

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması

1. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin 417. ve 419. madde Hükümleri

1. TBK.'nın 417. maddesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda "İşçinin kişiliğinin korunması" kenar başlığı altında getirilen düzenlemeye göre;

"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

2. TBK.'nın 419. maddesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Kişisel verilerin kullanılmasında" kenar başlığı altında 419. maddesinde ise;

"İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.

Özel kanun hükümleri saklıdır." hükmü getirilmiştir.

Yeni Kanunun işverenin borçları ana başlığı altında, "İşçinin korunması" alt başlık (IV) nolu bent altında düzenlenmiş bulunan, 417. maddesi esas itibarıyla 1. fıkrası İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrası hükmü, maddenin 2. fıkrası 328. maddesinin 2.

Kişilik hakları kişiye ait tekeli ve mutlak bir haktır.

fıkrası kısmen dikkate alınarak, 3. fıkrası ise yeni hüküm olarak kaleme alınmıştır. TBK.'nın "kişisel verilerin kullanılmasında" kenar başlığı altında düzenlenen 419. maddesi ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b hükmünden esinlenerek düzenlenmiştir.

Aşağıda önce, genel olarak işverenin işçiyi gözetme borcu üzerinde durulacak, daha sonra ise, işçinin hizmet ilişkisinde kişilik haklarının korunmasıyla ilgili YBK.'nın 417. maddesinin 1. fıkrası hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrası da değerlendirilerek açıklanacak, ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin YBK m. 419'da, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b hükmü dikkate alınarak değerlendirilecektir.

II. Genel Olarak İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

İşverenin gözetme borcu; işçinin özen gösterme ve sadakat borcunun (YBK. m. 396/4) karşılığını oluşturmakta olup, onun gibi aynı kapsam ve niteliktedir. İşverenin gözetme borcu işçinin iş ilişkisi kapsamında, özellikle, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine göre işçinin haklı menfaatlerini korumak ve gözetmek yükümlülüğüdür.

İşverenin gözetme borcu, işverenin, işçinin haklı menfaatlerine zarar verebilecek davranışlarından kaçınma yükümlülüğüdür.¹

Gözetme borcu, kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak kanunun değişik hükümlerinde onun görünüşlerinin düzenlendiğini tespit etmek mümkündür. Gözetme borcuna;

- Genel olarak işçinin kişiliğinin korunması (YBK. m. 417)
- Özellikle ev düzeni içinde çalışma durumunda koruma borcu (YBK. m. 418)
- Kişisel verilerin korunması (YBK. m. 419)
- Kadın işçi ile erkek işçinin eşit duruma getirilmesi (YBK.'da düzenleme mevcut değildir. Ancak İsviçre Eşit Duruma Getirme Federal Kanununun Art. 1. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.)

- İşçiyi hafta tatili ve iş arama izni vermek (YBK. m. 421). Yıllık izin hakkı (YBK. m. 422)
- Hizmet belgesi verme (YBK. m. 426) borçlarını örnek olarak gösterebiliriz.²

Yukarıdaki ilk beş kategori, kişilik haklarının korunmasıyla sonuncusu ise, iktisadi geleceğinin desteklenmesi ve teşvikiyle ilgilidir.

Gözetme yükümü, esas olarak iş ilişkisinin devamı süresiyle sınırlıdır. Ancak hizmet belgesi (bonservis) verilmesi iş ilişkisi sona erince ortaya çıkar.

Gözetme yükümü, işverenin talimat verme hakkının önemli sınırlandırılmasını teşkil etmektedir. Örneğin, işverenin, işçinin kişilik haklarını zedeleyici olan, eşit işlem görme ilkesine aykırı düşen veya işverenin haklı menfaatlerinin korunmasıyla ilgili olmayan talimatlarının, gözetme yükümü ile bağdaştığı söylenemez.³

III. "Kişilik Hakları" Kavramı

Kişilik hakları, kişilik değerleri, kısaca kişilik; kişinin fiziki varlığı, hayatı, vücut bütünlüğü beden ve ruh sağlığı gibi maddi, şeref, haysiyet, özel hayatı, ismi ve resmine ilişkin olarak manevi, ticari sırları ve kredi itibarı gibi iktisadi değerleri üzerinde sahip olduğu haklarıdır. Diğer bir ifadeyle kişilik hakları; kişinin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğüne ilişkin olarak, fiziki ve vücut varlığı, ismi, resmi-özel hayatı, toplum içinde kazandığı şeref, haysiyet ve itibarı, mal varlığını idame ettirme ve⁴ iktisadi geleceği üzerindeki haklarıdır.

Kişilik hakları kişiye ait tekeli ve mutlak bir haktır. Bu haklar aynı zamanda vazgeçilmez ve devredilmez haklardandır. Kişi, kişilik hakkının sahibi olarak kişisel değerleri üzerinde başkalarından bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkına sahiptir. Kişilik haklarına hukuka aykırı olarak tecavüz halinde kişi, bu haklarına saygı gösterilmesini, kişisel değerlerine dokunulmamasını talep etmek yetkisine sahiptir.⁵

Gerçek kişilerin, kişilik hakları, hukuki düzenlemeler öncesinde de mevcut olan fenomendir. Gerçek kişiler, hukuk düzeni tarafından yaratılmamış, bilakis önceden mevcudiyeti kabul edilmiştir. Kişiliğin korunması, hukukça temin edilmemiş bilakis hayatın bir gerçeği

olarak, hukuk düzeni onun korunmasını hukuki tedbir altına almıştır.⁶

Kişilik hakları, hem kişinin bizzat kendisine karşı (MK. m.23), hem de üçüncü kişilere karşı (MK. m.24) korunmaktadır.

İş ilişkisinin temelini teşkil eden hizmet akdi, işveren ile işçi arasında kişisel birlik ilişkisinin kurulmasını sağlar. Hizmet akdinin taraflarından biri olan işçi, işverene bağımlı ve onun talimatları doğrultusunda onun işyerinde verilen işi gördüğü için, özellikle ferdi iş hukukunda, işçinin kişilik haklarının korunması da büyük önem arz etmektedir.⁷

Yeni TBK.'nın 417. maddesi, genel olarak kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK. 24. maddesinin, ferdi iş hukukunda genel hizmet sözleşmesinde özel olarak düzenlenmesidir.⁸

TMK.'nın 24. maddesinde, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak yapılan saldırılara karşı kişiliği koruma düzenlenmiş olmasına rağmen, YBK.'nın 417. maddesi işçinin kişilik haklarını sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde korumaktadır. Bu farklılık, birisi haksız fiil sorumluluğunu, diğeri sözleşmeden doğan sorumluluğu esas aldığı için ispat yükünün dağılımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu kusur ve zamanaşımı süreleri açısından, dikkate alınmalıdır.⁹

IV. Genel Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunmasının Amacı ve Nedeni

İş hukuku alanında da, hizmet ilişkisinden doğan ve işçinin kişilik haklarına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir. Bu sorunların nedenleri işçinin iş ilişkisindeki durumundan yani işçinin işverene tabi olarak, onun işyerinde ve onun talimatları çerçevesinde çalışma borcundan kaynaklanır.

İşçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesi, işçiyi işverene hem kişisel hem ekonomik açıdan bağımlı kılar. Bu bağımlılık hizmet sözleşmesi neticesinde ortaya çıkar. Kaide olarak iş görme ediminin işçinin kendisi tarafından yerine getirilmesi gereği (YBK. m. 395) hizmet ilişkisinde işçinin işverene kişisel bağımlılığı-

nı ortaya çıkaran en önemli faktördür. Hizmet sözleşmesi gereği işçi, işverenin işyerine ve işin görülmesine yönelik (örneğin çalışma saati, çalışma yeri, çalışma düzeni) talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirmekle mükelleftir.

İşçinin iş görme edimi karşısında işverenin ücret ödeme borcu vardır. İşçinin ücret alacağı, işverene karşı ekonomik bağımlılığını ortaya çıkarır. Kişisel bağımlılık yanında işçinin işverene ekonomik bağımlılığı da iş ilişkisi için ayırdedici bir unsur olarak görülmektedir. Ekonomik bağımlılık kavramı üzerindeki görüşlerde birlik yoktur. Klasik görüşe göre¹⁰ ekonomik bağımlılık ücret bağımlılığı ile eşdeğer sayılmaktadır. Diğer bir görüş ise, ekonomik bağımlılığı, işçinin üretim araçları üzerindeki mülkiyet veya tasarruf gücünün olmaması anlamında yorumlamaktadır.¹¹

Hizmet akdini diğer akitlerinden ayıran bu bağımlılık unsuru¹² ve iş ilişkisinin özel şartları, işçinin değişik kişisel değerlerini işverenin hakimiyet sahasına getirmesine yol açmaktadır. İşveren aralarındaki iş akdinden dolayı işçinin kişisel değerlerinden yararlanmaktadır. İşçinin iş münasebeti içinde, işverene bağımlı olarak iş edimini şahsen ifa ile yükümlü oluşu, TMK.'nın 23/II hükmünde yer alan kanuna uygun sınırlandırmalardan sayılmaktadır.

İşte hem işin bizzat işçi tarafından ifası borcu nedeniyle kişisel açıdan, hem de ücret nedeniyle ekonomik açıdan işçinin işverene bağımlı olması, onun kişisel değerlerinin ve iktisadi varlıklarının işverenden gelebilecek muhtemel tehlikelere karşı korunmasını zorunlu kılmaktadır.

V. İşverenin İşçinin Kişilik Haklarını Koruma Yükümlülüğü

1. Genel Olarak Kişilik Haklarının Korunması

İşverenin bu yükümlülüğünün yasal mesnedini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi hükmündeki düzenlemeler oluşturmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 339. maddesi, 1972 yılında yapılan revizyonla değiştirilerek, bugün halen yürürlükte olan Art. 328/I'de yer alan yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Bu maddeye 24 Mart 1995 tarihli (1 Temmuz 1996 yürürlüğe girmiştir) Kadın Ve Erkek İşçiyi Eşit Duruma Getirme Kanunu'nun, ek 3. bendi ile, ikinci bir cümle daha eklenmiştir. Getirilen bu düzenlemeye göre, işveren özellikle işçilerin cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarara uğramamaları için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Bu yeni madde hükmünde, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması yanında onun şeref ve haysiyetinin, özel ve gizli hayat alanlarının, mesleki itibarlarının korunmasını, yani işçinin kişilik haklarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.¹³ Böylece söz konusu 1. fıkra hükmünde MK.'nın 24 ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 28 hükümlerindeki kişiliğin himayesine ilişkin genel kural yanında, işçinin kişilik haklarının iş ilişkisi içinde korunması işverenin sözleşmeden doğan koruma ve gözetme borcu çerçevesinde özel olarak hükme bağlanmıştır.¹⁴

6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328/I maddesinin 1. fıkrası, 419. maddesi ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b maddesi esas alınarak düzenlenmiştir.

Ayrıca 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren 19 Haziran 1992 tarihli (Datenschutzgesetz) Bilgisayar Verilerine Karşı Korunma Kanunu ile birlikte yürürlüğe giren OR'ın 328b. maddesi hükmü ile işverenin işçi hakkında sadece iş ilişkisine ilişkin bilgisayar verileri toplayabileceği ve bu bilgisayar verilerinin hizmet sözleşmesinin ifası için kullanılabileceği hükme bağlanmıştır (OR Art. 328).¹⁵

Yeni Borçlar Kanunu'nun 417 ve 419. maddeleri, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin olarak işverene kaçınma yükümlülüğü ve ayrıca, işveren için davranış yükümleri getirmektedir. İşveren, işçiyi özellikle işletme teh-

likelerinden ve iş ilişkisi çerçevesinde, onu üstlerinin, çalışma arkadaşlarının, tedarikçiler ve müşteriler gibi üçüncü şahısların tacizlerine karşı korumakla yükümlüdür.¹⁶

İşçinin yaşam ve sağlığı, beden ve ruh sağlığının bütünlüğü, kişisel ve meslek haysiyet ve şerefi, işletmedeki durumu ve saygınlığı, gizlilik alanı, işçinin korunması gereken kişilik değerleri arasındadır.

Aşağıda işçinin kişilik haklarının korunması kapsamında mütalaa edilen işçinin beden ve ruh bütünlüğünün korunması, işçinin yaşam ve sağlığının korunması, işçinin ahlaki değerlerinin özellikle cinsel tacizlere, psikolojik tacizlere (mobbing), sindirme ve karalamalara karşı korunması gibi özel durumlar ayrıntılı olarak incelenerek değerlendirilecektir.

2. İşçinin Beden ve Ruh Bütünlüğünün Korunması

İşveren işyerinde işin görülmesine ve işçinin davranışlarına ilişkin bir takım düzenlemeler getirebilir. İşçi işverenin bu talimatlarına uymakla yükümlüdür. Ancak bu talimatlar ve getirilen düzenlemeler işçinin kişilik değerlerinden olan beden ve ruh bütünlüğüne aykırı olamaz. Örneğin, İsviçre İş Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararında işverenin bildirimli fesih, fesih süresi esnasında işçinin çalışmasını istemeyip, günde dört defa kendisine gözükmelerini talep etmesinin, işverenin koruma borcuna aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁷

Yine işçinin siyasi düşüncelerini açıklama ve sendikal örgütlere katılabilme serbestisi, işyerinin çalışma düzenini bozmadığı sürece söz konusudur. Yoksa örneğin iş saati esnasında, bu konular hakkında konuşması veya dinlenme saatlerinde çalışma arkadaşlarını rahatsız edecek boyutlara ulaşacak şekilde görüşlerini açıklaması¹⁸ işverenin kişilik haklarını koruma borcunun kapsamına girmez.

a- Eşit Muamele İlkesi

İşverenin işçilerin işyerinde kişilik haklarını koruma borcu, iş hukukundaki eşit davranma ilkesinin hukuki nedenini teşkil eder.¹⁹ Eşit

İşverenin işçilerin sağlığını koruyucu tedbirleri almak yükümlülüğüne, sigara içilmesine karşı koruma konusu da girer.

