ederken ofisinde birisi özel kullanımına özgülenen iki telefon hattı bulunmaktadır. Bu telefonların kullanımı konusunda kendisine bir sınırlama getirilmediği gibi, şefi tarafından davanın takibi için de kullanılabilircekleri bildirilmiştir. Daha sonra telefon konuşmalarının dinlendiği ortaya çıkmıştır. Mahkemede, davalı (Birleşik Krallık), işveren tarafından sağlanan telefonların öncesinde bilgilendirme yapılmadan (gizli) dinlenebileceğini iddia etmişse de; karar oybirliğiyle, AİHS m.8/I hükmünün ihlal edildiği yönünde çıkmıştır⁴³².

Ne var ki, bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuk sistemlerinde, işyerinde gizli izleme ve gözetleme yapılmasına ilişkin bu ilkeye, çok sınırlı istisnaların getirildiği görülür⁴³³ [Örn. ILO DP Code para.6.14]. Buna göre,

maksızın nitel ya da nicel hiçbir kontrol mekanizması kullanılamaz" [90/270/EC Annex m.3(b)] şeklindeki hükmün, gizli izlemeyi yasakladığı yönünde Bkz.: **Nielsen**, European Labour Law, s.412. (Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31990L0270&model=guichett (13 Ekim 2004); Ayr. Bkz.: **deBeer**, Comprehensive Protection, s.387; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.195, 197; **Rosenblum**, Workplace Security, s.98.

⁴³⁰ *Halford v. U.K.*, 73/1996/692/884, 25.6.1997, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/626.txt> (12 Temmuz 2004).

⁴³¹ Birleşik Krallık İş Hukuku, bizim hukukumuzdaki memur kadrosuna benzer kadrolar işgal ederek (office holder) çalışanları da işçi olarak kabul etmektedir. Bkz.: **Michael Jefferson**, Employment Law: 2nd Edition, London, Cavendish Publishing Ltd., 1995, s.58, para.3.5.1.

⁴³² *Halford v. U.K.*, para.43-44, 51.

⁴³³ Bunun en müdahaleci örneğini 26 Ekim 2001'de Başkan Bush tarafından imzalanan Gerekli Uygun Araçların Sağlanarak Terörizmin Durdurulması ve Engellenmesi için Amerikan Mevzuatının Birleştirmesi ve Güçlendirmesine İlişkin Yasa (Vatansever Yasası) [Uniting and Strengthening America Act by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001] başlıklı anti-terörist düzenlemenin oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Yasanın metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/> (13 Temmuz 2004).

"...Vatansever Yasasının 'sinsice sokul ve içinden çökert' şeklinde özellenilecek düzenlemeleri tartışmalıdır. Bu düzenlemeler, kamu makamları tarafından elektronik izleme yapılmazdan önce mahkeme kararı ya da arama emri alınmasını ve bunun ibraz edilmesini öngören federal mevzuatta değişiklikler içermektedir. Vatansever Yasası uyarınca, herhangi bir kamu makamı, izleme emrinin derhal bildiriminin, soruşturmayı olumsuz etkileyeceğine ilişkin kanısını makul nedenlerle ortaya koyabilirse, söz konusu bildirim elektronik izlemenin başladığı andan sonraya erteleyebilir. Bu da, kamu makamlarının, öncesinde mahkeme kararı almaksızın ve uygulamanın konusu olan kişi ve işletmeyi uyarmaksızın, bir ofisi, işyerini ve/veya bilgisayar sistemini elektronik olarak izleyebilecekleri anlamına gelir. Kamu makamları soruşturma sırasında, telif hakkı saklı müzik eserlerinin alım satımı ya da çocuk pornografisi gibi işçinin

Veri Koruma Hukukunda veriye ulaşma hakkının kullanımı için getirilebilecek sınırlama nedenlerinin bu durum için de uygulama alanı bulacağı belirtilir⁴³⁴. Gizli izleme için, ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın/ işyerindeki suçun araştırılması nedenine dayanıldığında, bu tür bir davranışın varlığı konusunda makul şüphe bulunması gerekir⁴³⁵ [ILO DP Code para.6.14 (2)(b)]. Başka bir anlatımla, makul şüphe bulunmaksızın, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın her an meydana gelebileceği gibi bir gerekçe, gizli izlemeyi haklı kılmayacaktır⁴³⁶. Gizli izleme, sıkı şekilde amaca yönelik olmalı, doğruluk ve bağlılığa uymadığı konusunda hakkında makul şüphe bulunan işçi dışındakileri kapsar şekilde yapılmamalıdır⁴³⁷. Ayrıca, izleme süresi de baştan belirlenmiş olmak zorundadır⁴³⁸. Önemle belirtilmelidir ki, uluslararası belgelerin yorumundan çıkarılan bu prensipler, ancak ulusal hukukun özel yaşamına bu şekilde müdahale edilen kişiye gerekli korumayı sağladığı ve özel düzenlemelerle işverene bu yetkiyi verdiği ya da ulusal hukukun bunun delil elde etmek için kaçınılmaz olduğunu kabul ettiği durumlara özgüdür⁴³⁹.

Türk Hukuku bakımından **kanımızca**, hangi nedenle olursa olsun gizli izleme ve gözetlemenin işveren tarafından yapılması mümkün olmamak gerekir. Kolluk tarafından yapılacak dinleme için dahi Yargı kararının gerekli olduğu bir sistemde⁴⁴⁰, işverene bu hakkı, istisnai şekilde de olsa, tanımak, onu kamu makamlarına bile tanınmayan bir yetkiyle donatmak anlamına gelecektir.

CMK m.135(7) hükmündeki “*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinlemez ve kayda alamaz*” anlatımı tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kesin ol-

karıştığı başka yasadışı faaliyetleri de belirleyebilirler. Başka bir anlatımla, işverenin bilgisayar sistemi, potansiyel biçimde kamu makamlarına açık hale gelmiş durumdadır. Bu da, elektronik sistemlerinde duyarlı, yasadışı ya da kişilerin şerefine tehlikeye atabilecek nitelikteki verilerin dolaşmasını önlemek yolunda işverenin müdahale bulunması için, ... güçlü bir motivasyon kaynağını oluşturmaktadır...” Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.14.

⁴³⁴ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b, bb.

⁴³⁵ **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para.514 (2); EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; **IC**, Employment Practices DP Code Part 3, s.37; **Frayner**, Balancing Rights and Interests, s. 862; Ayr. Bkz.: **Colucci**, The Impact, s.90-91.

⁴³⁶ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.17.

⁴³⁷ **Frayner**, Balancing Rights and Interests, s.870.

⁴³⁸ **Perrins et. al.**, Harvey on Employment Law, para. 514 (3); **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.18-19; **IC**, Employment Practices DP Code Part 3, s.37.

⁴³⁹ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14; **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.19.

⁴⁴⁰ Bkz.: yuk. § 5, II, 2.

duğu gibi TCK m.132(1) hükmünün kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlali, suç olarak düzenlediği de unutulmamalıdır⁴⁴¹.

5. Bilgilendirme

Bu açıklamalar sonrasında izleme ve gözetleme uygulamaları bakımından, işçilerin bu konuda bilgilendirilmesinin ve haberdar edilmesinin bir önkoşul olduğu anlaşılır. AİHM'nin Halford Kararında özel yaşama saygı hakkının (m.8) ihlali belirlerken kullandığı, “*Aynı zamanda dahili iletişim sisteminin kullanıcısı konumunda olan Bayan Halford'a, bu sistem üzerinden yapılan telefon görüşmelerinin dinleneceğine ilişkin uyarıda bulunduğuna ilişkin kanıt bulunmamaktadır.*”⁴⁴² anlatımı, bu bakımdan, dikkate değerdir. Bu anlatımın, çalışanın dinleme öncesinde konuşmalarının dinlenebileceğine ilişkin ayrıntılı şekilde uyarıldığı her durumda, işveren tarafından iletişimin izlenmesinin hak ihlali yaratmayacağı ima ettiği yolunda yorumlanamayacağı belirtilmektedir⁴⁴³. Karardaki bu anlatımın, izleme/gözetleme uygulamaları öncesinde bilgilendirmenin, uygulamanın hukuka uygun kabulü için bir gereklilik olduğuna vurgu yaptığı; ancak, uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü için tek koşulun bu olmadığı, ayrıca bir hukuka uygunluk nedenine dayanılması gerektiği, şeklinde anlaşılması yerinde olur⁴⁴⁴.

İzleme gözetleme öncesinde işçinin bundan haberdar edilmesi halinde, işçinin bu uygulamaya, suskun kalarak, örtülü rıza gösterdiği ve böylece, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın kullanılabilmesi düşünülebilir. Ne var ki, işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiği yönündeki açıklamalarımız ve 95/46/EC sayılı Yönerge bakımından, işçinin rızasına verilen anlam anımsandığında⁴⁴⁵, izleme ve gözetlemenin hukuka uygun olarak kabulü için, “üstün yarar” gibi başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanılmasının daha yerinde olacağı da bir gerçektir⁴⁴⁶. İzleme nedeni, en azından sadakat borcu çerçevesinde işçiden uygulamaya rıza göstermesini beklenebilir kılmalıdır ki, işçinin suskun kalması rıza olarak değerlendirilebilsin.

⁴⁴¹ Bkz.: yuk. § 5, II, 1.

⁴⁴² Halford v. U.K., para.29.

⁴⁴³ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.8-9; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.97-98; Ayr. Bkz.: **Hendrickx**, General Principles, s.56.

⁴⁴⁴ Ayr. Bkz.: **Colucci**, The Impact, s.79; 15.12.2004 tarih ve 2Sa 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi Kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s. 226.

⁴⁴⁵ Bkz.: yuk. § 7, I; § 9, III, 1, f.

⁴⁴⁶ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.21; Ayr. Bkz. **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.22.

İşverenin yapacağı bilgilendirmede, işyerindeki hangi iletişim araçlarının ne şekilde özel amaçlarla kullanılabileceği ayrıntılı biçimde ortaya konmalıdır⁴⁴⁷. İzleme ve gözetleme yapılacaksa bunun nedenleri ve amaçları işçilere bildirilmelidir⁴⁴⁸. İzledikleri, belirli aralıklarla işçilere anımsatılmalıdır⁴⁴⁹. İletişim araçlarının özel amaçlarla kullanımına izin verildiği sınırlar içinde kullanılması söz konusu olduğunda, izleme ve gözetleme, iletişim sisteminin virüs vb. tehlikelere karşı güvenliğinin sağlanması gibi çok sınırlı nedenler ve amaçlarla uygulanabilir. Virüsün başka türlü temizlenmesinin ya da işle ilgili iletişimin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olmaması gibi, çok istisnai durumlarda, iletişimin içeriğine girilebilir. Bilgilendirmede bu istisnai durumların neler olabileceği ayrıntılı şekilde anlatım bulmalıdır⁴⁵⁰.

Bilgilendirme, konulan kurallara uyulmadığının saptanması halinde uygulanacak yaptırıma yönelik sürecin işleyişini de içermelidir. Özellikle, işçinin kural ihlali yaptığının nasıl ve ne zaman kendisine bildirileceği belirtilmeli; bu tür iddialar karşısında cevap hakkı tanınmalıdır. En uygun tavır, işçinin kural ihlali fark edildiği anda uyarılmasıdır⁴⁵¹; meğer ki, izlemenin devamını haklı kılan bir neden bulunsun. Bu, özellikle elektronik iletişim araçları bakımından, yazılım teknolojisine geldiği düzey de göz önüne alındığında oldukça kolay olacaktır. Örneğin, işçiye gelen e-postada kurallara aykırı istenmeyen bir “ek” bulunması ya da sisteme zarar verecek bir sitenin ziyaret edilmesi durumunda ekranda açılan bir pencereyle işçinin derhal uyarılması mümkündür⁴⁵². Kural ihlalinin fark edildiği halde, uyarı yapılmaksızın, izlemeye devam edilmesini haklı kılabilecek nedenlerin, bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuklarda kabul gören gizli izlemeyi haklı kılan istisnai nitelikteki nedenler olduğu ileri sürülür⁴⁵³.

⁴⁴⁷ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.513 (5); Ayr. Bkz.: Connolly, Activity Monitors, s.57; Colucci, The Impact, s.23. vd.; Ayr. Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 2Sa 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi Kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s.225-226.

⁴⁴⁸ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.18.

⁴⁴⁹ Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.18, 20; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.513 (6), (7).

⁴⁵⁰ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.22.

⁴⁵¹ A.e., s.15; ABD’de Bazı eyaletlerdeki yasal düzenlemeler, disiplin cezası gerektiren eylemlerini açık etmezden önce, işverenlerin işçilerini uyarılmalarını talep eder Bkz.: Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.12; Ayr. Bkz.: Connolly, Activity Monitors, s.57.

⁴⁵² Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.20; EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.15.

⁴⁵³ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.15.

Türk Hukuku açısından uyarma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, iyiniyet kuralı ve iş ilişkisindeki karşılıklı sadakatın bunu gerekli kılmadığına verilecek cevaba bağlıdır. İşçinin, kastı olmadan bu kuralara aykırı davranabileceği olasılığı göz önünde bulundurulduğunda, işverenin öncelikle işçisini uyarmasının iyiniyet kuralının bir gereği olduğunu iddia etmek, **kanımızca**, mümkündür. Önceden işçilerin haberdar edildiği bu tür izlemelerde, koyulan kurala aykırı davranışın belirlenmesi halinde uyarı yapılmaksızın izlemeye devam edilmesi için bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuklarda gizli izleme için tanınan, ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın/ işyerindeki suçun araştırılması gibi nedenlerin Türk Hukuku bakımından da uygulama alanı bulabileceği, **kanısındayız**. Bu kanıya varmamızda izlemenin asıl olarak işçinin önceden haberdar edilerek yapılmaya başlanmış olmasının etkisi yadsınamaz. Yoksa bu görüşümüz, işverence gizli izleme yapılması olanağının bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁵⁴.

Veri Koruma Hukukundaki en önemli haklardan biri olan veriye ulaşma hakkı, işçinin süre gelen izleme ve gözetleme uygulamasının iyiniyet kuralına ve hukuka uygunluğunu denetlemesi bakımından ayrıca öneme sahiptir⁴⁵⁵. Bu şekilde işçi, kaydedilen iletişiminin özel yaşam hakkına saldırı oluşturacak bir nitelik alıp almadığı hususunda karar verebilme olanağına sahip olur.

II. Görsel İzleme ve Gözetleme

İletişimin İzlenmesi hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalar, görsel izleme başta olmak üzere teknik araçlarla yapılan tüm izleme ve gözetleme uygulamaları için de, *mutatis mutandis*, geçerlidir. Bu başlık altında, görsel izlemenin kendine özgü özellikleri nedeniyle uyulması gereken kurallar üzerinde durulacaktır.

Görsel izlemenin hangi amaçlarla ve nasıl yapılacağına ilişkin bazı yaklaşımlar şu şekilde ortaya konabilir. Birleşik Krallık Veri Koruma Kanununun hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen bölümü (UK DPA Schedule II) hükümlerinin, görsel izlemeyi, ancak iş sağlığı ve güvenliği ve işyerinin korunması söz konusu olduğunda mümkün kılacak şekilde yorumlanması gerektiği ileri sürülmekle⁴⁵⁶ birlikte, Birleşik Krallık, istisnai durumlarda da olsa işverene gizli izleme yapabilme yetkisi veren devletlerden biridir⁴⁵⁷. İtalya'da

⁴⁵⁴ Bkz.: yuk. § 11, I, 4.

⁴⁵⁵ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.16.

⁴⁵⁶ Craig, Privacy and Employment Law, s.261.

⁴⁵⁷ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.514.

işçilerin kamera vb. gereçlerle uzaktan denetlenmesi ve eylemlerinin kontrol edilmesi yasadışıdır. Görsel izleme, güvenlik, üretim sürecinin denetimi ve organizasyonla ilgili amaçlarla yapılacak, ancak, işçilerin uzaktan denetlenmesinde elveriş nitelikte olacaksa, sistemin kurulumu öncesinde işyeri sendika temsilcisinin –yoksa işyeri konseyinin- olurunun alınması gerekir⁴⁵⁸. Almanya’da da işçi temsilcisinin onayıyla görsel izleme mümkündür⁴⁵⁹. Bu konuda Fransa’da CNIL’in⁴⁶⁰ soruna ilişkin yaklaşımı Türk Hukuku bakımından da değerlendirmeye alınabilecek ölçütler ortaya koymaktadır. Buna göre, özel yaşama saygı ve işin verimli şekilde yürütümü arasındaki dengenin korunmasının; başka bir anlatımla işverenin dayanabileceği üstün bir yararının bulunduğu kabulü için, işyerinde *sürekli tekrarlanan* hırsızlık olayları *gibi* güvenlik nedenlerinin veya iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin görsel izlemeyi zorunlu kılması gerekmektedir. İşçiler görsel izleme öncesinde haberdar edilmelidir. Bu tutum, gizli görsel izlemenin yasaklandığı şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁶¹. Anılan sonuç **kanımızca** Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Güvenlik nedeniyle gözetleme söz konusu olduğunda “üstün yarar”ın bulunduğu; tekrarlanan hırsızlık gibi bir neden için de işçinin sadakat borcu çerçevesinde rıza göstermesinin beklenilebilir olduğunu söylemek yanlış olmaz⁴⁶².

İletişimin gizli şekilde izlenmesi konusunda Türk Hukuku bakımından, yukarıda yaptığımız açıklamaların⁴⁶³, görsel izleme bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Her ne kadar, CMK m.135(7) gibi açık bir hüküm bulunmasa da, kolluğun yapacağı teknik araçlarla izleme için bile, kural olarak, yargıç kararı arayan bir hukuk sisteminde (CMK m.140), işverene gizli görsel izleme yapma yetkisinin tanınmasını kabul etmek güçtür.

İzleme ve gözetlemenin süreklilik göstermesi de, ancak istisnai durumlar için kabul görür. Sürekli görsel izlemenin ancak iş sağlığı ve güvenliği ya da işyerinin güvenliğinin sağlanması amacı bunu zorunlu kılıyorsa, söz konusu

⁴⁵⁸ ILO, Workers’ Privacy Part II, s.63.

⁴⁵⁹ **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.381; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s. 213.

⁴⁶⁰ Commission Nationale de l’Informatique et des Libertines, 6.1.1978 tarih ve 78-17 sayılı Enformasyon Mahremiyeti Kanunu uyarınca kurulan, tavsiye kararlarının yanı sıra bağlayıcı görüş üretme yetkisine sahip kurum. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.100-102.

⁴⁶¹ **Colucci**, The Impact, s.79; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.47-48; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.104, 261.

⁴⁶² Bkz.: yuk. § 7, I - II.

⁴⁶³ Bkz.: yuk. § 11, I, 4.

olabileceği ileri sürülür⁴⁶⁴ [ILO DP Code para.6.14 (3)]. Bu konuda bir İsviçre Kanton Mahkemesi (Cantonal Tribunal of Jura) kararı⁴⁶⁵ ilgi çekicidir. Karara konu olayda, bir saat firması işyerine gözetleme kameraları yerleştirmiştir. İşverenin dayandığı gerekçe otomatik makinelerin işleyişinin kontrolüdür. Ancak, kameralar aynı zamanda işçilerin sürekli şekilde gözetlenmesi sonucunu da doğurmaktadır. Mahkeme, bu tür süreklilik arz eden izleme ve gözetleme uygulamalarının, işin özelliğinden kaynaklanan nedenlerle başvurulabilecek üretim sürecine ilişkin yegane kontrol yöntemi olması; başka bir anlatımla, yöntemin gerekli olması ve öncesinde işçilerin bilgilendirilmesi şartıyla kabul edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, olayda bu şartların oluşmadığına karar vererek kameraların kaldırılmasına karar vermiştir. Anılan karar, üretim süreciyle ilintili ekonomik nitelikli özel yarar söz konusu olduğunda, gereklilik ölçütünün çok daha dar yorumlanarak olaya uygulanması gerektiğine işaret eder niteliktedir.

Kanımızca, Türk Hukuku bakımından da iş sağlığı ve güvenliği ve işyerinin korunması nedenlerinden başka nedenlerin “üstün özel yarar” kapsamında değerlendirilmesi güçtür. İşverenin dayandığı özel yarar ile işçinin özel yaşam hakkı arasında değerlendirme/tartım yapılırken, iş sağlığı ve güvenliği ve işyerinin korunması dışındaki görsel izleme gerekçeleri söz konusu olduğunda, gereklilik ölçütünün, görsel izlemenin amaca ulaşılacak için yegane yöntem olması şekilde anlaşılması yerinde olur⁴⁶⁶. Ancak bu koşulun gerçekleşmesi durumunda, -hukuka uygunluk nedeni olarak başvurulacak- işçinin rızasının beklenebilir olduğundan söz edilebilir. Bu kaniya varırken, özellikle görsel izlemenin kişi üzerinde ciddi stres yarattığı⁴⁶⁷ ve sadece özel yaşam hakkını değil kişilik hakkını oluşturan değerlerin daha bir çoğunu zedelediği gerçeğini göz önünde bulundurmaktayız.

Görsel izleme gerekli olduğunda, izlenen alanları tam olarak belirten, açık ve net bildirimlerde bulunulması ve bunun işçilerin özeline ağır saldırı oluşturacak mekanları kapsamaması gerekir. Bu tür mekanlara, örnek olarak, soyunma odaları, tuvaletler ve bireysel ofisler verilmektedir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.513 (4); ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.18-19; IC, Employment Practices DP Code Part 3, s.13, 35; Tuncay Kaplan, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.381.

⁴⁶⁵ Fédération de travailleurs de la métallurgie et de l'horlogerie v. S., 19.9.1983, ILO, Workers' Privacy Part II, s.20, 46 dn.113.

⁴⁶⁶ Bkz. ve Karş.: Sherrard, Workplace Searches and Surveillance, s.291.

⁴⁶⁷ Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.22-24; Cozzetto/Pedeliski, Privacy and the Workplace, s.516, 524.

⁴⁶⁸ Craig, Privacy and Employment Law, s.261; Cranford, Arguing the Ethics, s.1806-1807; ILO, Workers' Privacy Part II, s.40; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para. 514 (5);

Ş12. İŞÇİNİN ÜSTÜNÜN VE EŞYALARININ ARANMASI

İşveren çeşitli nedenlerle işçilerini aramak isteyebilir. Bu nedenler arasında işyerinde güvenliği tehlikeye düşürecek maddelerin işyerine girişinin veya işyerindeki değerli malların izinsiz dışarı çıkarılmasının (hırsızlık) engellenmesi ya da güvenlik tehlikesi yaratmamakla birlikte işyerinde bulundurulması yasaklanmış maddelerin ve benzerlerinin araştırılması öne çıkmaktadır.

İşçilerin, üstlerinin, eşyalarının ve işyerinde kendilerine özgülenen ofis, masa, çekmece, dolap vb. alanların aranması, özel yaşama müdahale oluşturur. Bu, bir hukuka uygunluk nedenine dayanılmadıkça, AY m.20'de düzenlenen özel yaşama saygı, AY m.17'de düzenlenen kişi dokunulmazlığı haklarının özel kişilerce (işverence) ihlalidir⁴⁶⁹.

I. İşyerine Giriş-Çıkışta Yapılan Aramalar

İsabetli bulduğumuz bir görüşe göre, aramayı hukuka uygun kılacak nedenlerin başında işyerinin güvenliğinin sağlanması ve korunması, gelir; güvenlik ve koruma nedenine dayanıldığında, arama yapılması için başka bir hukuka uygunluk nedenine, özellikle de işçinin rızasına gereksinim kalmayacaktır⁴⁷⁰. İşyerinin güvenliğinin sağlanması ve korunması, açıkça ifade edilmese de, iş sağlığı ve güvenliği anlamında güvenlik ve koruma olarak anlaşılmaktadır⁴⁷¹. Diğer bir görüş ise, dayanılan neden ayrımına girmeksizin, işçinin rızasının alınması gereğine işaret eder⁴⁷².

IC, Employment Practices DP Code Part 3, s.35; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.18-19; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.305; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.63; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.24.

⁴⁶⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s.275; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100-101; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.293; **Çelik**, Dersler, s.123; Bkz.: yuk. § 5, I, 2.

⁴⁷⁰ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.112; **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Süzek**, İş Hukuku, s.275; Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.26, 172, 273.

⁴⁷¹ iş sağlığı ve güvenliği anlamında güvenlik ve koruma kavramı işçilerin, müşterilerin ve üçüncü kişilerin işyerinde doğabilecek tüm tehlikelere karşı yaşam ve sağlığının korunması şeklinde anlaşılmalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ve İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağında yer alan "İşyerlerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin, işçilere, işyerine ve çevresine verebileceği zararların ve bunlara karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi amacıyla yapılması gerekli çalışmaları" şeklindeki risk değerlendirmesi tanımı da bu kanıyı destekleyici niteliktedir (İSG Yön.m.4/a; İSGT Tas. m.4/a).

⁴⁷² **Oğuzman**, Arama, s.533-536; **Ertürk**, Temel Haklar, s.129; **Çelik**, Dersler, s.123; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100.

Güvenlik ve koruma sağlamak amacıyla arama yapılması halinde bunu hukuka uygun kılacak neden MK m.24/II anlamındaki “üstün yarar”dır⁴⁷³. İşyerinde güvenlik ve koruma sağlanmasına ilişkin, öğretide ileri sürülen, diğer bir hukuka uygunluk dayacağı ise, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki düzenlemelerdeki işçinin özel yaşamına müdahaleyi gerektiren hükümlerdir. Örneğin, Patlayıcı Ortam Yön m.7 uyarınca işveren, işçilerin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliği için tehlikeli patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde güvenli çalışma şartlarını sağlamak ve çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımları gözetim altında tutmakla yükümlüdür⁴⁷⁴. Benzer şekilde, Maden Yön. EK, m.8.7, 9.2 hükümleri iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek riskli alanlarda içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmaya yasaklamaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin, işyerindekilerin yaşam ve sağlığının korunması temeline dayanan “üstün yarar” ölçütüyle ilişkisi yadsınamayacağı gibi; bu noktada, hukuka uygunluk nedeni olarak MK m.24/II’deki “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” ölçütü de düşünülebilir⁴⁷⁵. Dolayısıyla, mevzuattaki bu tür hükümler de, arama yapılmasına olanak verir niteliktedir.