davranma borcu veya eşit işleme tabi tutma ilkesi, kaideten birden fazla kişinin bulunduğu ortamda söz konusu olup, eşit durumda bulunan kişilere hakkaniyet esaslarına göre eşit olarak davranmaktır.²⁰

Anayasanın 10. maddesinde yer alan genel eşitlik ilkesine göre herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde de, eşit davranma ilkesi başlığı altında iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hükmü getirilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında da, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanma ve sona ermesinde, cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, 4. fıkrasında da aynı veya eşit değer de bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücretin kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür. Ancak eşit davranma ilkesine, işçiler arasında keyfi davranılmaksızın, hakkaniyete ve objektif esaslara uygun ayrımların (örneğin, ihtisas, tahsil, tecrübe gibi nedenlerle) yapılması aykırılık teşkil etmez.

b- İş Verme Yükümlülüğü

Hizmet sözleşmesi sadece iş görme edimi ile ücret ödeme ediminin söz konusu olduğu bir sözleşme değildir. İşveren sadece ücret ödemekle yükümlü olmayıp, işçiye iş vermekle de yükümlüdür. İşçinin çalışmak istemesine rağmen işveren tarafından iş verilmemesi, koruma borcuna da aykırı bir davranıştır.²¹ Zira işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, çalışmak isteyen işçiye iş verme yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Özellikle, tiyatro sanatçısı, sporcu, ticari mümessil veya özel mesleklerde çalışan operatör, bilim adamı, teknik uzman-

lar gibi özel bir meşguliyeti gerektiren işlerde çalışan kimselere uzun zaman, çalışmak istemesine rağmen işverence iş verilmemesi; iş arkadaşları ve amirleri nezdinde şimdiye kadarki çalışmasının değersiz olduğu ve bu nedenle işverenin o işçinin çalışmasını kabul yerine ücretini ödemeyi tercih ettiği yolunda bir intiba verebilir. Ancak bu durum her çeşit işçi için söz konusu olabilir. İşçiye iş verilmemesi her işçiyi üzebilir ve bu durumun uzun süre devam etmesi kişilik haklarına tecavüz olur.²²

3. İşçinin Sağlığının Korunması

İşçinin sağlığının korunması demek, işverenin işçiden sağlığına zarar verecek veya tehlikeye düşürebilecek nitelikte çok yorucu, onun gücünün dışında iş talep etmesi anlamını taşır. Örneğin genç işçilerle kadın işçiler, ağır işçilerde ya hiç veya sadece geçici ve sınırlı süre çalıştırılabilir.²³ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 85. maddesinde de on altı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile, çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerin, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı öngörülmüştür.²⁴

İşverenin işçilerin sağlığını koruyucu tedbirleri almak yükümlülüğüne, sigara içilmesine karşı koruma konusu da girer. İşyerinde sigara içme yasağının, işçinin kişilik haklarını ihlal edip etmediği hususu önemlidir. Ancak bugün kapalı alanlarda sigara içilmesini yasaklayan 7.11.1996 tarih ve 4207 sayılı Yasa hükümleri karşısında işyerinde sigara içme yasağı kanuni temele kavuşmuştur. Ayrıca işyerindeki kapalı alanların dışında sigara içilmesi için bir yer tahsis edilmişse veya işyerinin niteliği itibariyle getirilmiş bir yasak söz konusu ise bu kişilik haklarına aykırılık teşkil etmez.

İşveren, işçilerin yaşam ve sağlığının, kişisel bütünlüğünün korunması için, tecrübelerle göre zorunlu, tekniğin gelişmesinin durumuna göre uygulanabilir, işletmenin ve işyerinin şartlarına münasip, çalışma edimine göre kendisinden beklenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda iş akışının organizasyonu, işe uygun işçinin çalıştırılması, bilgilendirme ve denetleme, makinelere koruyucu sistemlerin konması, amaca uygun işyerlerinin hazır

bulundurulması hususları örnek verilebilir. İşveren işçiyi ağır kusuru ve ağır ihmali dışında kendisinin kusurlu olduğu iş kazalarına karşı da korumalıdır.²⁵

4. İşçinin Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamının Korunması

İşveren, iş ilişkisi içinde işçinin kişilik haklarına saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. İşveren işçiye karşı onur kırıcı sözler söylememeli ve ona işyerinde üçüncü kişiler ve diğer çalışan işçiler tarafından hakaret edilmesine de müsaade etmemelidir.²⁶

İşveren işçinin özel hayatına karışmamalı, onun işyerinde danışma bürosuna verdiği bilgileri almamalı ve özel yaşamına ilişkin bilgileri üçüncü kişilere de vermemelidir. Ancak işveren çalışma belgesinin dışında, işçinin ilerlemesine engel teşkil etse bile gerekli bilgileri, eğer özellikle itimat edilen bir işyeri yönünden önemli ise, üçüncü kişilere verebilir. Ancak işverenin işçisi hakkında vereceği bilgiler gerçekleri yansıtmalı, ayrıca işçinin işverenine güvenerek anlattığı, örneğin ailevi sırları veya daha önce aldığı cezalarla ilgili hususları başkalarına açıklamamalıdır. İşverenin işçi hakkında vereceği bilgiler sadece çalıştığı iş ile ilgili kabiliyeti ve davranışları hakkında olmalıdır. İşçinin kendisi için faydalı olan ve işverene herhangi bir zarar vermeyecek nitelikte bulunan bilgileri istemesi halinde, bu bilgileri vermek işveren için, sadece hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür.²⁷

5. Ahlaki Değerlerin ve Özellikle İşçinin Cinsel Tacizlere Karşı Korunması

YBK. 417. maddesinde, kaynak kanununun 328/I hükmünde bulunmasına rağmen “ahlaki değerlerin korunması” ibaresi metne alınmamış, onun yerine “işyerinde dürüstlük ilkelere uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları konusunda tedbir almakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, işveren ahlaka uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü kılınmıştır. O halde

işveren; işyerindeki işçileri, amirlerinin, arkadaşlarının ve üçüncü kişilerin ahlâki değerlere aykırı davranışlarına karşı korumak ve rahatsız edilmelerini önleyici tedbirler almakla yükümlüdür.²⁸ Bu yükümlülüğün kapsamına, örneğin, işverenin işyerinde kadın ve erkek işçiler için ayrı giyinme bölümleri yapma, işyerindeki işçileri şeflerinin ve diğer çalışanların veya üçüncü kişilerin ahlâk dışı davranışlarına karşı koruma veya rahatsız edilmelerini engelleyici tedbirler alma yükümlülükleri girer.