Güvenlik ve koruma nedenlerine dayanmayan aramalar bakımından ise işçinin rızasına dayanılacaktır ve rıza açık (Örneğin, iş sözleşmesindeki bir hükümle) ya da örtülü şekilde alınabilir⁴⁷⁶. Özel yaşama müdahale karakterli tüm uygulamalardan işçinin haberdar edilmesi ve bu konuda bilgilendirilmesi gereği, arama için de geçerlidir. Dolayısıyla, işçinin örtülü rızasından söz edebilmek için arama uygulaması öncesinde, aramanın nedeni, aramaya rıza göstermemesi durumunun sonuçları gibi konularda, yeterli şekilde bilgilendirilmiş olması gerektiği unutulmamalıdır. Ancak bu şekilde verilen rızanın, özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılabilir kabul edilebilecektir⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.275, 312-313; Ayr. Bkz.: **Çelik**, Dersler, s.123.

⁴⁷⁴ Eski Parlayıcı, Patlayıcı Maddeler Tüzüğü m.55/II hükmünde açık şekilde iş güvenliğini sağlamak için giriş-çıkış kapılarında gerekli kontrollerin yapılacağı öngörülmüştü. Bu hükmün aramayı hukuka uygun kıldığı yönünde Bkz.: **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.111-112; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.129. Kanımızca, Patlayıcı Ortam Yön. m.7’deki “gözetim” deyimini de bu şekilde anlaşılabilir niteliktedir. Söz konusu Yönetmelik, AB 99/92/EC yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır (m.12). Yönetmeliğin 7. maddesini karşılayan Yönergenin 5. maddesindeki “uygun denetim” (appropriate supervision) deyimini bu kanıyı güçlendirir niteliktedir. Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.51-52, 274.

⁴⁷⁵ Bkz.: yuk. § 7, III.

⁴⁷⁶ **Çelik**, Dersler, s.123; **Oğuzman**, Arama, s.536; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127.

⁴⁷⁷ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, aa; § 8; Ayr. Bkz.: yuk. § 9, III, 1, f; § 9, III, 2, b, aa.

İşyerindeki alet, araç, gereç ve benzer değerli mallara karşı sık tekrarlanan hırsızlık olaylarının engellenmesi ya da üretim ve ticaret sırlarını içeren bilgilerin kayıtlı olduğu dosya, disket ve benzerlerinin kaçırılmaması gibi nedenlere dayanıldığında, gerçekten böyle bir tehlike bulunmakta ve önlemek için başka bir yönetim başvurusu da mümkün gözükmemekteyse, işçinin rıza göstermesi, sadakat borcunun bir parçası ve dürüstlük kuralı gereği olarak da kabul edilebilir^{478,479}. İşyerinde sürekli ve sık tekrarlanan hırsızlıkların nedeniyle yapılacak aramaların “üstün yarar” ölçütüne dayanılarak arama yapmayı haklı kılacağı da ileri sürülmektedir⁴⁸⁰. **Kanımızca**, söz konusu hırsızlıkların işverenin kişilik değerlerini zedelediğinden bahsedilebildiği ölçüde yararlar arası tartıma gidilebilir. Ne var ki, bu noktada işverenin kişilik değerlerinden çok, mal varlığı değerleri (ekonomik yararı) söz konusudur.

Sadakat borcu uyarınca işçiden rıza göstermesini bekleyebilmek için, işçinin özel yaşam hakkı karşısında “üstün yarar” niteliğinde değerlendirilmese de, işverenin arama yapmak için makul bir nedene dayanıyor olması gerekir. Örneğin, salt işyerinin girdiği iş dalında arama yapılması yönünde gelenek bulunması, ne aramanın kendiliğinden hukuka uygun sayılması⁴⁸¹, ne de işçinin sadakat borcunun bir parçası olarak rıza göstermesi gerektiğini⁴⁸² iddia etmek için **kanımızca** yeterli değildir⁴⁸³. Aksinin kabulü, işverenin dayanabileceği hiçbir makul neden olmadığı halde, işçinin rıza göstermemesini -salt bu konuda gelenek bulunması nedeniyle- sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu şekilde bir yorum ise, özel yaşam hakkına temel hak olması nedeniyle sağlanan anayasal korumayla; giderek, MK m.23-24 ilkeleriyle bağdaşmaz⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ **Oğuzman**, Arama, s.536; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165; **Aksi Görüşte Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.110-111.

⁴⁷⁹ Bazı ülkelerde bu durumda dahi işçinin bireysel rızasına itibar edilmez. Örneğin, İtalyan 300 sayılı İşçilerin Özgürlüğüne ve Sendika Özgürlüğüne Saygı Yasası (Gazzetta Ufficiale, No. 131, 27.5.1970, s.3404, **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.188) m.6 uyarınca bu nedenle yapılacak aramalarda işyeri sendika temsilcisi ya da işyeri konseyiyle işveren arasında anlaşmaya varılmış olması; anlaşma yoksa iş yaşamını denetime yetkili makamın kararı aranır.

⁴⁸⁰ **Süzek**, İş Hukuku, s.275; Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.133.

⁴⁸¹ **Çelik**, Dersler, s.123; **Süzek**, İş Hukuku, s.275; **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.101; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127-128.

⁴⁸² **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.167-168.

⁴⁸³ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.110-111; **Ford**, Two Conceptions, s.141; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.295.

⁴⁸⁴ Ayrıntılı açıklama için Bkz.: yuk. § 7, I.

Öğretide, arama yapmak için her zaman yeterli bir nedene dayanılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁸⁵. Ne var ki, böyle bir nedene dayanılmasa da, MK m.23 sınırları içinde kaldığı sürece, işçinin rızasının MK m.24/II anlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak algılanmasını engelleyecek bir koşuldan söz etmenin güç olduğu; ancak, yeterli neden bulunmadığı hallerde, işçiden, sadakat borcunun bir gereği olarak rıza göstermesinin beklenmeyeceği yönündeki görüşümüzü tekrarlayalım⁴⁸⁶.

İşverenin işyeri dışında arama yetkisi yoktur. İşyeri dışında yapılan aramaya işçinin rıza göstermesi ise, yaşamın olağan akışına uymayacağından, işçinin rızası konusundaki kuşkuyu artıracaktır. İşçinin işyeri sınırlarına aracıyla girmesi halinde, aracında arama yapılması doğaldır. Ne var ki, işyerinin dışında bırakılan araçlar bakımından aynı sonuca varılamaz. Fransız Temyiz Mahkemesi, işyerinin dışında park edilmiş araçta işveren tarafından arama yapılmasını hukuka aykırı bulurken; aksinin kabulü halinde işverene kolluk gücünden daha geniş yetkiler tanınmış olacağını belirtmiştir⁴⁸⁷.

II. İşyerinde Yapılan Aramalar

Türk İş Hukuku öğretisinde, işyerine giriş çıkışta yapılacak aramalar üzerinde durulurken, işyerinde işçinin çalıştığı ofis, kullandığı çekmece, dolap ve bilgisayarda yapılacak aramalardan ayrıca söz edilmemektedir⁴⁸⁸.

Öncelikle, bu tür mekan, eşya ve araçların mülkiyetinin işverende olmasının işçinin özel yaşamına saygı bakımından bir fark yaratıp yaratmayacağı üzerinde durulmalıdır. AİHM'nin, aslen iletişimin gizliliğiyle ilgili olan Halford Kararında⁴⁸⁹ davalı tarafın savunma dayanaklarından biri de, çalışanın kullandığı iletişim aracının mülkiyetinin işverene ait olmasıdır. Buna karşın, Karar, yapılan izlemenin özel yaşam hakkını ihlal ettiği yolunda çıkmıştır. Mahkeme, -her ne kadar bir serbest avukatın bürosunda kamu otoritesince yapılan aramaya ilişkinde olsa- verdiği diğer bir kararında ise, açık şekilde salt çalışma yaşamının sürdürüldüğü alanda da yapılsa, aramanın özel yaşama saygı

⁴⁸⁵ Çelik, Dersler, s.123; Ekonomi, İş Hukuku, s.128; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.359.

⁴⁸⁶ Bkz.: yuk. § 7, I.

⁴⁸⁷ *Begat v. Prisunic*, ILO, Workers' Privacy Part II, s.172-173 ve a.y. dn.34.

⁴⁸⁸ Bu konuya ayrıca eğilen yazar Bayram'dır. Ne var ki, açıklamalarında ABD Hukukunun bakışı yansıtılmakta; ayrıca Türk Hukuku bakımından bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır. Bkz.: Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.298-299.

⁴⁸⁹ *Halford v. U.K.*, para.43-44.

hakkını düzenleyen m.8 kapsamında değerlendirilmeye alınacağına işaret etmiştir^{490,491}.

ABD’de yargı kararları farklar göstermekle birlikte, bu içtihatlarda kural olarak, işverenin mülkünde de işçilerin “özel yaşama saygı beklentisi”nin varlığını sürdürdüğü ancak bu mekanların işçilerinin özel yaşamlarının kapsamlı şekilde korunacağı alanlar olarak algılanmadığını iddia etmek yanlış olmaz⁴⁹². Özel yaşam hakkını ABD Hukukunun algılayışının⁴⁹³ sonucu olarak, işveren tarafından yapılan aramalar bakımından işçinin “özel yaşama saygı beklentisi”nin kamu otoritesi tarafından yapılanlara göre daha düşük olduğu sonucuna varılabilmektedir⁴⁹⁴. Bu tür mekanların aranabileceğinden işçinin önceden haberdar edilmesi halinde “özel yaşama saygı beklentisinin” kalmayacağı⁴⁹⁵, işçi hakkında bir ihbar bulunması, aramanın kapsamının ve amacının sınırlı olması, işçinin kullandığı mekanların sadece işçinin kontrolünde olması (tek anahtarın işçide olmaması) gibi nedenlerle işyerinde yapılan aramaların hukuka uygun sayılabileceği sonucuna varılabilmektedir⁴⁹⁶.

Bir Kanada Tahkim kararında ise, açık şekilde işçinin işyerindeki dolabı üzerinde özel yaşam/mahremiyet hakkı bulunduğunu iddia edebileceği belirtilmiştir⁴⁹⁷.

Yargıtay’ın bir kararına⁴⁹⁸ konu olan olayda ise, işyerinde santral operatörü olarak çalışan işçinin, geceleyin, kilitli olan santral oda kapısı gü-

⁴⁹⁰ Niemietz v. Germany, para.29.

⁴⁹¹ Kararın işçinin işyerindeki özel yaşam hakkı bakımından değerlendirilmesi için Bkz.: **Ford**, Two Conceptions, s.139-143.

⁴⁹² **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.11; **Frayer**, Balancing Rights and Interests, s.962; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.68.

⁴⁹³ Bkz.ve Karş.: yuk. § 3, III.

⁴⁹⁴ **Ford**, Two Conceptions, s.146; *O’Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), (Çevrimiçi) http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/480/709.html (29 Eylül 2004).

⁴⁹⁵ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), (Çevrimiçi) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=389&invol=347> (30 Eylül 2004); Ayr. Bkz.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.23; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s518; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.192-193; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.27.

⁴⁹⁶ Bu konudaki ABD yargı kararları hakkında Bkz.: **Stephen Allerd**, “Employee Privacy and Workplace Searches” Popular Government, Spring 2002, s.33-35; **Craig**, Privacy and Employment Law, s. 63-68; **Frayer**, Balancing Rights and Interests, s.861-862; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.127-128; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.298-299; **Rosenblum**, Workplace Security, s.99; Ayr. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.iit.edu/~jalifar/privacy.htm> (2 Mart 2005).

⁴⁹⁷ *Canadian Union of Post Workers v. Canada Post Corp.*, **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.134; Ayr. Bkz. **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.287.

venlik görevlileri tarafından kırılıp, davacı işçiye ait masa gözü (çekmece) zorla açılmış, içindeki defter okunmuş; ertesin gün işletme müdürü bizzat kendisi gelerek deftere el koymuştur. İşçiye ait olan defterde işletme müdürüne ilişkin Cumhuriyet düşmanı ve irtica militanı olduğu yönünde isnatlar bulunmaktadır. İşçinin iş sözleşmesi defterde bulunan bu anlatımlar nedeniyle 1475 s.K.m.17/II,b⁴⁹⁹ hükmü uyarınca feshedilmiştir. Yargıtay, oy çokluğuyla, özel defterin yasal olmayan yollarla elde edildiği ve defterdeki kayıtlar dayanak alınarak iş sözleşmesinin feshedildiği ve davacı işçinin düşüncelerini herhangi bir yerde açıklamadığı ve dolayısıyla işveren hakkında asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmadığını kabul ederek feshin haksız olduğuna karar vermiştir⁵⁰⁰.

Karardan çıkarılabilecek ilk sonuç, açıkça anlatım bulmasa da, çekmece vb. mekanların işverene ait olmasının; işçinin özel yaşamına müdahale için tek başına bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmediğidir. Aksi halde, feshedilme dayanak yapılan defterin yasal yollardan elde edilmediğinden söz edilmesinin anlamı kalmaz. Ortaya koymaya çalıştığımız bu kararların da gösterdiği gibi, AİHS sistemi içinde yer alan ve özel yaşam hakkını temel hak olarak tanımış bulunan Türk Hukuku bakımından işyerinde işçiye özgülenen mekan ve eşyalar boyutuyla da özel yaşama saygı gösterilmesi gereğinin devam ettiği açıktır⁵⁰¹.

İşçinin kullanımına özgülenen çekmece, dolap vb. eşya ile bilgisayar arasında fark olup olmadığı da ortaya konmalıdır. Bilgisayar, birden çok işlevi olan bir araçtır. E-posta ve İnternet kullanımı düşünüldüğünde, işyerindeki telefonlar gibi bir iletişim aracıdır⁵⁰². Kişisel eşyaların bulundurulması bakımından, dosya dolabı veya çekmeceyle arasındaki koşutluk açıktır. Bilgisayardaki dosya ve programları bu bakımda sanal kişisel eşyalara benzetmek olasıdır⁵⁰³. İşçinin işyerindeki çekmecesinde, kendine ait eşyaları bulundurabil-

⁴⁹⁸ Yarg. 9. HD, 30.10.2000, 10386/15096, **Ünal Narmanhoğlu**, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 2002, s.55; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s. 221-222.

⁴⁹⁹ Bu hükmü 4857 sayılı yeni İş Kanununda karşılayan madde, 25/II,b'dir.

⁵⁰⁰ İşçinin, işverence görülemeyeceği düşüncesiyle yazdığı e-postaların işverene ilişkin aşağılayıcı anlatımlar içermesi nedeniyle açılan bir dava hakkında Köln Eyalet İş Mahkemesi de, benzer bir sonuca varmıştır. Bkz. ve Karş.: 15.12.2004 tarih ve 2Sa 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi Kararı (Çev. Alpaz Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, s.225-226.

⁵⁰¹ Bkz.: yuk. §2, III, 2 ve 4.

⁵⁰² Bu bakımdan işçinin özel yaşamının korunması hakkındaki açıklamalar için Bkz.: yuk. §11.

⁵⁰³ **Colucci**, The Impact, s.19; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.297; Ayr. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.iit.edu/~jalifar/privacy.htm> (2 Mart 2005).

diği ölçüde, bilgisayarda da bu tür bilgiler bulunabilir. Yargıtay'ın bir kararında⁵⁰⁴ da benzer bir yaklaşımın sergilendiğini iddia etmek yanlış olmayacaktır. “Davacının davalı işyerinde bilgisayar programcısı olduğu ve şifrelediği programın boş zamanlarında kendi için yazılım geliştirilebilen ve eczanelerle irtibatlı bulunmayan bilgisayarda olduğu, ... Davacının yukarıda gösterilen davranışları ile hastalığı sebebiyle devamsızlığı karşısında işverenin odasını ve bilgisayarını elinden alıp işyerinin kapı kilidini değiştirip, yeni anahtarları da vermemesi ve vasıfsız işçi haline getirmesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/ikinci maddesi⁵⁰⁵ uyarınca hizmet akdini feshini haklı kılmaması olduğundan kıdem tazminatına hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde anılan isteminde reddi hatalıdır.” Anlaşılacağı üzere, Yargıtay, örtülü şekilde de olsa, işverenin bilgisayarda işçinin kişisel programlar bulundurabileceğini kabul etmektedir. Yeter ki, bu program işin yürütümünü aksatacak nitelikte olmasın.

Giriş çıkışta yapılacak aramayı haklı kılacak nedenlerin işyerinde yapılacak aramalar bakımından da geçerli olduğu noktasında kuşku yoktur; bu nedenle bir önceki başlık altındaki açıklamalara göndermeyle yetiniyoruz. Bunun dışında, öncelikle belirtmek gerekir ki, işyerinde bulunmadığı zamanlarda işin yürütümü için işçiye özgülenen mekanlara girilmesinin zorunluluk oluşturduğu durumlarda ve işçiden bunu öngörmesi beklenebilir ise, bu amaca özgü şekilde yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmamalıdır. İşin yürütümü için gerekli olan programın işçinin odasındaki bilgisayarda yüklü bulunması veya iş araçlarının bulunduğu bölümün anahtarlarının işçinin çekmecesinde olduğunun bilinmesi gibi durumlar, buna örnek olarak gösterilebilir⁵⁰⁶.

İşverene ya da işyerindeki işçi ve üçüncü kişilerin can ve mal güvenliğine ya da ekonomik çıkarlara zarar verme olasılığı bulunmayan, ancak İşK.m.25/II uyarınca işverene derhal fesih hakkı tanyacak bir davranışın delilinin bulunması için arama yapıp yapılamayacağı ise tartışmaya açıktır. **Kanımızca**, bu tür nedenler genel arama yapmayı hukuka uygun kılmaz⁵⁰⁷. Ancak,

⁵⁰⁴ Yarg. 9. HD, 29.1.1997, E. 1996/18731, K. 1997/1518, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰⁵ Bu hükmü 4857 sayılı yeni İş Kanununda karşılayan madde, 24/II'dir.

⁵⁰⁶ İletişimin izlenmesi bakımından benzer yorum için Bkz.: EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.14.

⁵⁰⁷ Dominik Cumhuriyeti'nde işçi üzerinde yarattığı stres nedeniyle periyodik arama yapılmasının hukuka uygun görülmediği belirtilmektedir. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.306; Ayr. Bkz.: **Framer**, Balancing Rights and Interests, s.862.

bu konuda üzerinde makul şüphe⁵⁰⁸ oluşan işçinin, şüphenin nedenleri hakkında bilgilendirildikten sonra işyerinde kendine özgülenen alanların aranmasına rıza göstermesi, sadakat borcunun bir gereği olarak görülebilir. Reddetmesi halinde işverenin fesih hakkının doğduğu kabul edilmelidir⁵⁰⁹.

İş sözleşmesindeki işverenin her an her mekanı, öncesinde haber vermeksizin ve neden göstermeksizin aramasına işçinin rıza gösterdiği şeklindeki bir hüküm, MK m.23'e aykırılık oluşturacaktır. Bu tür geniş kapsamlı işveren yetkisi yaratan hükümlere diğer ulusal hukuk sistemlerinde de izin verilmemektedir. Örneğin, Fransız Danıştay'ı, Fransız İş Kanununun işçilere özgülenen dolapların işyeri kurallarına uygun şekilde temizlenmesi gerektiği yönündeki hükmüyle (R.232-24) ilgili verdiği kararlarda, işçiler önceden haberdar edilmeksizin ve periyodik temizliğin yapıp yapılandığı konusunda denetim amacı taşımaksızın, işverene kişisel dolapların her an açılabilmesi yetkisini veren işyeri kuralını, kabul edilemez bulmuştur⁵¹⁰. Buna karşın, örneğin iş sözleşmesinde işyerinde alkollü içki bulundurulmasını yasaklayan ve işverene bunun denetimi amacıyla işçiye özgülenen mekanlarda arama yapabileceğini düzenleyen bir hükümle işçinin rızasının alınmış olması halinde, salt bu amaca yönelik olarak yapılacak aramalar, hukuka uygun kabul edilmelidir⁵¹¹.

III. Arama Yapılırken Uyulması Gereken İlkeler

İşçinin özel yaşamına müdahale içeren her uygulamada olduğu gibi, öncelikle aramaya ulaşılmaması beklenen amaca başka yöntemlerle varılmasının

⁵⁰⁸ Hangi durumlarda makul şüphe oluştuğunun kabulünde Arama Yön. m.6'daki tanım yol gösterici olabilir. Bu düzenlemenin işveren tarafından şüphe üzerine yapılacak aramalarda da kullanılabilir ilkelere şöyle sıralanabilir.

"Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, ... gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını ... öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır."

⁵⁰⁹ İspanyol, İsveç, ve Birleşik Krallık Hukukları bakımından benzer yorum için sırasıyla Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s. 240, 250, 275. Bkz.: aş. § 15, II, 1, b.

⁵¹⁰ **Ford**, Two Conceptions, s.142; **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.173; Ayr. Bkz.: A.e. s.134.

⁵¹¹ Belçika'da İşçilerin Korunması Hakkında Genel Düzenleme (Yasa) uyarınca, belirli alkol yoğunluğunun üstündeki alkollü içeceklerin işyerlerine sokulması yasaktır. Ancak bunlara yönelik arama yapılabilmesi için ayrıca işçi-işveren arasında iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi yoluyla anlaşmaya varılmış olması gerekir. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.121.

mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır⁵¹². İyi bir envanter yönetimi ile kayıt sistemi ve ofis tasarımı, aramaya gerek bırakmayabilir⁵¹³. Ayrıca, işçi, arama öncesinde nedenleri ve yöntemi ve reddetmesi halinde karşılaşılabilecek sonuçlar hakkında bilgilendirilmelidir⁵¹⁴.

Aramanın hukuka uygun olduğunun kabulü için dayanılan hukuka uygunluk nedeninin yanı sıra nasıl yapıldığı, başka bir anlatımla, aramada izlenen yöntem de önemlidir.

Arama yapılırken, eşit davranma ilkesine uygun davranılmalıdır⁵¹⁵. Akla uygun ve haklı bir neden bulunmaksızın, işyerinde bazı işçilerin üstlerinin aranması, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Buna karşın, aramayı gerektiren neden, işçi topluluğunun tamamını ilgilendirmiyorsa, söz konusu nedenle ilişki içinde bulunan işçiler için eşit davranma yükümlülüğü devam ederken⁵¹⁶, diğerlerinin özel yaşamlarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü öne çıkar⁵¹⁷. Örneğin, işyerindeki değerli mallara ulaşım olanağı olan işçiler bu malların bulunduğu yerden çıkarken aranırken; diğer işçiler aranmamalıdır. Yine, işçi sayısının fazlalığı nedeniyle tamamının aranmasının mümkün olmadığı durumlarda, seçim nesnel ölçütlere dayandırılmak zorundadır⁵¹⁸.

Arama, işçinin onurunu kırıcı ve fazla zaman alıcı şekilde de yapılmamalıdır⁵¹⁹. Başka bir anlatımla, arama yapılırken işçinin özel yaşamına ve be-

⁵¹² Sherrard, Workplace Searches and Surveillance, s.287.

⁵¹³ Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.19.

⁵¹⁴ ILO, Workers' Privacy Part II, s.172, 173; Bkz.: yuk. § 8.

⁵¹⁵ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.166; Centel, İş Hukuku, s.140-141; 167; Süzek, İş Hukuku, s.275; Çelik, Dersler, s.123; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111; Oğuzman, Arama, s.536; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.101; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.359; Ayr. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.64; Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.9; Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.305; Sherrard, Workplace Searches and Surveillance, s.287.

⁵¹⁶ Bkz.: Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.137; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.164; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.88; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.102;.

⁵¹⁷ Craig, Privacy and Employment Law, s.165-166; Bkz.: § 6, III.

⁵¹⁸ Nesnellüğün sağlanması için seçimin makineyle yapılması (Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.166); çıkışta düzensiz aralıklarla yanıp sönen bir lamba kullanılması (Oğuzman, Arama, s.537) ve eşit davranma ilkesine aykırılık iddialarına karşı kimin hangi tarihte ve hangi nedenle arandığına ilişkin tutanak tutularak bunların saklanması (ILO, Workers' Privacy Part II, s.65, 275) gibi öneriler getirilmektedir.

⁵¹⁹ Oğuzman, Arama, s.537; Süzek, İş Hukuku, s.275; Centel, İş Hukuku, s.140; Ekonomi, İş Hukuku, s.128; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.101; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.166; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.359; ILO, Workers' Privacy Part II, s.64..

den bütünlüğüne en az zarar veren yöntem seçilmelidir⁵²⁰. Bu konuda özellikle elle yoklama yöntemiyle⁵²¹ üst araması üzerinde durulmalıdır. Aramanın duyarlı kapı, detektör, X-Işını cihazlarıyla yapılması ya da sadece çanta vb. eşyaların araması halinde amaçlanan hedefe ulaşılması mümkün ise, elle yoklama yöntemiyle üst araması yapılamamalıdır⁵²². Bu noktada işçilerden ceplerini boşaltmalarını istemek de önerilen yöntemlerden biridir⁵²³. Elle arama konusundaki duyarlılık işyerindeki özel güvenlik görevlilerinin yetkilerinde de göze çarpar. Özel güvenlik görevlilerinin arama yetkisi de aslen, koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle arama, eşyaları X-ışını cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmekle sınırlıdır⁵²⁴ (ÖGHK m.7/a). Elle yoklama yöntemiyle üst araması yapılması, görüleceği üzere, ancak son çare olabilir. İşçiden arama sırasında üstündekileri çıkarması istenemez⁵²⁵ ve arama kendi cinsiyetinden kişiler tarafından yapılmalıdır⁵²⁶ (Ayr. Bkz.: Arama Yön. m.27-28).

Arama sırasında işçinin aramayı yapacak kişiyle yalnız bırakılmaması; aramanın işçinin haklarını zedeler şekilde yapılmasının önlenmesi, işçinin rızası hilafına arama yapıldığı iddialarının önüne geçilmesi ve aramayla bulunan şeyin onun eşyaları arasından çıktığının kanıtlanması bakımından yerinde olacaktır. Aynı nedenlere, işyerinde işçiye özgülenen mekanlarda yapılacak ara-

⁵²⁰ **Ertürk**, Temel Haklar, s.96; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.93; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.86; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1808.

⁵²¹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde bu tür arama için kullanılan deyim "yoklama suretiyle kontrol"dür (Bkz.: Arama Yön. m.27).

⁵²² **Craig**, Privacy and Employment Law, s.164; **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.172; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.286; Peru'da işçinin çantası dışında üst araması yapılabilecekse aramaya kolluğun dahil olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.306.

⁵²³ **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.19.

⁵²⁴ Bkz.: yuk. § 5, II, 2, b, bb.

⁵²⁵ **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1808; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.296; Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.137.

Yargıç kararı ya da yetkili merciin yazılı emriyle kolluk tarafından yapılacak aramalarda dahi, giysilerin çıkarılması istisnai bir durumdur ve sıkı koşullara bağlanmıştır (Bkz.: Arama Yön. m.28/IX).

Birleşik Krallık Hukuku bakımından işçi rıza gösterse bile çantası, cepleri, giysilerinin ötesinde arama yapılması halinde bunun hukuka uygunluğunun tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.273.

⁵²⁶ Fransız Temyiz Mahkemesi 19 Aralık 1973 tarihli bir kararında bayan işçinin erkek görevli tarafından aramayı reddetme hakkı olduğuna karar vermiştir. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.172 dn.33; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.306.

maların, kural olarak, işçinin yokluğunda yapılmaması; işçinin bulundurulmasına olanak bulunmayan hallerde, işçinin seçeceği bir iş arkadaşının hazır bulunmasına olanak sağlanması gerekir⁵²⁷ (Ayr. Bkz.: CMK m.120). Buna karşın, işçinin aramayı yapacak kişiyle yalnız bırakılmaması gereği, işyerinde yapılacak aramanın tüm işçilerin gözü önünde yapılması anlamına da gelmez; olayın özelliklerine göre, bu da onur kırıcı bir durum yaratabilir⁵²⁸.

IV. Aramada Zor Kullanılması

İşveren, üstün yarar kapsamında değerlendirilebilecek bir nedene dahi dayansa, kural olarak zor kullanılarak arama yapamaz⁵²⁹. Öğretideki, “üstün yarar” oluşturacak neden tartışmasına girmeksizin, işçinin rızasının alınmasının gerekli olduğunu savunan görüşte⁵³⁰ de, aslen bu kabulün etkili olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. İşyerinde güvenlik ve koruma sağlamak gibi bir “üstün yararın” bulunması halinde işçinin rızasına gerek olmadığını savunan ve bizim de katıldığımız görüş⁵³¹, arama yapmak için ayrıca bir hukuka uygunluk nedenine dayanılmasına gerek olmadığını vurgular; yoksa, zor kullanılarak arama yapılmasına olanak vermez.

İşyerinden çıkışta ve işyerinde yapılacak tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesi nedenine dayanan aramalar bakımından işçinin aramayı reddetmesi halinde, işçinin hırsızlık yaptığı şüphesi varsa, öncelikle kolluk güçlerine ihbarda bulunularak sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır⁵³². Belirtmek gerekir ki,

⁵²⁷ **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.19; **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.172, 275.

⁵²⁸ Kanada Energy and Chemical Workers, Local 11 v. Drug Trading Company and Druggists Corp. Ltd. Tahkim kararında “...Arama posta değişimi sırasında herkese açık bir koridorda gerçekleştirilmiştir; şikayetçiye herkesin önünde dolabı açtırılmış... daha sonra cüzdani herkesin önünde aranmış ve herkesin gözü önünde ceplerini tersyüz etmesi istenmiştir. Süveterini beline kadar kaldırması ve pantolonunu çoraplarına kadar çekmesi istenmiş olsa bile, bunlar herkese açık alanda yapılmış ve şikayetçinin özel yaşam hakkının çok ağır ihlalini oluşturmuştur” anlamına yer verilmiştir. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.134-135; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.19.

⁵²⁹ **Oğuzman**, Arama, s.537; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.359-360; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.297; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.131; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.306; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.19; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.168.

⁵³⁰ **Oğuzman**, Arama, s.533-536; **Ertürk**, Temel Haklar, s.129; **Çelik**, Dersler, s.123; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100.

⁵³¹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.112; **Centel**, İş Hukuku, s.140.

⁵³² Fransa Çalışma Bakanlığının 15 Mart 1983 tarihli işyerlerinde yapılacak aramalara ilişkin yönergesinde işyerinden sürekli ve sıklıkla eşyaların kaybolması nedeniyle yapılacak aramalarda işçinin aramayı reddetmesi halinde başvurulabilecek tek yolun bu olduğu belirtilmektedir. Birle-

bundan sonra kolluğun gerçekleştirdiği arama ve vb. eylemler nedeniyle işçinin özel yaşam hakkının ihlali bile söz konusu olsa, artık işveren sorumlu tutulamayacaktır⁵³³.

Kolluğun zamanında müdahale edemeyeceğinin açık olması halindeyse, kendi hakkını korumak için güç kullanmayı düzenleyen BK m.52/III hükmünün uygulama alanı bulması düşünülebilir⁵³⁴. Bu hüküm uyarınca, “*Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkie nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz*”. Ayrıca, zilyetliğin korunmasıyla ilgili MK m.981/II üzerinde de durulmalıdır. Bu hüküm uyarınca da, zilyet, rızası dışında kendisinden alınan taşınırı, “... eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır”. Anılan hükümler, görüleceği üzere, hakkın ihlal edildiğinden kuşku duymanın ötesinde, bu eylemleri yaptığı bilinen kişilere karşı uygulama alanı bulabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca, ne kadar ciddi ve kesine yakın da olsa, salt şüphe halinde özellikle arama yapmaya örtülü şekilde olanak tanıyıp tanımadıkları da tartışmaya açıktır. Ancak, en azından örnekseme yoluyla uygulanmaları düşünülmelidir.

Hırsızlık yaptığı şüphesi altındaki işçinin, aramaya karşı koyması halinde, kolluk müdahalesine dek işyerinden ayrılmasının engellenmesi, en ölçülü önlem olacaktır⁵³⁵. Ancak, bu durumda dahi işverenin zorla arama yapabilece-

şik Krallık ve Kanada Hukuk Sistemleri bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s.171- 172, 275; Sherrard, Workplace Searches and Surveillance, s.286.

⁵³³ “... işyerinde bir hırsızlık olayının vuku bulduğu bunun üzerine işverenin durumu emniyete intikal ettirdiği, emniyetçe işyerinde incelemeler ve araştırmalar yapıldığı ve bu arada şüpheli gördükleri kişilerin ve davacının da evinde ve bahçesinde araştırma yapıldığı daha sonra hırsızlığı gerçekleştiren kişinin yakalanıp mahkum edildiği, evinde arama yapılması nedeniyle de davacının sözleşmesini fesh ederek işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır... Davalı işveren olayı emniyete intikal ettirmekle yetinmiş şüphelendiği kişilerin ismini dahi bildirmiş değildir. Soruşturma emniyetçe Res'en yürütülmüş ve davacının evinde de arama ve inceleme yapılmış ise de bu davranıştan ve kendisine karşı yapılmış olan müessir fiilden sorumlu tutulması olanağı yoktur. Bir başka anlatımla, davalı işverenin davranışı ile hasıl olan sonuç arasında illiyet bağı yoktur. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında manevi tazminat ve kıdem tazminatı isteklerinin reddi gerekir...” Yarg. 9. HD, 7.4.1999, 4361/6860, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³⁴ Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.131.

⁵³⁵ BK m.52/III bakımından başvurulacak zor kullanma yönteminin hakkın korunması için elverişli ve dengeli olması gerekir. Bu konuda öğretilde verilen örnekler çoğunlukla, kolluğun

ğini iddia etmenin mümkün olmadığı, **kanısındayız**⁵³⁶. Öğretide, kişi özgürlüğünün ağır biçimde ihlalini oluşturacağı gerekçesiyle, işyerinden çıkışın engellenmesinin de, mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵³⁷. Bize göre, işçinin zor kullanılarak üstünün aranması yerine, işyerinden ayrılmasını engellemek, kişilik hakkını daha az zedeleyen bir yöntemdir.

İşyerinde yapılacak aramalar bakımından can ve mal güvenliği kaygısıyla işçinin üstünün zorla aranması ise, ancak BK m.52'de düzenlenen haklı savunma (meşru müdafaa) koşullarının oluşmasına bağlıdır. Haklı savunmanın ilk koşulu ise, işyerinde can ve mal güvenliğine zarar verme olasılığı bulunan olayın *gerçekte mevcut ya da başlaması kesinlikle çok yakın* olmasıdır⁵³⁸. Ayrıca, başvurulacak savunma yöntemi de, tehlikeyle orantılı olmalıdır. Bu noktada işçinin üstünün zorla aranması yerine; işyeri dışına çıkarılması da düşünülmelidir.

Belirttiğimiz gibi, aramada işveren tarafından zor kullanılması, ancak BK m.52/I koşullarının oluşması halinde ve son çare olarak düşünülebilir. Kaldı ki, bu tür bir müdahale meşruluğunu işçi-işveren ilişkisinden değil, BK m.52/I hükmünün herkese tanıdığı yetkiden alır. Kural, işçinin aramasında zor kullanılmamasıdır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike ya da hırsızlık şüphesine rağmen aramayı reddeden işçiye karşı, öncelikle kolluğa başvuru yoluyla sonuca ulaşmak düşünülmelidir.

İşçi, işyerine ya da bir bölümüne girişte aramayı reddederse, işverenin onu içeri almama olanağı bulunmaktadır⁵³⁹. Bu olanak mevcutken, zorla aramadan söz edilemez. İçeri almama durumunda, yapılmak istenen aramanın hukuka uygun olup olmamasına göre, işveren açısından haklı fesih nedeni ya da işçi açısından işverenin işi kabulde temerrüdü gündeme gelebilir.

V. Özel Güvenlik Görevlileri ve İşçilerin Aranması

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun uyarınca işverenler, işyerlerinin korunması için, valilikten izin almak koşuluyla, kendileri özel güvenlik görevlisi çalıştırabilecekleri ya da özel güvenlik birimi kurabilecekleri

müdahalesine dek, aracın lastiğinin patlatılması, anahtarının alınması gibi failin kaçmasını engellemeye yöneliktir. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.508; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, Borçlar, s.489.

⁵³⁶ Aksi Görüşte **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.131.

⁵³⁷ **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.298.

⁵³⁸ **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.506.

⁵³⁹ **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.297.

gibi; özel güvelik şirketleriyle asıl işveren alt işveren ilişkisi kurarak, işyerlerinde güvenlik sağlayabilirler⁵⁴⁰ (ÖGHK m.3; ÖGH Yön.7).

İşyerine giriş çıkışta ya da işyerinde işçilerin aranmasının hukuka uygun olarak kabulü için özel güvenlik birimi kurulması ya da özel güvenlik şirketlerinden özel güvenlik görevlisi sağlanmasının şart olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işyerlerindeki güvenliğin özel güvenlik görevlileri eliyle sağlanması isteğe bağlıdır. Bu hususu, kanunun genel gerekçesinde “*Özel güvenliğin sağlanması hukuk devleti anlayışına uygun olarak, kişi ve kuruluşların serbest iradelerine bırakılmaktadır*” anlatımıyla ortaya konmuştur. Genel gerekçede açık şekilde anlatım bulan bir diğer nokta ise, kişi ve kuruluşların sadece kendilerini, taşınır ve taşınmaz mallarını korumak üzere işe alacakları silahsız kişiler için izin alma zorunluluğunun bulunmadığıdır. Dolayısıyla, işçilerin aranmasının, mutlaka özel güvenlik görevlisi tarafından yapılmasını gerektiren bir düzenlemeden söz edilemez⁵⁴¹. Ancak, işyerinde özel güvenlik görevlisi bulunması durumunda işçilere yapılacak aramanın da, bu konuda eğitim almış olan özel güvenlik görevlilerince yapılmasının yerinde olacağı düşünülebilir⁵⁴².

Son olarak belirtmek gerekir ki, işyerinde özel güvenlik görevlisi bulundurulması, işverenin işçiler üzerinde yapacağı arama bakımından dayanabileceği hukuka uygunluk nedenlerinde bir genişleme yaratmaz. ÖGHK m.7’de özel güvenlik görevlilerine tanınan yetkiler, görev alanlarında güvenlik sağlamaya yöneliktir. İşyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelen aramalar bakımından, işverenin “üstün yarar” niteliğindeki hukuka uygunluk nedenine dayanarak, işçilere arama yapmasının zaten mümkün olduğu belirtilmişti. Kaldı ki, ÖGHK m.7 ile tanınan ve sadece işçiler üzerinde değil işyerinde bulunan herkese karşı kullanılacak arama yetkilerinin bazılarının, AY m.20-23 ve CMK düzenlemeleri karşısında tartışmaya açık olduğu da belirtilmelidir.

İŞÇİNİN YAŞAM TARZI VE DAVRANIŞLARINA MÜDAHALE

İşçinin özel yaşamına ilişkin ilk akla gelebilecek müdahale biçimleri, işyerinden yaptığı iletişiminin izlenmesi, işçinin gözetlenmesi, üstünün ve eşyalarının aranması ve işçiye ilişkin kişisel bilgilerin (verilerin) işlenmesidir ki,

⁵⁴⁰ Ayrıntılı Bilgi için Bkz.: **Ekmekçi**, Özel Güvenlik Hizmetleri, s.29 vd.

⁵⁴¹ **Ekmekçi**, Özel Güvenlik Hizmetleri, s.30.

⁵⁴² Bu konuda bazı ülkelerde farklı yaklaşımların sergilendiği görülür. Örneğin İtalya’da güvenlik görevlilerinin istisnai durumlar dışında işyerinde işin görüldüğü yerlere girmesi yasaktır. Bkz.: **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.191.

bu konulara ayrıntılarıyla yukarıda değinilmiştir⁵⁴³. Bu başlık altında ise, işçinin özel yaşamına sıralanan türde müdahalelerin ötesinde, özel yaşam alanındaki davranışlarının sınırlandırılması; yaşam tarzının belirlenmesi ve denetlenmesine yönelik işveren müdahaleleri üzerinde durulacaktır. Bu tür müdahalelerin de, bir hukuka uygunluk nedenine dayanmadığı sürece, özel yaşama saldırı oluşturacağına kuşku yoktur. Unutulmamalıdır ki, özel yaşam hakkıyla korunan, özel yaşama ilişkin bilgilerin gizliliğinin yanı sıra, kişinin bu alandaki özgürlüğüdür de⁵⁴⁴.

I. İşçinin İşyerindeki Davranışlarına Müdahale

1. İşçinin Diğer İşçilerle Birlikte ve/veya Müşterilerle Temas Halinde Olunan Alan ve Zamanlardaki Davranışlarının İşverence Düzenlenmesi

İşçinin özel yaşam hakkı, işyerinden içeri girmesiyle birlikte sona ermez; ancak, işyerindeki kişiler topluluğuna belirli ölçüde açık hale gelir. Gidererek, özellikle diğer işçilerle birlikte ve/veya müşterilerle temas halinde olunan alan ve zamanlarda işçinin, tütün içmek, giyim tarzı vb. davranışlarının ve seçimlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesinin ilk bakışta, özel yaşam hakkından çok, düşünce ve anlatım özgürlüğü, onur ve saygınlık gibi kişilik hakkının diğer görünümüleriyle ilişkili olduğu ve bu tür düzenlemelerin çalışmamızın sınırlarını aştığı düşünülebilir⁵⁴⁵. Ne var ki, AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin özel yaşam hakkını, özel yaşam alanındaki özgürlüğün ve dokunulmazlığın kamuya mal olmuş alandaki yansımaları da kapsar şekilde, klasik kavrayışa göre, geniş yorumlayışı göz ardı edilemez⁵⁴⁶. Dolayısıyla, bu alanlardaki işçi davranışlarının düzenlenmesi üzerinde durulması, çalışmamız açısından da gereklidir. Bu açıklamalar sonrasında sözü edilen yansımaların iki özel görünümü, işçinin tütün içmek ve giyim tarzını ve dış görünümünü belirlemek konusundaki özgürlüğü üzerinde durulacaktır. İşçinin özel yaşam alanındaki özgürlüğünün işyerindeki diğer işçilerle birlikte ve/veya müşterilerle temas

⁵⁴³ Bkz.: yuk. § 9.

⁵⁴⁴ Bkz.: yuk. § 3, I.

⁵⁴⁵ Nitekim öğretide, işçinin bu alan ve zamanlardaki davranışlarının işveren tarafından düzenlenmesi, özel yaşam hakkı dışındaki kişilik hakkı görünümüleriyle ilişkilendirilerek incelenir. Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.91-10; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.111-124; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.299-303, 305-307; **Süzek**, İş Hukuku, s.274-275; **Centel**, İş Hukuku, s.139-140; **Çelik**, Dersler, s.123-124; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.125-126; Ayr. Bkz.: **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.1317-1318.

⁵⁴⁶ Bkz.: yuk. § 4, III-IV; § 3, I.

halinde olunan alan ve zamanlardaki davranışlarına yansımaları bunlarla sınırlı olmamakla birlikte konunun başat görünümelerini oluşturmaları, ayrıca üzerlerinde durmayı gerekli kılmıştır.

a. İşyerindeki Tütün Yasağı

İşveren tarafından işyerinde tütün (sigara, puro, pipo vb.) içiminin yasaklanmasını hukuka uygun kılan birincil neden, tütün içmenin iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk yaratma olasılığıdır. Öncelikle, tütün ateşi, işyerinde ya da bazı bölümlerinde parlama ya da yangın tehlikesi yaratabilir. Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik, işyerinde patlayıcı ortam oluşmasının önlenmesini, işveren için bir yükümlülük olarak düzenlemekte (Patlayıcı Ortam Yön m.5/a, 7/a) ve işyerinde patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde, yapılan risk değerlendirmesi sonucuna göre çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımların gözetim altında tutulması yetkisini vermektedir (Patlayıcı Ortam Yön m.7/b). Kimyasal Madde Yön. m.8/f/2 hükmü uyarınca da, işyerinde yangın veya patlamaya sebep olabilecek tutuşturucu kaynakların bulunmasını önlemek işveren için bir yükümlülüktür. Bu konudaki daha açık bir düzenleme, Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliğinde bulunur. Yönetmeliğin asgari sağlık ve güvenlik gereklerini düzenleyen Eki m.4.1.2 uyarınca, yangın veya patlama tehlikesi bulunan ortamlarda sigara içilmesine izin verilmeyecektir. Ayrıca, bazı ortamlarda, içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmak da yasaklanmıştır⁵⁴⁷ (Maden Yön. EK, m.8.7, 9.2). Kaldı ki, sıralanan yönetmeliklerin kapsamında olmasa da, işyerinde yangın riski bulunan yerlerde tütün içiminin yasaklanması mümkündür⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Yargıtay'ın söz konusu Yönetmelik öncesinde yürürlükte bulunan Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine ilişkin Tüzük kurallarına aykırı davranışla ilgili bir kararı uyarınca " ... maden ocaklarında sigara paketi, çakmak, kibrit gibi sigara yakmaya yarayan eşyaların bulundurulmasının kesinlikle yasak olduğu kurala bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesi en küçük bir ihmâl halinde çok sayıda ölümlle sonuçlanan iş kazalarına neden olmasından ileri gelmektedir. İşçilerin bu tür önleyici kurallara hassasiyet göstererek uymaları en başta kendi menfaatleri gereğidir... " Yarg. 9. HD, 26.4.2001, 4065/7215, **Ercan Akyiğit**, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları: 2001-2003 Arasına Ait Seçkin Kararlar, İstanbul, Ethemler Yay., 2003, s.803; Ayr. Bkz. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.359.

⁵⁴⁸ " ... Mahkemece işyerinde keşif yapılmış ve itfaiye görevlisi bilirkişi raporunda, davacının sigara içtiği alanda patlayıcı maddelerin bulunmadığı, ancak sigaranın yakınlardaki straforların bulunduğu bölüme atılması durumunda yangın tehlikesinin olabileceği açıklanmıştır... davacı işçi işverence tahsis edilen sigara içilen bölüm dışında ve yangın tehlikesi taşıyan bir bölgede sigara içmiştir. Bu durumda işçi tarafından ... işyeri güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğü dosya

İkincisi, işyerinde, asbest, kanserojen ve mutajen vb. maddelerle çalışılan bazı alanlarda tütün içilmesi, işçi sağlığı üzerinde, tütünün genelde verdiği zarardan daha ağır sonuçlar doğurabilir. Giderek, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı uyarınca, salt yangın riski değil, bu tür risklerin önlenmesi yolunda, sigara yasağı koymak ve denetlemek de, işveren için bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir⁵⁴⁹ (Örn. Bkz.: Asbest Yön. m.17/a/3; Kanserojen Mutajen Madde Yön.m.17/e/10, 12/a).

Üçüncüsü, buraya kadar sıraladığımız türden riskler bulunmasa bile, tütün kullanmayanların sağlığının, tütün dumanından, pasif içici konumunda kalarak, olumsuz etkilendiği gerçeğidir⁵⁵⁰. Birçok ülkede, bu gerçek, bir iş sağlığı ve güvenliği sorunu olarak algılanarak, işyerinde tütün kullanımı yasal düzenlemeyle yasaklanmıştır⁵⁵¹. Nitekim, AB'nin *Tütün İçiminin Önlenmesi ve*

içeriğiyle sabit olmuştur. Davalı işverence işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı bir nedene dayanmaktadır" Yarg. 9. HD, 2.11.2004, 1834/24692, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005 Nisan-Mayıs-Haziran, S.6, s.757-758; Bu karar isabetli bulan inceleme için Bkz.: **Fevzi Şahlanan**, "İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih (Karar İncelemesi)", *Tekstil İşveren Dergisi*, S.307, Temmuz 2005, s.39-40; "... İşyeri hali fabrikası olup, yangın çıkmasına çok müsait olduğu dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Ayrıca işyerine 'Sigara içilmeyeceğine' ilişkin ihtar anlamında çeşitli levhalar asılmıştır. Davacı buna rağmen burada sigara içmekte ısrar etmiş bulunmaktadır. Davacı bu davranışı ile işyerinin güvenliğini tehlikeye atmış bulunmaktadır. Bu maddi olgular karşısında davalı işveren hizmet akdini haklı olarak feshetmiş bulunmaktadır ..." Yarg. 9. HD, 14.6.2001, 7903/10179, **Akyiğit**, Kararlar, s.802; Ayr. Bkz.: **Gözler**, *Sigara İçme Özgürlüğü*, s.46-47, 58.

⁵⁴⁹ Ayr. Bkz.: yuk.ş 7, III.

⁵⁵⁰ Bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarihlerde TBMM Genel Kurul gündeminde olan 4207 Sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'nin birinci madde gerekçesinde pasif içicilik ve pasif içicilerin maruz kaldığı tehlike şöyle anlatılmıştur: "*Pasif içicilik; sigara içmeyen kişilerin sigara içilen ortamlarda bulunan sigara dumanına maruz kalmasıdır. Sigara, puro ya da pipo içen bir kişinin yanında duran kişi hem yanan tütününün hem de sigara içen kişinin dışarı verdiği dumanı solur ve oldukça büyük bir zarar görür. Her yıl binlerce pasif içici, sigara dumanının verdiği zararlardan dolayı hastalanmakta ya da hayatını kaybetmektedir...*" (Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0382.pdf> (13 Mart 2006).

İşyerinde sigara dumanına maruz kalınması (pasif içicilik) nedeniyle ortaya çıkan sağlık sorunları hakkında bilgi için Bkz.: **Carin Hakansta**, *Workplace Smoking: A Review of National and Local Practical and Regulatory measures*, Geneva, International Labour Office, 2004, s.5-11; **British Trade Unions Congress**, *Protecting Workers From Passive Smoking, Activities And Fact Sheets For Use On Trade Union Education Courses* (Çevrimiçi) <http://www.smokeatwork.org/english.pdf> (1 Nisan 2005); **Jon Rudnick**, *Smoking Control in The Workplace*, (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/encyclopaedia/?d&nd=857400231&prevDoc=857400020> (1 Nisan 2005); Ayr. Bkz.: **Gözler**, *Sigara İçme Özgürlüğü*, s.34; **Centel**, *İş Hukuku*, s.140.

⁵⁵¹ Yabancı ülkelerdeki yasal düzenlemeler hakkında bilgi için Bkz.: **Hakansta**, *Workplace Smoking*, s.13 vd.; **BTUC**, *Passive Smoking*, s.41; **Rudnick**, *Smoking Control in The Workplace*; (Çevrimiçi) http://www.smokeatwork.org/summary_index.htm, (1 Nisan 2005);

*Tütün Kontrolünün Arttırılmasına Yönelik İnişyatiflere ilişkin 2003/54/EC sayılı Tavsiye Kararının*⁵⁵² 4. maddesi de, işyerlerindeki kapalı yerlerde sigara dumanına maruz kalınmasını önlemek için etkili önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Ülkemizde ise, işyerinde tütün kullanımına ilişkin bu tür bir yasak, 4207 Sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun⁵⁵³, da sınırlı şekilde düzenlenmiştir⁵⁵⁴. "Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler ile kapalı spor salonlarında ve toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilmesi yasaktır"⁵⁵⁵ (Tütün MZÖ K.m.2/I). Bu ka-

(Çevrimiçi) <http://www.salford.gov.uk/business/envhealth/bhs/smoking-controls.htm> (1 Nisan 2005); Bu konudaki en sert düzenlemelerden biri olan Massachusetts Dumandan Arındırılmış İşyeri Yasası (Massachusetts Smoke-Free Workplace Law) için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.mass.gov/legis/laws/seslaw04/sl040137.htm> (1 Nisan 2005).

⁵⁵² Tavsiye kararının İngilizce metni için Bkz.: OJ, L 22/31, 25.1.2003, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_022/l_02220030125en00310034.pdf (1 Nisan 2005).