YBK.'nın 328. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi niteliğindeki yan cümlesinde işverenin; “özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla” yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre; işveren, işçilerin cinsel tacize maruz kalmamaları ve uğramamaları, bu tacize uğramış olanlar varsa, bundan daha fazla zarar görmemeleri için, gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Bu yükümlülük kapsamında işveren, karşılıklı saygı esasına dayanan iş ortamı ve iklimi yaratmak ve hatalı davranan işçilere karşı uygun tedbirleri almakla sorumludur.

a- Cinsel Tacizin Tanımı

Uluslararası sözleşmelerde cinsel taciz, kişilik haklarına aykırı, onur kırıcı bir davranış olarak, işverenin iş sözleşmesinden doğan, işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamı içinde mütalaa edilmektedir. Avrupa Birliği'nin, işyerinde Kadın ve Erkeğin Saygınlığının Korunması Komisyonu'nun 27 Kasım 1991 tarih ve 92/131 EWG sayılı “Cinsel Tacize Karşı Tavsiye ve Davranış Normları”na göre, işveren veya diğer çalışanlar tarafından kadın ve erkeğe karşı istenilmeyen ve cinsel bütünlüğe yönelik her türlü davranış kabul edilemez. Bu tür davranışlar, 14.2.1976 tarih ve 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi'nin cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır. İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkesi başlığını taşıyan, 5 Temmuz 2006 tarihli Yönerge'de de getirilen tanıma göre, cinsel taciz “kişinin onurunu zedeleme-

İşyerinde cinsel taciz, cinsiyetle ilgili ayrımcılığın en bayağı ve alçaltıcı bir biçimidir.

yi, yıldırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçültücü veya rencide edici bir ortam yaratmayı amaçlayan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı, arzulanmayan tüm davranışlardır.” Yine 2 Nisan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. Bölümü'nde, bütün çalışanların onurlu çalışma hakkına sahip olduğu, 2. Bölümün 26. maddesinin 1. fıkrasında, çalışanların işyerinde ve çalışma ilişkisi içinde cinsel tacize karşı bilgilenmeyi kolaylaştırmak ve onları cinsel taciz ve benzeri davranışlara karşı korumak için uygun tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Almanya'da 24.6.1994 tarihli Çalışanların İşyerinde Cinsel Tacize Karşı Korunması Hakkındaki Kanun'un (Beschaeftigtenschutzgesetz), 1. Paragrafının 1. fıkrasında; Kanunun amacının işyerinde kadın ve erkeklerin onur ve saygınlıklarının sağlanması ve cinsel tacize karşı korunması olduğu hükme bağlanmıştır.²⁹

YBK.'nin 328. maddesinin 1. fıkrasında cinsel taciz kavramına bir açıklık getirilmemiştir. İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçi açısından, 25. maddesinde ise işveren açısından cinsel taciz haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş, fakat tanım yapılmamıştır. Ancak “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında” “Tanımlar”, başlığı altında 2. maddenin k bendinde taciz; “psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık türlerinin düzenlendiği 4. maddenin e bendinde “işyerinde yıldırma”, h bendinde “taciz” ayrımcılık türü olarak sayılmıştır.

BK.'nin 417. maddesinin düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b maddesinde de cinsel taciz tanımı yapılmamıştır. Ancak 24 Mart 1925 tarihli ve 1 Temmuz 1996'da yürürlüğe giren Ka-

dın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkında Kanun'da (Gleichstellungsgesetz-GIG) İsviçre Federal Kanun koyucusu cinsel taciz eylemini, cinsel ayrımcılık yasağının özel bir uygulaması olarak görmüş ve 4. maddede cinsel taciz suretiyle ayrımcılık halini özel olarak düzenlemiştir. Kanunun 4. maddesinde; özellikle tehditler, menfaat vaadleri, cebir kullanma, cinsel karşılık görmek için baskı yapılması, cinsel tacize yönelik davranışlar cinsel taciz suretiyle ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir.³⁰

Kanunun bu maddesi ile cinsel tacizin, ayrımcılık teşkil eden özel bir davranış olduğu, açıkça vurgulanmıştır.³¹ İşyerinde cinsel taciz, cinsiyetle ilgili ayrımcılığın en bayağı ve alçaltıcı bir biçimidir. Bu nedenle Kanunun 3. maddesinde ayrımcılık yasağının kapsamına gireceğinde bir tereddüt bulunmamakla beraber, “cinsel taciz suretiyle ayrımcılık” Kanunun 4. maddesinde ayrıca özel olarak düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği'nde yapılan incelemeler göstermiştir ki, işyerinde çalışan kadınlara yönelik bu tür davranışlar, bizim ülkemizde olduğu gibi, oldukça yaygındır. Cinsel taciz fiili ile sosyal acıları bulunan cinsel tacizin mağduru olan kadının bu durumu arasında yakın bir ilişkinin mevcudiyeti de ihtimal dahilindedir. Özellikle boşanmış veya eşinden ayrı yaşayan kadınlar ile genç kadınların veya çalışmaya yeni başlamış veya alışılmamış mesleklerde çalışan kadınların, özürlü kadınların, lezbiyen veya belli bir azınlık ırkına mensup kadınların, cinsel taciz tehlikesine sık sık maruz kaldığı görülmüştür.³²

Cinsel taciz eylemleri farklı şekillerde ortaya çıkabilir: Sözlü sarkıntılıklar, ahlâksız teklifler, porno film ve fotoğrafların gösterilmesi veya kullanılması, menfaat vaadi veya menfaat kaybı tehdidi altındaki yakınlaşmalar, cinsel saldırılar, hatta aşırı durumlarda cinsel tecavüzler veya zor kullanmaların tümü, mağdur olan kişinin rızası hilâfına gerçekleşen, cinsel davranışların hepsi cinsel taciz eylemleridir.³³

İstenilmeyen, hoş karşılanmayan cinsel yaklaşımlar cinsel taciz olarak nitelendirilmektedir³⁴ Cinsel taciz niteliğindeki davranışın belirlenmesinde, aynı seviyedeki kadınların algılamaları objektif ölçü olarak alınmalıdır.

Münferit bayanların algılaması ve duygusallığı, dikkate alınmamalıdır.³⁵

İşyerinin bulunduğu sektör ve çalışma ortamı, örneğin inşaat şantiyesinde çalışanlar ile banka çalışanlarının laf atmaları farklılık gösterir.³⁶

Bu eylemlerde müşterek olan husus, aşağıdaki iki unsurdan ibarettir:

Bunlardan birincisi, bu davranışlar cinsel tacize uğrayan kişinin rızası hilâfına gerçekleşmektedir. İkincisi ise, cinsel taciz niteliğindeki bu davranışlar karşılıklı rıza veya anlaşma temeline dayanmamaktadır. Zaten cinsel taciz kavramının kapsamında cinsel tacizin, buna muhatap olanın rızası hilafına gerçekleştiği ve aşağılayıcı nitelikte olduğu hususu açıkça yer almaktadır.

b- İşverenin Yükümlülükleri

YBK.'nın 417. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; (İBK. m. 328) işverenin, işçilerin işyerinde psikolojik ve cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu öngörülmüş ancak ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

İşverenin söz konusu tedbirleri alması kendi menfaatine de uygun düşmektedir. Zira, bu cinsel taciz niteliğindeki davranışları önleme sonucu, kadın işçilerin psikolojik yönden çöküntüye uğraması ihtimalinin yükseleceği ve işyerinde kazaların artacağı; bu eylemlerle ilgili fesih bildirimlerinin ve işletmeye hâkim olacak kötü iş ortamının, kadın işçilerin verimini düşüreceği ve dolayısıyla işletmenin kârlılık oranının azalacağı, somut gerçeklerdir.