⁵⁵³ RG 26.11.1996/22829

⁵⁵⁴ Önemle belirtelim ki, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarihlerde TBMM Genel Kurul gündeminde olan 4207 Sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi'nin yasalaşması halinde yasak kapsamı oldukça genişleyecektir [Değişiklik Teklifinin Metni ve gerekçesi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0382.pdf> (13 Mart 2006)]. Teklifte, Tütün MZÖ K.m.2 için öngörülen değişiklik uyarınca,

"Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler, yetiştirme yurtları ve bakım evleri ve bunların açık da olsa park, bahçe ve kafeterya, yemekhane, kantin, dinlenme yerlerinde, spor sahaları, kapalı spor salonlarında, internet kafelerde, alışveriş merkezleri, düğün-toplantı salonları, taksi, toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti veren kurum ve kuruluşların ve bunların lokal, eğitim kampı, dinlenme tesislerindeki kapalı mekanlarında, dernek, vakıf ve bunların lokal ve tesislerinde her ne olursa olsun tütün ve tütün mamullerinin içilmesi yasaktır.

Bu gibi mahallerin dışında kalan lokanta, otel, kafeterya, bar, disco, gazino vb. eğlence yerlerinin kapalı mekanlarında tütün ve tütün mamullerinin içilmesi için tütün ve tütün mamulleri kullanmayanların sağlığını tehlikeye düşürmeyecek, tütün ve tütün mamullerinin dumanından ve kokusundan zarar görmeyecek ve rahatsız etmeyecek ayrı yerler tahsis edilir. Tahsis edilen tütün ve tütün mamulleri kullanılmayan yerlere duman gidişini engelleyecek havalandırma, tecrit etme gibi tedbirler alınır. Bu tedbirler alınmadığı/alınmadığı durumlarda bu tür yerlerde tütün ve tütün mamulleri içilmesi yasaktır.

Bu tür yerlerin denetimi o mahallin en büyük mülki amiri veya yetkilendirdiği görevliler tarafından yapılır. "

⁵⁵⁵ 5326 sayılı Kabahatler Kanundaki "Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye, ilgili idari birim amirinin yetkili kaldığı kamu görevlileri tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu fıkra hükmü, tütün mamulü tüketilmesine tahsis edilen alanlarda uygulanmaz" [Kabahat K. m.39(1)] hükmünün, Tütün MZÖ K.m.2/I hükmüyle birlikte

nun kapsamına girmeyen işyerlerinde de, işçilerin birlikte ve/veya müşterilerle temas halinde bulunduğu yer ve zamanlarda tütün içilmesinin işveren tarafından yasaklanması, **kanımızca**, hukuka uygun olarak kabul edilmelidir⁵⁵⁶. Buradaki hukuka uygunluk nedeni, sigara içmeyen üçüncü kişilerin pasif içici konumunda olmamak şeklinde özetlenebilecek üstün yararlarıdır⁵⁵⁷. Bu tür bir yasağın kanunkoyucu tarafından da hukuka uygun görüldüğü, Kabahatler Kanunu'ndaki “Özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında, tütün mamullerinin tüketilemeyeceğini belirtir açık bir işarete yer verilmesine rağmen, bu yasağa aykırı hareket eden kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir” [Kabahat K.m.39(3)] düzenlemesinden çıkarılabilir.

Öğretide, tütün içilerek iş görülmesi halinde verimin veya ürün kalitesinin düşmesi söz konusuysa ya da müşterilerle temas halinde olan işçilerin tütün içmesinin iş yaşamındaki göreneklerle bağdaşmaması nedenlerine dayalı

nasil yorumlanması gerektiği tartışmaya açıktır. Kabahat K. m.3(1) uyarınca, “Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır”. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kabahat K. m.39 düzenlemesi, bu kanunun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmında değil “Çeşitli Kabahatler” başlıklı ikinci kısmında yer alır. Dolayısıyla, Kabahat K. m.3(1) hükmü, Tütün MZM K m.8'deki cezaya itiraza ilişkin düzenleme yerine, Kabahatler Kanunda öngörülen usulün (Bkz.:Kabahat K. m.27) uygulanmasını gerekli kılsa da, Tütün MZM K m.2'ye bu bakımdan etki etmez.

İkincisi, her ne kadar Kabahatler Kanunu, Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun'dan daha sonra yürürlüğe girmişse de, Kabahat K. m.39'daki kabahatin oluşacağı alana ilişkin anlatım, *lex posterior derogat legi priori* (sonraki norm önceki normu ilga eder) ilkesinin uygulanmasına olanak verecek açıklıkta değildir. Dahası, Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun, Kabahatler Kanunu karşısında özel kanun konumundadır (lex specialis derogat legi generali: özel norm genel normu ilga eder). Giderek, Kabahat K.m.39(1)'de geçen “kamu hizmet binalarının kapalı alanları” anlatımından, Tütün MZÖ K.m.2/1'de anlatım bulan, “kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanları”n anlaşılması, kanımızca, yerinde olur.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarihlerde TBMM Genel Kurul gündeminde olan 4207 Sayılı Kanunda değişiklik öngören teklifin yasallaşması halinde yasağın ve cezanın uygulanacağı alana ilişkin ortaya koymaya çalıştığımız tartışmalı durum bir ölçüde son bulsa da; başka bir tartışmanın filizlenmesi olasıdır. Değişiklik Teklifinde, yürürlükteki m.2/II hükmündekine benzer, yasağın bulunduğu mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilebilmesi için ayrı yerler tahsis edilmesine ilişkin yükümlülük öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşı, Kabahat K. m.39(1) düzenlemesi uyarınca, kamu hizmet binalarında tütün mamulü tüketilmesine tahsis edilen alanlarda, yine aynı maddede öngörülen cezanın uygulanacağı belirtilmektedir.

⁵⁵⁶ Bkz. ve Karş.: **Çelik**, Dersler, s.124; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.122.

⁵⁵⁷ Aksi görüşte **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.165; Ayr. Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.96-97.

nan yasakların da hukuka uygun olduğu savunulmaktadır⁵⁵⁸. **Kanımızca**, meseleye pasif içicilik temelinde yaklaşılması, bu tür nedenler üzerindeki tartışmayı da büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan, tütün içen işçiler için bu gereksinimlerini gidermelerine olanak tanınması yolunda, işveren açısından bir yükümlülük bulunup bulunmadığı üzerinde durulmalıdır. İşverenin koyacağı yasağın kantin, yemekhane vb. yerleri kapsamaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵⁹. Ne var ki, işyerindeki bu tür kapalı alanlarda da sigara içmeyen işçiler için riskin aynen devam ettiği düşünüldüğünde, bu görüşe kayıtsız katılmak mümkün olmasa gerekir. Şöyle ki, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin birçok yönetmelikte, “dinlenme yerlerinde sigara içmeyenleri sigara dumanından korumak üzere gerekli düzenleme yapılmasını” öngören hükümlere⁵⁶⁰ rastlanmaktadır. Bu hükümlerin dinlenme yerlerinde de tütün yasağı getirilebileceği şeklinde yorumlanması olasıdır. Ne var ki, “düzenleme” sözcüğünü kantin vb. dinlenme yerlerinde tütün içen ve içmeyenler için ayrı bölümler oluşturulması ya da buraların çok iyi havalandırılması gerektiği yönünde anlamak, hükümlere getirilebilecek daha dengeli bir yorum olacaktır⁵⁶¹. Bu yorum, tütün yasağının, kötü niyetle işçiye güçlük çıkarılması halini almaması gerektiği yönündeki öğretiyi görüşüne⁵⁶² de uygundur. Yasak, ancak dinlenme yerinde böyle bir düzenleme yapılmasının işverenden beklenemeyeceği hallerde (Örneğin, düzenleme maliyetinin çok yüksek olması) haklı görülmelidir. Tütün MZÖ K.m.2/II uyarınca, bu kanun kapsamındaki yerlerde tütün ve tütün mamullerinin içilebilmesi için ayrı yerler tahsis edilmesi ise açık şekilde düzenlenmiş bir yükümlülüktür⁵⁶³.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından risk veya işin görülmesi üzerinde olumsuz etki yaratmadığı halde işyerindeki açık alanlarda tütün içilmesine yasak getirilmesi, hukuka uygun bir dayanaktan yoksun bir uygulama oluştura-

⁵⁵⁸ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.96-97; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.126; **Çelik**, Dersler, s.124; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.165; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.359.

⁵⁵⁹ **Süzek**, İş Hukuku, s.275; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.96; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.126.

⁵⁶⁰ Bkz.: Yapı İşleri Yön. EK-IV, m.15.5; İşyeri Bina Sağlık Yön. EK-I, m.16.3, 16.4, EK-II, m.11.3; Maden Yön. EK, m. 16.8.3, 16.8.4; Sondaj Yön. EK, m.17.3, 17.4.

⁵⁶¹ Ayr. Bkz.: **Gözler**, Sigara İçme Özgürlüğü, s.53-55, 62.

⁵⁶² **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.126; **Çelik**, Dersler, s.124; **Süzek**, İş Hukuku, s.274.

⁵⁶³ Bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarihlerde TBMM Genel Kurul gündeminde olan 4207 sayılı Kanuna ilişkin değişiklik teklifinde, yürürlükteki m.2/II hükmündekine benzer, yasağın bulunduğu mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilebilmesi için ayrı yerler tahsis edilmesine ilişkin yükümlülük öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Ayr. Bkz.: yuk. dn. 554

çaktır⁵⁶⁴. Bu tür alanlarda, kapalı alanlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğimiz, pasif içicilik konumundan üçüncü kişilerin korunması gerekçesinin, geçerli olamayacağı, **kanısındayız**⁵⁶⁵.

b. İşçinin İşyerindeki Giyim Tarzı ve Dış Görünüşü

Kişinin giyim tarzını belirleme ve bunu eyleme dökmesi de özel yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilir⁵⁶⁶. AİHK, 1980 tarihli bir kararında, tek tip elbise giyilmesi yönündeki istemin, kural olarak, özel yaşama müdahale oluşturacağını, açık şekilde belirtmiştir⁵⁶⁷. AİHK'nun bu yaklaşımı, AİHM tarafından da benimsenmiş ve sürdürülmektedir. Örneğin, kişinin giyim tarzıyla ilgili yakın tarihli *Şahin*⁵⁶⁸ kararında Mahkeme, başvuruyu düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin m.9 bakımından inceledikten sonra, başvurunun ihlal edildiğini iddia ettiği diğer hükümlerden biri olan m.8 çerçevesinde ayrı bir sorunun doğmadığını; zira, bunlarla ilgili şartların, ihlal bulunmadığı sonucuna vardığı m.9'a ilişkin olarak incelediği hususlarla aynı olduğunu belirtirken, dolaylı da olsa, kişinin giyim tarzının m.8 kapsamında korunabileceğine işaret etmektedir⁵⁶⁹.

İşçinin işyerindeki giyim tarzı ve dış görünümüne işveren müdahalesini haklı kılacak nedenlerin başında iş sağlığı ve güvenliği gelir⁵⁷⁰. İş sağlığı ve

⁵⁶⁴ İşyerinde tütün kullanımına ilişkin en sert yasaklamaları içeren düzenlemelerden birine sahip olan Massachusetts'te dahi, kural olarak, işyerindeki açık alanlarda yasak geçerli değildir. Bkz.: Massachusetts Smoke-Free Workplace Law, Section 22(e).

⁵⁶⁵ **Gözler**, Sigara İçme Özgürlüğü, s.62.

⁵⁶⁶ **Üzeltürk**, Özel Hayat, s.182; Ayr. Bkz.: § 3, I.

⁵⁶⁷ AİHK, başvuruçuların hapisane üniforması giymeleri yönündeki isteğin özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığını, *ex officio*, değerlendirmiş; bu tür bir istemin m.8/I uyarınca özel yaşama müdahale oluşturduğunu kabul etmekle birlikte uygulamanın m.8/II kapsamında hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bkz.: McFeeley et al.v.UK, para. 83. Ayr. Bkz.: *Kara v. UK*, The law, 1, para.2.

⁵⁶⁸ *Leyla Şahin v. Turkey*, Application no. 44774/98, 29.6.2004, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=50037&skin=hudoc-en&action=request> (1 Eylül 2004); Bu kararı onayan 10.11.2005 tarihli AİHM Büyük Daire (*Grand Chamber*) kararı için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=45611&sessionId=4529559&skin=hudoc-en&attachment=true> (11 Kasım 2005); Daire kararının açıklanması ve notlu Türkçe çevirisi için Bkz.: **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.1213 vd.

⁵⁶⁹ *Leyla Şahin v. Turkey*, para.117; Aynı dava hakkında verilen AİHM Büyük Daire Kararı para.164 ve aynı karar, Yargıç Tulkens'in karşıoy yazısı para.12; Bkz. ve Karş.: **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.1317.

⁵⁷⁰ Bkz.: **Kilkelly**, Guide, s.15; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.309; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.92-93; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.305-306; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.115; *Kara v. UK*, The Law, 1, para.7.

güvenliği sağlanması amacıyla işverenin gerekli kişisel koruyucu malzemenin kullanılmasının istemesi ve bunun kullanımını denetlemesi şeklinde ortaya çıkan müdahalelerin hukuka uygunluk nedeni, **kanımızca**, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır⁵⁷¹. Kaldı ki, bu boyutuyla, işçinin giyim tarzına müdahale etmek, işveren bakımından sadece bir yetki değil; aynı zamanda bir yükümlülüktür. İşK.m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli *her türlü önlemleri* almak ve denetlemekle; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan *her türlü önleme uymakla* yükümlüdürler. İşçinin giyim tarzına, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla müdahale yetki ve sorumluluğu, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelikte⁵⁷² açık şekilde düzenlenmiştir. “*İşveren, işçilerin kişisel koruyucu donanımları uygun şekilde kullanmaları için her türlü önlemleri alacaktır*” (Kişisel Koruyucu Yön. m.8/II). “*İşçiler de kendilerine verilen kişisel koruyucu donanımları aldıkları eğitime ve talimata uygun olarak kullanmakla yükümlüdür*” (Kişisel Koruyucu Yön. m.8/III).

İşverenin işçinin giyimine ve dış görünümüne müdahalesini haklı kılabilecek bir diğer gerekçe ise, mal veya hizmetin hijyenik koşullarda üretilmesi gereğidir⁵⁷³. Nitekim, böyle bir gerekçenin varlığı halinde Yargıtay da işverenin talimatını haklı görmektedir⁵⁷⁴. Gıda veya ilaç üretimi ve satışı veya sağlık hizmeti verilen ya da elektronik malzemelerin üretildiği yerler gibi işyerleri göz önünde bulundurulduğunda, çalışırken maske ve bone takılması, sakal bırakılmaması gibi talimatları hukuka uygun kılan neden, üretilen mal ve hizmetlerden yararlanacak olan üçüncü kişilerin sağlığının korunmasının yanı sıra, ürünün kalitesinden ancak bu şekilde emin olunabilmesidir. Giderek, buradaki hukuka uygunluk nedeninin özellikle müşteri konumundaki üçüncü kişilerin sağlığı temelinde şekillenen üstün yarar olduğu görülür.

Bu noktada, giyim tarzı ve dış görünüşe ilişkin talimatlar salt iş sağlığı ve güvenliği ve hijyen sağlanması amacıyla yönelik ise, işverence sağlananlar yerine işçinin kendi malzemelerini kullanılmasının, talimata uygun davranış oluşturup oluşturmayacağı tartışmaya açıktır⁵⁷⁵. Hijyen sağlanması amacıyla

⁵⁷¹ Bkz.: yuk. § 7, III.

⁵⁷² RG 11.2.2004/25370

⁵⁷³ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.92; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.115.

⁵⁷⁴ “*Davacının işi aşıcılıktır. Bu işi ifa etmekte iken sakal bırakmıştır. İkaz, ihtar ve yevmiye kesintisi cezalarına rağmen sakalını kesmemekte direnmiştir.... Gerçekten davacının sakal bırakması sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmaz.*” Yarg. 9. HD, 21.9.1990, 5978/9488, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁷⁵ Sih erkekleri, dini inançları gereği, başlarına bir tür örtü bağlamaktadır. İngiliz Sih Federasyonu tarafından Avrupa Parlamentosu’na verilen ve İşçilerin İşyerinde Kişisel Koruyucu Malzeme

verilen bone, yerine işçinin kendi baş örtüsünü ya da şapkasını kullanmak istemesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bone, temizlik hizmetlerinde olduğu gibi sadece saçın dökülmesinin önlenmesi amacıyla takılıyorsa işçinin kendi baş örtüsünü ya da şapkasını kullanmasına izin verilmesi düşünülebilir⁵⁷⁶. Ancak, laboratuvar vb. yerlerde olduğu gibi bonenin kendisinin de hijyenik olması gereği söz konusuysa, aynı sonuca varmak güç görünmektedir.

Türk İş Hukuku öğretisinde, işverenin işçinin işyerindeki giyim tarzı ve dış görünüşüne ilişkin istemlerinden hangilerinin işçi bakımından uyulması zorunlu “talimatlar” olarak kabul edileceği ortaya konurken, bu istemlerin “uyulmaması durumunda işin doğruluk kurallarına ve o işteki göreneklere uygun biçimde görülmesi olanağı bulunmayan önlem” niteliği taşıması halinde haklı görülmesi gerektiği ve bu ölçütün iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olsun olmasın tüm işveren istemlerinin değerlendirilmesinde kullanılması halinde sorunun büyük ölçüde çözüleceği ileri sürülmektedir⁵⁷⁷.

Kanımızca, iş sağlığı ve güvenliği veya hijyenle ilgili olmayan istemlerin her birinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, lokanta, otel, satış mağazası, ulaşım araçları gibi işyerlerinde çalışan personelden işveren tarafından sağlanan tek tip elbisenin giyilmesi istenebilir. Tek tip elbise giyilmesi istemi, –elbise küçük düşürücü ya da işçiyi ergonomik açıdan rahatsız edici nitelikte olmadıkça- özel yaşam hakkına ağır bir müdahale oluşturmayacağı gibi; müşterilerle yakın temas halinde ve çoğu zaman onların arasında bulunan bu personelin, ayırt edilebilmesi ve işin gerektiği gibi görülmesi için de bir zorunluluktur⁵⁷⁸. Başka bir anlatımla, bu durumda işçinin uyma borcu, bağımsız bir borç olarak değil; iş görme borcunun bir uzantısı olarak algılanmaya uygundur.

İş sağlığı ve güvenliği ya da hijyen gerekçesine dayanmayan istemler bakımından işçinin özel yaşam hakkıyla dengelenmesi gereken yarar, işverenin toplumdaki izlenim ve saygınlığının korunması olarak da ortaya çıkabilir. Belirtmek gerekir ki, işverenin bu noktadaki yararı, salt ekonomik nitelikli değil-

Kullanmaları Konusunda Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklere Hakkındaki 89/656/EEC sayılı Yönergesinde değişiklik yapılması talebini içeren dilekçe üzerine ortaya çıkan tartışmalar için Bkz.: **Ineke Malsch**, Personal Protective Equipment at Work, A STOA Study for the Benefit of the EP Committee on Petitions, Luxembourg, Scientific and Technology Options Assessment Unit of the European Parliament, 1999, s.6 vd.

⁵⁷⁶ **Malsch**, STOA Study, s. 8.

⁵⁷⁷ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.91-92; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.111; Ayr. Bkz.: **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.163; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.306.

⁵⁷⁸ **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.309.

dir; dolayısıyla işçinin özel yaşam hakkı karşısında bu yarar, işçinin konumu, yapılan iş ve işçiden giymesi istenen giysinin özelliğine göre –başka bir anlamla, özel yaşama müdahalenin ağır olmaması koşuluyla- üstün tutulabilir ya da olayın özelliklerine göre bu isteme işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir parçası olarak algılanabilir. AİHK, verdiği bir kabul edilebilirlik kararında (*Kara v. UK*), iş sağlığı ve güvenliği ve hijyen gereklerinin yanı sıra, işverenin toplumdaki izleniminin, özellikle halkla ve diğer organizasyonlarla temas halinde bulunan çalışanlardan, belirli giyim kurallarına uymalarının istenmesini haklı kılabilceği sonucuna varmıştır⁵⁷⁹. Özellikle, toplumda işvereni temsil eden işçilerin, işverenin giyim tarzı konusundaki duyarlılığına uygun hareket etmesi gerekir.

İşçilerin yaptıkları işle bağdaşır şekilde, giyinmeleri de gerekir. Ancak, örneğin, banka personelinden ya da bir hukuk bürosunda çalışanlardan kravat takmalarını istemek, hukuka uygun kabul edilebilecekken; aynı istemin makine başında çalışan bir torna ustasına yöneltilmesi halinde varılacak sonucun farklı olması doğaldır. Belirtmek gerekir ki; kozmetik mağazaları, moda evleri vb. işyerleri söz konusu olmadıkça, işverenin işçi üzerinde moda veya zevk diktası kurmaya hakkı yoktur ve işyerinin ve işin özelliklerine göre dürüstlük kuralına uygun olmayan talimatlar geçerli kabul edilmeyecektir⁵⁸⁰.

İşçilerin dini inanç ve siyasi görüşlerini ortaya koyan giysi ve aksesuarlar (türban, haç, vb.) söz konusu olduğunda, işverenin toplumdaki izleniminin tarafsız olmasını istemesi nedeniyle bunların kullanılmamasını talep etmesi haklı görülebilecektir⁵⁸¹. Kaldı ki, müşterilerle teması olmasa bile, bu tür giysi ve aksesuarları kullanan işçilerin diğerleri üzerinde baskı kurma olasılığı da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁸². Meseleye bu yönüyle yaklaşıldığında, bu tür simgeleri kullanmayan ve kullanılmasından rahatsız olan diğer işçilerin kişilik hakkı ile kullananları arasında denge kurulması gereği, ortadadır. Özellikle işyerinde çalışan diğer işçilerin bu tür sembollerin işyerinde kullanılması nedeniyle iş yaşamlarının çekilmez bir hal aldığından söz edilebiliyor ve bu rahat-

⁵⁷⁹ *Kara v. UK*, The Law, 1, para.7.

⁵⁸⁰ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.93; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.116-117.

⁵⁸¹ Bire bir aynı konuda olmasa da AİHK bir kararında, “işverenin toplumdaki izlenimi” ölçütünü giyim konusundaki bir başvuruyu reddederken kullanmıştır.Bkz.: *Kara v. UK*, The Law, 1, para.7.

⁵⁸² Şahin Kararında AİHM'nin gerekçelerinden birini de, üniversiteye başı kapalı şekilde girilmesinin başını örtmeyen Müslümanlar üzerinde yaratacağı etki ve bunların hak ve özgürlüklerinin korunması gereği oluşturmaktadır.(*Leyla Şahin v. Turkey*, para.51). Bkz. ve Karş.: **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.1299-1301; Ayr. Bkz.: **Shivers**, Firing ‘Immoral’ Public Employees, s.639-640.

sızlık işverene de bildirilmiş ise, rahatsızlık yaratan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi gündeme gelebilir⁵⁸³.

Buna karşı, ortaya koymaya çalıştığımız duruma benzer bir olayla ilgili verilen bir Alman Federal İş Mahkemesi Kararı⁵⁸⁴ ilgi çekicidir. Karara konu olayda bir satış mağazasının parfümeri bölümünde tezgahlar olarak başı açık şekilde çalışan bayan işçi, doğum iznine ayrılmış; izin dönüşünde dini inancı gereği başörtüsü takarak çalışmaya devam etmek istemiştir. İşçinin bu tavır üzerine işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi, yerel mahkeme tarafından geçerli bulunmuştur. Yerel mahkeme bu sonuca varırken, işçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlülükleri nedeniyle dış görünüşünü işyeri uygulaması halini almış kurallara uygun şekilde düzenlemek zorunda olduğu; mağazanın yeri ve müşteri çevresinden kaynaklanan niteliği itibarıyla bunda işverenin haklı menfaatleri bulunduğu; işverenden deneme amaçlı da olsa, diğer iş arkadaşları ve müşterilerin tepkisini anlamak için söz konusu işçiyi başörtülü bir şekilde çalıştırmasının beklenemeyeceği, gerekçelerine dayanmıştır. Ne var ki, Federal İş Mahkemesi, yerel mahkemeninkinin aksine karar vermiştir. Federal İş Mahkemesi'nin kararında, feshin geçerli kabul edilebilmesi için işçinin satış elemanı olarak başörtüsüyle istihdamının somut bir işletmesel zarar veya ticari kayba neden olması gerektiği; salt zarar doğacağı kuşkusunun feshin geçerli olarak kabulü için yeterli olmadığı görüşüne yer verilmiştir. Bu karardan çıkan sonuç, işçinin başörtüsüyle çalıştırılmaya devam olunması, ancak işçinin bu şekilde çalışmaya devam etmesi nedeniyle zarar doğarsa iş sözleşmesinin feshinin geçerli olarak kabul edilebileceğidir. **Kanımızca**, Federal Mahkeme Kararını isabetli bulmak güçtür. Şöyle ki, işverenin, işçiyi başörtülü şekilde çalıştırması nedeniyle uğrayabileceği zararın salt ekonomik nitelikli olduğu söylenemez. Ekonomik zarardan öte, işverenin toplumdaki izleniminin (kişilik hakkının) zedelenmesi de söz konusu olabilir. Dahası, bu durumdan diğer işçilerin rahatsız olması nedeniyle işyerindeki çalışma barışının bozulması da olasıdır. Oysa ki, karar, işverenden tüm bu riskleri üstlenmesini bekler niteliktedir⁵⁸⁵. Giderek, yerel mahkeme kararında belirtildiği gibi, deneme amaçlı da olsa işverenden söz konusu işçiyi çalıştırması beklenmemelidir. İşçinin sözü edilen tutumuyla işveren açısından doğurduğu risk, dikkate

⁵⁸³ **Şükran Ertürk**, "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", Prof.Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2001, s.62 vd. özellikle 65; **Ertürk**, Temel Haklar, s.189-190.

⁵⁸⁴ BAG, Urteil vom 10.10.2002-2 AZR 472/01 (Karar, Prof.Dr. Tankut Centel'in kişisel arşivinden elde edilmiştir).

⁵⁸⁵ İşverenin burada olduğu gibi bir zarar riskini üstlenmesi, kanımızca, ancak işçinin işyeri dışındaki davranışları/giyim tarzı bakımından beklenebilir. Bkz. ve Karş.: § 13, II.

değer düzeydedir ve feshin, -haklı olmasa bile⁵⁸⁶- geçerli olarak kabulü için yeterli görülmelidir.

Son olarak, buraya kadar yapılan açıklamaların öncelikle özel sektör işyerleri bakımından geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçilerin, giyim tarzları ve dış görünüşleri Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik⁵⁸⁷ tarafından düzenlenmiş olması⁵⁸⁸ (Kıyafet Yön m.2, 3/e); bu işyerleri için yapılacak değerlendirmede söz konusu yönetmeliğin göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Kamu işverenin bu alandaki yönetim hakkı oldukça dardır (Örn. Bkz.: Kıyafet Yön. m.7,11). Dahası, söz konusu yönetmelik uyarınca, “*Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve lokavt Kanunu hükümlerine göre düzenlenen Toplu İş Sözleşmelerine bu Yönetmeliğe aykırı hükümler konulamaz*” (Kıyafet Yön. m.13). Buna karşın, Kamuda çalışan işçilerin giyim tarzları ya da dış görünüşleri nedeniyle iş sözleşmesinin feshiyle ilgili tespit edebildiğimiz kararlarda⁵⁸⁹, Yargıtay’ın söz konusu yönetmeliğe hiç değinmeksizin değerlendirme yaptığını gözlemlemek bizim için şaşırtıcı olmuştur. Söz konusu kararlar üzerinde aşağıda durulmuştur⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ İş yerinde dini sembol kullanımı nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi, bu başlık altında hemen yukarıda belirttiğimiz gibi, işyerinde çalışan diğer işçilerin bu tür sembollerin işyerinde kullanılması nedeniyle iş yaşamlarının çekilmez bir hal aldığından söz edilebiliyor ise haklı fesih olarak algılanabilir.

⁵⁸⁷ RG 25.10.1982/17849 (Bu yönetmelikte yapılan değişiklikler için Bkz.: RG 15.8.199./20961 ve 3.1.2002/24629)

⁵⁸⁸ Bu Yönetmelik Kamuda çalışan işçilerin giyim tarzları ve dış görünüşleri hakkındaki tek düzenleme olmamakla birlikte, genel çerçeveyi çizer. Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz.: **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.127 vd., 635 vd.

⁵⁸⁹ “*Davacının işe girdiğinden beri sakallı olarak çalıştığı tersanenin Milli Savunma Bakanlığına devri üzerine işyerine alınmadığı ve bu nedenle hizmet aktidinin feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden ve tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır İnşaiye işçisi olarak çalışan davacının üyesi bulunduğu sendikamın bağlandığı 1.1.1999-31.12.2000 yürürlük süreli 18. dönem işletme Toplu İş Sözleşmesinin 103. maddesinde iş disiplini ve cezalar arasında işyerine sakallı olarak gelmek ile ilgili bir hususa yer verilmemiştir ... Bu durumda davacının işyeri kapısından ... çevrilip işe devamının engellenmesi iş hukuku kurallarına aykırı olduğundan...*” Yarg. 9. HD, 6.2.2001, E. 2000/18594, K. 2001/1750, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası; “*...Toplanan delillere ve oluşan dosya içeriğine göre davacının davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığı tartışma konusu değildir ... Dosya tüm kapsamıyla incelendiğinde ...davacının fazla dekolte kıyafeti nedeni ile iş aktini fesh ettiği ... anlaşılmuş olup davacının iş aktinin böyle bir nedenden dolayı fesh edilmesi hakkaniyet kurallarına aykırı olduğundan davanın kabulü ile davacının işe iadesine ...*” Erzurum İş Mahkemesi, 26.12.2003, 312/311; Onama kararı: Yarg. 9. HD, 25.1.2005, 2004/9209, 2005/1465 (yayınlanmamıştır).

⁵⁹⁰ Bkz.: aş. § 15, II, 1, b, bb.

2. İşyerinde İşçiye Özgülenen Alandaki Davranışlara Müdahale

İşyerinde tek başına işçiye özgülenen alanlarda işçinin özel yaşam hakkının devam ettiğine ve bu tür alanların gözetlenmemesi gereğine işaret edilmişti⁵⁹¹. Giderek, işverenin bu alanlardaki işçi davranışları üzerindeki yönetim hakkının daha kısıtlı olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği açısından risk yaratmıyor ve diğer işçi ve müşterileri pasif içici konumuna sokmuyor ise, işçinin kendine özgülenen ofisinde sigara içmesine ya da işi olumsuz etkilememesine rağmen buralarda müzik dinlenmesine tek taraflı bir talimatla yasak getirilmesi, **kanımızca**, özel yaşam hakkına aşırı kısıtlama olarak yorumlanabilir⁵⁹².

3. İşçinin İşyerindeki Diğer İşçilerle İlişisine Müdahale

İşçinin işyerindeki davranış ve seçimlerine özel yaşam hakkı bağlamında bakıldığında, işçinin işyerindeki kişilerle olan ilişkilerinin düzenlenmesi üzerinde de durmak gerekir. İşveren nasıl işyerinden yapılan iletişimi (telekomünikasyon) tamamen yasaklayamazsa⁵⁹³ işçinin işyerindeki diğer işçilerle iletişim kurmasına da, kural olarak, sınırlama getiremez; aralarında konuşmalarını yasaklayamaz⁵⁹⁴. AİHM'nin Niemeitz kararındaki "*Özel yaşama saygı, belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsamasalıdır*"⁵⁹⁵ anlatımı ve Avrupa Konseyi'nin R(89)2 sayılı Tavsiye Kararındaki⁵⁹⁶ "*İşçinin özel yaşamına ve insanlık onuruna, özellikle de, işyerinde sosyal ve bireysel ilişkileri devam ettirme olanağına saygı ... korunacaktır*" hük-

⁵⁹¹ Bkz.: yuk. §2, III, 4; § 11, II; § 12, II.

⁵⁹² Örneğin Fransa'da işyerinde tütün kullanım yasağı kişisel ofisleri kapsam dışında tutmaktadır. Bkz.: **Hakansta**, Workplace Smoking, s.29; **International Union Against Cancer (IUAC)**, GLOBALink: European Tobacco Control Country Profiles Database, 2000 France, (Çevrimiçi) http://tcrc-profiles.globalink.org/fr_tcp2.html (1 Nisan 2005); (Çevrimiçi) http://www.smokeatwork.org/summary_index.htm, (1 Nisan 2005).

"... (E)lverişlilik ilkesi nedeniyle genel bir sigara yasağı, yani bir kimsenin kendi odasında dahi sigara içmesini yasaklayan bir düzenleme getirilemez. Zira bu düzenlemenin amacımız olan başkalarının özgürlüğünü korumakla ilgisi yoktur..." **Gözler**, Sigara İçme Özgürlüğü, s.52, 61.

⁵⁹³ Bkz.: yuk. § 11, I.

⁵⁹⁴ "*Mesai saatleri içinde işyerinde çalışan akraba ile kısa sohbet eylemi haklı fesih için yeterli ağırlıkta değildir.*" Yarg 9. HD, 7.10.2002, 4220/18563, **Günay**, Şerh, s.836.

⁵⁹⁵ Niemeitz v. Germany, para.29, Ayr. Bkz.: Burghartz v. Switzerland, para.36.

⁵⁹⁶ 18 Ocak 1989 tarihinde AK Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=710373&Lang=en> (18 Kasım 2004)

münü getiren 2. maddesi anımsandığında, bu gerçek daha iyi anlaşılacaktır. Buna karşılık, büyük dikkat isteyen veya sessizce yapılması gereken işlerde, sözgelimi hastanelerde olduğu gibi, yersiz ya da yüksek sesle konuşma işin görülmesi üzerinde sakınca yaratabilecek ise, bunun önlenmesi haklı görülebilir⁵⁹⁷.

Benzer şekilde, işçilerin aralarında arkadaşlık veya gönül ilişkisi kurulmasının yasaklanması da mümkün değildir. İşyerindeki işçiler arasındaki gönül ilişkisi, işyerinin çıkarlarına zarar veren ya da görülen işi olumsuz etkileyen bir hal aldığı anda işveren için fesih hakkının doğumundan söz edilebilirse de; bu olasılık, daha baştan bu tür ilişkilerin, işi olumsuz etkileyeceği sonucuna varmayı haklı kılmaz ve işçinin özel yaşamına hukuka aykırı saldırı oluşturur. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında bu gerçeğin altı şu anlatımla çizilmiştir: işçinin "...*Hizmet akdi işveren tarafından aynı işyerinde çalışan diğer bir işçi ile gönül ilişkisine girdiği gerekçesiyle sona erdirilmiştir ... böyle bir gönül ilişkisinin varlığı kabul edilse bile bu ilişki işyeri çalışmalarını aksatmadığı ve çalışma düzenini bozmadığı sürece, işverene 1475 sayılı İş Yasası'nın 17/II. maddesi*⁵⁹⁸ *gereğince fesih hakkı vermez...*"⁵⁹⁹. Belirtmek gerekir ki, iş güvencesinin hukuk sistemimize girmesi sonrasında söz konusu ilişkinin işverene verdiği zararın düzeyi de önem kazanmıştır. "*İşyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek*" İşK.m.18 gerekçesinde haklı değil, geçerli fesih nedenlerine verilen örnekler arasında sıralanmıştır.

Özellikle ABD'de işyerinde cinsel tacizden kaynaklanan işveren sorumluluğu nedeniyle, işçilerin gönül ilişkileri dahil tüm ilişkilerini düzenleyen kuralların işverenlerce uygulamaya konulduğu görülmektedir⁶⁰⁰. **Kanımızca**, işyerindeki cinsel tacizden işverenin sorumlu tutulabileceği gerekçesi, çalışanlar arasında ilişki kurulmasının yasaklanmasını haklı kılamaz. Aksinin kabulü, işçinin özel yaşamına ağır şekilde müdahale sonucunu doğuracaktır. İşverene düşen, gönül ilişkilerini yasaklamak değil, işyerinde cinsel tacizi önlemeye ve

⁵⁹⁷ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.98.

⁵⁹⁸ 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanununda 1475 sayılı eski İş Kanunu m.17/bent II'yi karşılayan hüküm m.25/bent II'dir.

⁵⁹⁹ Yarg. 9. HD, 25.2.1998, 365/2700, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası; Kararın Değerlendirmesi için Bkz.: **Sarper Süzek**, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, MESS Yay., 2000, s.109-110.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin oy çokluğuyla verdiği başka bir kararda ise bir işçinin aynı işyerinde çalışan bir başka işçinin yine aynı işyerinin işçisi olan eşiyle gönül ilişkisine girmesi 25/bent II,d anlamında sataşma olarak kabul edilmiş ve işverenin bu olay nedeniyle iş sözleşmesini fesh etmesi haklı görülmüştür. Yarg. 9. HD, 26.1.2001, E. 1999/18248, K. 2000/44, **Günay**, Şerh, s.877-879.

⁶⁰⁰ **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.56; Ayr. Bkz.: **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.22.

sona erdirmeye yönelik, şikayet prosedürü başta olmak üzere, etkili düzenlemeleri yaşama geçirmektedir⁶⁰¹

4. İşyerindeki Davranışlara Müdahaleye İlişkin İşçinin Rızasının Alınması

Bu başlık altında ortaya koymaya çalıştığımız özel yaşama müdahale biçimleri bakımından işçinin iş sözleşmesinde rızasının alınmış olmasının müdahaleyi ne derece hukuka uygun kılabileceği noktasındaki değerlendirme, bu yöndeki her bir iş sözleşmesi hükmü için ayrı ayrı yapılmak zorundadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, yönetim hakkı kapsamında değerlendirilebilecek ya da işçinin sadakat borcu gereğince rızasını beklenebilir kılabilecek işveren istemlerinin, bir sözleşme hükmü formunu alması halinde; bu hükümlerin hukuka uygun olduğu açıktır.

Tartışmaya açık olan, işyerinin çıkarlarına zarar verme ya da görülen işi olumsuz etkileme olasılığı bulunmadığı halde, işçinin işyerindeki davranışlarını sınırlayan; örneğin, işyerinde diğer işçilerle konuşulmasının ya da gönül ilişkisi kurulmasının yasak olduğu yönündeki bir iş sözleşmesi hükmüne rıza gösteren işçinin, bu rızasının geçerliliğidir. Böyle bir rıza, **kanımızca**, MK m.23 sınırlarını aşar ve bu nedenle geçerli değildir⁶⁰². Buna karşı, yine hiçbir makul nedene dayanmadığı halde işyerinde erkeklerin beyaz çorap ya da kadınların pantolon giyemeyeceği yönündeki bir hükme rıza gösterilmesi halinde, MK m.23 anlamında bir aşırı sınırlamadan söz etmek güçtür⁶⁰³. Ne var ki, işçinin bu koşulu, salt işverene olan ekonomik bağımlılığı nedeniyle kabul etmiş olması, işçinin rızası üzerindeki kuşku hakkındaki açıklamalarımızın anımsanmasını gerektirir⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ İşyerinde cinsel tacizden işverenin sorumlu tutulması ve cinsel tacize karşı alınacak önlemler hakkında bilgi için Bkz.: **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.123, 144-151, 154 vd.; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.99 vd.

Borçlar Kanunu Tasarısında, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu düzenlenirken, işveren, 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 yükümlü tutulmuştur (BK Tsr. m.421/I). Madde gerekçesine bakıldığında, işverenin bu konuda alacağı önlemler "... işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma ..." şeklinde örneklenmiştir.

⁶⁰² Fransa'da işyerinde politik ve dini tartışmalara ve, genel olarak, işle ilgili olmayan konuşmalara yasak içeren işyeri kuralı hakkındaki *Ministre du Travail v. SITA* kararında söz konusu hüküm, geçersiz sayılmıştır. Bkz.: **Ford**, *Two Conceptions*, s.142 ve a.y. dn.34.

⁶⁰³ Aksi görüşte **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.117; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.306-307.

⁶⁰⁴ Bkz.: yuk. § 7, I.

II. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale

1. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarının İşverence Düzenlenmesi

Öncelikle, işverenin yönetim hakkının, işçinin işyeri dışındaki yaşamındaki davranışları için de geçerli olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bir görüşe göre, işçinin, işyeri dışındaki yaşam tarzının ve davranışlarının işyerinin çıkarlarına zarar vermesi ya da görülen işi olumsuz etkilemesi halinde işverenin yönetim hakkına dayanarak bunlara müdahale etmesi mümkündür⁶⁰⁵. Buna karşı, diğer bir görüş uyarınca, işyerinde düzen ve güvenlik sağlamaya yönelmeyen işçi davranışlarına ilişkin talimatların yönetim hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği; giderek, işyeri dışındaki davranışlara ilişkin talimatların, bu nedenle bağlayıcılığı olmayacağı belirtilmektedir⁶⁰⁶. Ancak, işçi, işyeri dışındaki yaşayışına dikkat etmemesi nedeniyle, sadakat ve/veya özenle iş görme borçlarına aykırılık oluşturan, verim düşüklüğü, işverenin ticari sırlarının açıklanması ya da işverenin toplumdaki izleniminin zedelenmesi gibi somut durumlar ortaya çıktığında, bunun sonuçlarına katlanacaktır. Bu durumda, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı nedenden (İşK.m.18, 25/Bent:I.a; Bent:II,b,d,e,h,ı) söz edilebilir⁶⁰⁷. Öte yandan, işçinin özel yaşamını özgürce yaşaması, özel yaşam hakkının bir boyutudur. Bu tür istemlerinin, istisnai durumlarda dahi olsa, işverenin yönetim hakkı sınırları içinde algılanabileceğini savunan görüş, örtülü olarak, hangi davranışların bu tür zararları doğuracağı belirlemesinin işverenin öznel değerlendirmesine bırakıldığı düşüncesini uyandırır. İşverene, henüz ortada somut bir zarar yokken, işçinin işyeri dışındaki yaşamındaki hangi davranışların zarar doğuracağını tek taraflı olarak belireme yetkisi vermenin, işçinin özel yaşam hakkına ve bu alandaki özgürlüğüne aşırı kısıtlamalar getirilmesi anlamına geleceği, **kanısındayız**⁶⁰⁸. Dolayısıyla, işvereni bu yoldaki bildirimleri, uyulmak zorunda olan

⁶⁰⁵ **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100; **Ertürk**, Temel Haklar, s.95, 130; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.163; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.101-103'de anılan yazarlar; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.310; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s.515.

⁶⁰⁶ **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.231; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.103; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32; Ayr. Bkz.: **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.63; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.174-175.

⁶⁰⁷ Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.238-239, 243.

⁶⁰⁸ Buna karşı, işçinin işyerindeki davranışları bakımından işverenin daha geniş bir yetkisi olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. ve Karş. § 13, I, 1, b, özellikle, orada sözü edilen Alman Federal İş Mahkemesi kararı hakkındaki görüşümüz.

“talimat”lardan çok, uyarı ya da anımsatma olarak algılanmalıdır⁶⁰⁹. İşyeri dışındaki davranışlara dikkat etmek gereğinin sadakat borcu çerçevesinde algılanmasının diğer bir boyutu da, işçinin bu tür davranışlarıyla, gerçekten işyerinin çıkarlarına zarar vermesi ya da görülen işi olumsuz etkilemesi halinde, kendisine bu yönde bir talimat verilmediği şeklinde bir savunmanın, dikkate alınmayacak olmasıdır⁶¹⁰.

Örneğin, işverenin, otorite boşluğu doğacağı gerekçesiyle, işyerinde şef (işveren vekili) konumunda olan bir işçinin, astlarıyla işyeri dışındaki yaşamında görüşmesine engel olması mümkün değildir. Ancak şef, işyerindeki otoritesini kaybeder ve bu da işyerinin çıkarlarına zarar veren ya da görülen işi olumsuz etkileyen bir hal alırsa, işverenin fesih hakkının doğumundan söz edilebilir. Ne var ki, şefin, işçilerle işyeri dışındaki sosyal ilişkilerinin her zaman bu sonucu doğuracağı varsayımına dayanan ve özel yaşama müdahale niteliğindeki işveren isteminin, yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilerek, itaat borcu doğurduğundan söz edilemez. Benzer şekilde, rakip işletmelerin işçileriyle dostluk ya da gönül ilişkisi kurmayı yasaklayan talimatlar için de aynı değerlendirme geçerlidir. Bu tür talimatlar, özel yaşama müdahale ve giderek, kişinin kendini geliştirme hakkının ihlali anlamına gelecektir⁶¹¹. İşçinin, kurduğu bu tür ilişkiler sonucunda işverenin ticaret sırlarının açık edilmesine neden olma olasılığının, mutlaka gerçekleşeceği öngörüsüyle bu tür bir yasaklamaya gidilmesi, işçinin potansiyel endüstri casusu konumuna sokulması anlamına gelebilecektir ki, bu durum da, işçinin özel yaşamının yanı sıra, onur ve saygınlığının da zedelendiğinden söz edilebilir.

İşçinin işyeri dışındaki cinsel yaşamı ve tercihleri, her türlü müdahaleye kapalıdır. Ancak, işçinin cinsel eğilimlerinin, hangi durumlarda işyerinin çıkarlarına zarar veren ya da görülen işi olumsuz etkileyen bir unsur halini aldığı belirlenmesi noktasında, çok farklı algılamalardan söz etmek mümkündür. Örneğin, Fransız Temyiz Mahkemesinin, Katolik Kilisesinin bir çalışanının eşcinsel olduğunun öğrenilmesi sonrasında iş sözleşmesinin feshi üzerine verdiği bir kararda⁶¹², eşcinselliğin kilisenin inançlarına ters düşmesinin tek başına yeterli olmadığı, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkının ancak

⁶⁰⁹ **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.231; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.103-105.

⁶¹⁰ Bkz. ve Karş.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.95.

⁶¹¹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.107; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.310; Ayr. Bkz.: **Rosenblum**, Workplace Security, s.114; Bkz. ve Karş.: **Sarper Süzek**, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, Kazancı Yay., 1976, s.151.

⁶¹² *Painsecq v. Association Fraternelle Saint Pei X*, Cass. Soc., 17.5.1991 /JCP 1991, G, II, 21724) **Craig**, Privacy and Employment Law, s.94-95; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.238-239.

çalışan tarafından bu inançların altının oyulması halinde gündeme gelebileceği, çalışanın cinsel eğiliminin işverenin inançlarını paylaşmasına engel olmasının tek başına yeterli olmadığı, bu inançlara aykırı davranıldığına ya da işyerindekilerin aykırı davranmak yönünde kışkırtıldığına ilişkin kanıt da bulunmadığı gerekçeleriyle, fesih haksız bulunmuştur. Buna karşı, bir gençlik kampında aşçı olarak çalışmakta olan bir işçinin eşcinsel olmasının çocuklar üzerinde risk yaratacağı gerekçesi, Birleşik Krallık Mahkemelerince fesih için makul bir neden olarak görülebilmektedir⁶¹³.

İşçinin işyeri dışındaki yaşamına dikkat etmemesi nedeniyle veriminin düşme olasılığı da aynı şekilde değerlendirilmelidir. Veriminin düşeceği endişesiyle işçinin özel yaşamına müdahaleye en çarpıcı örneklerden birini profesyonel sporcuların durumu oluşturur⁶¹⁴. Belirtmek gerekir ki, profesyonel sporcuların belli dönemlerde kampa alınarak, uyku saatlerinden yiyeceklerine dek yaşamlarının düzenlenmesi, iş görme edimlerinin bir parçası olarak algılanmalıdır. Başka bir anlatımla, bunların iş görme edimleri sadece yarışmaya ya da maça çıkmak değil, buna hazırlık oluşturan kampa katılmak, antrenmana çıkmak gibi eylemleri de kapsar^{615,616}. Ancak, özellikle verimliliklerinin korunması boyutuyla, kamp dönemi dışındaki yaşamlarına dikkat etmeleri gereği noktasında, bu başlık altında yukarıda yaptığımız açıklamaların geçerli olduğu, **kanımızdayız**.

Benzer bir yaklaşım, işçinin eğitim amaçlı kurs veya toplantılara katılmasının istenmesi durumu için de sergilenebilir. İşin ve eğitimin özelliği dikkate alındığında, bu tür kurs veya toplantılara katılımın, işçinin iş görme borcunun bir parçası olduğu iddia edilebilir. Buna karşın, işveren tarafından, iş saatleri dışında düzenlenen ve böyle bir amacı olmayan yemek, piknik vb. toplantılara katılımın istenmesi, **kanımızca** uyulması gereken talimatlar olarak

⁶¹³ *Saunders v. Scottish National Camps Association Ltd.* (1980) IRLR 174, **Craig**, Privacy and Employment Law, s.244.

⁶¹⁴ İş Kanunu kapsamı dışında olmakla birlikte profesyonel sporcuların da iş sözleşmesiyle çalıştığı, başka bir anlatımla, işçi oldukları noktasında duraksama yoktur. Bkz.: **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.39; **Çelik**, Dersler, s.66-67; **Süzek**, İş Hukuku, s.180-181; **A. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2005, s.224.

⁶¹⁵ **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.311.

⁶¹⁶ Öğretide, sporculara kamp döneminde getirilen sınırlamaların, diğer meslekleri yapan işçilerin işyeri dışındaki yaşamına müdahale bakımından örnek alınabileceği ileri sürülmektedir. Kanımızca, buradaki önemli fark, kampa girme eyleminin işin bir parçasını oluşturması ve sporcunun işyeri dışındaki yaşamı dahilinde değerlendirilemeyeceğidir. Kaldı ki, sözünü ettiğimiz görüşün sahibi de, bu durumda bir "talimat" mı yoksa "hatırlatma"nın mı söz konusu olduğu konusunda açık bir görüş ortaya koymamaktadır. Bkz.: **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.175.

algılanamayacağı gibi, işçinin bunlara katılımının sadakat borcunun gereği olduğunu iddia etmek de güçtür.

İşçinin işyeri dışındaki yaşamını işverenin ahlaki değerlerine uygun şekilde sürdürmek gibi bir yükümlülüğünden söz edilemez⁶¹⁷. Ne var ki, işyerinin çıkarlarına zarar, işverenin toplumdaki izleniminin olumsuz etkilenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Özellikle, işletmeyle özdeşleşmiş ve kamuoyu gözünde onu temsil eden üst düzey yönetici konumundaki işçilerin, işyeri dışındaki yaşamlarına dikkat etmeleri gereğinin sadakat borcunun bir görünümü olduğu kabul edilmelidir. Yine de, bu konumda olan işçilerin dahi, işyeri dışındaki yaşamlarını nasıl yaşayacakları, **kanımızca**, işveren tarafından dikte edilemez⁶¹⁸.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı eski İş Kanunu m.17/bent II,c hükmünde işveren bakımından haklı fesih nedenlerinden biri olarak sayılan “İşverenin evinde oturan işçinin yaşayışının o evin adabına ve usullerine uygun veya genel ahlak bakımından düzgün olmaması”, 4857 sayılı yeni İş Kanunundan söz konusu hükmü karşılayan İşK.m.25/bent II’de bulunmamaktadır. Dahası, Yeni İş Kanunu m.18 gerekçesinde, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, geçerli sebep sayılmayacağı açık şekilde belirtilmiş bulunmaktadır⁶¹⁹. Bu iki olgudan yola çıkıldığında, işçinin yaşam tarzının işverenin çıkarlarına zarar vermediği sürece, iş sözleşmesinin feshi için, geçerli neden dahi oluşturmayacağı sonucuna varmak gerekecektir. İşçinin, işyeri dışındaki yaşam tarzı nedeniyle, işverene verebileceği zarar, işyerindeki durum ve yerinin yüksekliğiyle doğru orantılıdır. Büyük bir şirketin halkla ilişkiler müdürü ile temizlik işçisinin yaşam tarzının işverenin toplumdaki izlenimine vereceği zararın aynı düzeyde olduğu, herhalde, iddia edilemez⁶²⁰.

İşçinin iş saatleri dışında başka bir işte çalışmasına işveren tek taraflı bir talimatla yasak getiremez⁶²¹. Ancak, işçinin çalışacağı diğer işin sadakat borcuna aykırılık, oluşturmaması gerekir. Özellikle, işçinin işverenle aynı işi

⁶¹⁷ Ertürk, Temel Haklar, s.127-128.

⁶¹⁸ Aksi görüşte Bayram, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.304; Ayr. Bkz.: Pla Rodríguez, The Situation in the Americas, s.310-311.

⁶¹⁹ “...İşçinin ...etik sayılmayacak davranışı, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecini olumsuz etkilemiyorsa geçerli fesih konusu yapılamaz...” Yarg. 9. HD, 31.01.2005, E. 2004/31628, K. 2005/2540, Çimento İşveren Dergisi, C.19, S.3, Mayıs 2005, s.36-38.