İşveren somut bir cinsel taciz eyleminde bu eylemi gerçekleştiren hakkında ikaz, ihtar etme, yerini değiştirme, iş akdinin feshi gibi münasip tedbirlere başvurmalıdır. Bu tedbirler alınırken cinsel tacizde bulunan ile cinsel tacize maruz kalan kişinin menfaatleri arasında bir denklik sağlanmaya çalışılmalıdır.

Cinsel taciz eyleminde, işverenin koruma borcu, akdi bir yan yükümlülük olduğundan, bu eyleme karşı hangi önlemlerin alınacağını takdir etme ve karar vermede, işverene belli bir ölçüde takdir hakkı tanınmıştır. Buna mu-

kabil cinsel tacize uğrayana, işverene dava açarak, belli somut tedbirlerin alınmasını talep yetkisi verilmemiştir.³⁷

İşverenin, işyerinde cinsel taciz eylemlerini önlemek ve asgariye indirmek için, bu konu ile ilgili bir yönetmelik düzenlemesi, bu yönetmelikte cinsel taciz eylem ve olaylarına işyerinde müsaade edilemeyeceği prensibi vurgulandıktan sonra, personelin bu konuda bilgilendirilmesi ve eğitimi, bu tür olaylara maruz kalan işçinin başvurabileceği şikâyetin süresi ve aşamaları, soruşturma, savunma ve tutulan protokolleri inceleme imkânları, disiplin cezaları (kınama, uyarma, yer değişikliği, para cezası, meslekî kadro derecesinde durdurma, ücret kesintisi ve işten çıkarma gibi) ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

c- Cinsel Tacize Uğrayan Çalışanların Hakları

Gerek YBK.nun 417. maddesinin 1. fıkrasında, gerekse İBK.'nin 328. maddesinin 1. fıkrasında cinsel tacize uğrayan çalışanın hakları belirtilmemiş, sadece işverene işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel taciz eylemlerini önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 4. maddesinde cinsel taciz ayrımcılık türlerinden sayılmıştır. 8. maddesinde ise ayrımcılık iddiasında bulunan herkesin, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kuruluna³⁸ başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Kurula yapılan başvurular dava açma süresini durdurur (m. 8-11). Kurul tespit ettiği ayrımcı uygulamalarla ilgili suç duyurusunda bulunur. Re'sen veya başvuru üzerine ayrımcılık iddialarını sonuçlandırmak, kanunda öngörülen durumlarda idari para cezası vermek Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır (m. 12, 11-b, f).

İspat yüküne ilişkin olarak getirilen taslağın 10. maddesine göre ise, "iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. Bu hüküm ceza uygulamasında kullanılmaz."

İsviçre'de yürürlükte bulunan Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkında

Kanunun 5. maddesinde, 3. maddede düzenlenmiş bulunan “Ayrımcılık Yasağı” ilkesi ile 4. maddede öngörülen “Cinsel Taciz Suretiyle Ayrımcılık” durumlarından biri ile karşılaşan kişilerin, mahkemeye başvurarak hangi davaları açabilecekleri veya idari makamlara başvurarak hangi hukuki taleplerde bulunabilecekleri hükme bağlanmış, ayrıca ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı davranılması halinde bunun müeyyideleri düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrasına göre, cinsel tacize uğrayan ve şahsı ile ilgili ayrımcılık yasağına aykırı davranılan kişi, mahkeme veya idari makamlar nezdinde;

- Ayrımcılık tehdidinin yasaklanması veya önlenmesini (men veya önleme davası)
- Mevcut ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını
- Sona ermesine veya ortadan kaldırılmasına rağmen rahatsız edici etkisi devam eden ayrımcılığın tespitini (tespit davası)
- Borçlanılan ücretin ödenmesini talep edebilir. Bu davalar kişilik haklarına saldırıya uğrayan kişinin açabileceği aynı nitelikteki davalarla paralellik göstermektedir (MK. m.24, 25).

Ayrıca, 5. madde hükmüne göre, ayrımcılığa maruz kalan kişi, şartları varsa maddi ve manevi tazminat davalarını ve sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı sorumluluk davasını birlikte açabilir. Ayrıca ceza hukukuna göre, ceza davası açma imkanı da vardır.

Diğer taraftan İş Kanunu'nun 24. maddesinin II-b bendinde, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, d bendinde ise, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumun işverene bildirilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması halinde işçinin iş sözleşmesini fesh hakkı düzenlenmiştir.³⁹

Türk Ceza Kanunu'nun 105/I ve II. hükümlerinde cinsel taciz niteliğindeki fiiller suç sayılmış ve cezalar öngörülmüştür.

6. İşçinin Psikolojik Tacizlere (Mobbing'e) Karşı Korunması

YBK'nın 417. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca; işveren özellikle işçilerin psikolojik tacize uğramamaları ve bu tür

tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrasında ise psikolojik tacize ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir.

a- Psikolojik Tacizin Tanımı

Psikolojik tacize (Mobbing) ilişkin olarak ilk araştırmalar 1980'li yıllarda, Alman asıllı İsveçli Çalışma Psikoloğu Dr. Heinz Leymann tarafından yapılmıştır. Leymann, psikolojik tacize “bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik (nedeni düşünce ve inanç ayrılığından, kıskançlık ve cinsiyet ayrımına kadar çok çeşitli olabilen) sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör” olarak tanımlamıştır. 1980'li yıllardan itibaren işyerinde psikolojik taciz hakkında Avrupa ülkelerinde (örneğin, İsveç, Almanya, Fransa, Norveç, İngiltere, Finlandiya ve Danimarka) çeşitli çalışma ve araştırmalar, özellikle Fransa ve İsveç'te kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye'de ise 2006 yılından sonra ciddi olarak bu konu incelenmiş ve mahkeme kararlarında yer almıştır.

YBK'nın 417/1. maddesinde işverenin, işçilerin psikolojik tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiş, ancak psikolojik tacizin tanımı yapılmamıştır. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 2. maddesinin k bendinde, psikolojik taciz de olmak üzere her türlü cinsel tacizin insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olduğu hükme bağlanmıştır. 2. maddesinin f fıkrasına göre ise “işyerinde yıldırma bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemleri” ifade eder. 4. maddede getirilen düzenlemeye göre de, “işyerinde yıldırma” ayrımcılık türü olarak kabul edilmiştir.

Psikolojik taciz (mobbing) tekrarlanan ve uzun zaman devam eden sistematik olarak işçinin kişilik haklarına yapılan bir saldırı-

Psikolojik taciz nedeniyle işgücünün kaybı, geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilemez.

dır. Diğer bir anlatımla, işyerinde sevilmeyen kadın ve erkek işçilerin ruhi durumlarının sarsılmasına neden olan, işçiyi yıldırma ve dışlamak amacıyla, şahsın kişiliğine yönelik kasıtlı olarak düşmanca, alaycı ve onur kırıcı davranışlardır. Psikolojik taciz (mobbing) sistematik olarak, haklı bir sebep olmaksızın, bir grup üyesi işçinin, kendi grup mensupları tarafından devamlı olarak dışlanması ve alay konusu yapılmasıdır.⁴⁰

b- İşverenin Yükümlülükleri

Bazı işçilerin, diğer işçiler tarafından hakarete uğraması, itibarının zedelenmesi, ayrımcılığa tabi tutulması söz konusu olabilir. Bu durum bu tür davranışlara maruz kalan işçinin sağlığını (özellikle psikolojik açıdan) etkilediği gibi, iş görme ediminin ifasını da engeller. Psikolojik tacize maruz kalan işçi, stres nedeniyle çalışma gücünü de kaybedebilir. İşveren, vereceği talimatlarla bu tür davranışları engellemelidir. Eğer bu tür davranışlar işçinin vücut sağlığını ve şerefini zedeleyecek boyutlara ulaşırsa, işveren işçiyi korumak için gerekli tedbirleri almalı, bu davranışlara göz yummamalıdır. Alınan tedbirler, örneğin alaycı işçilerin ikaz edilmesi veya bu tür hareketlere maruz kalan işçinin bölümünün değiştirilmesi gibi, sonuç vermezse, alay eden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilir (İş K. m. 25/II). İşçinin de iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmek gerekir (İş K. m. 24/II). Mobbing nedeniyle, işçinin psikolojik bunalıma girmesi ve çalışma gücünü kaybetmesi nedeniyle işveren tarafından yapılacak fesih, kötü niyetle yapılmış bir fesihtir. Diğer taraftan psikolojik taciz nedeniyle işgücünün kaybı, geçerli bir fesih nedeni olarak da kabul edilemez.

İşverenin bu tür davranışlardan kaçınması ve bu davranışlara maruz kalan işçileri koruması, koruma ve gözetme borcunun gere-

ğidir. İşverenin engel olmaması veya gerekli tedbirleri almaması, koruma ve gözetme borcunun ihlâlidir (TBK. m. 417).⁴¹

c- Psikolojik Tacize Uğrayan İşçinin Hakları

YBK.'nin 417. maddesinin 1. fıkrasında psikolojik tacize uğrayanın hakları konusunda bir düzenleme yoktur.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağına göre, psikolojik tacize uğrayan işçi ayrımcılık iddiası ile Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kuruluna başvurabilir (m. 8). Kurul gerekli araştırmayı yaparak kararını verir.⁴²

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin açabileceği tehdidin önlenmesi, kaldırılması ve tespit davalarını ve sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluk davası açabilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda; kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğramasının mobbingin, tartışmasız kabulünü doğuracağını ifade ederek, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini kabul etmiştir.⁴³

İş Kanunu'nun haklı nedenle iş sözleşmesinin feshine ilişkin 24 ve 25. maddelerinde cinsel taciz haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmiş, Türk Ceza Kanunu'nda da 105. maddede düzenlenmiştir. Psikolojik taciz (mobbing) hakkında ise bu kanunlarda bir düzenleme getirilmemiştir. Benzer düzenlemelerin, psikolojik taciz için de getirilerek⁴⁴, haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

Diğer taraftan çalışanların iş verimini azaltan, sağlığını bozan, onur kırıcı psikolojik tacizin önlenmesi amacıyla bir Başbakanlık Genelgesi⁴⁵ yayımlanarak, çalışanların psikolojik tacizden korunması için alınması uygun görülen tedbirler sayılmıştır. Bu genelgede; işyerinde psikolojik tacizle mücadelenin öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğu, işverenlerin çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu, bütün çalışanların psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve

davranışlardan uzak durmaları gerektiği, toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterileceği, “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacağı ifade edilmiştir.

7. İşçinin Kişilik Değerlerinin Bilgisayar Verilerine Karşı Korunması

İşçinin kişilik değerlerinin işveren tarafından bilgisayarda toplanması, bunun kapsam ve sınırları gibi hususlar, yabancı hukuk sistemlerinde özel yasalarla düzenlenmiş olmasına rağmen, bizde kanun koyucu tarafından ihmal edilmiş ve doktrinde üzerinde yeterli ölçüde durulmamış bir konudur.⁴⁶ Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 5982 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesine bir fıkra eklenerek bu konuda yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili veriler hakkında bilgilendirme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp, kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.” Kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ise kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa’da getirilen düzenlemeye göre kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 419. maddesinde de işverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği hükmü getirilerek, özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Getirilen yeni düzenlemeler dikkate alınarak özel bir kanun çıkarılması için çalışmalar yapılmış ve Başbakanlık tarafından 07.04.2008 tarihinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı⁴⁷ hazırlanmış ve TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir.

Tasarı Adalet Komisyonu’nda bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu’nun “Kişisel verilerin kullanılmasında” kenar başlıklı 419. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328b maddesi göz önüne alınarak hazırlanmıştır. İşçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1971 yılında yapılan değişiklikle 328. maddesinde genel bir düzenleme yapılmış, 328a maddesinde ise, işçinin işveren ile aynı çatı altında yaşaması durumunda kişilik haklarının korunması özel olarak hükme bağlanmıştır. 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren 1.6.1992 tarihli Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu (Datenschutzgesetz) ile birlikte Borçlar Kanunu’na 328b olarak yeni bir madde daha eklenmiştir.⁴⁸ Bu yeni madde ile, işverenin iş ilişkisi ile bağdaştığı ölçüde veya iş akdinin ifası için gerekli ise işçi hakkında bilgisayar verileri toplayabileceği genel olarak hükme bağlanmış, bu konuda ayrıca 19.2.1992 tarihli Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu hükümlerinin geçerli olacağı öngörülmüştür. Böylece İsviçre Federal mevzuatında iş ilişkisi içinde işverenin işçinin şahsına ilişkin bilgilerin bilgisayarda toplanması 328b özel hükmü ile sınırlandırılmış, ayrıca toplanan verilerin özel kanun niteliğindeki Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür.

a- İşveren Tarafından Verilerin Toplanması ve İşlenmesi

İlke olarak işveren, işçi hakkında genel bir bilgi sahibi olmak için kişiliği ile yakından ilgili kabiliyetleri ve becerileri hakkında bilgi toplamak hakkına sahiptir. Bunun sınırı, İBK. m. 328b’nin 1. cümlesinde belirtildiği gibi (TBK. m. 419), işçinin kişiliğine ilişkin bu verilerin iş ilişkisi ile doğrudan ilgili olması veya akdin ifası için gerekli bulunmasıdır.⁴⁹ Örneğin, işçinin eğitim durumu ve işyerindeki tutumu hakkında bilgi toplanabilecektir. Ancak işçinin özel hayatına ilişkin, örneğin onun politik veya dini tutumuna veya boş zamanlarının değerlendirilmesine ilişkin bilgiler toplanamaz. İşveren işçi hakkında bilgi toplarken onu bu konuda bilgilendirmelidir. Bu-

nun sonucu ise, işverenin işçisini bilgilendirme zorunluluğudur. Diğer taraftan toplanan bilgilerin amaca uygun kullanılması gerekir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinde de kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi, belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi, toplandıkları amaçla bağlantılı ve yeterli, oranlı olması, doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi, gerekli olan süre için muhafaza edilmeleri zorunlu kılınmıştır. 6. maddede ise kişisel verilerin kişilerin rızası ile işlenebileceği öngörülmüştür. 7. maddesinde kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerin işlenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

İşveren teknik imkanları mevcutsa işyerinde çalışan işçilerin kimlikleri, kabiliyet becerileri, işe uyum ve verimlilikleri konusundaki bilgileri daha sonra yeri geldikçe kullanmak üzere bilgisayara yüklemek hakkına sahiptir. Bu hususta hukuki bir engel mevcut değildir.⁵⁰ İşçiye ilişkin bu bilgilerin toplanması, dağıtılması ve açıklanması, ancak bilgiyi talep edenin menfaatinden üstün⁵¹ ise ve bilginin tedariki için başvuru araç kişilik haklarına saldırı niteliği taşımıyorsa serbesttir. Ayrıca işverenin bilgisayara yüklediği bu bilgilerin işletme içinde, bu hususu bilmekte haklı menfaati olan personel şefliği veya muhasebe servisi gibi bürolara açık olması gerekir. Bu, işletme içi gizlilik ilkesine riayet için bir zorunluluktur.⁵²

İşçilerin işletmede veya işyerinde video kameralarıyla kontrolü sadece imalatın seyrini takip veya işyeri güvenliğini sağlamak amacıyla sınırlı olarak yapılabilir. Buna karşılık, işçilerin iş esnasındaki davranışlarını belirlemek için genel bir video kamera kontrolünü reddetmek gerekir. Zira bu durumda kişilik haklarına yönelik bu saldırı, işverenin menfaatleriyle haklı gösterilemez. Bununla birlikte kısmi kontroller yapılabilir, ancak bunun için dahi önceden işçilere bilgi verilmesi gerekir. Aynı husus telefon konuşmalarının dinlenme-

sinde de geçerlidir.⁵³ İşveren, işçinin izni olmadan, onun e-maillerini açamaz.⁵⁴

İşçinin bilgisayara yüklenmiş, iş esnasındaki, kusurlu ifa ve disipline aykırı davranışları gibi durumları zaman zaman işverence kontrol edilmeli ve icap ediyorsa, silinmelidir. Bunun zamanının tespitinde ise, ceza veya özel hukuk kurallarındaki (BK. m. 146) zamanaşımı süreleri dikkate alınmalıdır.⁵⁵

b- İşçinin Hakları

İşçinin, Anayasa m. 20, MK. 24 ve TBK. m. 417 hükümlerine göre, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme, işverenin kendisi ile ilgili bilgi kartlarını görme ve gerekli ise bunların düzeltilmesini talep etme hakkına sahip bulunduğunu kabul etmek icap eder. İşveren işçiye ilişkin bilgi kartlarında yer alan hususları, üçüncü kişilere ilke olarak açıklayamaz. Ancak işçi buna muvafakat etmişse veya üçüncü şahsın bu hususta haklı bir menfaati bulunursa, işveren bu bilgileri verebilir.⁵⁶

c- Kişisel Verilerin Hukuka Uygun Olarak İşlenmemesinin Yaptırımını

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmemesi, kişilik haklarının ihlâl edilmesi halinde kişilik haklarının korunmasına ilişkin davalar (MK. m. 24/I, m. 25/I) ile maddi ve (MK. m. 25/III) manevi tazminat davası (MK. m. 25/III) açılabilir. İşçi bilgisayarda toplanan verilerin kötüye kullanılması halinde İş K. m. 24/II hükmüne göre, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda da "kişisel verilerin kaydedilmesi, aktarılması, ele geçirilmesi, yok edilmemesine" ilişkin düzenlemelerde de hapis cezaları öngörülmüştür.⁵⁷ (TCK. m. 135, 135/II, 136, 138, 139)

VI. İşverenin İşçinin Kişilik Haklarını Koruma Borcunun İhlali Halinde, Uygulanacak Yaptırımlar ve Açılacak Davalar

İşverenin genel koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, işçinin kişilik haklarının

ihlali özellikle cinsel ve psikolojik taciz (mobbing) hallerinde; kadın veya erkek işçi; işverene ve işverenle birlikte, varsa saldırıda bulunana karşı; genel hükümlerden MK.'nın 24. ve 25. maddeleri uyarınca;

- saldırının önlenmesi davası,
 - sürmekte olan saldırının durdurulma ve son verilmesi davası
 - saldırının tespiti davası
- açabilir.

Bu davalarla birlikte, davacı işçi, ayrıca kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (MK. m. 25/II).

Davacı işçi ayrıca, saldırıda zarar doğmuşsa, MK.'nın 25/III. maddesi ile YBK.'nın 56. maddesi gereğince;

- maddi tazminat davası
 - manevi tazminat davası
- açabilir.

Sonuç

İşverenin genel olarak işçiyi koruma borcu ve kişilik haklarını koruma yükümlülüğü çerçevesinde, MK. ve YBK.'daki genel hükümler yanında, işçinin kişilik haklarının korunması ve kadın ve erkek işçinin eşit duruma getirilmesi ve cinsiyet ayrımcılığının, bununla bağlantı psikolojik ve cinsel taciz eylemlerinin önlenmesi için yasama organı tarafından, özel ve kamu sektöründe çalışan kadın ve erkek işçileri kapsamak üzere; bu konudaki İsviçre "Kadın ve Erkeği Eşit Duruma Getirme Federal Kanunu" ile "Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Federal Kanunu" örnek alınarak özel kanun olarak yasalaştırılması gerekir.⁵⁸

DİPNOTLAR

- 1 Portmann, Wolfgang, Individualarbeitsrecht/Arbeitsrecht, sh. § 8 N. 581. Rehbinden, Manfred/Portmann, Wolfgang, Basler Kommentar zum OR, Art. 328, N: 1 ve 2; Rehbinden, Manfred/Jean -Fritz, Stöckli, Berner; Kommentar, Bern 2010, Art. 328. N. 2.
- 2 Rehbinden/Stöckli, Art. 328, N. 3.
- 3 Portmann, (Individualarbeitsrecht), § 8, N. 593.
- 4 Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989, sh. 407; Kaplan, İbrahim, Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması, Ankara, sh. 4. vd.; Haus-

heer/Aebi-Müller; Das Personenrecht des Schweizerischen ZGB; Bern 2005, sh. 111, N. 10.01-10.07.

- 5 Zevkliler, sh. 408,
- 6 Hausheer/Aebi-Müller, sh.111, N.10.07.
- 7 Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, (Fesih Hakkı) sh. 5; Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992, sh. 28.; Rehbinden/Stöckli; Berner Kommentar, Art. 328 N. 1.
- 8 Vischer, Frank; Der Arbeitsvertrag; Basel 3. Auflage 2005, sh. § 16, sh. 168.
- 9 Vischer, § 16, sh. 168, dipnot 2; § 13, sh. 143.
- 10 Nikisch, sh. 30; Hueck-Nipperdey I, sh. 26; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, 2011, sh. 17.
- 11 Schwarz-Löschnigg. Arbeitsrecht, Wien, 1989, sh. 118 dipn. 4'de zikredilen mahkeme kararları.
- 12 Anayasa Mah. 26-27.9.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 (RG. 19.10.1968, 13031).
- 13 Schweingruber, Edwin; Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1974, Art. 328. N. 2; Ulsan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990. sh. 22.; Kaplan, E. Tuncay, Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanununun Hükümlerinin Değerlendirilmesi (makale), Batıder, Ankara, Kasım 1998 (makale), sh. 373; Rehbinden/Portmann, Art., 328, N. 4.
- 14 Schweingruber, Art. 328. N.2; Frei, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, Diss. Bern 1982. sh. 46 ve 61 vd.; Brühwiler, Jürg; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR. Art. 319-343, 2. volstandig, überarbeitete Auflage, Bern, Stuttgart, Wien, 1996. Art., 328, N. I, sh. 189.
- 15 Brühwiler, Art. 328b.
- 16 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8 N. 597; Rehbinden-Portmann, Art. 328. N. 4.
- 17 Staehelin, Adrian; Zürcher Kommentar zum ZGB. Bd. V/2 C. I. Der Einzelarbeitsvertrag Zweiter Abschnitt, Besondere Arbeitsverträge (Art. 319-355) 3 Augl. Zürich 1984. Art. 328, N. 2, 6; ZR 74, 75, N.c 69, sh. 210 ff.
- 18 Rehbinden, Art. 328, N. 7; Rehbinden/Portmann, Art. 328, N. 4.
- 19 Rehbinden, Art. 328, N. 8.
- 20 Hueck/Nipperdey, I sh. 417 vd; Söllner, Alfred; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 3 Schuldrecht -Besonderer Teil, I halb band (§ 433-651) 2. Auf, Alfred; München 1988 (Komm.) sh. 269; Zollner, Wolfgang, Arbeitsrecht, München, 1983, sh. 145; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. bası, İstanbul 1987, sh. 156; Çelik sh. 183; Tuncay, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, sh. 32; Narmanoğlu, Ünal; İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku), Ankara 1988, sh. 223.
- 21 Vischer, sh. 348.
- 22 Rehbinden, Art. 328a 11.
- 23 Brühwiler, Art. 328 N. 3.

- 24 85. maddenin 2. fıkrası gereğince çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde de, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işler sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği düzenlenmiştir (RG. 16.6.2004, 25494). Bu yönetmelikte yapılan değişikliklerle kadın ve genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu kırk iki iş ağır ve tehlikeli olmaktan çıkarılmış, bazı işlerin de kapsamı daraltılmıştır (RG. 7.3.2010, 27514).
- 25 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8 N. 598, Brühwiler, Art. 328, N. 7, Vischer, sh. § 16, sh. 173.
- 26 Frei, sh. 93.
- 27 Staehelin, Art. 328, N. 2. 9.
- 28 Staehelin, Art. 328 N. R.; Rehbinder/Portmann, Art. 328, N. 11.
- 29 Kaplan, E. Tuncay; Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, sh. 178 vd.
- 30 Kaplan, E. Tuncay; Kişilik Hakları, sh. 386.
- 31 Class, E./Mösinger, R.; Die Rechte der Frau in Arbeitsverhältnis; Zürich, 1996, s. 19.; Kaplan, makale, sh. 405.
- 32 Class, E./Mösinger, R.; s. 19, 92/131 EV/G ABL. L. 49.
- 33 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf des Gleichstellungsgesetz vom 23 Februar 1993, Bern 1993, sh. 57.
- 34 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8, N. 600.
- 35 Rehbinder/Portmann, Art. 328 N. 11, Vögel, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Diss. Zürich, 1996, sh. 53; Rehbinder/Stöckli, Art. 328 N. 19.
- 36 Rehbinder/Portmann, Art. 328, N. 11.
- 37 Schaub, Günther, Arbeitsrecht, Handbuch, 8 Aufl. München, 1992, sh. 1399.
- 38 Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 11. maddesine göre; bu kanun ve ayrımcılıkla ilgili diğer mevzuatla verilecek görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruldur (m. 11, 12).
- 39 Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku Dersleri, 4. bası, Ankara 2011, sh. 129 ve 186.
- 40 Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar Art. 328 N. 11; Portmann, Individualarbeitsrecht, N. 603; Ayrıca bkz. Güzel, Ali/Ertan Emre; İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış Avrupa Hukuku, Legal İHSGH, 2007, 14, sh. 511.
- 41 Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku, sh. 130; Rehbinder/Stöckli, Art. 328, N. 12.
- 42 Bkz. sh. 49.
- 43 Y. 9. HD. 14.3.2008, E. 2008-3722, K. 2008-4922: Ayrıntılı bilgi için bkz. Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) İstanbul, 2006; Ergin, Hediye, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, 2010, sh. 245-265.
- 44 Çelik., sh. 264.
- 45 RG. 19 Mart 2011-27879.
- 46 Almanya'da 27.1.1977 tarihli olup, 20.12.1990 tarihinde değiştirilen ve son şekli ile 1.6.1991 tarihinden beri yürürlükte olan Gesetz zum Schutz vor Missbrauch Personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz), Avusturya'da 1978 tarihinden beri yürürlükte olan Datenschutzgesetz (DSG) İsviçre'de 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren Datenschutzgesetz (DSG) gibi; bkz. Kaplan, E. Tuncay; İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması, Prof. Dr. Mıhçıoğlu'na Armağan, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 52-Ocak - Aralık 1997 N. 1-4, sh. 381 vd. (Kişilik Hakları).
- 47 Tasarının hazırlanmasında, genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişisel verilerin ilk defa ele alındığı İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında ele alınarak kabul edilen rehber ilkeler, Avrupa Konseyi'nin "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin" ve Türkiye tarafından da 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanan 108 sayılı sözleşmesindeki ilkeler ve standartlar ve Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı direktifindeki ilkeler de dikkate alınmıştır.
- 48 Rehbinder, Art. 328b. N.1.
- 49 Brühwiler, Art. 328b I, II/12; Datenschutzgesetz m. 4.
- 50 Rehbinder, Art. 328. N. 13, 14; Aktay/Arıcı/Kaplan, (Bireysel İş Hukuku), sh. 128.; Eyrenci, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, sh. 250; Aydınlı, İbrahim; İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, sh. 29; ILO (International Labour Office; Protection of Work Personaldata.)
- 51 Rehbinder, Art. 328. N. 13, 14; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 128.
- 52 Rehbinder, Art. 328, N. 14; Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku; sh. 128.
- 53 Rehbinder, Art. 328, N. 15; Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 54 Rehbinder/Portmann, Art. 328. N. 4.
- 55 Rehbinder, Art. 328, N. 15; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 56 Rehbinder, Art. 328, N. 17; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 57 Okur, Zeki, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, sh. 398.
- 58 Kaplan, E. Tuncay; (Kişilik Hakları), sh. 386; Kaplan, E. Tuncay; İsviçre Kadın ve Erkeği Eşit Duruma Getirme Kanunu-makale; sh. 419.