⁶²⁰ Bkz. ve Karş.: Süzek, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, s.151.

⁶²¹ Centel, İş Hukuku, s.132-133; Ertürk, Temel Haklar, s.130.

yapan bir başka işyerinde çalışması halinde sadakat borcunun bir parçası olan işvereniyle rekabetten kaçınma yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılabilecektir⁶²².

Son olarak belirtmek gerekir ki; İşK.m.68 uyarınca verilecek ara dinlenmesini işçi, kural olarak, işyeri dışında geçirebilir⁶²³. Ara dinlenmesinde işçinin işyeri dışında geçirdiği süredeki eylemlerinin de onun, işyeri dışındaki yaşamına dahil olduğu kabul edilmelidir.

2. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahaleye Rıza Göstermesi

İşçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarının düzenlenmesine ilişkin birtakım işveren istemlerine iş sözleşmesindeki bir hükümle, rıza göstermesi de mümkündür. Bu durumda işyeri dışındaki ne tür davranışların işyerinin çıkarlarına zarar verebileceği ya da görülen işi olumsuz etkileyebileceği konusunda işçi ve işverenin önceden anlaştığından söz etmek mümkündür. Giderek bu tür bir anlaşmanın, işyeri dışındaki yaşama işverenin yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı müdahalesinin kabul edilmesinden daha uygun bir yol olduğu da ileri sürülebilir⁶²⁴. Özellikle anlaşma konusunu, işçiden sadakat borcu kapsamında kaçınması gereken davranışların oluşturması halinde; bu görüşe katılmak kolaylaşır. İşçinin işvereniyle aynı işi yapan başka bir işyerinde çalışmasına yasak getiren bir sözleşme hükmü bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁶²⁵.

Böyle bir anlaşmanın, başka bir anlatımla, işyeri dışındaki yaşama işveren müdahalesine işçinin gösterdiği rızanın, geçerliliği, öncelikle MK.23

⁶²² İşçinin rekabetten kaçınma yükümlülüğü kısmen yasal düzenlemelerle öngörülmüştür (Örn. TTK m.57/bent; BK m.455/1). Öte yandan, bu hükümlerle sınırlı olmaksızın, genel olarak, işçinin işvereniyle rekabet etmeme yükümlülüğünün sadakat borcunun bir parçası olduğu kabul edilir. **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.99; **Centel**, İş Hukuku, s.143; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.207; **Ertürk**, Temel Haklar, s.130-131.

Borçlar Kanunu Tasarısında ise işçinin başka işe çalışması konusu 400. maddede "İşçi hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez." hükmüyle açık şekilde düzenlenmektedir. Dikkat edilmesi gereken, bu düzenlemede de başka işte çalışmanın mutlak bir yasaklamaya tabi tutulmayı; yasağın sadakat ve giderek rekabet etmeme borçlarına aykırılık oluşturması haline özgülenmiş olmasıdır.

⁶²³ **Çelik**, Dersler, s.319; **Centel**, İş Hukuku, s.245-246; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.316-317.

⁶²⁴ **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.175.

⁶²⁵ **Centel**, İş Hukuku, s.134; İşçinin başka bir işte çalışmasının sözleşme hükmüyle yasaklanmasına ilişkin tartışmalar için Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.131-132.

sınırları içinde kalmasına bağlıdır. Örneğin işçinin işyeri dışındaki yaşamında asla alkol ve tütün kullanmayacağı ya da eğlence yerlerine gitmeyeceği yönündeki bir sözleşme hükmü, **kanımızca**, işçinin özgürlüğüne getirilen aşırı sınırlama olarak algılanmalı ve geçersiz kabul edilmelidir. Nitekim, ABD’de pek çok eyalet, çalışanların çalışma saatleri dışındaki yasaya aykırı olamayan davranışları veya yasal madde (örneğin sigara) kullanmaları veya işyeri dışında dahil oldukları eğlence vb. faaliyetlerine dayanarak, işverenin çalışanların aleyhine karar almasını engelleyecek yasaların yürürlüğe girmesini sağlamıştır⁶²⁶.

MK m.23 sınırını aşmayan ancak, işyerinin çıkarlarına zarar verme ya da görülen işi olumsuz etkileme olasılığı da bulunmayan yasaklamalar ve istemlere, işçinin rıza göstermesi halinde ise durum, tartışmaya açıktır. Sıradan bir sanayi işçisinin, işyerine gelip giderken kravat takma zorunluluğu getiren bir hükme rıza göstermesi, bu duruma örnek gösterilebilir. Bu tür yasak ve istemlere işçinin, hemen her zaman, işverene olan ekonomik bağılılığı nedeniyle rıza göstermesi, işçinin rızası üzerindeki kuşkulu durumun akılda tutulmasını gerektirir⁶²⁷.

⁶²⁶ **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.12; Ayr. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.smokersclubinc.com/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=2> (23 Nisan 2005).

⁶²⁷ Bkz.: yuk. § 7, I.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALENİN OLASI HUKUKİ SONUÇLARI

Bu bölümde, işçinin özel yaşamına müdahalenin olası hukuki sonuçları, Türk Hukuku bakımından incelenmiştir. Türkiye'nin dahil olduğu uluslararası ve ulusalüstü hukuk sitemleri bakımından doğabilecek sonuçlar için, özellikle AİHS ve MSHS hakkındaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz¹.

Ş14. GENEL KORUMA YOLLARINDAN İŞÇİNİN YARARLANMASI

I. İşçi Tarafından MK m.25 Davalarının Açılması

1. Genel Olarak

İşveren tarafından işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale söz konusu olduğunda, MK m.25'de düzenlenen tüm davaların, işverene karşı da açılacağı konusunda duraksama yoktur².

Bu davalar, iş ilişkisi devam ederken açılabilir ve işçinin iş sözleşmesi, salt bu davaların açılmış olması nedeniyle feshedilemez. İşK.m.18/III, bent:c'de, işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işverene aleyhine idari veya adli makamlara başvurması veya bu hususta başlatılmış sürece katılmasının geçerli neden oluşturmayacağı, açık şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Geçerli nedenler haklı nedenlere göre işin ve işyerinin yürütümünü daha hafif şekilde olumsuz etkileyen neler olduğundan³, geçerli neden olarak kabul görmeyen bir durumun, haklı neden oluşturması da mümkün değildir.

MK m.25'te düzenlenen davalar, sözleşme sona erdikten sonra da açılabilir. Dahası bu davalardaki *saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırı*

¹ Bkz.: § 4, III-IV.

² **Süzek**, İş Hukuku, s.313; **Ertürk**, Temel Haklar, s.93; Ayr. Bkz.: **Kenan Tunçomağ**, "Hizmet İlişkisinden Doğan Manevi Tazminat İstekleri ve Yargıtay Kararları", TÜTİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.2, Mart 1984, s.8-9.

³ Bkz.: 4857 sayılı İş Kanunu 18. madde gerekçesi.

riya son verilmesi, etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti, tazminat ve elde edilen kazancın verilmesi gibi taleplerin, ödenmeyen ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatları için açılan davalarda ayrıca gündeme getirilmesi yolunda da bir engel olmamak gerekir⁴. İşe iade davası bakımından ise davanın farklı bir yargılama usulüne tabi olması göz önünde tutulduğunda, MK m.25'teki taleplerin bu davada ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmaya açıktır⁵.

Çoğu zaman, işçinin özel yaşamına müdahale bizzat işveren tarafından değil, işverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilir. Arama, test, işçi hakkındaki kişisel verilerin işlenmesi gibi uygulamalar göz önüne getirildiğinde, bunların, hemen her zaman, diğer işçiler eliyle yaşama geçirildiği bir gerçektir. Kaldı ki, işverenin böyle bir talimatı olmaksızın bir işçinin işverenin işini görürken diğer bir işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olabilir. Bu başlık altında, müdahalenin bu boyutları da dikkate alınarak, MK m.25'te düzenlenen davaların iş ilişkisinde nasıl somutlaşabileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. Koruyucu Davalar Bakımından

Belirttiğimiz gibi⁶, işverenin bizzat, işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olduğunda MK.m25/II'de düzenlenen koruyucu davalara başvurulması mümkündür. İşverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen müdahale bakımından ise, yine, koruyucu davaların işverene karşı açılması olanaklı ve davanın istenen sonucu vermesi için gerek-

⁴ Bkz.: aş. § 14, I, 4; § 15, I, 3; § 15, II, 1, c.

⁵ İşe iade davası için öngörülen seri yargılama usulü (İşK. m.20/III), İş mahkemelerinde uygulanan genel usul olan sözlü yargılama usulünden (İşMK.m.7) farklıdır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.9.2003 tarih ve 14994/14267 sayılı kararında "... işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılması..." gerektiğine işaret etmiştir. (Aynı doğrultuda: Yarg. 9. HD, 23.6.2005, E.2004/32218, K.2005/22714, Çimento İşveren Dergisi, C.19, s.6, Kasım 2005, s.42-43) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için Bkz.: **Ömer Ekmeççi**, "Yargıtay'ın İşe iade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s.169-172; Aynı yazar, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Davaya Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s.137-138; **Muhammet Özekes**, "İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Yargılama Ve icra Hukuku bakımından Değerlendirilmesi", Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.485-489, 493-494; Aynı yazar, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, Legal Yay., 2005, s.138-142; **Fevzi Şahlanan**, "4857 Sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferansında Sunulan Tebliğ Metni", 4857 Sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, 12-13 Temmuz 2003, Kuru Otel /Bolu, Türk-İş Dergisi Eki, s.86.

⁶ Bkz.: yuk. § 14, I, 1.

lidir. Müdahaleyi gerçekleştiren işçinin işveren vekili⁷ sıfatını taşıyıp taşıması, bu davaların işverene yöneltilmesi noktasında değişiklik yaratmaz. Anımsatalım ki, bu davalar, bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilir gibi; esasen saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda olana karşı açılabilirler ve bu şekilde davayla güdülen amaca ulaşılması mümkün olur. Dahası, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan uygulama, işverenin verdiği talimatın sınırları aşılarak yapıldığında, işverenin buna izin verdiği, hoş gördüğü ya da teşvik ettiğinden söz edilebiliyorsa, yine davanın açılacağı kişi, işveren olabilecektir. Ayrıca, bu davalar bakımından işverenin kusuru da aranmaz; giderek, bilmiyor dahi olsa, saldırının oluşmasında olumlu ya da olumsuz davranışıyla katkı yapan işverene karşı, koruyucu davalar açılabilir⁸. İşçilere ilişkin kayıtları tutmakla görevlendirilen başka bir işçi tarafından, işveren talep etmediği halde, duyarlı kişisel verilerin öğrenilerek işlenmesi ya da işveren tarafından verilen talimat, detektörle arama yapılması yolundayken, elle yoklama araması yapılması gibi hukuka uygun müdahale sınırını aşan hallerde, saldırıdan haberi olmasa bile, durdurabilecek konumda olan yine işverendir. Bu hallerde, verdiği talimatların nasıl uygulanmakta olduğunu denetlememekle, saldırının oluşmasına katkı yaptığından da söz edilebilir.

Bir hukuka uygunluk nedeni yokken, işçiye ilişkin kişisel verilerin işverenin elinde tutulmasında olduğu gibi saldırının devamlılık gösteren bir nitelik göstermesi ya da arama ve test uygulamalarındaki gibi saldırının tekrarlanan davranışlarla meydana gelmesi halinde *sürmekte olan saldırıya son verilmesi davası* açılabilir⁹. İşverenin özel yaşama müdahale içeren uygulamaya başlamadan önce bundan haberdar olunması halinde ise, *saldırı tehlikesinin önlenmesi davası* açılabilir¹⁰. MK m.25/I'de düzenlenen *etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti* davasının iş ilişkisinde uygulama alanı bulması da olasılık dahilindedir. Örneğin, işçinin arkadaşları önünde sadece bir olaya özgü olarak soyularak aranması durumunda, özellikle, kararın yayınlanması istemiyle (MK m.25/II) birlikte açıldığında, işçinin bu davayı açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda geçmişte meydana gelen ve etkileri devam eden bir saldırı vardır ve işçinin bunun hukuka aykırı olduğunu mahkeme kararıyla tespit ettirip; işyerinde ilanına (yayınına) karar verilmesini istemesi, hem iş arkadaşları önündeki saygınlığını geri kazanma-

⁷ İşveren vekili kavramı hakkında bilgi için Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.149-156; **Centel**, İş Hukuku, s.68-70; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.58-59; **Çelik**, Dersler, s.42-44; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.54-56.

⁸ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, aa.

⁹ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, cc.

¹⁰ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, bb.

sında, hem de işveren tarafından uygulamanın tekrarlanmaması noktasında etkili olacaktır. Anımsatalım ki, verdiğimiz örnekteki gibi, saldırının üçüncü kişilerce (diğer işçilerce) bilindiği durumlarda, MK m.25/I' de düzenlenen tespit davasının, saldırının sona erdirilmesi davasının gördüğü işleve yaklaşan bir işlevi söz konusudur¹¹.

3. Tazminat ve Kazancın Verilmesi Davaları Bakımından

İşçi, savunma davaları dışında MK m.25/III uyarınca maddi ve manevi tazminat davalarını açabileceği gibi, işverenin, özel yaşamına hukuka aykırı müdahale sonucu elde ettiği kazancın verilmesini de talep edilebilir.

Maddi ve manevi tazminat davaları bakımından özel yaşama hukuka aykırı müdahale oluşturan eylem, bizzat işveren tarafından yapılmışsa, davanın koşullarından biri de işverenin kusurlu olmasıdır. İşverenin bu tür müdahalelerinde, hemen her zaman, işverenin işçiyi gözetme borcuna da aykırılık söz konusu olacağından, işveren kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlü tutulacaktır¹². İşverenin talimatıyla diğer bir işçi tarafından eylemin gerçekleştirilmesi halinde ise, özellikle m.100 hükmünde düzenlenen kusursuz sorumluluk önplana çıkabilir¹³.

Şöyle ki, BK m.100 sorumluluğunun doğumu için aranan koşullardan biri de, borç ilişkisindeki edimlerin ifasının ve/veya bu ilişkiden doğan bir hakkın kullanımının, bir yardımcı kişiye bırakılmasıdır¹⁴. Giderek, işveren, bir işçisine diğer işçilerin özel yaşamına müdahale içeren bir görev verdiğinde, iş ilişkisinden kaynaklanan yönetim hakkının bir boyutunu oluşturan denetim hakkının kullanımının yanı sıra ve dolayısıyla; gözetme (koruma) borcunun ifasının da, görevli işçiye bırakıldığı kabul görmelidir. Örneğin, kapıda diğer işçileri aramakla görevlendirilen bir işçi düşünülürken; bu işçi, esasen işverenin denetim hakkını kullanmaktadır ve denetlemekte olduğu işçilerin özel yaşamına hukuka aykırı müdahaleden kaçınma noktasında, işverenin gözetme borcunun yerine getirilmesinde de rol oynar¹⁵. İşçilere ilişkin kişisel verilerin

¹¹ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, dd.

¹² Bkz.: yuk. § 5, III, 4; § 6, IV.

¹³ Serozan, Değişik Yaklaşım, s.93.

¹⁴ BK m.55 ve 100'de düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Von Tuhr, Borçlar, s. 391 vd., 589 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar, s.503 vd., 891 vd.; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.363 vd. 590 vd.; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1132 vd.; Karahasan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.491 vd.; Tandoğan, Sorumluluk, s.53 vd.

¹⁵ Bkz. ve Karş.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar, s.897.

işlenmesi görevini yürüten bir işçi için ise, denetim hakkını kullandığından söz edilemeyeceği iddia olursa bile, gözetme borcunun ifasıyla yükümlü olduğu açıktır. İşverenleri, kişisel verileri işlemekle sorumlu personelin yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını sağlamakla sorumlu tutan ilkeler¹⁶ düşünüldüğünde, meselenin bu şekilde kavranması kolaylaşacaktır. Bu durumda, diğer işçilerin özel yaşamına müdahale içeren görevi yerine getiren işçinin, hukuka uygunluk sınırını aşan müdahalelerinde işverenin, öncelikle BK m.100 uyarınca sorumlu olacağı¹⁷ **kanısındayız**.

Dikkat çekmek isteriz ki, bu şekilde görevlendirilen işçinin mutlaka İşK.m.2/IV anlamında işveren vekili olması da gerekmez, BK m.100 anlamında “yardımcı” niteliğini taşıması yeterlidir. Meseleye diğer bir açıdan baktığımızda ise; hukuka aykırı müdahalede bulunan işçinin işveren vekili sıfatını taşımasının, işverenin sorumluluk esasını değiştirmedeği görülecektir. “*İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur.*” (İşK.m.2/IV) hükmü, onun bu tür müdahalelerinden işverenin BK m.100 uyarınca kusursuz sorumluluğunu engelleyen değil; aksine, kolaylaştıran bir düzenlemedir.

Bu tür bir görevi bulunmayan bir işçinin de, diğer işçilerin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olabilir. Örneğin, işyerinde getirir görür işleriyle görevli bir işçinin, diğer işçilerin özlük dosyalarını taşıırken kaybetmesi ve bunların içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmesi halinde, işveren açısından BK m.55 sorumluluğunun önplana çıkacağından söz edilebilir. Belirtmek gerekir ki, BK m.100 ve 55’e ilişkin bu çıkarımlarda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması şeklinde somutlaşan gözetme borcu bir işçiye bırakılmış ve bu işçinin ihmali nedeniyle diğer bir işçi yaralanmış ise, işverenin sorumluluğunun BK m.100, böyle bir görevi olmayan işçinin ihmali nedeniyle aynı zararın meydana gelmesi halindeyse, BK m.55 hükümlerine dayanacağı yönündeki görüşten yararlanmaktayız¹⁸.

Diğer bir işçinin özel yaşamına hukuka aykırı şekilde müdahale eden işçi, salt kendi özel amaçlarına ulaşmak için kasten hareket etmiş ise, BK m.55 sorumluluğunun doğup doğmadığı noktasında karar verirken, saldırıda bulunan

¹⁶ Bkz.: yuk. § 9, III, 2, b, dd.

¹⁷ Dahası, mağdur işçinin açacağı davada tercih edeceği sorumluluk türüne göre BK m.55 sorumluluğu da gündeme gelebilir. Başka bir anlatımla, BK m.100 ve 55 sorumluluğunun yarışması da söz konusu olabilir. Bkz.:yuk. § 5, III, 4.

¹⁸ Bkz.: **Karahasan**, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1144-1145; Ayr. Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.592-593.

işçinin göreviyle eyleminin ne kadar ilintili olduğuna bakmak gerekecektir¹⁹. Verdiğimiz örnek üzerinden açıklamak gerekirse, **kanımızca**, getir götür işleriyle görevli işçinin kendisine bir başka yere ulaştırması amacıyla verilen özlük dosyalarındaki bilgileri, kazanç elde etmek amacıyla başkalarına aktarması halinde görevle eylem arasındaki bağ mevcuttur ve işverenin BK m.55 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir. Ne var ki, işçinin aynı eylemi, dosyaları gizlice ele geçirerek yapması durumunda işverenin, işçinin davranışından BK m.55 uyarınca sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, işveren çalınmaya karşı gerekli önlemleri almamışsa, gözetme borcuna aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulabilir.

Belirtmek gerekir ki, saldırıyı eylemli şekilde gerçekleştiren işçi, haksız fiil (BK m.41 vd.) hükümleri uyarınca sorumludur²⁰. Giderek, bu davaların işveren ve eylemi gerçekleştiren işçiye karşı açılması da söz konusu olabilir. Eylem nedeniyle doğan zarardan sorumluluk noktasında eylemi gerçekleştiren işçi ve işveren arasında eksik teselsül (BK m.51) bulunur²¹. Giderek, aralarında HUMK m.43 uyarınca, ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olabilir²²; o halde, tek davada her ikisinin hasım gösterilmesi de mümkündür.

Özel yaşama hukuka aykırı müdahale dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın verilmesi talebi için ise işverenin kusurlu olması aranmayacaktır. Müdahale ile kimin mal varlığında artma olmuş ise talep ona yöneltilmelidir. İster işveren tarafından bizzat; ister verilen talimatla diğer bir işçi eliyle gerçekleştirilsin, kazancı elde eden işveren ise, dava da ona karşı açılacaktır. Kişisel verilerin, pazarlama, reklam ve benzer birçok sektörde kullanılabileceği ve bu nedenle söz konusu verilere talebin her geçen gün yükseleceği göz önünde bulundurulduğunda, bu davanın önemi anlaşılacaktır. Anımsatalım ki, bu davanın konusunu, işçinin elde edemeyeceği bir kazancı, onun özel yaşamına hukuka aykırı müdahale sonucunda işverenin elde etmiş olması halindeki miktar oluş-

¹⁹ Von Tuhr, Borçlar, s.393-394; Tandoğan, Sorumluluk, s.61-64; Karahasan, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s.508-510; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.506-507.

²⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, s.79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.901; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1147-1148; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.90.

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.325-327, 705-711; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.710-713; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1148-1152.

²² Bkz.: Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), 1965 tarihli Doktora Tezi Tıpkı Basım, İstanbul, Nemaş A.Ş., 1999, s.75 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 3. bs., Ankara, Yetkin yay., 2004, s.169; Kuru, Usul, s.3342-3345.

turur²³. Dolayısıyla, talep konusu, özellikle maddi tazminat davasından bu noktada bütünüyle farklıdır.

4. İşçinin İşverene Karşı Açacağı MK m.25 Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme

İşçinin, işverene karşı açacağı MK m.25 davalarında görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi üzerinde, **kanımızca** sorunlu konular olmaları nedeniyle, kısaca durmak gerekmektedir.

İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kişilerle, işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesi veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde görevli mahkemeler İş Mahkemeleridir (İşMK m.1/I). Aynı kural Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi gazeteci ve gemi adamları için de geçerlidir²⁴. (Deniz İş K. m.46; Basın İş K. Ek m.4).

İş sözleşmesinin işverene yüklediği borçlardan birinin işçiyi gözetme borcu olduğu ve bu borcun kapsamına işveren tarafından, işçinin özel yaşamına saygı gösterilmesinin ve korunmasının da gireceği görüşünden hareketle²⁵; işçinin özel yaşamına işveren tarafından saldırıda bulunulması nedeniyle MK m.25 uyarınca açılacak davalarda, saldırıyla iş ilişkisi arasında bağ kurulabilirdiği sürece, görevli mahkemenin İş Mahkemesi olması gerektiği **kanısındayız**.

İşverenin işçinin özel yaşamına saldırı oluşturan eylemlerinin aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıdığı da yadsınmaz. Dolayısıyla, özel yaşama saldırı halinde birden çok sorumluluk sebebinin bulunması üzerine yaptığımız açıklamaların anımsanması gerekir²⁶. Ne var ki, sorumluluk temeli bakımından,

²³Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, ee, ccc.

²⁴ Bir davada İş Mahkemelerinin görevli olduğunun kabulü için, davayı bir tarafının İş Kanunu ya da Deniz İş Kanunu veya Basın İş Kanunu kapsamındaki işçi diğer tarafının işveren veya işveren vekili olması ve uyuşmazlığın iş sözleşmesinden ya da işçinin tabi olduğu iş kanunundan kaynaklanan bir hukuk uyuşmazlığı olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, İş Mahkemelerinin görevli olduğu davalar bununla sınırlı değildir. İş Mahkemelerinin görev alanıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: **Fevzi Şahlanan**, "İş Mahkemeleri ve İş Yargılaması", Cumhuriyetin 75. Yılında Endüstri İlişkilerinde ve Emek Piyasalarının Düzenlenmesinde Devletin Rolü ve İşlevleri, Türk Endüstri İlişkileri derneği II. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, 14-16 Ekim 1998, TUHİS Yay., s. 112-118; **Ender Gülver**, "İş Yargılamasında Görev", İÜHFİM, C.LIX, S.1-2, 2001, s.384-402; **Süzek**, İş Hukuku, s.89-91; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.105-110; **Kuru**, Usul, s.5598 vd.; **Cevdet İlhan Günay**, İş Hukuku: Yeni İş Yasaları, Ankara, Yetkin Yay., 2003, s.155 vd.

²⁵ Bkz.: yuk. § 6, IV.

²⁶ Bkz.: yuk. § 5, III, 4.

başta kusurun kanıtlanması ve zamanaşımı olmak üzere birçok noktada, borca aykırılık, hemen her zaman, işçiye daha elverişli bir konum sunar. Bu belirleme karşısında, bu davalarda görevli mahkemenin İş Mahkemesi olduğunun kabulü gerekir. Unutulmamalıdır ki, iş kazası durumunda da birden çok sorumluluk sebebi bulunmasına rağmen²⁷, işverene açılan maddi ve manevi tazminat davaları, İş Mahkemelerinde görülür. Dahası, işverence, işçinin kişilik hakkının özel yaşam dışındaki diğer görünümüne yapılan saldırılar nedeniyle açılan davalar için de Yargıtay, İş Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmaktadır; yeter ki saldırıyla iş ilişkisi arasında bağ kurulabilsin²⁸.

İş Mahkemeleri Kanunu yetkili mahkemenin belirlenmesi noktasında da, hüküm içermektedir. İşMK m.5 uyarınca, “İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz.”²⁹ Görüleceği üzere, iş sözleşmesinden kaynaklanan davalar, davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülebileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de görülebilecektir³⁰. Davacının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan MK m.25/V hükmünün, İşMK m.5

²⁷ Bkz.: **Akın**, İş Kazası, s.94-97; **Süzek**, İş Hukuku, s.322-323 ve a.y. dn.25'te anılan yazalar; **Çelik**, Dersler, s.161-162 ve a.y. dn. 94 ve 95'te anılan yazarlar.

²⁸ “... işverenlerden H.H.'nin davacıya hakaret ettiği özellikle el kol hareketleriyle kendisine ihtiyaç kalmadığı, pislik gibi laflar ettiği, defol ifadesini kullandığı, anlaşılmuş bulunmaktadır. O halde davacı kıdem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır. Bu istemin reddedilmesi isabetsizdir... Davacının açmış olduğu hakaret nedeniyle manevi tazminat istemi hizmet akdinin uygulanmasıyla ilgili bulunmaktadır. Böyle olunca bu istemin mahkemece incelmeye ve soruşturma yapılmak suretiyle karara bağlanması gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır” Yarg. 9. HD, 18.11.1999, 14676/17618, **Cevdet İlhan Günay**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yay., 2000, s.118.

²⁹ İş Mahkemeleri Kanunundaki bu düzenlemenin, Basın İş Kanununda olduğu gibi İş Mahkemelerinin görevli kılıp; ayrıca yetki kuralı getirmeyen kanunlar bakımından geçerli olduğunun kabulü yerinde olur. Meseleye çalışma konumuz bakımından yaklaşıldığında İş Mahkemelerini görevli kılmakla kalmayıp ayrıca yetki kuralı da getiren düzenlemelerden biri de Deniz İş Kanunudur: “Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür” (Deniz İşK.m. 46/II). Öğretide, bu düzenleme karşısında İşMK m.5 kuralının uygulama alanı bulmayacağı; ayrıca, Deniz İş Kanunundaki bu kuralın kesin yetki kuralı niteliğinde de olmadığı belirtilmektedir (Bkz.: **Şahlanan**, İş Yargılaması, s.122-1216; **Kuru**, Usul, s.5632). Giderek, bu noktadan sonra MK m.25/V ve İşMK m.5 hakkında ortaya koymaya çalışacağımız tartışmaların Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçi ve işverenler bakımından söz konusu olmadığını belirtelimizdir.

³⁰ İşMK m.5 hükmünde düzenlenen yetki kuralının hakkında bilgi ve tartışmalar için Bkz.: **Şahlanan**, İş Yargılaması, s.120-121; **Günay**, Yeni İş Yasaları, s.199-202; **Kuru**, Usul, s.5632 vd.

düzenlemesi karşısında nasıl yorumlanması gerektiği ise, tartışmaya açıktır. Öğretideki baskın görüş uyarınca, İşMK m.5 hükmü, kamu düzenine ilişkin ve emrediciliği mutlak karakterdedir ve maddede gösterilen yetkili mahkemelerin yanı sıra başka mahkemelerin, sözleşmeyle yetkili kılınması mümkün değildir³¹. Bu görüşten yola çıkıldığında, seçimlik nitelikteki MK m.25/V hükmündeki yetki kuralının işçi-işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan ve özel yaşama saldırı nedeniyle açılan davalar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Buna karşı, Yargıtay'ın İşMK m.5 hükmünü yorumlayışı, bu yetki kuralının kamu düzeninden olmadığı yönündedir³². Bu kavrayışın doğal uzantısı, işçinin açacağı davada MK m.25/V uyarınca kendi yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili görüleceği, olmak gerekir.

Son olarak belirtelim ki; işçinin Borçlar Kanununa tabi bir işçi olması durumunda, görevli mahkeme HUMK'ndaki genel görev kurallarına göre belirlenecektir³³. Bu konumdaki işçinin açacağı davada yetkili mahkeme konusunda ise, MK.25/V ve genel yetki kuralları hakkında yukarıda yaptığımız açıklamaların geçerli olduğunu belirterek, oradaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz³⁴.

³¹ Şahlanan, İş Yargılaması, s.121;Kuru, Usul, s.551, 5632-5633; Günay, Yeni İş Yasaları, s.201.

³² "Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesidir. Anılan madde hükmüne göre, İş mahkemesinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı yer mahkemesinde de bakılabilir. Öte yandan, H.U.M.K.'nin 187/2. maddesinde yetki itirazının ilk itirazlardan olduğu, 23. maddesinde de davalıya tanınmış bir hak olduğu açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca, kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı söz konusu olduğu hallerde kendiliğinden (re'sen), kamu düzenine ilişkin yetki kuralının söz konusu olmadığı hallerde ise, ilk itiraz olarak ileri sürüldüğü takdirde yetkisizlik kararı verilebilir. Sözlü yargılama usulü uygulanan iş mahkemesinde, ilk itirazlardan bulunan yetki itirazının H.U.M.K.'nin 478. maddesi uyarınca en geç tayin olunan ilk oturumda esas davaya girilmezden önce bildirilmesi zorunludur. İtiraz edilmemesi halinde mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1962 gün ve E: 4/155, K:108 Sayılı Kararı). Bu yönüyle dava konusu olayda, kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı olmadığına ve usulüne uygun yetki itirazı da bulunmadığına göre, mahkemenin kendiliğinden yetkisizlik kararı veremeyeceği ortadadır." Yarg. 9. HD, 14.06.2004, 5453/5801, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.4, 2005/1, s.321-322. Ayr. Bkz.: Şahlanan, İş Yargılaması, s.122'deki kararlar; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.111.

³³ Hukuk Usulsündeki görev kuralları hakkında bilgi için Bkz.: Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. bs., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s.139 vd.; Kuru, Usul, s.163 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.91 vd.

³⁴ Bkz.: yuk. § 5, III, 5.

II. İşçinin Ceza Kanunu Hükümleri Aracılığıyla Korunması

İşverenin işçinin özel yaşamına hukuka aykırı şekilde yaptığı müdahale, özellikle, TCK m.132 vd. hükümlerinde düzenlenen “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”dan birini oluşturabilir³⁵. Bu noktada işverenin, özel yaşama müdahale içeren eylemlerinin ceza yaptırımıyla karşılaşacağını öngörmesi, caydırıcı etki³⁶ yapacak; işçiye dolaylı şekilde koruma sağlayacaktır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmemeye ilişkin olanlar (TCK m.135-138) hariç, bu bölümdeki suçlar, şikayete bağlı suç niteliğindedir (TCK m.139). Giderek, işverenin işçinin özel yaşamına suç oluşturacak şekilde müdahalelerine karşı, işçinin Ceza Kanunuyla sağlanan dolaylı korumadan yararlanması - veri korumaya ilişkin sözü geçen suçlar dışında- şikayetçi olmasına bağlıdır. **Kanımızca**, işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmasının geçerli (ve dolayısıyla haklı) fesih nedeni oluşturmayacağını hükme bağlayan İşK.m.18/III,bent:c hükmü, işçinin bu noktada yapacağı şikayet ve suç duyurularını da kapsar.

Ayrıca, anımsatalım ki, işçinin şikayeti üzerine işverenin suçlu bulunarak hapisle cezalandırılması halinde, mahkumiyet kararı ve Ceza Mahkemesince belirlenen maddi olgular, işçinin işverene karşı İş (Hukuk) Mahkemelelerinde açacağı davalarda yargıcı bağlayacaktır³⁷ (BK m.53).

“*Ceza sorumluluğu şahsidir*” [TCK m.20(1)]. Giderek, işveren adına hareket eden kişilerin, işveren vekili niteliği taşıyan taşınan taşınması, işçinin özel yaşamına karşı suç işlemesi halinde, işverenin cezai sorumluluğundan söz edilemez³⁸. Ne var ki, suç niteliği taşıyan özel yaşama müdahalenin, işverenin diğer bir işçisi elliyle ve özellikle işverenin talimatıyla gerçekleştirildiği durumlarda “suça iştirak”³⁹ (TCK m.37 vd.) hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği belirtilmelidir.

³⁵ Bkz.: yuk. § 5, II, 1.

³⁶ Cezanın önleyici etkisi için Bkz.: **Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.562-563; **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.447-455.

³⁷ Bkz.: yuk. § 5, II, 4.

³⁸ İşveren vekilinin cezai sorumluluğu hakkında bilgi için **Süzek**, İş Hukuku, s.154-156; **Centel**, İş Hukuku, s. 70; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s. 59; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.55.

³⁹ “Suça İştirak” kurumu hakkında bilgi için Bkz.: **Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.446 vd.; **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.415 vd.

§15. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALE VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

I. İşçi Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi

1. İşveren Tarafından (İşverenin Talimatı Üzerine) İşçinin Özel Yaşamına Hukuka Aykırı Müdahale Bakımından

İşçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale söz konusu olduğunda, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedip edemeyeceğinin belirlenmesi önemlidir. Yapılan müdahaleye karşı yukarıda ortaya konmaya çalışılan korumaya yollarından yararlı olsa bile, iş ilişkisini sürdürmek, çoğu durumda, işçiden beklenemez bir hal alabilir.

Bu noktada, işçiye, haklı nedenle derhal fesih olanağı tanıyan, “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlıklı İşK.m.24/bent II (Den İş K. m.14/II,III) düzenlemesinin nasıl yorumlanması gerektiği önem kazanır⁴⁰. Söz konusu bentte fesih nedenleri, somut ve açık şekilde, sıralanmıştır. Bu sıralamanın öğretilerde farklı şekilde yorumlandığı görülür^{41,42}. Bir görüşe göre⁴³, İşK.m.24/bent II başlığının sadece “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller” şeklinde olmayıp, “ve benzerleri” anlatımına da yer verilmesi, burada yapılan neden sıralamasının *numerus clausus* nitelikte olmadığı sonucunu doğurur. Borçlar Kanunu, iş kanunları karşısında genel kanun niteliğindedir ve BK m.344/I düzenlemesine bakıldığında “...*ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal(in)...*” haklı neden oluşturabileceği görülür⁴⁴.

⁴⁰ Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından BK m.344 uygulama alanı bulacağından [Bkz.: **K. Ahmet Sevimli**, “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”, “...iş, güç...” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2000, (Çevrimiçi) <http://www.isgucdergi.org> (13 Ocak 2006), II,1] buradaki açıklamalarımızın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu bakımından önem taşıdığı belirtilmelidir.

⁴¹ **Oğuzman**, Arama, s.537.

⁴² Bu noktadan sonra açıklamaya çalışacağımız öğreti görüşleri salt İşK.m.24/bent II’ye ilişkin olmayıp; işveren açısından aynı tür haklı fesih nedenlerinin sıralandığı m.25/bent II için de geçerlidir.

⁴³ **M. Kemal Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş, Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s.43-44; **Saymen**, İş Hukuku, s.570-571; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.200-201; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.327; Ayr Bkz.: **Çelik**, Dersler, s.226 dn.14’te aksi görüş altında sıralanan yazarlar.

⁴⁴ Benzer bir düzenleme, Borçlar Kanunu Tasarısında da bulunmaktadır: “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı neden sayılır.” (BK Tsr. m.439/II)

Giderek, İşK.m.24/bent II'de sıralanmayan başka nedenler de, İş Kanunu (Deniz İş Kanunu) kapsamındaki iş sözleşmelerinin haklı nedenle derhal feshine dayanak oluşturabilir. Bu görüşten hareket edildiğinde, işverenin işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi, açık şekilde İşK.m.24/bent II'deki neden sıralamasında anlatım bulmamasına karşın, haklı neden olarak kabul görebilir.

Öğretide daha baskın olan ve bizim de katıldığımız diğer görüş⁴⁵ ise, İşK.m.24/bent II sıralamasının *numerus clausus* nitelik taşımadığı konusunda ilk görüşle birleşir. İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerinin feshinde BK m.344 hükmünün uygulama bulması ise, ayrıldığı noktadır. İkinci görüş, BK m.344 düzenlemesinin bu sözleşmeler bakımından uygulanmayacağını; "... iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal(in)..." değil; ancak İşK.m.24/bent II'de sıralananlara benzer hallerin haklı neden oluşturabileceğini, kabul eder. Giderek, öncelikle işverenin işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesinin m.24/bent II'de sıralanan nedenlerin bir ya da bir kaçının kapsamına girmesi veya bu nedenlere benzer bir hal alıp almadığı üzerinde durulmalıdır.

İşverenin müdahalesinin özellikle TCK m.132 vd. düzenlenen ve hapis cezasını gerektiren "*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*"dan birini oluşturması halinde işçi açısından haklı nedenle derhal fesih olanağının doğacağı, kuşkusuzdur. İşK.m.24/bent II,c'de işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi, açık şekilde, haklı fesih nedeni olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

İşK.m.24/bent II,b uyarınca işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya bu tür davranışlarda bulunması da işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturur. O halde, işverenin özel yaşama müdahalesi, kendi cinsiyetinden olmayan kişilerce üst araması yapılması, işyerindeki duş ve soyunma odaları gibi mekanların kame-rayla izlenmesi, işçinin özlük dosyasında bulunan onur kırıcı bilgilerin açık edilmesi örneklerinde olduğu gibi, şeref ve namusa dokunacak bir nitelik alırsa, bu davranışın İşK.m.24/bent II, b kapsamında haklı fesih nedeni oluşturacağı açıktır⁴⁶.

⁴⁵ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.196; **Centel**, İş Hukuku, s.174; **Süzek**, İş Hukuku, s.505-506; **Günay**, Şerh, s.793; **Çelik**, Dersler, s.220 ve a.y. dn.14'te anılan yazarlar; Ayr. Bkz.: Yarg. 9. HD, 28.4.1998, 2414/7815, **Günay**, Şerh, s.933.

⁴⁶ Bu davranışların TCK m.125 vd. hükümlerinde düzenlenen "*Şerefe Karşı Suçlar*"dan birini oluşturması da fesih nedeninin doğumu için koşul değildir (Bkz.: **Oğuzman**, Fesih, s.55; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.203; **Çelik**, Dersler, s.228; **Centel**, İş Hukuku, s.178; **Süzek**, İş Hukuku, s.520; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.199). Ancak davranışın aynı zamanda hapisle cezalandırılan bir suç niteliğini taşıması halinde, işçi açısından iki ayrı fesih nedeninin doğduğundan sözü edilebilir.

Çözümlemesi gereken nokta, işverenin müdahalesinin suç niteliği taşımadığı ya da işçinin şeref ve namusuna dokunmadığı halde, hukuka aykırı olduğu durumlarda, işçi açısından bir haklı fesih nedeninin bulunup bulunmadığıdır. Anımsatalım ki, bu durumda da işçinin kişilik değerlerinden biri zedelenmektedir⁴⁷. İşçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale, İşK.m.24/bent II’de sıralanan haller arasında bulunmamaktadır. Giderek, bentte sıralanan nedenlerle, özel yaşama hukuka aykırı müdahale arasında bir benzerlik bulunmalıdır ki, bu haklı fesih nedeni olarak kabul edilsin. İşK.m.24/bent II,ç hükmünde işverenin işçiye ya da aile üyelerinden birine “sataşması”⁴⁸, işçi bakımından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. **Kanımızca**, suç niteliği ya da şeref ve namusa dokunan bir hal almasa da, işverenin işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesinin “sataşma” kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. İşK.m.24/bent II’de, “şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemek”, “cinsel taciz”, “gözdağı vermek”, “kanuna karşı davranışa özendirmek, kışkırtmak, sürüklemek”, “hapsi gerektiren bir suç işlemek”, “şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunmak” eylemlerinin yanı sıra ve ayrıca “sataşmak” eylemi bulunmaktadır. “Sataşmak” bu sıralanan eylemlerin hepsini kapsayabileceği gibi daha geniş ve farklı anlama sahip olduğundan, ayrıca belirtilmiştir. Giderek, işçiye yönelen ve özellikle tazminat davasına konu olabilecek çoğu işveren eylemi “sataşma” olarak yorumlanabilir⁴⁹. Söz konusu işveren eylemlerinden birinin de işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale olduğundan kuşku duymamak gerekir.

Özel yaşama hukuka aykırı müdahale işveren vekili tarafından gerçekleştirildiğinde de yaptığımız açıklamalar geçerli olacak ve işçi açısından haklı fesih nedeni doğacaktır⁵⁰. **Kanımızca**, özel yaşama müdahale işverenin talimatı üzerine işveren vekili sıfatı bulunmayan bir işçi tarafından yapıldıysa da, aynı sonuca varmak gerekir.

2. Başka Bir İşçinin (Üçüncü Kişinin) İşçinin Özel Yaşamına Hukuka Aykırı Müdahalesi Bakımından

İşverenin, üçüncü kişilerden gelen tehlikelere karşı işçinin kişiliğinin korunması bağlamında gözetme borcuna aykırı davranışının işçiye haklı ne-

⁴⁷ Bkz.: yuk. § 3, III, 3, a.

⁴⁸ Sataşmak: Bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmak, musallat olmak. (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr (13 Mayıs 2005).

⁴⁹ Nitekim Yargıtay da “sataşma” kavramının kapsamını oldukça geniş kabul etmektedir. Bu konuda Örn. Bkz.: Yarg. 9. HD, 26.1.2001, E. 1999/18248, K. 2000/44, **Günay**, Şerh, s.877-879.

⁵⁰ Bkz. ve Karş.: **Süzek**, İş Hukuku, s.520; **Çelik**, Dersler, s.228; **Centel**, İş Hukuku, s.179.

denle fesih olanağı yaratıp yaratmayacağı üzerinde ayrıca durmak gerekir. Sonuçlaştırmak gerekirse, “İşverenin bu yolda bir talimatı olmaksızın ya da verdiği talimat aşılılarak, işçinin özel yaşamına diğer bir işçi ya da işyerindeki başka bir kişi tarafından hukuka aykırı şekilde müdahalede bulunması halinde, mağdur işçi açısından haklı fesih olanağı doğabilir mi?” sorusu yanıt beklemektedir.

Öğretide, işverenin gözetme borcuna aykırı davranışı nedeniyle işçinin kişilik hakkının zedelenmesi ve sözleşmeye devam etmesinin mümkün olması halinde haklı nedenle fesih hakkının doğacağı; ancak genel olarak, gözetme borcunun ihlalinin böyle bir hak yaratmadığı belirtilmektedir⁵¹. Yargıtay’ın konuyu kavrayışının ise, işçinin kişilik hakkına saldırıda bulunanın işveren vekili sıfatı taşıması halinde işçi açısından haklı nedenle fesih olanağının doğmayacağı noktasında olduğunu ileri sürmek, yanlış olmaz⁵².

Kanımızca da, işyerindeki -işveren vekili sıfatı taşımayan diğer işçiler dahil- üçüncü kişiler tarafından, işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalede bulunulması, tek başına, işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturamaz. Ancak, işverenin bundan haberdar olup; gerekli korumayı sağlamadığı hallerde gözetme borcuna aykırılıktan ve giderek, derhal fesih hakkının doğumundan söz edilebilir. Tarafımızdan belirlenebilen Yargıtay kararlarında, bu tür bir değerlendirmenin yapıldığına ilişkin bir anlatıma rastlanmamaktadır. Belirtmek gerekir ki bu kararlar, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde verilmiştir. 4857 sayılı Kanun bakımından ortaya koymaya çalıştığımız görüşe, koşut bir çözüme

⁵¹ Ertürk, Temel Haklar, s.93 ve a.y. dn.33’de anılan yazarlar.

⁵² “...Davacı hizmet akdini, işvereni temsilen formenin kendisine sataşması sonucu İş Kanunu’nun 16/II hükümlerine göre feshettiğini ileri sürmüştür. Davacının bu olayı haklı fesih sebebi olarak gösterebilmesi ve haklı fesih sebebinin gerçekleşebilmesi için formenin işveren vekili olarak onun adına hareket ettiğinin sabit olması gerekir. İşveren vekili değilse 16/II hükümlerine göre fesih hakkı gerçekleşmez...” Yarg. 9. HD, 23.1.1989, 1988/10534, 1988/302, Tekstil İşveren Dergisi, S.133, Nisan 1989, s.17; “... İşverenin periyodik mali denetimi yapıldığı sırada işyerinin elemanı dahi olmayan mali müşavirin sözlü şekilde sataşması sonucu davacı işçinin bu sataşmadan üzülen işyerini terk ettiği ve bir daha işbaşı yapmadığı dosya içeriğinden anlaşılmalta olup bu konuda taraflar arasında bir uyumsuzluk mevcut değildir. Mali Müşavir(in) mali konularda yapılan bir anlaşma üzerine denetim yapmak için işyerinde bulunduğu ve işveren vekili sıfatını taşımadığı (için) işçiye hakaret etmesi davalı işveren için sorumluluğu gerektirmez ... Bu itibarla olayda davacı işçi bakımından bildirimsiz fesih hakkı doğmuş değildir...” Yarg. 9. HD, 8.11.1999, 13898/16874, İşveren Dergisi, Aralık 1999, s.15-16, kararı isabetli bulan değerlendirme için Bkz.: Ömer Ekmekçi, “Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, MESS Yay., 2001, s.96; Ayr. Bkz.: Yarg. 9. HD, 29.01.2002, 2001/15948, 2002/1627, (Çevrimiçi) <http://www.tisk.org.tr/hukuk/ayrinti.asp?id=28> (13 Mayıs 2005).

ulaşmak daha da kolaydır. Şöyle ki, İşK.m. 24/bent II hükümlerinden “d” altbendi, eski İş Kanununda bulunmayan bir düzenleme içerir: “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” (İşK.m.24/bent II,d) işçi iş sözleşmesi haklı nedenle derhal feshedebilir. İşverenin gözetme borcu, sadece cinsel tacize karşı değil; işçinin özel yaşamının da dahil olduğu tüm kişilik değerlerine yönelik, işverenin kendisi dışındaki odaklardan kaynaklanan saldırılara karşı koruma sağlamayı da gerektirir; yeter ki işveren müdahalede bulunan kişileri etkileyebilecek konumda bulunsun⁵³. Giderek, cinsel tacize ilişkin söz konusu hükümdeki düzenlemenin örnekseme yoluyla, işçinin özel yaşamına diğer işçilerden ve üçüncü kişilerden gelen saldırılar bakımından uygulanmasını önermek, İşK.m.24/bent II hakkında öğretilde ileri sürülen her iki görüşe⁵⁴ de aykırılık oluşturmayacaktır. Bu noktadaki ölçüt, üçüncü kişinin saldırısı nedeniyle işverene karşı açılacak *koruyucu davalar* olmalıdır. Bu davaların işçi lehine bitmesi mümkün görülebildiği ölçüde, işverenin, durumu bildiği halde, diğer işçiler dahil üçüncü kişilerden gelen müdahalelere karşı hareketsiz kalması, mağdur işçi bakımından haklı fesih nedeni olarak kabul görmelidir.

3. İşçinin Fesih Hakkı ve Tazminat Talebi

MK m.25’te düzenlenen diğer davaların sözleşme sona erdikten sonra da açabileceği, yukarıda belirtilmişti⁵⁵. Giderek, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesine karşın kendisine kıdem tazminatı ödenmeyen işçinin bu tazminata ilişkin talebinin konu edileceği davada, sözünü ettiğimiz taleplerin de ileri sürülmesi olasıdır. Anımsatalım ki, özel yaşama hukuka aykırı müdahale nedeniyle istenecek tazminat söz konusu olduğunda, tazminat için eylemin hukuka aykırılığının da tespiti gerekeceğinden MK m.25 anlamında tespit istemine yer yoktur; ancak, kararın ilanı istenebilir⁵⁶.

İşK.m.26/II, derhal fesih hakkını kullanan tarafın diğer taraftan tazminat isteminde bulunabileceğini açık şekilde düzenlemektedir⁵⁷. Ancak, aynı hüküm, birtakım sorunlar da doğurabilecek niteliktedir. İşK.m.26 hükmünün, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere

⁵³ Bkz.: yuk. § 6, IV.

⁵⁴ Bkz.: yuk. § 15, I, 1.

⁵⁵ Bkz.: yuk. § 14, I, 1.

⁵⁶ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, aa ve dd.

⁵⁷ **Saymen**, İş Hukuku, s.610-611; **Çelik**, Dersler, s.254; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.215-216; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.216; **Süzek**, İş Hukuku, s.528; **Centel**, İş Hukuku, s.195.

dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği gündən başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz...” (İşK.m.26/I), “Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” (İşK.m.26/II) şeklindeki anlatımından, sözleşmeyi, öngörülen sürede feshetmeyen tarafın tazminat hakkının da bulunmadığı sonucuna varılır⁵⁸. Ne var ki, meseleye çalışma konumuz açısından yaklaşıldığında, işçinin kişilik değerlerinden biri olan özel yaşamına saldırı veya bunun yeterince korunmamasından doğan derhal fesih yetkisini kullanmaksızın, tazminat talebini gündeme getirmesi yolunda bir engel yoktur. Dahası, işçi tarafından bu tür taleplerle adli makamlara başvurulması; başka bir anlatımla, iş sözleşmesi sürerken kendisine karşı tazminat davası açılması, işveren için geçerli veya haklı fesih nedeni de oluşturmaz (İşK.m.18/III). Kısacası, işçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir. Ortaya koyduğumuz bu durum ile “...öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır” şeklindeki İşK.m.26/II hükmünün nasıl bağdaştırılacağı tartışmaya açıktır.

Kanımızca, meselenin çözümüne, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçinin isteyebileceği tazminatın hangi zarara ilişkin olduğunun belirlenmesiyle ulaşılabilir. İşçinin, özel yaşamına hukuka aykırı müdahale nedeniyle uğradığı zarar –özellikle manevi zarar-, söz konusu müdahale anında ya da en geç müdahalenin fark edildiği anda doğmuştur. Bu müdahalenin ayrıca işçiye derhal fesih yetkisi vermesi ve işçinin bu yetkisini kullanmasıyla uğradığı zarar ise farklıdır. İşK.m.26/II’deki kuralın, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda kalması nedeniyle uğradığı zararlara özgü olduğu kabul edilmelidir⁵⁹. Bir yetkinin kullanılması nedeniyle uğranılan zarardan söz edebilmek için, söz konusu yetkinin varlığını sürdürmesi ilk şarttır. Giderek, işçinin iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalması nedeniyle doğan zararı talep edebilmesi için, hak düşümü süresinde bu yetkisini kullanmak zorunda olduğu açıktır. Ancak, kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle isteyebileceği tazminat, fesih yetkisinin kullanılmasıyla doğrudan ilişki içinde değildir. Böylece, işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale nedeniyle uğradığı zararın tazminini iş sözleşmesi sürerken veya sonrasında, özellikle de haklı fesih yetkisinin süresinde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın isteyebileceği kabul edilmelidir.

⁵⁸ Oğuzman, Fesih, s.268.

⁵⁹ İşK.m.26/II uyarınca tazminat istenebilmesi için, “... fesheden yanın , bir zararının ve söz konusu zarar ile fesih olayı arasında bir nedensellik bağının bulunduğunu kanıtlamış olması ...” gerektiği yönünde Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.216.

Buna karşı, fesih yetkisinin kullanılmasına neden olan ve kişilik hakkını zedeleyen davranışın aynı davranış olması nedeniyle, ileri sürdüğümüz türden bir ayırımın reddedilmesi halinde, işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahale nedeniyle uğradığı zararı iş sözleşmesi sonrasında talep edebilmesi, ancak, derhal fesih hakkını süresinde kullanması halinde mümkün olacak ve dolayısıyla, altı işgünlük sürenin ne zaman başlayacağı önem kazanacaktır⁶⁰. Belirtilebilir ki, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan davranış süreklilik gösteriyorsa altı işgünlük hak düşümü süresi de başlamayacaktır. Bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın, işçiye dair kişisel verilerin işlenmesi, işçinin gözetlenmesi ya da her gün tekrarlanan arama vb. durumlarda bu tür bir süreklilik söz konusudur. Dahası, Yargıtay bir kararında, kişilik hakkının zedeleyen (hakaret içeren) davranışların süreklilik göstermesi halini oldukça geniş şekilde yorumlamıştır⁶¹.

Son olarak ve önemle belirtmek gerekir ki; işverenin, diğer bir işçinin eylemlerinin yarattığı zarardan BK m.55 ve/veya 100 uyarınca sorumlu tutulabilmesi⁶² ile bu eylemler karşısından hareketsiz kalması nedeniyle mağdur işçi için derhal fesih hakkının doğumu⁶³, birbirine karıştırılmaması gereken kurumlardır. Gözetme borcuna aykırılık bağlamında İşK.m.24/bent II hükümlerine bakıldığında, işverenin en azından ihmal düzeyinde kusurlu sayılabilmesi gerekir ki, işçi açısından derhal fesih hakkının doğumundan söz edilebilsin⁶⁴. Başka bir anlatımla, işverenin, diğer işçiler dahil üçüncü kişilerden mağdur işçiye yönelen saldırılara karşı koruma sağlayabilecek konumda olması, durumu bilmesi ve buna rağmen kasten ya da ihmal sonucu koruma sağlamaması, mağdur işçi için derhal fesih hakkı doğurur. Oysa ki, özellikle diğer işçilerin saldırılarının yarattığı zararın karşılanması noktasında, ne BK m.55 ne de 100 bakımından işverenin kusuru aranmaz ve durumu bilip bilmemesi de önem taşımaz. Giderek, saldırı durumundan haberdar olduğunda, gecikmeksizin, saldırının önlenmesi ya da saldırıya son verilmesi için harekete geçilmişse,

⁶⁰ Altı işgünlük hak düşümü süresiyle ilgili bilgi için Bkz.: **Saymen**, İş Hukuku, s.611-613; **Çelik**, Dersler, s.252-253; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.214-215; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.213-214; **Süzek**, İş Hukuku, s.526-528; **Centel**, İş Hukuku, s.175-176.

⁶¹ "...Somut olayda davalı Şirket Genel Müdürü tarafından davacı kadın işçiye ... hakaret içeren davranışlarda bulun(ul)duğu anlaşılmaktadır ... Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışın feshe kadar süreklilik arzettiği durumlarda ... altı işgünlük fesih süresinin geçtiğinden söz edilemez. Kaldı ki İş Hukukunda işçinin korunması ilkesi maddi olguların bu şekilde yorumunu gerekli kılmaktadır..." Yarg. 9. HD, 29.1.2002, 2001/15984, 2002/1627, İşveren Dergisi, C.XXXVII, S.3, Aralık 2002, s.22.

⁶² Bkz.: yuk. § 14, I, 3.

⁶³ Bkz.: yuk. § 15, I, 2

⁶⁴ Ayr. Bkz.: **Oğuzman**, Fesih, s.50.

mağdur işçinin derhal fesih hakkından söz edilemez. Ne var ki, mağdur işçinin, -saldırıya son verme noktasında başarıya ulaşılsa bile- işveren harekete geçene dek, saldırı nedeniyle meydana gelmiş olan zararı BK m.55 ve/veya 100 uyarınca talep etmesi mümkündür.

II. İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi

1. İşverenin Müdahalesine İşçinin Karşı Koyması ve İş Sözleşmesinin Feshi

a. Genel Olarak

İşverenin müdahalesine işçinin “karşı koyması⁶⁵” deyiminden, işçinin müdahale öncesinde ya da sırasındaki aktif ya da pasif davranışlarıyla müdahaleyi önlemesi veya sürmekte olan müdahaleyi sona erdirmeye yönelik girişimleri anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, işçinin işyerinde ya da işyeri dışındaki davranış ve alışkanlıklarının düzenlemesine yönelik işveren talimatlarına uymaması da, karşı koyma olarak, değerlendirilmelidir.

Deyim, bu şekilde anlaşıldığında, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayacak olan “rıza”nın gösterilmemesinin yanı sıra; başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanılarak yapılan ve rızaya bir hukuka uygunluk nedeni olarak gereksinim duyulmayan durumlardaki önleme ve sona erdirmeye girişimlerini de kapsar.

Arama, özel yaşama ilişkin sorular, test uygulamaları, işçiye öncesinde haber verilerek hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanması gibi özel yaşamına müdahale edileceğinden haberdar olduğu durumlarda, işçinin, arama yapılmasına izin vermeme, soruyu yanıtsız bırakma, test örneği vermeme, hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanmasına rıza göstermeme vb. davranışları, müdahale gerçekleşmeden önlenmesine örnektir. Öncesinde bilgilendirme yapılmaksızın işçi hakkında kişisel veri toplanması, gizli şekilde izlenmesi ve gözetilmesi, alınan örneğinin işçiye bildirilenden başka testler için kullanılmasında olduğu gibi müdahale sonrasında durumun fark edilebilme olasılığının gerçekleştiği durumlarda, uygulamaya son verilmesinin ve elde edilen bilginin yok edilmesinin istenmesi, bu istemin yerine getirilmesi için adli ve idari makamlara başvurulması (örneğin saldırıya son verilmesi davası açılması) halinde ise, devam etmekte olan müdahaleye son verilmesi söz konusu olacaktır.

⁶⁵ Karşı koymak: Boyun eğmemek (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr (13 Mayıs 2005).

Belirtmek gerekir ki, işverenin müdahalesinin üstün yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayanması veya hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızasına gereksinim duyulduğunda, rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir olduğu halde, işçinin aksi şekilde davranması, kural olarak, işveren tarafından işçi hakkında olumsuz kararlar alınmasını meşru kılar. Buna karşın, işverenin dayanabileceği bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemiyor ya da işçiden müdahaleye rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir değil ise, aynı sonuca varmak mümkün değildir.

Çalışmamızın bu başlığı altında, kısaca ortaya koymaya çalıştığımız olasılıkların gerçekleşmesi halinde, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi üzerinde durulacaktır. İş sözleşmesinin feshi en ağır disiplin uygulamasıdır. Giderek, açıklamalarımızın daha hafif disiplin uygulamaları için de *mutatis mutandis* geçerli olduğu belirtilmelidir.

b. İşverenin Hukuka Uygun Müdahalesine İşçinin Karşı Koyması Durumunda

aa. Müdahalenin “Üstün Yarar” Temelinde Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda

İşverenin müdahalesinin, “üstün yarar” temelinde hukuka uygun olduğu durumlarda, işçinin bu müdahaleye karşı koyması halinde işveren bakımından iş sözleşmesini derhal fesih hakkı doğacaktır. İşçinin bu davranışı, olayın özelliklerine göre, İşK.m.25/bent II’de düzenlenen hallerden bazıları kapsamında değerlendirilebilir.

Özellikle, iş sağlığı ve güvenliği bağlamında işyerinde güvenlik ve korumaya sağlamaya yönelik uygulamalara karşı koyulması halinde, “işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi”ni işveren açısından haklı fesih nedeni olarak düzenleyen İşK.m.25/bent II,1 gündeme gelebilecektir⁶⁶. İşçinin patlayıcı ve parlayıcı maddelerin bulunduğu alanlara girişlerdeki aramaya karşı koyması ya da yangın riski bulunan alalardaki tütün içme yasağına aykırı davranışı⁶⁷, iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevde bulunan işçinin alkol veya uyuşturucu testini reddetmesi, güvenlik amacıyla yapılan görsel izlemenin engellenmesi, bu duruma örnek gösterilebilir.

⁶⁶ Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.129.

⁶⁷ Bkz.: yuk. § 13, I, 1, a altında zikredilen, Yarg. 9. HD, 2.11.2004, 1834/24692; Yarg. 9. HD, 14.6.2001, 7903/10179 tarih ve sayılı kararlar.

İşK.m.25/bent II,a uyarınca, “iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması”, işveren bakımından haklı fesih nedeni yaratacaktır. Örneğin, işçinin, görülecek işle bağlantılı ve bu iş bakımından önem taşıyan bir sabıkasının olup olmadığı yolundaki bir soruyu gerçeğe uygun olmayan bir şekilde yanıtlaması ve daha sonra gerçeğin anlaşılması halinde işveren sözleşmeyi İşK.m.25/Bent II,a hükmüne dayanarak feshedebilecektir.

İşK.m.25/bent II düzenlemesinde, bu başlık altında yukarıda değindiğimiz alt bentlerin kapsamına girmese bile, işverenin kendisinin veya üçüncü kişilerin üstün yararına dayanması nedeniyle hukuka uygun olan müdahalelerine işçinin karşı koyması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak değerlendirilebilecektir⁶⁸. İşK.m.25/Bent II,e uyarınca, “işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” işveren bakımından fesih için haklı neden oluşturur. Görüleceği üzere, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar *numerus clausus* nitelikte sıralanmış değildir⁶⁹. Giderek, işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkı görünümünden biri üzerinde şekillenen ve işçinin özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulabilecek yararlarının korunması amacına yönelik müdahaleye karşı koyması halinde de, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışından ve işveren için derhal fesih hakkının doğumundan söz edilebilecektir; yeter ki, söz konusu müdahale yapılmazsa, işveren ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkının zedelenmesi riski, dikkate değer düzeyde olsun. Örneğin, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin kişisel verilerine ulaşım ve bunları aktarabilme olanağı bulunan bir pozisyonda çalışan işçinin, işyerindeki e-posta iletişiminin trafik verilerinin izlenmesine karşı koyması, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak değerlendirilmelidir.

bb. Müdahalenin “Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması” Temelinde Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda

İşverene, işçinin özel yaşamına müdahale yetkisini, yasal bir düzenlemenin de tanıyabileceğine değinilmişti⁷⁰. Genelde, işverene bu tür yetkileri tanıyan hükümler, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında bulunur. Bu hükümlerin

⁶⁸ Ayr. Bkz.: Oğuzman, Arama, s.537-538.

⁶⁹ Oğuzman, Arama, s.538; Süzek, İş Hukuku, s.510-511; Çelik, Dersler, s.125, 226; Centel, İş Hukuku, s.183; Ekonomi, İş Hukuku, s.207.

⁷⁰ Bkz.: yuk. § 7, III.

getirilişindeki önde gelen neden, işyerindeki kişilerin yaşam ve sağlığının korunmasıdır. Dolayısıyla, işverenin “üstün yarar” temelinde hukuka uygun hale gelen müdahalelerine işçinin karşı koyması halinde iş sözleşmesinin feshi için yaptığımız açıklamaların, burada da geçerli olduğuna kuşku yoktur⁷¹.

İşverene müdahale yetkisi veren yasal düzenlemenin bu tür bir hukuka uygunluk nedeniyle doğrudan ilişkilendirilemediği durumlarda ise, işçinin düzenlemeye aykırı davranışı sonucunda işveren için derhal fesih hakkının doğumunun, mutlak olduğundan söz etmek güçtür. Bu noktada en iyi örneklerden birini Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik oluşturur. Sözü geçen yönetmelikle tanınan, Kamuda çalışanların giyimlerine müdahale yetkisinin, yaşam ve sağlığın korunması gibi bir amacı olmadığı açıktır. Ancak öte yandan, düzenlemenin nedeninin, kamu işverenlerinin toplumdaki izlenimiyle ilgili olduğunu iddia etmek yanlış olmaz⁷². İşverenin toplumdaki izleniminin zedelenmesi sonucunda doğacak zarar ile işyerindeki kişilerin yaşam ve sağlığına verilecek zarar arasındaki fark açıktır. Dolayısıyla, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerinin verdiği yetkiye dayanarak yapacağı müdahaleye işçinin karşı koymasıyla; giyim konusundaki yönetmeliğin verdiği yetkiyle yapılan müdahaleye karşı koyması sonucunda karşılaşacağı yaptırım arasında da fark olmalıdır.

Bu bakımdan ilgi çekici bulduğumuz iki yargı kararı üzerinde durmakta yarar görüyoruz. Bunlardan ilki iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin hukuk sistemimize girmesinden önceki dönemde, 2001 yılında verilen bir Yargıtay (bozma) kararıdır⁷³: *“Davacının işe girdiğinden beri sakallı olarak çalıştığı tersanenin Milli Savunma Bakanlığına devri üzerine işyerine alınmadığı ve bu nedenle hizmet akdinin feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden ve tanık anlatımlarından anlaşılmaktadır... İnşaiye işçisi olarak çalışan davacının üyesi bulunduğu sendikannın bağıtladığı ... Toplu İş Sözleşmesin(de) ... cezalar arasında işyerine sakallı olarak gelmek ile ilgili bir hususa yer verilmemiştir. Ayrıca dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre işin durumu ve yaptığı işin özelliğine göre işçinin sakalını kesmemesi 1475 sayılı İş Kanununun 17/II. maddesinde⁷⁴ sayılan tazminatsız fesih hallerinden değildir. Bu durumda davacının işyeri kapısından askerlerce çevrilip işe devamının engellenmesi iş hukuku*

⁷¹ Bkz.: yuk. § 15, II, 1, b, aa.

⁷² Bkz.: yuk. § 13, I, 1, b.

⁷³ Yarg. 9. HD, 6.2.2001, E. 2000/18594, K. 2001/1750, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴ 4857 sayılı yürürlükteki İş Kanununda 1475 sayılı eski İş Kanunu m.17/bent II'yi karşılayan hüküm m.25/bent II'dir.

kurallarına aykırı bulunduğundan işverenin hizmet akdini feshi haklı kabul edilemez...". İkincisi ise, Erzurum İş Mahkemesi tarafından verilen ve Yargıtay tarafından onanan bir işe iade kararıdır⁷⁵: "...Toplanan delillere ve oluşan dosya içeriğine göre davacının davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığı tartışma konusu değildir ... Dosya tüm kapsamıyla incelendiğinde ...davacının fazla dekolte kıyafeti nedeni ile iş aktini fesh ettiği ... anlaşılmuş olup davacının iş aktinin böyle bir nedenden dolayı fesh edilmesi hakkaniyet kurallarına aykırı olduğundan davanın kabulü ile davacının işe iadesine ... karar verilmesi gerekmektedir".

Her iki olaydaki davacılar, kamuda çalışan işçilerdir ve işçiler dahil tüm kamu personeli, sözü geçen Kılık Kıyafet Yönetmeliği hükümlerine tabidir (Kıyafet Yön. m.2, 3/e). Yönetmelikte kadın ve erkek personelin giyim ve dış görünüşlerinin nasıl olacağı, ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir⁷⁶. Kararların ilginç olan taraflarından biri de, tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Her iki kararda da Kılık Kıyafet Yönetmeliğinden hiç söz edilmemektedir ve bu bir eksikliktir. Ne var ki, her iki karara konu olayın, Yönetmelik hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde dahi, sonuç itibarıyla isabetli bulunması, **kanımızca**, mümkündür.

Şöyle ki, DMK Ek m.19 uyarınca "*Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetinde-*

⁷⁵ Erzurum İş Mahkemesi, 26.12.2003, 312/311; Yarg. 9. HD, 25.1.2005, 2004/9209, 2005/1465 (yayınlanmamıştır).

⁷⁶ Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik m.5 hükmünde kadın ve erkek personelin giyim ve dış görünüşü şu şekilde düzenlenmektedir:

"Kadınlar;

Elbise, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade, ayakkabılar ve/veya çizmeler sade ve normal topuklu, boyalı, görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış, tırnaklar normal kesilmiş olur. Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır.

Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise ile stretch, kot ve benzeri pantolonlar giyilmez. Etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz. Terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmez.

Erkekler;

Elbiseler temiz, düzgün, ütülü ve sade; ayakkabılar kapalı, temiz ve boyalı giyilir. Sandalet veya atkılı ayakkabı giyilmez. Bina içinde ve görev mahallinde baş daima açık bulundurulur. Kulak ortasından aşağıda favori bırakılmaz. Saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir, temiz bakımlı ve taranmış olur. Her gün sakal tıraşı olunur ve sakal bırakılmaz. Bıyık tabii olarak bırakılır, uzunluğu üst dudak boyunu geçemez. Üstten alınmaz, yanlar üst dudak hizasında olur, alt uçları dudak hizasından kesilir. Kravat takılır, kravatı örtecek şekilde balıkçı yaka veya benzeri süveterler giyilmez. Hizmet gereğine uygun olarak verilmişse tek tip elbise giyilir.

Bina içinde gömleksiz, kravatsız ve çorapsız dolaşılmaz."

dirler” ve Kıyafet Yön. m.16/I uyarınca da “*Bu Yönetmeliğe aykırı hareket edenlere 657 sayılı Devlet memurları Kanununun disiplin cezalarına ilişkin hükümleri uygulanır*” (m.16/II). Memur statüsünde çalışmakta olan kamu personelinin söz konusu Yönetmelik hükmüne aykırı davranışı halinde alacağı ceza, Devlet Memurları Kanunu uyarınca “uyarma”dır⁷⁷ (DMK m.125/bent A, g). Memurun Kılık Kıyafet Yönetmeliğine aykırı davranmakta ısrarcı olması halinde olumsuz sicil nedeniyle memuriyete idarece son verilebileceği gibi, Devlet Memurluğundan çıkarma cezası da gündeme gelebilir⁷⁸.

Kıyafet Yön.m.16/II ise, Kamuda çalışan işçilerin bu yönetmeliğe aykırı davranışları bakımından uygulanacak yaptırımın memurlarinkine koşut olmasını hükme bağlamaktadır: “*İş Kanununa tabi işçilere de aynı derecedeki cezai hükümler uygulanır*”. Yönetmelik, bu hükmüyle, devlet memurları için öngörülen cezaların örneksene yoluyla işçilere de uygulanması gereğine işaret eder. Ancak, bu noktada yapılacak örneksenede, işçiliğin, DMK m.4 hükmünde sıralanan istihdam şekilleri⁷⁹ içinde ayrı bir yerde olduğu göz ardı edilemez. AY m.128 uyarınca “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” Öğretide kamuda çalışan işçilerin AY m.128 anlamında kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyeceği görüşü hakimdir⁸⁰. Bu bilgiler ışığında memurluk başta olmak üzere kamu görevliliğinin Devletin ete kemiğe bürünmüş hali olduğu iddia edilebilirse de⁸¹; **kanımızca**, işçi için bu tür bir görünümünden söz edilemez. Giderek, işgal ettikleri kamu personel statüsü göz önüne alındığında, memurun söz konusu yönetmeliğe aykırı davranışı ile işçinkinin, Devletin toplumdaki izlenimini başta olmak üzere, çıkarlarını aynı düzeyde zedelemeyeceği sonucuna varılabilir. Dolayısıyla Kıyafet Yön.

⁷⁷ **Oğuz Sancakdar**, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara, Yetkin yay., 2000, s.163, a.y. dn.206; **Zehredin Aslan**, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul, Alfa Yay., 2001, s.64; **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.139, 643, 647-648.

Aynı madde uyarınca, “*Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekrüründe bir derece ağır ceza uygulanır*” (DMK m.125/II).

⁷⁸ Bkz.: **Sancakdar**, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s.160-166, 241 vd.

⁷⁹ DMK m.4 hükmünde kamudaki istihdam şekilleri memur, sözleşmeli personel, geçici personel, işçiler olarak sıralanmıştır.

⁸⁰ **Sancakdar**, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s.74-75 ve orada anılan yazarlar.

⁸¹ Memurlar ile Sözleşmeli personel başta olmak üzere kamu hukukuna tabi diğer istihdam biçimleriyle çalıştırılan personelin arasındaki fark ve benzerlikler hakkında bilgi için Bkz.: **Sancakdar**, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s.53-71.

m.16/II ve DMK m.125 birlikte değerlendirildiğinde, Yönetmeliğe aykırı davranışı halinde, işçinin, öncelikle uyarılması gerektiği; ısrarcı olması halinde ise, iş sözleşmesinin feshedilebileceği, kabul edilmelidir. Ancak, işçinin davranışının haklı mı yoksa geçerli neden mi oluşturacağı her olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

Bu açıklamalar sonrasında, kamuda çalışan işçilerin Kılık Kıyafet Yönetmeliğe her türlü ve düzeydeki aykırı davranışlarının işveren için haklı fesih nedeni oluşturacağını düşünmek, adil olmayacaktır. Yukarıda alıntı yaptığımız ilk davaya konu olay, bu çerçeveden değerlendirildiğinde, inşaiye işçisinin sakal bırakması, Kıyafet Yön.m.5 hükmündeki “*Her gün sakal tıraşı olunur ve sakal bırakılmaz.*” şeklindeki hüküm karşısında, söz konusu düzenlemeye açık şekilde aykırılık oluşturur. Ne var ki, işçinin yaptığı iş, hijyen vb. nedenlerle sakalsız olmayı gerektirmediği gibi bir inşaiye işçisinin Kamu işverenin toplumdaki izlenimini zedelese dahi, haklı fesih nedeni oluşturacak derecede ağır şekilde zedelemesi de, neredeyse mümkün değildir. Bu durum, ancak geçerli fesih nedeni oluşturabilir. Giderek, ilk kararı iş güvencesinin hukuk sistemimize dahil olduğu bugüne uyarladığımızda, bu işçinin sakal bırakmasının haklı fesih nedeni oluşturmayacağı; ancak, geçerli fesih nedeni sayılabileceği, şeklinde algılamak mümkündür.

Anımsatalım ki, işçinin sakalının dini ya da siyasi bir sembol olduğu açık ise, işçinin bu tavrıyla diğerleri üzerinde baskı kurması gündeme gelebileceğinden, işyerindeki diğer işçiler başta olmak üzere başkalarının kişilik hakkının korunması bağlamında bir “üstün yaradan”; bu yararın korunması amacına yönelik işveren istemlerinden ve giderek, haklı fesih nedeninin doğumundan söz edilebilecektir⁸².

İkinci karar ise, amir konumundaki kişilerin subjektif değerlendirmelerinin değil, Yönetmelik hükümlerinin objektif şekilde değerlendirilmesi sonucunda Yönetmeliğe aykırılıktan söz edilebiliyor ise geçerli fesih nedeninin gündeme gelebileceğine işaret eder niteliktedir. Başka bir anlatımla, amirin yönetmeliğe tabi bir işçinin kıyafetini, kendi değerlerine göre dekolte bulması, tek başına geçerli fesih nedeni oluşturamaz. Ancak, objektif bir değerlendirme yapıldığında yönetmeliğe aykırılıktan söz edilebiliyor ise, öncelikle işçi uyarılmalı; bu tutumunu sürdürmesi halindeyse sonuçta işveren bakımından geçerli fesih nedeninin doğacağı kabul edilmelidir.

⁸² Bkz.: yuk. § 13, I, 1, b; § 15, II, 1, b, aa.

cc. Müdahalenin İşçinin Rıza Göstermesi Nedeniyle Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda

İşçinin rızasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu durumlarda, müdahaleye işçinin rıza göstermesinin sadakat borcu çerçevesinde ondan beklenebilir olup olmadığı önem kazanır⁸³.

Örneğin, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işe ve işyerine ilişkin gizli ancak işverenin kişilik hakkıyla bağlantı içinde olmayan bilgilerin rakiplere sızdırılmasının engellenmesi vb. nedenlerle yapılacak müdahalelere, işçinin sadakat borcu çerçevesinde rıza göstermesi beklenir. Bu durumda, işçinin baştan rıza göstermemesi ya da rızasını daha sonra geri alması halinde, sadakat borcuna uygun davranmadığı ve işveren bakımından, *hemen her zaman*, İşK.m.25/bent II,e uyarınca fesih hakkının doğduğu kabul edilmelidir⁸⁴. İşçinin bu davranışı, özellikle kendisinden kuşulanılması için makul nedenler varken söz konusu olursa, haklı fesih nedeninin doğduğundan kuşku duymamak gerekir⁸⁵.

Ne var ki, işçinin bu davranışıyla sadakat borcuna ne derece aykırı davrandığına bakılmaksızın, her zaman, işveren için haklı neden oluştuğunun kabul edilmesi de adil sonuçlar doğurmayabilir. Sadakat borcu çerçevesinde beklenebilir olduğu halde, rızanın gösterilmemesi ya da geri alınması durumunda, işveren açısından, doğacak fesih nedeninin haklı neden mi yoksa geçerli neden mi olduğu, olayın özelliklerine göre tartışılabilir⁸⁶. Unutulmamalıdır ki, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin pek çoğu sadakat borcuna aykırılık içerir; ne var ki, bunların haklı değil de geçerli neden sayılmaları, işçinin borca aykırı davranışındaki aykırılığın düzeyi ile ilgilidir⁸⁷. Durak-

⁸³ Bkz.: yuk. § 7, I.

⁸⁴ Oğuzman, Arama, s.537-538; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.360.

⁸⁵ "İşçinin işyerinden aracı ile şüpheli şekilde çıkmak istediği sırada işyeri güvenlik görevlilerine karşı mukavemette bulunması doğruluk ve bağlılığa uymayan harekettir", Yarg. 9. HD, 13.10.1999, 13029/15840, Günay, Şerh, s.891.

⁸⁶ Doğaldır ki, bu tartışma iş güvencesi kapsamındaki (İşK.m.18) işçiler için geçerlidir. Kapsam dışındaki işçiler bakımından meselenin sadakat borcuna her aykırılığın haklı neden oluşturup oluşturmayacağı şeklinde anlaşılması yerinde olur.

⁸⁷ İş Kanunu m.18 gerekçesinde "işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, arkadaşlarını işverene karşı kızdırmak, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak" geçerli fesih nedenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Görüleceği üzere bu tür davranışlar da doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardır. Ancak bunların haklı fesih nedeni değil de geçerli neden oluşturmaları, söz konusu madde gerekçesinde şu anlatımla açıklanmaktadır: "Özellikle Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki