

**T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
ÖZEL HUKUK PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TARAFLARIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI  
SIRASINDAKİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

**Betül ERKANLI**

**Danışman  
Prof. Dr. Melda SUR**

**İZMİR – 2013**

**YÜKSEK LİSANS**  
**TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI**

2010800349

**Üniversite** : Dokuz Eylül Üniversitesi  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı ve Soyadı** : BETÜL ERKANLI  
**Tez Başlığı** : Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri

**Savunma Tarihi** : 10.09.2013  
**Danışmanı** : Prof.Dr.A.Melda SUR

**JÜRİ ÜYELERİ**

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.A.Melda SUR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Şükran ERTÜRK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (x)

Oy Çokluğu ( )

BETÜL ERKANLI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri" başlıklı Tezi ( ) / Projesi ( ) kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU  
Enstitü Müdürü

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

11/09/2013

Betül ERKANLI

## ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri

Betül ERKANLI

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

İşçi ve işverenin iş ilişkisinin devamı sırasında sahip olduğu yükümlülükler, kanunlarda da genel olarak düzenleme alanı bulan ve önem taşıyan hususlardır. Buna karşılık aralarında henüz iş sözleşmesi yapılmamışken tarafların uymaları gereken yükümlülükler de önem taşımakta ve bu yükümlülüklere aykırılık halinde tazminat sonucu doğmaktadır.

“Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri” konulu yüksek lisans tez çalışmamız 3 ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Borçlar Hukuku ve İş Hukuku yönüyle koruma yükümlülüğü kavramı ve özellikle işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü ele alınmıştır.

İkinci Bölümde ise, işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasında uymakla yükümlü olduğu, tanışma giderlerinin ödenmesi, işçinin kişilik haklarına tecavüz edecek sorular sormama, işçiyi bilgilendirme ve yanıltmama, sözleşmenin yapılacağı hususunda esası olmayan bir güven yaratmama, işe başvuran işçi adayına ait belgeleri saklama, gerekiyorsa yok etme, işçiler arasında eşit işlem yapma, işçiyi cinsel tacize karşı koruma yükümlülükleri incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, işçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki yükümlülüklerine yer verilmiş ve bu kapsamda işçinin açıklama yapma, gerçeğe

**uygun bilgi verme, sadakat, sır saklama ve işyerine ve/veya işverene zarar verici açıklamalarda bulunmama yükümlülükleri ele alınmıştır.**

**Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Sözleşme Görüşmeleri, Koruma Yükümlülükleri.**

## **ABSTRACT**

**Master's Thesis**

**The Rights and Obligations of the Parties During the Formation of an  
Employment Contract**

**Betül ERKANLI**

**Dokuz Eylül University**

**Graduate School of Social Sciences**

**Department of Private Law**

**Private Law Program**

The obligations of the employee and the employer in regard to the continuing working relationships are arranged under the related legislation and are significant topics therein. However, the compulsory obligations of the parties even before the employment contract has been signed are also important and may give rise to compensation.

Our thesis entitled “The Rights and Obligations of the Parties during the Formation of an Employment Contract” consists of three main sections. Within The First Section, the concept of “protection obligation” in the context of Employment Law and Law of Obligation and especially employer’s obligation to protect employee have been examined.

Within the Second Section, the employer’s obligations, to cover the expenses result from the negotiations, not to ask any queries which violate employee’s personal rights, to inform the employee accurately, not to mislead employee regarding the formation of the contract, to keep and destruct the documents belongs to employee, if necessary, to treat equally to the employees and to protect the employees against any sexual disturbances during the formation of an employment contract have been discussed.

Within the Third and the last Section, employee’s obligations, to inform the employer accurately, duty of loyalty, to keep secrets and not to make any

**destructive declaration against the employer and/or working place during the formation of an employment contract have been examined.**

**Keywords: Employment Law, Contract Negotiations, Protection Obligations.**

# TARAFLARIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

## İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ VE SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

I. GENEL OLARAK BORÇ İLİŞKİLERİ VE İÇERDİĞİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER	3
II. EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ VE GENEL OLARAK SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO) KAVRAMI	9
A. Genel Olarak	9
B. Sosyal Temas Kavramı	10
	viii



C. Koruma Yükümlülükleri ve Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkileri	11
1. Koruma Yükümlülüğü Kavramı	11
2. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkileri	13
D. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk	14
1. Kavram ve Ortaya Çıkışı	14
2. Hukuki Niteliği	22
a. Haksız Fiil Görüşü	23
b. Sözleşmesel Görüşler	24
(1) Kurulacak Sözleşme Görüşü (Amaç Sözleşme Teorisi)	25
(2) Bağımsız Sözleşme Görüşü	25
(i) Sözleşme Öncesi Dönemi İki Taraflı İlişki Olarak Nitelendiren Görüş	26
(ii) Sözleşme Öncesi Dönemi Tek Taraflı İlişki Olarak Nitelendiren Görüş	26
c. Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü	27
d. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Yeni Çözüm Yolları	28
(1) Sözleşme Benzeri Güven İlişkisi	28
(2) Davranış Yükümleri İlişkisi	28
III. İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞÇİYİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	29
A. İş Sözleşmesi Kavramı, Hukuki Niteliği ve Özellikleri	30
1. İş Sözleşmesi Kavramı	30
2. İş Sözleşmesinin Unsurları	31
a. İşgörme	31
b. Ücret	33
c. Bağımlılık	34
B. İşverenin İş İlişkisinden Kaynaklanan İşçiyi Koruma Yükümlülüğü	38
1. Genel Olarak	38

2. Hukuki Niteliği	40
3. Koruma Yükümlülüğünün Kapsamı	43

## İKİNCİ BÖLÜM

### İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI VE KURULMASINA İLİŞKİN YAPILAN GÖRÜŞMELER	47
II. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞMELERİ SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	50
A. Tanışma Giderlerinin Ödenmesi	50
B. İşçinin Kişilik Haklarına Tecavüz Edecek Sorular Sormamak	51
1. Genel Olarak	51
2. Adaya Yöneltilebilecek Soru Türleri ve Sınırları	54
a. Adayın Kişisel Durumuna ve Mesleki Tecrübesine İlişkin Sorular	54
b. Adayın Siyasî Görüş, Dinî İnanç ya da Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular	58
c. Adayın Sağlık Durumuna ve Hamileliğe İlişkin Sorular	61
d. Eski Hükümlülüğe İlişkin Sorular	64
e. Adayın Engelliliğinin Bulunup Bulunmadığına İlişkin Sorular	65
3. Aday Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme	65
4. Adaylardan Talep Edilebilecek Testler	67
a. Genel Olarak	67
b. Alkol ve Uyuşturucu Testleri	67
c. HIV/AIDS Testleri	70
d. Genetik Testler	72

e. Psikolojik Testler	73
(1) Kişilik Testleri	74
(2) Grafolojik Testler	76
(3) Dürüstlük Testleri	76
C. İşverenin İşçiyi Bilgilendirme ve Yanıltmama Yükümlülüğü	77
D. Sözleşmenin Yapılacağı Hususunda Esası Olmayan Bir Güven Yaratmama Yükümlülüğü	78
E. İşe Başvuran İşçi Adayına Ait Sertifika, Rapor Gibi Belgeleri Saklama, Gizli Tutma, Gerekiyorsa Yok Etme Yükümlülüğü	79
F. Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Ayrımcılık Yasağı	85
1. Genel Olarak Eşitlik Kavramı ve Anayasal Dayanağı	85
2. Eşitlik İlkesinin İş Hukukuna Yansıması ve Genel İtibariyle İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü	87
a. Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanağı	87
b. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Anlamı ve Kapsamı	89
3. Uluslararası Belgelerde Eşitlik İlkesi	92
4. Eşit Davranma Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği	95
5. Eşit Davranma Yükümlülüğünün Uygulanma Koşulları	96
a. İşyerinde Birlik (İşçilerin Aynı İşyerinde Çalışıyor Olması)	96
b. İşyerinde İşçi Topluluğunun Bulunması	97
c. Kollektif Bir Uygulama Olması	97
d. Zamanda Birlik	98
6. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğünün Uygulama Alanları	98
a. İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğü	98
(1) Genel Olarak İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğü	98
(2) İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğünün Düzenlendiği Haller	100
b. Ücretin Belirlenmesinde Eşit Davranma Yükümlülüğü	102
(1) İşe Alma Aşamasında	102
(2) İş İlişkisinin Devamında	104
(3) Kadın-Erkek Arasında Ücret Eşitliği	106

c. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Eşit Davranma Yükümlülüğü	107
d. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Yükümlülüğü	108
7. Eşit Davranma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı	110
a. Ayrımcılık Tazminatı	110
b. Sendikal Tazminat	111
c. Cezai Yaptırım	113
d. İdari Yaptırım	114
8. İspat Yüğü	114
G. İşverenin Sözleşme Görüşmeleri Sırasında İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü	115
1. Cinsel Taciz Kavramı	115
2. Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Cinsel Taciz	116
3. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz	117
a. Yükümlülüğün Yasal Dayanağı	117
b. Sözleşme Görüşmeleri Sırasında İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü	119

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. GENEL OLARAK	121
II. İŞE BAŞVURAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞMELERİ SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ	122
A. Açıklama Yapma (Bilgilendirme) Yükümlülüğü	122
1. Soru Üzerine Bilgi Verme Yükümlülüğü	123
2. Kendiliğinden Bilgi Verme (Açıklama) Yükümlülüğü	125
B. Gerçeğe Uygun Bilgi Verme Yükümlülüğü	127

C. Sadakat Yükümlülüğü	130
D. Görüşmeler Sırasında Edindiği Sırları Saklama Yükümlülüğü	134
1. Genel Olarak	134
2. Sır Kavramı	135
3. Sırrın Unsurları	137
a. Sır Niteliği Taşınması (Bilinmezlik)	137
b. Sırrın İş ve İşyeriyle Bağlantılı Olması	139
c. İşverenin Sır Saklama İradesi	140
d. İşverenin Haklı Bir Menfaatinin Varlığı	141
4. İşçinin Mesleki Bilgisi-Sır Ayrımı	141
5. Sır Saklama Yükümlülüğünün Süresi	142
E. İşverene Zarar Verici Açıklamalarda Bulunmama Yükümlülüğü	144
SONUÇ	150
KAYNAKÇA	160

## KISALTMALAR

<b>AY</b>	Anayasa
<b>AYM</b>	Anayasa Mahkemesi
<b>bkz.</b>	Bakınız
<b>BM</b>	Birleşmiş Milletler
<b>Batider</b>	Banka Ticaret Enstitüsü Dergisi
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>Dn.</b>	Dipnot
<b>E.</b>	Esas
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>İBK</b>	İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>ILO</b>	Uluslararası Çalışma Örgütü
<b>İş K.</b>	4857 sayılı İş Kanunu
<b>İÜHFİM</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	Karar
<b>Kamu-İş</b>	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
<b>m.</b>	Madde
<b>MK</b>	Medeni Kanun
<b>RG</b>	Resmi Gazete
<b>s.</b>	Sayfa
<b>s. Kanun</b>	Sayı Kanun
<b>SK</b>	2821 sayılı Sendikalar Kanunu
<b>STSK</b>	6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
<b>TBK</b>	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TCK</b>	Türk Ceza Kanunu
<b>TÜHİS</b>	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
<b>TTK</b>	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

## GİRİŞ

İş sözleşmesi, sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu özelliği sebebiyle iş sözleşmelerinin kurulmasından önce tarafların irade beyanında bulunacakları ve sözleşme yapma niyetlerini ortaya koyacakları bir hazırlık evresi, yani görüşme aşaması bulunur. Genellikle işverenin iş ilanına işçi adayının başvurması sonucu tarafların bir araya gelmeleriyle başlayan ve iş sözleşmesinin imzalanmasına ya da işe başvuran adayın iş başvurusunun reddedilmesine kadar devam eden bu aşama, iş sözleşmesi görüşmeleri olarak adlandırılır.

İş sözleşmesinin yapılması amacıyla bir araya gelen taraflar arasında yakın, kişisel ve temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi kurulur. Bu yakın ilişki sebebiyle, taraflar görüşmeler sırasında zarar görme tehlikesi altına girerler. Bu nedenle herhangi bir zarara uğramamaları açısından korunmaları ihtiyacı doğar. Bu korunma ihtiyacına ve aralarında oluşan yakın güven ilişkisine bağlı olarak tarafların görüşmeler sırasında uymaları gereken özel birtakım davranış yükümlülükleri ortaya çıkar. Böylece iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında birbirleriyle yakın sosyal temas ilişkisine giren taraflar, birbirlerine karşı gerekli özeni göstermek, dürüstlük kuralı gereğince doğru ve gerekli bilgileri vermek, birbirlerinin ve hukukî koruma alanları içerisinde bulunan kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermemekle yükümlü olurlar. Dürüstlük kuralı çerçevesinde ortaya çıkan bu yükümlülükler, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşme görüşmeleri ve sosyal temas sebebiyle ortaya çıkan koruma yükümlülükleri niteliğindedir ve ihlâl edilmeleri hâlinde tazminat sonucuna yol açar.

İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde işe başvuran işçi adayları ile işverenin çıkarları birbirinden farklıdır. Zira iş görüşmeleri esnasında işveren, yapılan başvurular arasından işyeri ve iş için en doğru ve isabetli olan aday seçmeyi amaçlar. Bunu sağlamak içinse işveren, iş sözleşmesini akdetmeden önce işe başvuran aday hakkında ayrıntılı şekilde bilgi edinmek ve görüşmeler sırasında edindiği görüş ve kanaatlere göre adaylar arasından en uygun olanını belirlemek ister. İşverenin bu seçimi kimi zaman işe başvuran adayın kişilik haklarıyla çatışabilir. Özellikle işverenin işçi adayları hakkında bilgi edinirken işçinin kişilik

haklarını ve özel hayatının gizliliğini ihlâl etmemesi, işçiyi yanıltmaması ve adaylar arasında karar verirken eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmaması önem taşır.

İş için başvuran işçi adayının, işe ekonomik açıdan ihtiyaç duyduğu ve işverene nazaran ekonomik açıdan kural olarak daha zayıf konumda bulunduğundan özellikle korunmaya muhtaç olmasına karşın, işverenin ve işyerinin menfaatlerinin korunması da son derece önemlidir. İşverenin menfaatlerinin korunması açısından özellikle işçinin iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında öğrendiği sırları açıklamaması, işverene zarar verici beyanlarda bulunmaması, kendisiyle ilgili doğru bilgiler vermesi gibi yükümlülükler ön plana çıkar.

Bu bakımdan görülmektedir ki, görüşmeler sırasında işveren, iş için en uygun adayı belirlemeyi, işçi ise işe kabul edilmeyi amaçlar. Tarafların birbirine zıt nitelik taşıyan bu menfaatlerinin dengelenmesi ve her iki tarafın da çıkarlarının korunması gerekir. Bu nedenle iş sözleşmesinin yapılması sırasında tarafların uymakla yükümlü oldukları birtakım yükümlülükler mevcuttur.

Toplamda 3 ana bölümden oluşan çalışmamızda tarafların iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki karşılıklı yükümlülüklerine yer verilecektir. İlk bölümde Borçlar Hukuku ve İş Hukuku yönüyle koruma yükümlülüğü kavramı ve özellikle işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü ele alınacaktır.

İkinci Bölümde ise, işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasında uymakla yükümlü olduğu, tanışma giderlerinin ödenmesi, işçinin kişilik hakkına tecavüz edecek sorular sormama, işçiyi bilgilendirme ve yanıltmama, sözleşmenin yapılacağı hususunda esası olmayan bir güven yaratmama, işe başvuran işçi adayına ait belgeleri saklama, gerekiyorsa yok etme, işçiler arasında eşit işlem yapma, işçiyi cinsel tacize karşı koruma yükümlülükleri incelenecektir.

Üçüncü ve son bölümde ise, işçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki yükümlülüklerine yer verilecek ve bu kapsamda işçinin açıklama yapma, gerçeğe uygun bilgi verme, sadakat, sır saklama ve zarar verici açıklamalarda bulunmama yükümlülükleri ele alınacaktır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ VE SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

#### I. GENEL OLARAK BORÇ İLİŞKİLERİ VE İÇERDİĞİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLER

Borç ilişkisi, iki veya daha fazla kimse arasında ortaya çıkan ve taraflardan birinin diğerine bir edimi ifa ile yükümlü olduğu hukuki ilişkidir. Bu kavramın “geniş anlamda borç ilişkisi” ve “dar anlamda borç ilişkisi” olmak üzere iki ayrı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Dar anlamda borç ilişkisi, yalnızca bir borç ilişkisinden doğan ve ifa edilmesi gereken münferit borç kavramını karşılarken, geniş anlamda borç ilişkisi, taraflarına birtakım yükümlülükler yükleyen ve iki veya daha çok kişi arasında kurulan hukuki bağı ifade eder<sup>1</sup>.

Geniş anlamda borç ilişkisi genel olarak, alacaklı ile borçlu arasında karşılıklı irade beyanlarıyla meydana gelen, bir veya daha fazla alacak hakkını ve bunlara karşılık birtakım yükümlülükleri barındıran bir organizmayı ifade eder. Bu ilişkiye dayanarak alacaklı, borçludan belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkına sahip olurken, borçlu da alacaklının bu talebini yerine getirme yükümlülüğü altına girer<sup>2</sup>. Tanımdan da anlaşıldığı üzere geniş anlamda borç ilişkisi, borç veya dar anlamda borç ilişkisine göre daha kapsamlı bir kavram olup, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin bütününe ifade eder. Bu bakımdan bu ilişki, tek bir borçtan meydana gelebileceği gibi, birden fazla borcu da içerebilir<sup>3</sup>.

“Borç ilişkisi” çerçevede bir hukukî ilişkidir, bu bakımdan içerdiği edim yükümlülüklerinden bağımsız bir nitelik taşır. Bunun sonucu olarak içerdiği borç veya yükümlülüklerden biri ifa edildiğinde veya yenilik doğuran haklardan biri kullanılarak sona erdirildiğinde borç ilişkisi sona ermez, içerdiği tüm borçların tam

---

<sup>1</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2010, s. 24; Turgut Önen, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999, s. 7; Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 53.

<sup>2</sup> Eren, s. 24; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 5; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, ss. 3-4; Karahasan, s. 54.

<sup>3</sup> Eren, s. 24; Oğuzman ve Öz, s. 4; Önen, s. 7.

ve doğru olarak ifa edilmesine veya fesih, dönme, ikale, taraflardan birinin ölmesi gibi borç ilişkisini tamamen ortadan kaldıracak sebeplerin gerçekleşmesine kadar varlığını sürdürür. Aynı şekilde içerdiği borç ve yükümlülüklerden bağımsız olması sebebiyle borç ilişkisi, bir bütün olarak başka bir kimse tarafından da üstlenilebilir<sup>4</sup>.

Bir borç ilişkisinin içerdiği aslî hak, alacak hakkıdır. Bu hakkın muhatabı borçludur. Alacak hakkı nisbî nitelikte bir hak olduğundan, kural olarak yalnızca borç ilişkisinin karşı tarafına karşı ileri sürülebilir, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Aslî haklar haricinde borç ilişkileri birtakım fer'î (yan) haklar ve talî (ikincil) nitelikte haklar da içermektedir.

Fer'î (yan) haklar, aslî hak olan alacak hakkının amacına hizmet eden, ancak bu haktan ayrı ve bağımsız nitelikte olan haklardır. Alacak hakkının bir parçası niteliğinde değildirler. Fer'î haklar alacak hakkını genişleten fer'î haklar ve alacak hakkını garanti eden fer'î haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Alacak hakkını genişleten fer'î haklar; faiz, gecikme tazminatı, cezai şart gibi alacaklının, şartlar gerçekleştiği takdirde alacak hakkına ek olarak talep hakkına sahip olduğu haklardır. Alacak hakkını garanti eden fer'î haklar ise, kefalet veya rehin gibi alacak hakkını garanti altına alan, şahsî veya aynî nitelikteki teminat haklarıdır<sup>5</sup>.

Borç ilişkisinin içerdiği talî (ikincil) haklar ise, yararlanma haklarını etkileyen, onları kuran, değiştiren veya sona erdiren haklar olup, yenilik doğuran haklar, def'î hakları ve yönetim haklarından ibaret düzenleme hakları biçiminde ortaya çıkmaktadırlar<sup>6</sup>.

Bu haklara karşılık olarak borç ilişkileri, birtakım yükümlülükler de içerir. Borçlu tarafın yerine getirmesi gereken bu yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılır.

Bir borç ilişkisinde borçlunun alacaklı karşısında yerine getirmesi gereken ve ifa menfaatinin gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden temel yükümlülükleri, “edim yükümlülüğü” olarak adlandırılır<sup>7</sup>. Edim yükümlülükleri de kendi içinde aslî edim ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

---

<sup>4</sup> Eren, s. 25; Kocayusufpaşaoğlu, s. 6.

<sup>5</sup> Eren, ss. 29-30.

<sup>6</sup> Eren, s. 30.

<sup>7</sup> Eren, s. 30.

Aslî edim yükümlülükleri, borç ilişkisine hukukî özelliğini veren, tipini belirleyen yükümlülüklerdir<sup>8</sup>. Her borç ilişkisine göre aslî edim yükümlülüğü de değişmekle birlikte, genel olarak bir borç ilişkisinde borçlunun öncelikli yükümlülüğü, borçlandığı edimi sözleşmenin amacına ve alacaklının ifa menfaatine uygun bir şekilde yerine getirmektir. Bu bakımdan bir borç ilişkisinin temel konusunu, borçlunun, alacaklı yararına gerçekleştirmekle yükümlü olduğu bir menfaat teşkil eder. Örneğin, bir satım sözleşmesinde aslî edimler, satılan malın alıcıya teslim edilmesi ve bunun karşılığında da alıcı tarafından satım parasının ödenmesidir. İş sözleşmesinde ise, işçinin sözleşmeyle kararlaştırılan işi yerine getirmesi ve buna karşılık işverenin de işçiye ücret ödemesi edimleri tarafların iş sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlülükleridir. Borç ilişkisinin birinci derecedeki içeriğini oluşturan bu aslî edim yükümlülükleri, diğer yükümlülüklerden bağımsız nitelikte olup, yerine getirilmediklerinde ifa edilmeleri doğrudan doğruya dava edilebilir<sup>9</sup>.

Borç ilişkileri, genellikle aslî edim yükümlülüklerini içerir. Fakat ileride de ayrıntılı olarak yer verileceği üzere, aslî edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin ortaya çıkması da mümkündür.

Diğer bir edim yükümlülüğü türü olan yan edim yükümlülüğü ise, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan ve sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen edimler için söz konusu olur. Bu tür yükümlülükler, aslî edim yükümlülükleriyle beraber sözleşmenin içeriğini oluşturmakla birlikte, önem bakımından ikinci sırada yer alan ve aslî edime bağımlı nitelik taşıyan yükümlülüklerdir. Bu bakımdan aslî edim yükümlülüklerinin olmadığı bir sözleşmede, yan edim yükümlülükleri de doğmaz<sup>10</sup>.

Yan edim yükümlülükleri sözleşmeden, dürüstlük kuralından veya kanundan doğabilir. Öncelikle bir sözleşmenin tarafları, irade özerkliği ve sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine dayanarak, aslî edimler yanında hukuk düzeninin sınırları

---

<sup>8</sup> Eren, s. 30; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 26; Rona Serozan, “Culpa In Contrahendo, Akdın Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 3, 1968, s. 117; İbrahim Aydın, **Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Tez No: 126355, Ankara, 2003, (Sosyal Temas), s. 16.

<sup>9</sup> Eren, s. 30; Aydın, Sosyal Temas, s. 44.

<sup>10</sup> Eren, s. 30.

içinde kalmak kaydı ile, birtakım yan edim yükümlülüklerini kararlaştırabilirler<sup>11</sup>. Bununla birlikte kanunda düzenlenmiş bazı yan edim yükümlülükleri de mevcuttur. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, aksine bir âdet veya satım sözleşmesi bulunmadıkça, ölçme tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde ortaya çıkacak taşıma masrafları alıcıya aittir (TBK m. 211). Bu yükümlülükler satım sözleşmesinin aslî edim yükümlülükleri değil, bizzat kanun tarafından belirlenmiş yan edim niteliği taşıyan yükümlülüklerdir. Aynı şekilde Kanun, bir kira sözleşmesinde, kiralanana sözleşmeye uygun şekilde ve özenle kullanma ve kiralanana taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı gösterme yükümlülüğünü kiracıya bir yan edim olarak yüklemiştir (TBK m. 316). İş ilişkilerinde ise, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen, işverenin işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi verme yükümlülüğü (TBK m. 426) iş sözleşmesine ilişkin kanunda düzenlenmiş yan edim yükümlülüklerine örnek olarak verilebilir.

Yan edim yükümlülükleri, aslî edim yükümlülüklerine oranla ikincil nitelik taşısa da, aslî edimlerden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahiptir ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir ifa menfaati bulunur. Bu sebeple borçlu için bir yükümlülük, alacaklı için de bir hak teşkil eden bu yükümlülükler aslî edimlerden bağımsız olarak talep edilip, dava konusu yapılabilirler<sup>12</sup>.

Edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin asıl konusunu, yani borç ilişkisinde borçlunun alacaklı lehine sağlamakla yükümlü olduğu menfaati ifade eder. Bununla birlikte borç ilişkileri, edim yükümlülüklerinin yanı sıra doğrudan edimin ifasıyla ilgili olmayan birtakım yan yükümlülükler de içerir. Edim yükümlülüklerinin dışında kalan ve iki şekilde ortaya çıkabilen bu yükümlülükler, ya aslî edimin ifasına yardım ederler ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerlerini koruyucu bir özellik gösterirler<sup>13</sup>. Bu ayırım, “ifaya yardımcı yan yükümlülükler” ve koruyucu yan yükümlülükler (koruma yükümlülükleri)” olarak ifade edilmektedir.

---

<sup>11</sup> Eren, s. 33.

<sup>12</sup> Eren, ss. 30, 33; Kılıçoğlu, s. 27.

<sup>13</sup> Eren, s. 30; Serozan, s. 117; Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, s. 178.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, yerine getirilmeleri bağımsız olarak dava edilemeyen, özel bir amaç taşımayıp aslı edimlerin sözleşmenin amacına uygun, tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet eden hazırlama ve sağlama yükümlülükleridir<sup>14</sup>. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, malın temin edilip teslim hazır hâle getirilmesi ifayı sağlamaya yönelik bir yan yükümlülüktür<sup>15</sup>. Bunun gibi iş sözleşmelerinde de, işçinin işgörme borcunu yerine getirmesinden önce işverenin ifa etmesi gereken birtakım hazırlık fiilleri mevcuttur. Örneğin, işyerini mesai başlamadan önce açması, yapılacak iş için gerekli malzemeleri temin etmesi gibi yükümlülükler, işverenin hazırlık ve sağlama yükümlülükleri arasında yer alır<sup>16</sup>. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, borç ilişkisinin içeriği ve somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterir. Bu yükümlülüklerin tespiti, dürüstlük kuralı, hayat tecrübeleri, örf, âdet veya teamüller gibi unsurların göz önünde tutulması ve söz konusu hukukî işlemin yorumlanması veya tamamlanması ile mümkün olmaktadır<sup>17</sup>.

Koruyucu yan yükümlülükler (koruma yükümlülükleri) ise, edimin ifasıyla doğrudan ilgili olmayıp, borç ilişkisi taraflarının ifa dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerlerini bu ilişki dolayısıyla doğabilecek olası zararlardan koruma amacına yönelik yükümlülüklerdir<sup>18</sup>.

Yan yükümlülüklerin kaynağı Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı ve taraflar arasında var olan güven ilişkisidir. Medeni Kanunun 2. maddesine göre, "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır*". Buradaki "borç" kavramı, edim yükümlülüklerinin yanı sıra yan yükümlülükleri de ifade etmektedir<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> İfaya yardımcı yan yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, ss. 184-241.

<sup>15</sup> Eren, s. 38.

<sup>16</sup> Örnekler için bkz. Aydın, Sosyal Temas, s. 61.

<sup>17</sup> İnal, s. 185; Aydın, Sosyal Temas, s. 60.

<sup>18</sup> Eren, s. 38; Oğuzman ve Öz, s. 14; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 8; Aydın, Sosyal Temas, s. 2; İbrahim Aydın, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 1, 2005, (Koruma Yükümlülüğü), s. 3.

<sup>19</sup> Eren, s. 38; Medeni Kanunun 2. maddesinden kaynaklanan doğruluk ve güven ilkesi, "*orta zekalı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür*." Seyfullah Edis, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 367, Ankara, 1975, s. 449.

Yan yükümlülükler, kişiler arasında herhangi bir sebeple kurulan sosyal temas ilişkisi sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Taraflar arasında ortaya çıkan sosyal temas ilişkisinin, bir borç ilişkisinin kurulması amacına yönelik olması yan yükümlülüklerin doğumu bakımından önem taşımaz. Ortaya çıkan bu ilişkinin, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir amaca yönelmesi yeterlidir<sup>20</sup>.

Sosyal temas ilişkisi, üç şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak taraflar bir hukuki işlem kurmak amacıyla bir araya gelerek sosyal temas ilişkisi içerisine girebilirler. İkinci olarak, bir hukuki işlemin kurulmasından sonra bu işlemin tarafları arasında gelişen hukuki ilişkiler nedeniyle sosyal temas ilişkisi kurulabilir. Son olarak da sosyal temas ilişkisi, bir hukuki işlem bulunmaksızın bir kişinin başka bir kimsenin hâkimiyet alanına girmesiyle de meydana gelebilir<sup>21</sup>. Ancak yan yükümlülüklerin doğumu için, gelişigüzel bir sosyal temas ilişkisi yeterli değildir. Bunun için öncelikle, sosyal temas içerisine giren kişiler arasında özel ve somut bir güven ilişkisinin bulunması ve bu ilişkinin birbirlerine karşı somut zarar beklentisi içerisine girebilecek kişiler arasında kurulması gerekir. Bu bakımdan herkes için geçerli olan soyut nitelikteki yükümlülükler, sosyal temas ilişkisi tarafları için doğrudan doğruya yan yükümlülük teşkil etmeyebilir, bunun için somut bir güven ilişkisinin ve somut zarar beklentisinin varlığı aranmalıdır<sup>22</sup>.

Yan yükümlülükler, taraflar arasında kurulan borç ilişkisinin hükümleri içerisinde yer almadıklarından, edim yükümlülüklerine oranla belirgin olmayan ve somut olayın şartlarına göre değişebilen esnek yükümlülüklerdir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edim yükümlülükleri, karşılıklılık ilişkisi içerisinde bir tarafı alacaklı, diğer tarafı ise borçlu konumuna getirirken, yan yükümlülükler karşılıklılık ilişkisi içerisine girmeyip, borç ilişkisinin hem alacaklı hem de borçlu tarafına eşit oranda borç yükler<sup>23</sup>.

Yan yükümlülükler, borç ilişkilerinde yer alan icap ve kabul ilişkisinden bağımsız nitelikte olup, bir kişinin sahip olduğu mal ve şahıs varlığı değerlerini, başka bir kimsenin hukuki etki alanına sokan ve hukuken korunmaya değer bir sosyal temas ilişkisinin varlığı sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerdir. Bu sebeple yan

---

<sup>20</sup> İnal, s. 178.

<sup>21</sup> Aydın, Sosyal Temas, s. 57.

<sup>22</sup> İnal, ss. 182-183; Aydın, Sosyal Temas, s. 59.

<sup>23</sup> İnal, ss. 178, 181; Aydın, Sosyal Temas, s. 57.

yükümlülükler, taraflar arasında borç ilişkisi henüz kurulmadan önce sosyal temasın ortaya çıkmasıyla birlikte doğmakta, bu ilişki boyunca devam etmekte ve hatta borç ilişkisi sona erdikten sonra dahi varlıklarını korumaktadır. Yan yükümlülüklerin, borç ilişkisi ve bu ilişkinin içerdiği aslî ve yan edim yükümlülüklerinden bağımsız nitelikte oluşu sebebiyle, kurulması istenen borç ilişkisinin geçersiz olması da yine bu yükümlülüklerin varlığına engel olmayacaktır<sup>24</sup>.

Doğma ve varlığını sürdürme açısından borç ilişkilerinden bağımsız nitelikte olmalarına rağmen yan yükümlülükler, dava edilebilirlikleri bakımından aslî edim yükümlülüklerine bağımlıdırlar. Bu sebeple yan yükümlülükler, alacaklı açısından bir talep hakkı sağlamayan ve ihlâl edilmeleri hâlinde (kanun veya tarafların anlaşması sonucu yan edim yükümlülüğü hâline gelmedikleri sürece) yerine getirilmeleri edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak talep ve dava edilemeyen yükümlülüklerdir. Bununla birlikte bu yükümlülüklerin ihlâl edildiği durumlarda zarar gören tarafın, ortaya çıkan zararının giderilmesi istemiyle tazminat davası açması mümkündür. Bu bakımdan yan yükümlülükler, bağımsız olarak bir ifa davasına konu olamamakla birlikte, tazminat davasına imkan verebilen yükümlülüklerdir<sup>25</sup>.

## **II. EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN BAĞIMSIZ BORÇ İLİŞKİLERİ VE GENEL OLARAK SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK (CULPA IN CONTRAHENDO) KAVRAMI**

### **A. Genel Olarak**

Borç ilişkilerinin temel amacı her ne kadar ifanın tam ve doğru olarak gerçekleştirilmesi, yani ifa menfaatinin sağlanması ise de borç ilişkisi taraflarının mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunması menfaatinin de ikincil amaç olarak kabul edilmesi gerekir. Zira taraflar, borç ilişkisinin ifasıyla elde edecekleri menfaatlerin yanı sıra, halihazırda birçok mal ve şahıs varlığı değerlerine de sahiptirler ve borç ilişkisi kurma amacıyla bir araya gelen taraflar, aralarında kurulan sosyal temas ilişkisinin başlamasıyla birlikte birbirlerinin hukuki menfaat alanına müdahale etme

---

<sup>24</sup> İnal, s. 178.

<sup>25</sup> Eren, s. 37; Kılıçoğlu, s. 27; Serozan, s. 117; İnal, ss. 181-182.

ve bu değerlere zarar verme riski altına girerler. Bu zarara uğrama tehlikesi sebebiyle tarafların sahip oldukları değerlerin korunması, en az borç ilişkisiyle amaçlanan ifa menfaatinin sağlanması kadar önem taşır<sup>26</sup>.

Bu korunma menfaati dolayısıyla, sözleşme yapma amacıyla sosyal temas ilişkisine giren kişiler, bu andan itibaren aralarındaki ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek amacıyla çaba sarfetmek ve bunun için her türlü özeni göstermek yükümlülüğü altına girerler. İşte ifa menfaati dışında kalan menfaatleri ve tarafların mal ve şahıs varlığı değerlerini olası zararlardan korumayı hedef alan bu yükümlülükler, koruma yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır<sup>27</sup>.

Koruma yükümlülükleri iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak, tarafların hukukî bir ilişki kurmak amacıyla sosyal temas ilişkisi içerisine girmeleri sonucu koruma yükümlülüklerinin ortaya çıkması söz konusu olabilir. İkinci olarak ise, hukukî ilişki kurma amacı taşımaya bile, taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir sosyal temas ilişkisi kurulabilir. Bu her iki şekilde ortaya çıkan sosyal temas ilişkisinde de koruma yükümlülüğünün içeriğini, tarafların karşılıklı mal ve şahıs varlığı değerlerini koruma borcu oluşturmaktadır<sup>28</sup>.

## **B. Sosyal Temas Kavramı**

Sosyal temas, taraflarının irade beyanları bulunmaksızın, hukukî sonuç elde etmek amacıyla birbirlerinin hukukî menfaat alanına girmeleri, yani henüz aralarında hukukî işlem kurulmadan önce birbirleriyle sözleşme yapmak amacıyla görüşmeye başlamaları ve bilgi alış verişine girişmeleri sonucu ortaya çıkan ilişkidir<sup>29</sup>.

Bu tanıma göre sosyal temas ilişkisinin iki adet unsuru bulunmaktadır. İlki taraflardan birinin bilerek veya bilmeyerek diğer tarafın hukukî menfaat alanına girmesidir. İkinci unsur ise bu ilişkiye, hukukî bir sonuç elde edebilme amacı ve bu amacı sağlayamaya yönelik davranış biçimiyle girilmiş olmasıdır. Örneğin, bir mağazaya giren bir müşterinin satış işlemi öncesi satıcının hukuki alanına girmiş olması ya da bir işçinin, işverenin hukuki tasarruf alanı içerisinde bulunan işyerinde

---

<sup>26</sup> Eren, s. 39, İnal, s. 241.

<sup>27</sup> Eren, ss. 39-40; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12; Bu yükümlülüklerle öğretilen davranış yükümü de denilmektedir. Serozan, s. 118 ve devamı.

<sup>28</sup> Aydın, Sosyal Temas, ss. 2, 56 ve devamı.

<sup>29</sup> Aydın, Sosyal Temas, s. 12.



çalışmaya başlaması, kurulması istenen sözleşmenin var olup olmasına veya geçerli olup olmasına bağlı olmaksızın sosyal temas ilişkisi oluşturur<sup>30</sup>.

### **C. Koruma Yükümlülükleri ve Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkileri**

#### **1. Koruma Yükümlülüğü Kavramı**

Sözleşme yapma amacıyla sosyal temas ilişkisi içerisine giren kişilerin sosyal temasın başlamasıyla birlikte ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin, aralarında kurulan özel bağ ve güven ilişkisi dolayısıyla zarara uğramaya açık hâle geleceğine ve bunu önlemek amacıyla bu aşamada birtakım yükümlülüklerin doğacağına yukarıda kısaca yer verilmişti.

Koruma yükümlülükleri olarak adlandırılan bu yükümlülükler, sosyal temasın başlaması, yani tarafların sözleşme yapma amacıyla görüşmelere başlamalarıyla birlikte ortaya çıkmakta, edimin ifası sırasında da söz konusu olmakta, hatta sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam edebilmektedir. Kurulması amaçlanan sözleşmenin kurulamamış olması veya sonradan geçersiz hâle gelmesi de bu yükümlülüklerin ortaya çıkmasına engel olmaz<sup>31</sup>. Bu bakımdan koruma yükümlülükleri, edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak ortaya çıkabilen yükümlülüklerdir.

Koruma yükümlülükleri edimle doğrudan ilgili olmayan, tarafların edim menfaati dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerlerini koruma işlevine yönelik ve sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerden bağımsız nitelikte yükümlülüklerdir. Koruma yükümlülüklerinin kaynağı, sözleşme değil, Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralıdır<sup>32</sup>. Bununla birlikte koruma yükümlülüklerinin bağımsız oluşu, ifasının edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak talep ve dava edilebileceği anlamını taşımaz. Zira yan yükümlülük niteliğinde

---

<sup>30</sup> Aydın, Sosyal Temas, s. 13.

<sup>31</sup> Eren, s. 39; İnal, s. 241; Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 53.

<sup>32</sup> Eren, s. 40, Kılıçoğlu, s. 28; Kocayusufoğlu, s. 12; Karahasan, s. 232; Aydın, Sosyal Temas, s. 2.

olan koruma yükümlülüklerinin ifası talep ve dava edilemez. Bu yükümlülüklerin ihlâli hâlinde ancak doğan zararın tazmini talep ve dava edilebilir<sup>33</sup>.

Edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri ayrımını öğretide ilk kez savunan yazar, Alman hukukçu Stoll'dur. Stoll'a göre koruma yükümlülükleri, kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan bütünlük (koruma) menfaatinin korunması amacını taşır<sup>34</sup>. Edim yükümlülükleri, sözleşmeyle amaçlanan ifa menfaatinin sağlanması amacına yönelik olmalarına rağmen koruma yükümlülükleri, edimle ilgisi olmayan menfaatleri ve üçüncü kişileri olası zararlardan koruma ve uzak tutma amacını taşır. Bu bakımdan koruma yükümlülükleri, borç ilişkisinden doğan synallagma ilişkisi içerisine girmeyip, taraflara güven ilişkisi ve dürüstlük kuralı tarafından yüklenmiş yükümlülüklerdir<sup>35</sup>.

Koruma yükümlülüklerinin kaynağı dürüstlük kuralı olduğundan, bu yükümlülükler sözleşmeden kaynaklanan bir edim ilişkisi bulunmasa bile ortaya çıkabilen yükümlülüklerdir. Bu bakımdan koruma yükümlülükleri, doğuş anları açısından sözleşme öncesi, sözleşme esnası ve sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri olarak üçe ayrılır. Özellikle sosyal temas ve iş ilişkileri sebebiyle sözleşme görüşmeleri sırasında henüz sözleşme mevcut olmamasına rağmen koruma yükümlülükleri doğabilir. Bu şekilde sözleşme öncesi dönemde ortaya çıkan koruma yükümlülüklerinin taraflardan biri tarafından kusurlu olarak ihlâl edilmesi hâlinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk söz konusu olur.

Sözleşme esnasında da devam eden koruma yükümlülükleri, bazı hâllerde sözleşmesel ilişki sona erdikten sonra dahi devam edebilmektedir. Nitekim bazı hâllerde borç ilişkisi sözleşmeyle borçlanılan edimin ifasıyla sona ermez. Taraflar arasındaki sosyal temas ve güven ilişkisi sözleşme sona erdikten sonra da etkilerini sürdürmeye devam edebilir. Bu gibi hâllerde koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam ettiği kabul edilmelidir. Örneğin, işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü bu tür yükümlülüklerdendir<sup>36</sup>. Rekabet etmeme yükümlülüğünde işçiyle işveren arasındaki iş sözleşmesi sona ermesine rağmen işçi eski işvereniyle rekabet etmeme borcu altındadır. Aynı durumun işçinin sır saklama

---

<sup>33</sup> Eren, s. 40; Akyol, s. 50.

<sup>34</sup> Stoll, Leistungstörungen, s. 27'den aktaran Eren, s. 40.

<sup>35</sup> Serozan, s. 118; Karahasan, s. 232; Akyol, ss. 45-46.

<sup>36</sup> Eren, s. 41.

yükümlülüğü açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim Türk Borçlar Kanununa göre işçi, “işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde” iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da eski işyerinde öğrenmiş olduğu sırları saklamakla yükümlüdür.

Açıklanan sebeplerle koruma yükümlülüklerinin doğumu, edim yükümlülüklerinin varlığına bağlı olmadığından, edim yükümlülüklerinden bağımsız nitelik taşıdıkları ve yine bu sebeple borç ilişkilerinin temelini aslî ve yan edim yükümlülükleri oluştursa da, bazı hâllerde sadece koruma yükümlülüklerini içeren, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin de ortaya çıkabileceği kabul edilmelidir.

## 2. Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkileri

Türk hukuk sisteminde borç doğuran kaynaklar genel itibariyle sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeler olmak üzere üç başlıkta toplanmaktadır. Ancak kanunda da yer verilmiş olan bu ayırım tüm borç kaynaklarını içermemekte, haksız bir eylem ya da bir zenginleşme veya hukuki işlem niteliği göstermeyen olayları sınıflandırmak ve uygulanacak hükümleri belirlemek konusunda yetersiz kalmaktadır.

Temelini Roma Hukuku öğretisinde hakim olan sözleşmeler ve haksız fiiller şeklindeki ikili ayırımdan alan bu klasik sınıflandırma<sup>37</sup>, eski dönemlerde dahi bazı hukuksal sorunlara uygulanmada ve çözümlerinde yetersiz kalmış, özellikle ekonomik ve sosyal hayattaki giderek artan yoğunlaşma ve gelişmeler sonucunda Roma Hukukundan etkilenen hukuk sistemlerinde kabul edilen klasik borç doğuran kaynaklar yanında yeni birtakım hukuki kavramlara olan ihtiyaç artmıştır. Bu sebeple zaman içerisinde öncelikle borç ilişkilerinin yalnızca klasik icap-kabul sisteminden değil, dürüstlük kuralı ve temeli buna dayanan güven ilişkisinden de doğabileceği ve borç ilişkilerinin edim menfaatinin yanı sıra koruma menfaatini de içerdiği kabul edilmiş ve bunun sonucunda da kanunlarda yer almayan birtakım borç kaynakları yaratılmıştır<sup>38</sup>. Buna bağlı olarak taraflar, sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüklerinin yanı sıra aralarındaki güven ilişkisi dolayısıyla birbirlerine ve

<sup>37</sup> Roma hukukunda borç kaynakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 55 ve devamı.

<sup>38</sup> Aydın, Sosyal Temas, ss. 3-7.

hukukî koruma alanı içerisinde bulunan kişilere zarar vermemekle yükümlü hâle gelmişlerdir. Böylece borç ilişkilerinde temel amaç olan ifa menfaatinin yanı sıra, koruma menfaatinin de önem taşıdığı kabul edilmiş ve bu sebeple taraflara birtakım koruma yükümlülükleri yüklenmiştir. Üçüncü adım olarak ise, bir borç ilişkisinin kurulması için edim yükümlülüklerinin bulunmasının şart olmadığı, yalnızca koruma yükümlülüklerini içeren borç ilişkilerinin de varolabileceği kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Bu tür ilişkiler öğretilerde edimden bağımsız borç ilişkileri olarak adlandırılmaktadır.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin kaynağı, dürüstlük kuralıdır. Burada borç henüz edim yükümlülükleri doğmadan, sırf sosyal temas ilişkisine girilmesi sebebiyle doğduğundan, sözleşmeden değil, kanundan kaynaklanan bir borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu tür ilişkilerde taraflar, aralarında meydana gelen sosyal temas ilişkisi sebebiyle birbirlerine zarar vermemek için gerekli çabayı sarf etmek, özen göstermek ve aralarındaki ilişkinin gerektirdiği ölçüde birbirlerine doğru bilgiler vermek ve açıklamalarda bulunmakla yükümlü olurlar. Bu ilişkilerin en temel örneklerinden biri, sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisidir<sup>40</sup>.

#### **D. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**

##### **1. Kavram ve Ortaya Çıkışı**

Daha önce de yer verildiği üzere, bir sözleşmenin kurulmasından önce bu sözleşmenin kurulması amacıyla bir araya gelen taraflar arasında ortaya çıkan sosyal temas ilişkisinin başlamasıyla birlikte, kurulması istenen sözleşmeden bağımsız nitelikte birtakım koruma yükümlülükleri ortaya çıkar ve tarafların bu yükümlülüklere uymaması ve bu nedenle bir zarar ortaya çıkması hâlinde, bu zararın giderilmesi gündeme gelebilir. Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan koruma yükümlülüklerine uymama sonucunda doğan bu sorumluluk, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) olarak adlandırılmaktadır.

Borç doğuran kaynaklar konusunda yapılan klasik sınıflandırma, özellikle sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan zararın hangi sorumluluk türüne dayanılarak çözüleceği hususunda yetersiz kalmakta ve bu önemli bir sorun olarak

<sup>39</sup> Aydın, Sosyal Temas, s. 3.

<sup>40</sup> Eren, ss. 42-43; Karahasan, s. 232.

ortaya çıkmaktaydı. Zira sözleşme öncesinde yapılan görüşmeler esnasında görüşme taraflarının kusurlu davranışlar sonucu birbirlerine zarar vermeleri hâlinde henüz sözleşme kurulmamış olduğu için, sözleşme hükümlerine dayanılamıyordu. Bu zararın haksız fiil hükümlerine göre tazmini ise, kusurun ispatı, zamanaşımı gibi hususlarda sözleşmeye aykırılık hükümlerine nazaran daha aleyhe bir çözüm sunduğundan hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğmaktaydı<sup>41</sup>. İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak ve ortaya çıkan boşluğu gidermek amacıyla öğretide sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kavramı ileri sürülmüş ve zaman içerisinde yerleşmiştir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kavramı, öğretide ilk olarak Alman hukukçu Rudolf Von Jhering tarafından ileri sürülmüştür. Jhering Roma Hukuku öğretisine geçmiş bazı olaylardan hareket ederek<sup>42</sup>, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada kusurlu davranışı ile sözleşmenin geçersiz olmasına veya hiç yapılamamasına sebep olan tarafın sorumluluğuna gidilebilmesi hakkında uygulanabilecek somut bir hükmün bulunmaması sebebiyle yeni bir kurum ve sorumluluk türü olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) kavramını ortaya atmıştır<sup>43</sup>. Ancak bu görüşünü, “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur veya Geçersiz ya da Kurulmamış Sözleşmelerde Tazminat” adlı incelemesi ile ortaya koyan Jhering, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kavramını yalnızca kurulması istenen sözleşmenin geçersiz veya kurulmamış olması boyutuyla ele almış, kusurlu davranışa rağmen geçerli olarak kurulan sözleşmelerde durumun ne olacağına değinmemiştir<sup>44</sup>. Daha sonraları Alman hukukçu Leonhard, “Sözleşmenin Kurulması Esnasında Kusur” adlı eseriyle

<sup>41</sup> Ali Naim İnan, “Culpa In Contrahendo-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerine Mukayeseli Bir Çalışma”, **Adalet Dergisi**, Cilt: XLV, Sayı: 7, Temmuz 1954, s. 878; İlhan Ulsan, “Culpa In Contrahendo Üstüne”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 1982, (Culpa In Contrahendo) s. 284; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 18; Cem Baygın, “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, s. 346; Aydın, Sosyal Temas, s. 63.

<sup>42</sup> Örneğin, alışverişe elverişli bulunmayan malları veya henüz mevcut bulunmayan bir terekeyi satan kişinin alıcıya karşı giderimle yükümlü kılınması, bilerek kutsal, dinsel veya kamuya ait yerlerin satılması sonucu alıcının zararının tazmin ettirilmesi gibi. Ulsan, Culpa In Contrahendo, ss. 285, 294 ve devamı.

<sup>43</sup> JHERING, s. 52’den aktaran Ulsan, Culpa In Contrahendo, ss. 285-286; Damla Gürpınar, **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 141.

<sup>44</sup> Eren, s. 1084; Ulsan, Culpa In Contrahendo, s. 285; Yalman, s. 15; Baygın, s. 346.

sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kavramının, geçerli şekilde kurulan sözleşmelerde söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür<sup>45</sup>. Zamanla birbirine zıt görünen bu iki görüş birleşmiş ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hem kurulması istenen sözleşmenin geçerli hem de geçersiz olması durumunda söz konusu olabileceği, sorumluluğun doğabilmesi için sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmamasının önem taşımadığı kabul edilmiştir. Zira aksi hâlde sorumluluğun alanı oldukça kısıtlanmış olacaktır<sup>46</sup>.

Sözleşmeler, bir anda kurulup ortaya çıkan işlemler değil, belirli safhalardan geçilerek oluşan ve bir sürecin sonucu olarak meydana gelen hukuki işlemlerdir. Sözleşmeden doğan bir borçtan söz edebilmek için, taraflar arasında icap ve kabul adı verilen karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları bulunması gerekir. Sözleşme yapma iradelerinin birbirine uygun olması aşamasına gelinmeden önce bir görüşme ve hazırlık devresi söz konusu olur<sup>47</sup>.

Bir sözleşmenin kurulmasından önce hazırlık evresinde taraflar öncelikle kurmak istedikleri sözleşmenin içeriği ve şartları konusunda görüşmeler yaparlar. Görüşme aşamasında henüz sözleşme kurulmamış olduğundan, tarafların sözleşmeye dayalı herhangi bir sorumlulukları ortaya çıkmaz. Ancak sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerine vereceği zararlardan sorumlu olacakları, bu sorumluluğun hukuki niteliği hakkında bir görüş birliği bulunmasa da, genel olarak kabul edilmektedir. Zira görüşmelere katılan her bir taraf veya onların yardımcıları, sözleşme görüşmelerine katılmakla, karşı tarafın ve onun koruma alanına giren üçüncü şahısların kişi ve mal varlığı değerlerine müdahale edebilecek konuma sahip olur. Bu sebeple görüşmeye katılan taraflar arasında güven ilişkisi niteliğinde bir hukuki ilişki kurulur<sup>48</sup>. Burada her iki görüşmeci de görüşmenin karşı tarafının kendisi gibi bu sözleşmeyi kurmak istediğine inanmakta ve bu görüşmeler dolayısıyla herhangi bir hakkının ya da menfaatinin zarar görmeyeceğine güvenmekte haklıdır<sup>49</sup>. Bu güven ilişkisi dolayısıyla taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerinin can ve mal varlığı değerlerine karşı özen gösterme ve bu

---

<sup>45</sup> Eren, s. 1084; Yalman, s. 15; Gürpınar, s. 142; Baygın, s. 346.

<sup>46</sup> Eren, s. 1084; Gürpınar, s. 142; Baygın, s. 346.

<sup>47</sup> Kılıçoğlu, s. 78.

<sup>48</sup> Edis, s. 448.

<sup>49</sup> Gürpınar, s. 143.

değerleri koruma yükümlülüğü altına girer<sup>50</sup>. Kurulması amaçlanan bir sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada taraflardan birinin veya yardımcılarının, görüşmenin diğer tarafına veya koruma alanında bulunan bir kimseye, aralarındaki güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluğu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) olarak adlandırılmaktadır<sup>51</sup>.

Can ve mal varlığı değerlerinin korunmasının yanı sıra söz konusu güven ilişkisi gereğince taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerini gerçeğe uygun bilgiler vererek aydınlatmak, açıklanması gereken hususlarda açıklamalar yapmak ve sözleşmenin kurulacağı hususunda esas olmayan bir güven yaratmamakla da yükümlüdürler<sup>52</sup>. Nitekim sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar kaçınılmaz olarak, birbirlerine kurmayı istedikleri sözleşmeyi yakından ilgilendiren pek çok konuda bilgi alışverişinde bulunurlar. Bu bilgiler bizzat sözleşmenin konusunu teşkil etmediği ya da sözleşmenin bir yan yükümlülüğünü oluşturmadığından, bu bilgi alışverişinin sözleşme çerçevesinde gerçekleştiği söylenemez. Aksine bu bilgi aktarımı sözleşmeyle doğrudan bağlantılı, ancak sözleşme dışı olan bir bilgi aktarımıdır<sup>53</sup>. Sözleşme görüşmeleri sırasında gerçekleşen bu bilgi alışverişi sırasında, taraflar birbirlerine karşı doğru bilgi vermekle yükümlüdürler. Bu nedenle hatalı bilgi verilmesi hâli, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu gerektirir<sup>54</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ve zararın bu sorumluluk türüne dayanarak tazmini, görüşmeler sonucunda sözleşmenin meydana gelmediği veya sözleşmenin geçersiz olduğu veya iptal edildiği durumlarda da aynen geçerli olur. Özellikle görüşmeler sırasında taraflardan birinin sözleşme kurma niyeti olmamasına rağmen, görüşmenin karşı tarafını sözleşmenin kurulacağına inandırması hâlinde ortaya çıkan aldatıcı durum sebebiyle, ortada bir sözleşme bulunmamasına rağmen aldatılan tarafın uğradığı zararın tazmini yine sözleşme görüşmelerinden

---

<sup>50</sup> Eren, s. 1083; Kılıçoğlu, s. 78; İnan, s. 878; Gürpınar, s. 142.

<sup>51</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, (Basıyı Hazırlayanlar: Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 976; Eren, s. 1083; Ulusan, Culpa In Contrahendo, s. 287; Karahasan, s. 233.

<sup>52</sup> Edis, s. 448; Tekinay, s. 976; Ulusan, Culpa In Contrahendo, s. 289; Yalman, s. 14; İnal, s. 245; Karahasan, ss. 233-234; Akyol, ss. 47-53, 73; Aydın, Sosyal Temas, s. 65.

<sup>53</sup> Gürpınar, s. 162.

<sup>54</sup> Gürpınar, s. 162.

doğan sorumluluk gözetilerek sağlanacaktır<sup>55</sup>. Bu son hâl karşısında hile hükümlerinin uygulanabileceği de düşünülebilirse de, sözleşme henüz kurulmamış olduğundan ve ayrıca hile olgusunu ispat güçlüğü dolayısıyla bu çözüm yolunun genellikle uygulama alanı bulamayacağı<sup>56</sup> ve yine sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümleri gereğince zararın tazminin söz konusu olacağı kanaatindeyiz<sup>57</sup>.

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerinin çıkarlarını koruma, birbirlerine zarar vermeme ve doğabilecek zararları önleme, sözleşmenin kurulmasında etkili olacak hususlarda karşı tarafı doğru bir şekilde aydınlatma ve yanıltmama gibi koruma yükümlülükleri henüz sözleşme kurulmamış olduğundan edim yükümlülüğü değil, güven ilişkisine dayanan birer yan yükümlülük niteliği taşır<sup>58</sup>. Bu yükümlülükler dürüstlük kuralından doğduklarından, nitelikleri itibariyle sözleşmesel değil kanunî yükümlülüklerdir.

Burada görüşmeler sırasında henüz sözleşme kurulmamıştır. Bu sebeple taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisine dayanan ve birtakım davranış yükümlülüklerini içeren bir ilişki ortaya çıkmakta, dolayısıyla aslî edim yükümlülükleri henüz mevcut olmadan, koruma yükümlülükleri doğmaktadır<sup>59</sup>. Böylece görülmektedir ki, bir borç ilişkisinin temelini aslî edim yükümlülükleri oluştursa da, bazı hâllerde aslî edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin de ortaya çıkması mümkündür. Bu tür borç ilişkilerinin en temel örneklerinden biri daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan sorumluluk (culpa in contrahendo)'dur.

Türk Borçlar Hukuku sisteminde sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların özen göstermesi ve uyması gereken koruma yükümlülükleri ve bunların ihlâlinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) ile ilgili olarak kanunlarda genel bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk

---

<sup>55</sup> Tekinay, s. 976; Akyol, s. 73; Karahasan, s. 234; Yalman, s. 14.

<sup>56</sup> Ulsan, Culpa In Contrahendo, s. 290.

<sup>57</sup> Aksi görüşte Gürpınar'a göre, "*Hile hali de culpa in contrahendonun kanunda düzenlenmiş bir görünümü sayılabilirse de, bu konularda özel hüküm varken, kanunda açıkça hükme bağlanmamış olan genel anlamda culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurmak isabetli olmayacaktır.*", Gürpınar, s. 163.

<sup>58</sup> Eren, ss. 41-42, 1083; Baygın, s. 345; Yalman, s. 14.

<sup>59</sup> Eren, ss. 43, 1084; Kocayusufoğlu, ss. 8-9; Kılıçoğlu, s. 82; Aydınli, Sosyal Temas, s. 16; Baygın, s. 345.



bazı münferit hükümlerle kanunlarda yer almakta ve bunun yanı sıra öğretilerde de birtakım sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlleri kabul edilmektedir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun örneklerine Türk Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunun bazı hükümlerinde rastlanmaktadır. Bu hükümlerden biri Türk Borçlar Kanununun 35. maddesinde düzenlenen, sözleşme taraflarından birinin kendi kusuru ile hataya düşmesi sonucu sözleşmeyi iptal etmesi ve sözleşmenin karşı tarafının buna bağlı olarak ortaya çıkan zararının tazmin edilmesi hâlidir. Zira burada zarar gören taraf, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenmekte, ancak bu güveninin boşa çıkması ve sözleşmenin hata nedeniyle iptal edilmesi sonucunda zarara uğramaktadır. Ancak sözleşme iptal edildiğinden ve ortadan kalktığından, iptal eden tarafın sorumluluğu sözleşmeye dayandırılmayacaktır. Aynı şekilde sözleşmeyi iptal eden kişinin davranışı hukuka aykırı nitelik de taşımadığından, haksız fiil hükümleri de uygulama alanı bulamayacaktır. Bu bakımdan öğretilerde bu sorumluluk sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayandırılmaktadır<sup>60</sup>.

Benzer şekilde Türk Borçlar Kanununun 36. ve 37. maddeleriyle düzenlenen hile ve ikrah ile gerçekleştirilen sözleşmelerde, sözleşmenin iptali veya iptalinden feragat hâllerinde aldatılan veya korkutulan tarafa uğradığı zarardan sorumluluk da niteliği itibarıyla sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esaslarına tâbi bir sorumluluktur. Nitekim burada da sözleşme geçerli olarak kurulmadığından, sözleşme hükümlerine göre bir tazmin yoluna gidilemeyecek ve sözleşme görüşmelerinden sorumluluğa başvurulması gerekecektir<sup>61</sup>.

Kanunda yer verilmiş diğer bir sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk örneği de temsilciye verilen temsil belgesinin geri alınmasında ihmal gösterilmesi hâlidir. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 44. maddesinin 2. fıkrasına göre temsil olunan, bir temsilciye yetki belgesi vermişse, yetkinin sona ermesi durumunda temsilci bu yetki belgesini geri vermekle veya hakim belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür. Temsil olunan veya haleflerinin bu belgenin geri verilmesi hususunda gereken özeni göstermemesi hâlinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin zararlarından

---

<sup>60</sup> Tekinay, s. 977; Eren, s. 1088; Kılıçoğlu, s. 81; Oğuzman ve Öz, s. 429; Yalman, s. 42.

<sup>61</sup> Eren, s. 1088; Kılıçoğlu, s. 81; Yalman, s. 43; Baygın, s. 359.

sorumluluğu dağar. İşte temsil olunan veya haleflerinin bu sorumluluğu bir sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlidir<sup>62</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun en açık örneklerinden biri de, sözleşmenin kurulduğu anda taraflardan birinin borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor olması veya bilmesinin gerekmesi hâlidir. Nitekim sözleşmenin karşı tarafını bu imkansızlık hususunda bilgilendirmeyen taraf, bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür<sup>63</sup>. Bu hâlde tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında uymakla yükümlü oldukları koruma yükümlülüklerine aykırı davranışları söz konusu olur ve buna bağlı olarak ortaya çıkan zarar sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilmelidir.

Aynı tespit, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle tamamen veya kısmen batıl olması hâli için de geçerlidir. Sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan tarafın, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin geçersiz olmasından kaynaklanan zararını gidermesi gerekir ve bu hâl de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâllerinden biridir<sup>64</sup>.

Son olarak, Medeni Kanunun 452. maddesinin 2. fıkrasında, vesayet (veya velayet) altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda karşı tarafta yanlış bir kanı uyandırırorsa, geçerli bir sözleşmenin kurulmamış olmasından ötürü karşı tarafın uğradığı zararları gidermekle yükümlü tutulmuştur. Burada da tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan koruma yükümlülüklerinin ihlâli söz konusu olduğundan, sorumluluk türünün sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk olduğu kabul edilmelidir<sup>65</sup>.

Kanunda hüküm altına alınmış ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk teşkil eden bu münferit hâller, elbette ki tüm sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ihtimallerini karşılamamaktadır. Bu sebeple ek olarak öğretiyi ve uygulamada kabul edilen birtakım sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlleri bulunmaktadır. Bunların en temeli kuşkusuz, böyle bir sorumluluk türünün ortaya çıkışında en önemli sebeplerden biri olan, görüşmenin karşı tarafının ya da

---

<sup>62</sup> Tekinay, s. 977; Eren, s. 1089; Akyol, s. 73.

<sup>63</sup> Tekinay, s. 977; Eren, s. 1089; Kılıçoğlu, s. 81; Baygın, s. 360.

<sup>64</sup> Eren, s. 1089; Baygın, s. 360.

<sup>65</sup> Tekinay, s. 978; Kılıçoğlu, s. 81; Baygın, s. 360.

onun koruma alanında bulunan bir kimsenin şahıs veya malvarlığı değerlerine herhangi bir zarar verme hâlidir. Görüşme taraflarından her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun koruma alanı içerisinde bulunan kimselere zarar vermemek ve bunun için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Taraflar arasında görüşmeler dolayısıyla kurulan güven ilişkisinden doğan bu koruma yükümlülüğünün ihlâli, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu gerektirir<sup>66</sup>.

Öğretide kabul gören ve sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında ortaya çıkan koruma yükümlülüklerinin ihlâli hâllerinden bir diğeri ise, görüşmeler esnasında tarafların birbirlerini yanıltması, sözleşmenin kurulmasını etkileyebilecek hususlarda yanlış bilgilendirmesidir. Zira sözleşme görüşmelerine katılan taraflardan her biri, sözleşmenin kurulması bakımından etkili olan konularda yeterli ve anlaşılır bir biçimde açıklamada bulunmak, görüşmenin karşı tarafına sözleşmenin kurulması veya şartları ile ilgili doğru bilgiler vermek, onu yanıltmamak, hatta yanıltıldığını gördüğü durumlarda görüşmenin karşı tarafını uyarmakla yükümlüdür. Bu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun en temel gerekliliklerinden biridir. Bu koruma yükümlülüğüne uyulmaması ve bunun sonucunda bir zarar doğması hâlinde, kusurlu olarak yanlış bilgi veren taraf, aralarında vekalet ve bunun gibi özel bir hukuki ilişki bulunmadıkça<sup>67</sup>, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esaslarına göre sorumlu olur ve karşı tarafın bu zararını tazmin etmekle yükümlüdür<sup>68</sup>.

Doğru bilgi verme ve gerekli noktalarda açıklama yapma yükümlülüğünün susma yoluyla da ihlâl edilmesi mümkündür<sup>69</sup>. Bununla birlikte tarafların hangi ölçüde açıklama yapmakla yükümlü oldukları, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir<sup>70</sup>. Bu hususta tezimizin konusunu oluşturan iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işçi ile işverenin hangi hâllerde ve hangi sınırlamalara tâbi

---

<sup>66</sup> Alman İmparatorluk Mahkemesinin ünlü olmuş bir kararına göre, bir müşteri yer muşambası almak üzere bir mağazaya girer. Tezgahtarın yer muşambalarını müşteriye gösterirken bir top muşambanın yerinden kayarak müşterinin ve çocuğunun yaralanmasına sebebiyet vermesi olayında Mahkeme, mağaza sahibini tezgahtarın dikkatsiz davranışından doğan bu zarardan ötürü sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutmuştur. Eren, s. 1091; Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 290; Yalman, s. 49.

<sup>67</sup> Görüşme taraflarının arasında vekalet veya özel danışmanlık benzeri hukuki bir ilişki bulunması halinde, yanlış bilgi vermeden dolayı ortaya çıkan zararlarda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esasları değil, Borçlar Kanununun borca aykırılık hükümleri uygulanarak zararın tazmini sağlanmalıdır. Eren, s. 1090; Yalman, s. 47.

<sup>68</sup> Eren, s. 1090; Yalman, s. 47.

<sup>69</sup> Eren, s. 1090; Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 289.

<sup>70</sup> Baygın, s. 361.

olarak birbirlerine bilgi vermek ve açıklamalarda bulunmakla yükümlü oldukları hususuna, tezimizin ikinci ve üçüncü bölümlerinde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Sözleşme görüşmelerine katılan taraflar, bu görüşmeleri sürdürmek zorunda değildirler. Görüşmeleri kesme imkanları her zaman için mevcuttur. Bu aşamada görüşmelerin kesilmesi hâlinde sözleşmenin gerçekleşeceğine güvenerek masraf yapan taraf, bu masraflara kendisi katılmak zorundadır. Bununla birlikte taraflardan birinin gerçekte sözleşme yapma niyeti olmamasına rağmen kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle görüşmenin karşı tarafında sözleşme yapma ümidi uyandırması hâli öğretide kabul gören ve önem taşıyan özen ve koruma yükümlülüğü ihlallerinden biridir. Bu bakımdan o yönde bir niyeti bulunmamasına rağmen, hukuki işlemin gerçekten oluşacağı izlenimini yaratan taraf, bu davranışından dolayı sorumlu olmalı ve karşı tarafın sözleşmenin kurulmamasından dolayı ortaya çıkan menfi zararını tazmin etmekle yükümlü tutulmalıdır<sup>71</sup>. Bu zararın kapsamına seyahat masrafları, karşı edimi sağlama hazırlıkları ve bunun için yapılan malın piyasadan temini, depolanması gibi masraflar ile sözleşmenin kurulacağına güvenerek başka kimselerle sözleşme yapma fırsatının kaçırılması gibi masraf ve giderler girer<sup>72</sup>. Bu bağlamda örneğin, işverenin işçide sözleşmenin kurulacağına ilişkin esas olmayan bir güven yaratması hâlinde, işçi işverenle görüşmek amacıyla yapmış olduğu yol masraflarını (tanışma giderleri), sözleşmenin yapılacağı inancıyla konut değiştirmesi hâlinde bundan kaynaklanan masrafları, halihazırda çalıştığı işyerinden ayrılması sonucu uğradığı zararı ve bunun gibi zarar ve masraflarını işverenden talep edebilmelidir.

## 2. Hukuki Niteliği

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, kavram olarak öğretide kabul edilmiş olsa da, ortaya çıkan bir ihlalde hangi hükmün uygulanacağı, yani bu sorumluluğun hukukî niteliği tartışma konusudur. Bu hususta öğretide mevcut olan görüşler; haksız fiil görüşü, sözleşmesel kuramlar ve kendine özgü sorumluluk görüşü olarak üç temel başlık altında toplanabilir.

---

<sup>71</sup> Eren, s. 1090; Ulusan, *Culpa In Contrahendo*, ss. 289-290; Yalman, s. 48; Baygın, s. 361.

<sup>72</sup> Eren, s. 1090.

### a. Haksız Fiil Görüşü

Haksız fiil görüşüne göre sözleşme görüşmelerinden sorumluluk, hukuki niteliği itibariyle bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira sözleşme görüşmelerinin yapılması esnasında, görüşmeye katılan taraflar arasında henüz sözleşmesel bir ilişki kurulmamıştır. Henüz sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, sözleşme öncesi evrede ortaya çıkan yükümlülükler sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler değil, kimseye zarar vermeme ve davranışlarda gerekli özeni gösterme şeklinde ortaya çıkan, herkes için uyulması zorunlu, genel ve soyut nitelikte yükümlülüklerdir. Bu nedenle bu yükümlülüklerin ihlâli haksız fiil, ihlâlinden doğan sorumluluk da haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmelidir<sup>73</sup>. Bu bakımdan görüş, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun yasal dayanağını, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 49. maddesine dayandırmaktadır.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendiren bu görüş öğretide, sözleşme öncesi aşamada yapılan görüşmelerin önem ve özelliklerini göz ardı ettiği, görüşmeler sırasında ortaya çıkan ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan davranışları genel bir özen gösterme ve zarar vermeme ilkesi içinde inceleyerek soyutlama yoluna gittiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Nitekim burada söz konusu koruma yükümlülükleri, herkes tarafından uyulması gereken soyut yükümlülükler değil, sözleşme kurma amacıyla bir araya gelen belirli kişiler arasında ortaya çıkan ve somut bir zarardan korumayı hedefleyen yükümlülüklerdir. Bu nedenle haksız fiil görüşü isabetli değildir<sup>74</sup>.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliğinin belirlenmesi, ortaya çıkacak ihlâllere uygulanacak kanun hükmünü belirlemenin yanı sıra, uygulanacak zamanaşımı süresini saptamak açısından da belirleyicidir. Nitekim sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilirse, tazminat talebi Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi gereğince, 2 yıllık zamanaşımına tâbi olacak ve bu sebeple sözleşmesel sorumluluktan doğan tazminat taleplerinde uygulama alanı bulan ve 10 yıllık zamanaşımını öngören 146. madde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâllerinde uygulanamayacaktır. Yine,

---

<sup>73</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 302; Yalman, ss. 70-71; Baygın, s. 347; Ayrıca görüşü savunan yazarlar için bkz. Tekinay, s. 978, dn. 3'te belirtilen yazarlar.

<sup>74</sup> İnan, ss. 885-886; Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 303; Gürpınar, s. 147, dn. 438'de belirtilen yazarlar.

haksız fiil sorumluluğu esasları geçerli olacağından, kusuru ispat yükü zarar veren taraf yerine zarar görene ait olacaktır. Zararın yardımcı kişinin sorumluluğuna dayandığı hâllerde ise, sözleşmesel sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi değil, adam çalıştırmanın sorumluluğunu hükme bağlayan 66. maddesi uygulanacaktır. Tüm bunlar göz önüne alındığında, buradaki sorumluluk türünün haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmesinin hakkaniyet açısından zarar gören aleyhine bir durum sergilediği görülmektedir<sup>75</sup>.

Buna karşılık ileride yer verilecek olan ve sözleşmesel temele dayandırılan görüşlerden birinin kabul edilmesi hâlinde, sözleşme görüşmeleri sırasında doğacak zararlarda sorumluluk, TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre değil, kıyasen sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerini düzenleyen TBK 112 ve devamı maddelerine tâbi olacaktır<sup>76</sup>. Bu sebeple öncelikle haksız fiil hükümleri yerine sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerinin uygulanması ile, zarara uğrayan kişi, karşı tarafın kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacak, aksine zarar veren kişinin, kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekecektir (TBK m. 112). Zamanaşımı bakımından ise, TBK m. 146'da öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu nedenlerle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sözleşmesel esasa dayandırılması zarar görenin daha lehine bir sonuç yaratmaktadır.

## **b. Sözleşmesel Görüşler**

Sözleşmesel görüşler, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluk olduğunu savunan ve sözleşme öncesi ortaya çıkan bu ihlalleri, sözleşmenin ihlali olarak nitelendiren görüşlerdir. Bu görüşlerden bazıları bu sorumluluğu, kurulması istenen sözleşmeyle

---

<sup>75</sup> Eren, s. 1086; Baygın, s. 348.

<sup>76</sup> Kocayusufoğlu, ss. 9-10; Yalman, s. 55; Oğuzman ve Öz'e göre, "Kusurlu bir davranıştan sonra geçerli bir sözleşme kurulmuşsa ve bu kusurlu davranış bu sözleşmeden doğan bir borcun ihlâlüne yol açıyorsa, borca aykırılık hükümlerinin uygulanacağına tereddüt edilmemelidir. Kusurun borcun doğmasından önceye dayandığından bahisle TBK m. 112 ve devamı hükümlerine başvurma yolu kapanamaz. Örnek olarak, sübjektif imkansızlık içinde olduğunu bilerek sözleşme yapan kişi, hasara uğradığını bildiği malı sağlam diye satan kişi, bu sözleşmelerin geçerli olması halinde, culpa in contrahendo sorununu tartışmaya bağlı olmaksızın borca aykırılıktan sorumlu olacaktır." Oğuzman ve Öz, s. 432.

bağdaştırarak açıklarken, bazıları ise sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirmektedir. Bu sebeple bu konuyu iki başlık altında ele alacağız.

### **(1) Kurulacak Sözleşme Görüşü (Amaç Sözleşme Teorisi<sup>77</sup>)**

İlk kez Alman hukukçu Rudolph von Jhering ve daha sonra da Franz Leonhard tarafından savunulan kurulacak (amaç) sözleşme teorisi, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu sözleşmesel temele oturtan görüşlerin en eskisidir<sup>78</sup>.

Öğretide bazı yazarlarca “Doğacak Akit Nazariyesi”<sup>79</sup> olarak da adlandırılan bu görüş, haksız fiil sorumluluğunu esas alan haksız fiil görüşünün zıddı niteliktedir. Görüşün en önemli özelliği, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan karşılıklı koruma yükümlülüklerini kurulması amaçlanan sözleşmeden bağımsız bir nitelikte görmemesi, aksine o sözleşmeyle bir bütün oluşturduğunu kabul etmesidir. Bu sebeple sözleşme görüşmeleri sırasında uyması gereken koruma yükümlülüklerini ihlâl eden taraf kurulması istenen sözleşme hükümlerine göre sorumlu tutulmalı ve sözleşmeden sorumlu olan taraf, sözleşme öncesi görüşmelerindeki davranışlarından da sorumlu olmalıdır<sup>80</sup>.

Bu teori de öğretide çeşitli eleştirilere uğramıştır. En önemli eleştiri bu görüşün uygulanabilmesi için geçerli bir sözleşmenin bulunmasının zorunlu olması ve görüşmeler sonucunda geçerli bir sözleşmenin kurulamaması hâlinde kuramın yetersiz kalacağı noktasındadır<sup>81</sup>.

### **(2) Bağımsız Sözleşme Görüşü**

Bu görüş, kurulacak sözleşme teorisinin aksine sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu asıl sözleşmeden ayrı tutmakta ve sözleşme öncesinde yapılan işlemleri özel hukuki işlemler olarak nitelendirmektedir<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 305; Yalman, s. 73; Baygın, s. 348.

<sup>78</sup> Leonhard Franz, *Verschulden beim Vertragschluss*, Berlin, 1910, s. 42’den aktaran İnan, ss. 1001-1002; Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, ss. 305-306.

<sup>79</sup> İnan, s. 880.

<sup>80</sup> Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, s. 1001.

<sup>81</sup> İnan, s. 1002; ENNECCERUS/LEHMANN, s. 169; WEBER, s. 173; SILBERMANN, s. 24’ten aktaran Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 306.

<sup>82</sup> STOLL, s. 539’dan aktaran Ulsan, *Culpa In Contrahendo*, s. 307.

Bu görüş de kendi içerisinde iki kola ayrılmaktadır. Bir görüşe göre sözleşme öncesi görüşmeler iki taraflı, diğer görüşe göre ise tek taraflı ilişkiler olarak nitelendirilmelidir.

### **(i) Sözleşme Öncesi Dönemi İki Taraflı İlişki Olarak Nitelendiren Görüş**

Bu görüş, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun temelini tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında karşılıklı olarak aydınlatma ve koruma yükümlülükleriyle bağlı oldukları ve görüşmelerin başlamasıyla birlikte aralarında zımnî bir sözleşmenin kurulduğu fikrine dayandırmaktadır<sup>83</sup>. Bu sebeple bu kuram gereğince sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşme öncesinde doğduğu kabul edilen, ifası doğrudan talep edilememekle birlikte tarafların menfaatlerini korumayı amaçlayan ve zarar gören tarafa tazminat hakkı veren bu bağımsız sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanmaktadır. Böyle bir varsayıma dayalı olarak ortaya çıkan bu görüş kurulacak sözleşme görüşünün görüşmeler sonrasında geçerli olarak kurulamayan sözleşmelerdeki çözüm yetersizliğini bertaraf etmeyi sağlar<sup>84</sup>. Bunu karşın görüş, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında kurulan zımnî bir sözleşme varsayımına dayandığından, bu yönüyle keyfî bir nitelik taşıması sebebiyle eleştirilmiş ve soruna çözüm sağlayamayacağı ileri sürülmüştür<sup>85</sup>.

### **(ii) Sözleşme Öncesi Dönemi Tek Taraflı İlişki Olarak Nitelendiren Görüş**

Öğretide “Giriş kuramı”<sup>86</sup> olarak da adlandırılan bu görüş de sözleşme öncesi dönemi, kurulmak istenen sözleşmeden ayrı ve bağımsız tutan ve bu tip sözleşme ilişkilerini sosyal temas kavramına dayandıran bir görüştür<sup>87</sup>.

Özellikle Stoll tarafından savunulan bu görüş, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu sözleşme öncesi dönemde icap veya sözleşme ilişkisine girişme isteği olarak tek yanlı bir hukukî işlem olarak nitelendirmektedir<sup>88</sup>. Bu bakımdan

<sup>83</sup> Tekinay, s. 979; İnan, s. 1006’da belirtilen yazarlar.

<sup>84</sup> Ulsan, Culpa In Contrahendo, s. 308; Yalman, s. 75.

<sup>85</sup> İnan, s. 1007; Ulsan, Culpa In Contrahendo, s. 308, dn. 84’te belirtilen yazarlar.

<sup>86</sup> İnan, s. 881.

<sup>87</sup> Ulsan, Culpa In Contrahendo, s. 309; Yalman, s. 76.

<sup>88</sup> STOLL, ss. 533-536’dan aktaran Ulsan, Culpa in Contrahendo, s. 309.



sözleşme görüşmeleri, borç ilişkisi olarak değerlendirilmekte, fakat bu borç ilişkisinin tek yanlı bir hukuki ilişkiden doğduğu kabul edilmektedir<sup>89</sup>.

### **c. Kendine Özgü Sorumluluk Görüşü**

Kendine özgü sorumluluk görüşünü savunanlara göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hukukî niteliği itibariyle, ne sözleşmesel bir sorumluluk türüdür, ne de haksız fiilden kaynaklanmaktadır. Burada kendine özgü bir sorumluluk hâli söz konusudur.

Öğretide özellikle Bucher tarafından savunulan bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun temeli dürüstlük kuralına dayanır. Bu sorumluluk hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin unsurlar taşır. Bu nedenle yazara göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlinde söz konusu olacak tazminat bakımından uygulanması gereken zamanaşımı süresi genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı (TBK m. 146) süresidir. Yardımcı kişinin sorumluluğu bakımından ise, uygulanması gereken hüküm TBK 116. maddedir<sup>90</sup>.

Bazı yazarlar ise, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu haksız fiil veya sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk başlıkları altına sokmanın gerekmediği, aksine her somut olay göz önünde tutularak, uygulanması gereken hükümlerin saptanması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar. Öğretide eklektik (seçmeci) kuram olarak da adlandırılan<sup>91</sup> bu görüşün en önemli savunucusu Jaeggi'dir. Yazara göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Önemli olan husus, yazarın "modaliteler" olarak ifade ettiği zamanaşımı, yardımcı kişilerden sorumluluk ve ispat yükünün dağılımı konularında uygulanacak hükmün doğru olarak saptanmasıdır ki bu da her somut olayın şartları göz önüne alınarak yapılmalıdır<sup>92</sup>. Ancak bu görüş de, hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlere birlikte başvurulabileceğini kabul etmesi

---

<sup>89</sup> Yalman, s. 76.

<sup>90</sup> Eren, s. 1087; Bucher, ss 287-288'den aktaran Yalman, s. 81.

<sup>91</sup> Baygın, s. 350.

<sup>92</sup> Eren, s. 1087; Görüş hakkında bilgi için bkz. Yalman, s. 79; Gürpınar, s. 146; Baygın, s. 351.

bakımından eleştirilmiştir. Zira aynı anda hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğu hükümlerine birlikte başvurulması mümkün değildir<sup>93</sup>.

#### **d. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğa İlişkin Yeni Çözüm Yolları**

##### **(1) Sözleşme Benzeri Güven İlişkisi**

Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte taraflar arasında sözleşme benzeri bir hukukî ilişki ortaya çıkar. Bu durum sözleşmenin ileride kurulup kurulmamasına veya geçerli olup olmamasına bağlı olmaksızın, taraflar arasında uyulması gereken koruma yükümlülüklerinin doğumuna yol açmaktadır. Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan bu güven ilişkisi, bir hukukî ilişki olduğundan, bu ilişkiden doğan yükümlülüklerin ihlâli hâlinde sözleşmesel sorumluluk söz konusu olmalıdır<sup>94</sup>. Bu sebeple zamanaşımı bakımından TBK m. 146. maddede öngörülen 10 yıllık süre uygulanmalı, yardımcı kişilerin sorumluluğunda ise, TBK m. 116 uygulanmalıdır. Kusuru ispat ise, zarar görene düşmemeli, aksine zarar veren kusursuz olduğunu ispatla yükümlü olmalıdır.

##### **(2) Davranış Yükümleri İlişkisi**

Özellikle Serozan tarafından savunulan bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, taraflar arasındaki edim ilişkisinden bağımsız olarak, tarafların birbirlerine karşı uymakla yükümlü oldukları özel davranış yükümlerinin ihlâlinden doğmaktadır. Bu sebeple öğretide, bu tür hukukî ilişkiler, “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri” olarak adlandırılmaktadır<sup>95</sup>.

Bu teori, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, icap ve kabul beyanlarından tamamen ayrı tutmakta ve görüşmeye katılan tarafların mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunması ve kurulan sosyal temas sebebiyle zarar görmemesi amacına yönelmekte ve görüşlerini bu temele dayandırmaktadır. Dolayısıyla henüz

---

<sup>93</sup> Baygın, s. 351.

<sup>94</sup> Görüş hakkında bkz. Ulusan, *Culpa In Contrahendo*, ss. 312-313; Baygın, s. 353, dn. 20’de belirtilen yazarlar.

<sup>95</sup> Serozan, s. 111 ve devamı.; Baygın, s. 354, dn. 22’de belirtilen yazarlar.

sözleşme kurulmadan, edim yükümlerinden bağımsız olarak ortaya çıkan bir borç-yükümlülük ilişkisinin varlığını kabul etmektedir<sup>96</sup>.

Kanaatimizce de temeli dürüstlük kuralına dayanan ve güven ilişkisinden bağılı olarak sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan bu ilişki, edim yükümlülüklerine bağılı olmaksızın birtakım koruma yükümlülüklerinin meydana gelmesini sağladığından, edim yükümlülüklerinden bağımsız özellik gösteren bir hukuki ilişkidir. Nitekim bu aşamada henüz taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmenin varlığından bahsedilememesine rağmen, taraflar sırf kurulmak istenen sözleşme için bir araya gelmekle bir sosyal temas ve güven ilişkisinin içerisine girerler. Bu güven ilişkisi dolayısıyla sözleşme kurmak amacıyla görüşmelerde bulunan taraflar, zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar. Bu nedenle tarafların sözleşme kurulmamış olsa dahi, zarar görmemelerini amaçlayan koruma yükümlülüklerine uymaları gerekir.

Sözleşmenin henüz kurulmadığı ve sözleşmeden kaynaklanan edimlerin henüz ortaya çıkmadığı bu aşamada ortaya çıkan bu koruma yükümlülükleri edimden bağımsız özellik gösterirler. Bu nedenle bu tür yükümlülükler uylumamasının yaptırımı olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hâlinin, edimden bağımsız borç ilişkisini esas alan koruma yükümlülükleri (davranış yükümleri) görüşüne dayandırılabilceği kanaatindeyiz.

### **III. İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞÇİYİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan ve görüşme taraflarının uymaları gereken koruma yükümlülüklerine yukarıda yer verilmişti. İkinci ve Üçüncü Bölümlerde yer verilecek olan iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında tarafların uymaları gereken yükümlülükler geçmeden önce bu kısımda, iş sözleşmelerinin genel yapısı ve bu anlamda iş ilişkilerinde işverenin temel yükümlülüğü olan işçiyi koruma yükümlülüğüne değinilecektir.

---

<sup>96</sup> Serozan, ss. 120-121; Baygın, s. 356.

## A. İş Sözleşmesi Kavramı, Hukuki Niteliği ve Özellikleri

### 1. İş Sözleşmesi Kavramı

İş sözleşmesi, bir gerçek kişinin (işçi) başka bir kişi (işveren) yararına ve onun emir ve talimatlarına bağımlı olarak, belirli ya da belirsiz süre ile faaliyette bulunmayı (iş görmeyi) üstlendiği ve bu faaliyetine karşılık sözleşmenin karşı tarafının (işveren) da bir ücret ödemekle yükümlü olduğu sözleşmedir<sup>97</sup>. Öğretide genel olarak kabul edilen bu tanıma 4857 sayılı İş Kanununda da yer verilmiş ve iş sözleşmesi, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır (İş K. m. 8/I). Bunun gibi İş Kanununun iş ilişkisini tanımlayan 2. maddesiyle de iş ilişkisi, “*işçi ile işveren arasında kurulan ilişki*” şeklinde tanımlanmıştır.

Benzer bir tanıma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da yer verilmiştir. Kanunun 393. maddesinde iş sözleşmesi, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmış ve 818 sayılı yürürlükten kalkmış bulunan Borçlar Kanununda yer alan iş sözleşmesi tanımındaki eksiklik, yeni kanundaki tanım ile tamamlanmıştır. Zira 818 sayılı Borçlar Kanununun 313. maddesinde iş sözleşmesi, “*Hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.*” şeklinde tanımlanmıştı. Ancak bu tanım, sadece işgörüme ve ücret unsurlarına değinmesi ve bağımlılık unsurundan bahsetmemesi sebebiyle eksik bir tanım olarak görülmekte ve bu eksiklik öğretideki görüşler ve yargı kararları ile kapatılmaya çalışılmaktaydı. Bu noktada 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Anayasa Mahkemesi de 26/27.09.1967 tarihli kararında iş sözleşmesini, “*... bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin elinde bulundurmayı ve iş sahibinin de ona bir*

---

<sup>97</sup> Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri-I**, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012, s. 167; Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 290; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 65; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2011, s. 77; Nizamettin Aktay ve diğerleri, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, s. 47; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, (İş Hukuku), s. 91; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, (İşçi Kavramı), s. 95.

*ücret vermeyi üzerine alması ...” şeklinde tanımlayarak bağımlılık unsurunun varlığına değinmiştir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır; “... davacı ile davalı arasında, iş sözleşmesinin aslî unsurları olan “zaman”, “bağımlılık”, “işverenin denetim ve gözetimi altında işin yapılması ve günlük ücret ödenmesi mevcut olup aradaki ilişki iş sözleşmesi ilişkisidir”<sup>98</sup>”.*

## **2. İş Sözleşmesinin Unsurları**

Yukarıda yer verilen kanuni tanımlar ve yargı kararları göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için genel itibariyle, üç adet unsurun varlığı gereklidir. Bu unsurlardan birinin bile eksik olması hâlinde söz konusu ilişki, taraflarca iş sözleşmesi olarak adlandırılırsa dahi, iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir<sup>99</sup>.

### **a. İşgörme**

İş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için zorunlu olan unsurlardan ilki, taraflar arasında bir işgörme ilişkisinin varlığıdır. Sözleşmenin taraflarından birinin işgörme edimini yüklenmiş olması, iş sözleşmesinin temelini oluşturur. Ancak iş sözleşmesinin temel unsuru olmakla birlikte işgörme, sözleşmenin ayırt edici unsuru değildir. Zira işgörme edimi vekalet, eser gibi sözleşmelerin de konusunu oluşturduğundan, bu unsurun tek başına iş sözleşmesini nitelemek ve diğer sözleşmelerden ayırt etmek için yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>100</sup>.

İşgörme edimi, sözleşmenin karşı tarafı için değeri olan ve bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olarak düzenli bir şekilde icra edilen bedensel ya da düşünsel her tür faaliyet olarak tanımlanabilir<sup>101</sup>. Bu faaliyetin türü, işgörme unsurunun varlığının tespiti açısından önemli değildir, herhangi bir bedeni ya da zihinsel faaliyetin işgörme edimi olarak üstlenilmesi mümkündür. Nitekim İş Kanunu ya da Borçlar Kanunu ile de iş sözleşmesinin konusunu oluşturacak işin (işgörme

<sup>98</sup> 9. HD, 19.06.2006, 13004/17679, Akyiğit, İş Hukuku, s. 91.

<sup>99</sup> Narmanlıoğlu, s. 167.

<sup>100</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 293; Narmanlıoğlu, s. 168.

<sup>101</sup> Tunçomağ ve Centel, ss. 69-70; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 293; Narmanlıoğlu, s. 168; Çelik, s. 80; Akyiğit, İş Hukuku, s. 92; Güzel, İşçi Kavramı, s. 95.

ediminin) türüne ilişkin bir kısıtlama getirilmemiştir. Bu nedenle ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen her türlü çalışmanın, iş sözleşmesine konu edilebileceği söylenebilir<sup>102</sup>. Ancak bir faaliyetin hukuken iş olarak nitelendirilebilmesi için hukuk düzeniyle bağdaşmayacak şekilde hukuka ya da ahlaka aykırı özellik taşınamaması gerekir. Örneğin adam öldürmek ya da kaçakçılık gibi fiiller, iş sözleşmesinin konusu olacak işi oluşturamaz<sup>103</sup>.

İşgörme edimi, bir şey yapmayı konu edinen olumlu bir eylemden meydana gelir. Bu bakımdan salt bir yapmama ya da kaçınma eylemi, işgörme edimi olarak kabul edilemez. Bununla birlikte bir işin ifası amacı ile işverenin emrine hazır şekilde bekleme hâlinin, işgörme ile aynı anlamda değerlendirilmesi gerekir<sup>104</sup>.

İşgörme ilişkisi çerçevesinde ifa edilecek işin, iradi ve kişisel nitelikte olması gerekir. Zira iş ilişkisinde işgörme borcu, çalışan kişinin rızası ve tarafların karşılıklı anlaşmaları ile ifa edilecektir. Bu bakımdan iş sözleşmesi iradi çalışmaya dayalı olarak kurulan bir sözleşme olup, çalışmanın kanuni bir zorunluluğa dayanması hâlinde, iş sözleşmesinden bahsedilemez<sup>105</sup>.

Yine, iş sözleşmesinin konusunu oluşturacak olan işgörme ediminin kişisel nitelik taşıması da gerekir. Yani iş sözleşmesinin tarafı olan ve işgörme edimini ifa edecek işçi, bizzat çalışmayı, yani kendi emeğini taahhüt etmelidir. Bu bakımdan iş sözleşmesi kişisel nitelik taşıyan bir sözleşmedir. Zira sözleşmenin kurulması ve devamında işçinin nitelik, vasıf ve kişiliği birincil derecede önem taşımaktadır<sup>106</sup>. Bu özelliğinin sonucu olarak iş sözleşmesi; taraflar arasında bir güven ilişkisi yaratır ve buna bağlı olarak iş sözleşmesinin aslî edimini teşkil eden işgörme ve ücret ödeme borçlarının yanı sıra, işçi açısından sadakat ve itaat, işveren açısından ise, işçiyi koruma ve eşit işlem yapma gibi bazı yan yükümlülükler doğar<sup>107</sup>. İşçi ve işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasında uymakla yükümlü oldukları yan yükümlülükler tezimizde İkinci ve Üçüncü Bölümlerinde yer verilecektir.

---

<sup>102</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 293; Narmanlıoğlu, s. 169; Sarper Süzek, **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, Türk Borçlar Kanunu HMK ve TTK'na Göre Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012, (İş Hukuku), s. 236; Aktay ve diğerleri, s. 47; Öner Eyrenci ve diğerleri, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 54; Çelik, s. 80; Güzel, İşçi Kavramı, s. 95.

<sup>103</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 92.

<sup>104</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 293; Akyiğit, İş Hukuku, s. 92.

<sup>105</sup> Narmanlıoğlu, s. 169.

<sup>106</sup> Narmanlıoğlu, s. 169.

<sup>107</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 245.

Önem taşıyan bir konu, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan bir işgörme ediminden bahsedilebilmesi için, bu işgörme eyleminin işverene ait işyerinde yapılmasının aranıp aranmayacağıdır. Bazı yargı kararlarında, işin işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesinin iş sözleşmesinin varlığı için gerekli unsurlardan biri olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>108</sup>. Bununla birlikte bu yargısal yaklaşım, özellikle son yıllarda giderek artan tele-çalışma, evden çalışma gibi modern çalışma modelleri karşısında geçerliliğini yitirmeye başlamıştır. Zira iş ilişkisinde önemli olan, işin nerede görüldüğünden ziyade, işverenin iş organizasyonu içerisinde yer alan bir faaliyet olarak nitelendirilebilmesidir<sup>109</sup>.

## b. Ücret

İki tarafa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinde, işgörme ediminin karşılığını ücret ödeme borcu oluşturur (TBK m. 393). Ücretsiz bir çalışma, iş sözleşmesinin konusunu teşkil edemez. Bu bakımdan açık veya zımnî olarak kararlaştırılacak ücret, iş sözleşmesinin meydana gelmesinde esaslı ve ayırt edici nitelik taşıyan unsurlardan biridir<sup>110</sup>.

Ücret, İş Kanununun 32. maddesinde, “*Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. İşgörme edimi karşılığında işçiye ödenecek ücret; esasen taraflarca kararlaştırılır. Ancak iş sözleşmesinin esaslı ve zorunlu unsuru olmasına rağmen ücretin, iş ilişkisinde açıkça belirlenmiş olması zorunlu değildir. Yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan olduğu hâllerde, ücretin taraflar arasında kararlaştırıldığı kural olarak kabul edilir<sup>111</sup>. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 401. maddesiyle de işverenin işçiye, sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücreti, sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise asgari ücretten az olmamak kaydıyla emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu düzenlenerek,

<sup>108</sup> HGK, 13.04.1977, E. 1976/9-1635, K. 1977/355, 10. HD, 14.03.1995, E. 1995/2008, K. 1995/2571, bkz. Çelik, s. 82, dn. 16.

<sup>109</sup> Mollamahmutolu ve Astarlı, s. 306; Akyiğit, İş Hukuku, s. 93.

<sup>110</sup> Narmanlıoğlu, s. 175; Süzek, İş Hukuku, s. 237; Çelik, s. 80; Akyiğit, İş Hukuku, s. 96.

<sup>111</sup> Narmanlıoğlu, s. 175; “Çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da bu ücretin belli edilmemiş bulunmasını birbirinden şüphesiz ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, salt ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret, asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç esas üzerinden belli edilir.” İBK 18.11.1964, 2/4, RG 27.11.1964, Aynı yönde 9. HD. 30.05.1967, 4983/5076, Süzek, İş Hukuku, s. 236.

sözleşmeyle kararlaştırılmasa dahi işverenin işçiye ücret ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ücretin iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olması, iş sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran en önemli kriterlerden biridir. Zira vekalet sözleşmesinde ücret, sözleşmenin zorunlu unsuru olmayıp, ücret ödenmesi tarafların sözleşmede kararlaştırmasına ya da bu hususta bir teamül bulunmasına bırakılmıştır. Türk Borçlar Kanununun 502. maddesinin 3. fıkrasında, “Sözleşme veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır.” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir. Bu bakımdan bir işin, ücret karşılığında yapılmıyor olması hâlinde, söz konusu ilişkinin kural olarak vekalet olarak nitelendirilebileceğini söylemek mümkündür<sup>112</sup>.

### c. Bağımlılık

İş sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesinin temel koşullarından üçüncüsü, bağımlılık unsurunun varlığıdır. Bağımlılık unsuru, işçi tarafından işin işverenin yönetimi ve gözetimi, yani otoritesi altında yapılması gerektiğini ifade eder<sup>113</sup>. Bu şekilde bir bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı hâllerde, iş sözleşmesinden ya da işçi-işveren ilişkisinden ve kavramlarından bahsedilemez<sup>114</sup>. İş sözleşmesini işgörmeyi konu edinen vekalet, eser ve bunun gibi sözleşmelerden ayırt etmeye yarayan ve iş sözleşmesinin en karakteristik özelliklerinden biri olan bu unsur, İş Kanununun iş sözleşmesini tanımlayan 8. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanununun 363. maddesinde de işçinin işverene bağımlı olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin tanımında yer almaktadır. Bununla birlikte 1475 sayılı eski İş Kanununda ve 818 sayılı eski Borçlar Kanununda yer almayan bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olduğu, yukarıda da ifade edildiği üzere, gerek Anayasa Mahkemesi’nin 27.09.1967 tarihli kararı ile, gerekse çeşitli Yargıtay kararları ile de kabul edilmiştir<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 355; Süzek, İş Hukuku, s. 236; Tunçomağ ve Centel, s. 70.

<sup>113</sup> Narmanlıoğlu, s. 170; Akyiğit, İş Hukuku, 95; Güzel, İşçi Kavramı, s. 95.

<sup>114</sup> Narmanlıoğlu, s. 169; Süzek, İş Hukuku, s. 236.

<sup>115</sup> AYM, 27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, “Hizmet akdi üç unsuru kapsar. 1) İş unsuru, 2) Ücret unsuru, 3) Bağlılık unsuru. Bu akdi işgörmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran, bu bağlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar”. Benzer şekilde, 9. HD, 08.11.1984, E.1984/8455, K. 1984/9548; 10. HD, 08.07.1977, E. 1977/7813, K. 1977/5401; 9. HD, 27.02.1978, E.1978/2806, K. 1978/3343; 10. HD, 14.09.1987, E.



Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini konusu bir işin ifası olan diğer bazı sözleşmelerden ayırt etmeye yarar. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanan eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinden emir ve talimat almaksızın, dilediği yöntem ve araçları kullanarak ve dilerse yanında başka kişileri de çalıştırarak bir eserin meydana getirilmesi için bağımsız bir şekilde faaliyet gösterir<sup>116</sup>.

Aynı şekilde bağımlılık, ücret unsurunun ayırt ediciliğinin yanında, iş sözleşmesinin vekalet sözleşmesinden ayırt edilmesinde belirleyici olan diğer bir unsurdur. Türk Borçlar Kanununun 502. maddesine göre vekalet sözleşmesi, “vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme”dir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, vekalet sözleşmesinde vekil, genel anlamda temsil ettiği kişinin talimatı ile bağlı ise de, işin yapılması sürecinde onun doğrudan emir ve talimatı altında olmadığından, buradaki bağımlılık son derece silik bir bağımlılıktır ve vekil işi, temsil ettiği kişiden bağımsız bir şekilde yerine getirebilecektir<sup>117</sup>.

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin niteliğinden ve yapısından doğar. Zira iş sözleşmesiyle işçi, ücret karşılığında işverenin emrinde çalışma yükümlülüğü altına girmekte ve böylece iş sözleşmesi, konusu ve etkisi itibariyle işçiyi işverene bağımlı bir duruma getirmektedir<sup>118</sup>. İş sözleşmesinin yapısı gereğince, işveren işçi üzerinde egemenlik sahibi olmakta ve işçi işgörme edimini oluşturan çalışmasını kendisi organize edememekte, işveren tarafından planlanan faaliyetini, işverene kişisel olarak bağımlı şekilde ve işverenin emir ve talimatları doğrultusunda gerçekleştirmektedir<sup>119</sup>.

İşçinin işverene olan bu bağımlılığı ekonomik veya teknik olmaktan çok, kişisel/hukukî bir bağımlılıktır<sup>120</sup>. Nitekim işçi, işverenin vereceği emir ve talimatlarla bağlı olacağı ve onun otoritesi altında çalışacağından, bu bağımlılık

---

1987/4115, K. 1987/4239; 21. HD, 12.10.1995, E. 1995/5310, K. 1995/5548, Süzek, İş Hukuku, s. 237.

<sup>116</sup> Narmanlıoğlu, s. 180; Süzek, İş Hukuku, s. 243; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 352.

<sup>117</sup> Narmanlıoğlu, s. 179; Süzek, İş Hukuku, s. 243; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 356.

<sup>118</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 303; Akyiğit, İş Hukuku, 95; Güzel, İşçi Kavramı, s. 111.

<sup>119</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 303; Narmanlıoğlu, s. 171; Tunçomağ ve Centel, s. 71; Güzel, İşçi Kavramı, s. 95.

<sup>120</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 303; Narmanlıoğlu, s. 171; Süzek, İş Hukuku, s. 237; Akyiğit, İş Hukuku, s. 95; Eyrenci ve diğerleri, s. 55; ; Güzel, İşçi Kavramı, s. 109.

ilişkisi onun bizzat kişiliği ile ilgilidir<sup>121</sup>. Kişisel (hukukî) bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatlarına ve iş organizasyonuna bağımlı olarak işgörmeye borcunu ifa etmesi olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan işçinin iş görme edimini, işverenin yönetim ve sorumluluğu altında işleyen bir organizasyon bünyesinde yerine getirdiğinin saptanabildiği hâllerde, hukukî bağımlılığın da bulunduğu kabul edilebileceği söylenebilir<sup>122</sup>.

Bağımlılık sebebiyle işverenin, iş sözleşmesinden doğan ve diğer başka sözleşmelerde söz konusu olmayan birtakım hak ve yetkileri bulunmaktadır. Nitekim işverenin, işçinin kişilik haklarına aykırı düşmemek ve yasa ve sözleşmeye aykırı olmamak şartıyla, sözleşmenin konusunu teşkil eden işin görülmesine ilişkin yönetim, denetim ve gözetim yetkisi mevcuttur. Yine belirli koşullar altında işçiye disiplin cezası uygulama yetkisi de işverene aittir<sup>123</sup>. Yönetim hakkının karşılığı olarak bağımlılık unsuru, işçiye de işverenin verdiği emir ve talimatlara, yasa ve sözleşmeye uygun olduğu ölçüde, itaat etme borcu yükler<sup>124</sup>. Bu bakımdan işçinin, işverenin gerek işin görülmesine gerekse işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlarına uyma yükümlülüğü kişisel bağımlılığının somut bir görünümüdür<sup>125</sup>. Bu durum Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” şeklinde ifade edilmiştir.

İşçinin işverene bağımlı olması, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki eşitliği bozar. Bu bakımdan bağımlılık ilişkisi, sözleşmenin tarafları arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasına yol açar<sup>126</sup>. Ancak sözleşmeyle bağımlı ve hiyerarşik bir ilişki içine giren işçi, bunu kendi iradesiyle gerçekleştirdiğinden, bu durum sözleşmenin meşruluğunu ve özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini etkilemez<sup>127</sup>.

Bağımlılık ilişkisi, göreceli bir nitelik taşır. Zira bağımlılık ilişkisinin derecesi, sıkı ya da gevşek nitelikte oluşu, işçinin yaptığı işin özelliğine, çalıştığı

---

<sup>121</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 237.

<sup>122</sup> Güzel, İşçi Kavramı, s. 111.

<sup>123</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 238; Eyrenci ve diğerleri, s. 55.

<sup>124</sup> Sarper Süzek, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara, 1998, (Yönetim Hakkı), s. 226.

<sup>125</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 238; Akyiğit, İş Hukuku, s. 95.

<sup>126</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 238; Eyrenci ve diğerleri, s. 56; Aydın, Sosyal Temas, s. 89.

<sup>127</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 238.

işyerindeki konumuna ve meslekî durumuna göre farklılık gösterir. Örneğin, bir işyerinde çalışan uzmanlığa sahip görevdeki işçilerle vasıfsız işçilerin işverene bağımlılığı farklı düzeylerde<sup>128</sup>. Bu sebeple bağımlılık unsurunun varlığı sorunu her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir<sup>129</sup>.

Kişisel/hukukî bağımlılığın varlığının saptanmasında genel olarak belirli bazı kriterlerden yararlanılmaktadır. Bu hususta özellikle öğretide ve bazı Yargıtay kararlarında kabul edilen ve bir iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun varlığından söz edilebilmesi için gerekli olduğu ifade edilen, işi işverene ait işyerinde ifa ediyor olması ve işveren tarafından belirlenmiş çalışma sürelerine tâbi olması gibi kriterler, son yıllarda iş hukukunun esnekleşmesi ve yeni birtakım çalışma şekillerinin ortaya çıkması ile birlikte geçerliliğini yitirmeye başlamıştır<sup>130</sup>. Özellikle ekonomik ve teknolojik gelişmeler neticesinde evde çalışma, tele çalışma, internet üzerinden çalışma gibi birtakım çalışma türlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte, işçinin işgörmeye edimini işverene ait işyerinde gerçekleştireceği görüşünün dışına çıkmıştır. Aynı şekilde kısmî süreli çalışma, çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı gibi esnek çalışma türlerinin ortaya çıkışı, çalışma saatlerini mutlak olarak işverenin belirleyeceği görüşünün de zayıflaması sonucuna yol açmıştır<sup>131</sup>. Buna karşılık yeni iş ilişkilerinde bağımlılık unsurunun önemini yitirdiği sonucuna da varılmamalıdır. Esnek çalışma ilişkilerinde de işçinin işverene bağımlılığı iş sözleşmesinin kurulması için zorunludur. Esnek çalışma modellerinde, özellikle işçinin işverene ait iş organizasyonu içerisinde ve işverenin yararına faaliyette bulunması bu anlamda bağımlılığın tespitinde belirleyici nitelik taşımaktadır<sup>132</sup>.

Buna ek olarak hiçbiri tek başına bağımlılık unsurunun tespiti için yeterli olmamakla birlikte, işyerinde kullanılacak malzemenin işveren tarafından sağlanması, işin iş işveren tarafından denetlenmesi, işçinin kendine ait müşterileri ve işçileri olmadan, sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, kâr ve zarara katılmaması, ücretin ödenme şekli gibi ölçütler de,

<sup>128</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 239; Eyrenci ve diğerleri, s. 56; Aydın, Sosyal Temas, s. 90.

<sup>129</sup> Narmanlıoğlu, s. 174; Güzel, İşçi Kavramı, s. 108.

<sup>130</sup> Narmanlıoğlu, s. 174; Süzek, İş Hukuku, s. 240; Çelik, s. 82.

<sup>131</sup> Narmanlıoğlu, s. 174; Süzek, İş Hukuku, s. 240; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 307; Güzel, İşçi Kavramı, s. 121.

<sup>132</sup> Süzek, İş Hukuku, ss. 241-242; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 307-308; Güzel, İşçi Kavramı, s. 121.

bağımlılık unsurunun tespit edilebilmesinde yararlanılabilecek kriterlerdendir<sup>133</sup>. Bununla birlikte daha önce de ifade edildiği üzere, somut olayın koşullarına göre bağımlılık unsurunun varlığı ve derecesi de değişiklik gösterebilecektir.

Yukarıda yer verilen bu üç unsura ek olarak, öğreti ve bazı Yargıtay kararlarında ek bir unsur eklendiği görülmektedir<sup>134</sup>. Bu unsur “zaman”dır. 4857 sayılı İş Kanununda iş sözleşmesi tanımlanırken buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemekle birlikte Türk Borçlar Kanununun iş sözleşmesini tanımlayan 363. maddesinde, işçinin belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi üstlendiği belirtilmiştir. Zira iş sözleşmesinde işçi taahhüt ettiği çalışmasını bir defada değil, belirli veya belirsiz bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştireceğinden, sürekli bir çalışmayı üstlenmektedir<sup>135</sup>. Bu bakımdan öğretilerde zaman unsurunun, Borçlar Kanunu ile getirilmiş ve iş sözleşmesinin ayırt edici nitelik taşıyan bir unsur olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>136</sup>.

## **B. İşverenin İş İlişkisinden Kaynaklanan İşçiyi Koruma Yükümlülüğü**

### **1. Genel Olarak**

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı iradeleri ile kurulan ve iki tarafa karşılıklı borç yükleyen, sürekli nitelikte bir özel hukuk sözleşmesidir.

İş sözleşmesinin süreklilik arz eden ve işçinin kişiliğini ön plana çıkararak taraflar arasında kişisel bir ilişki kuran bir sözleşme olması<sup>137</sup>, sözleşmenin tarafları arasında bir güven ilişkisinin kurulmasına yol açar. Zira iş sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde, kişiler genellikle yalnızca sözleşmenin tarafı iken, iş sözleşmesinde işçi, sözleşmenin hem tarafıdır, hem de konusu içinde yer alır<sup>138</sup>. Çünkü bir iş

---

<sup>133</sup> 9. HD, 22.02.2010, E. 2008/10530, K. 2010/4617, Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 19, Eylül 2010, s. 65; Güzel, İşçi Kavramı, ss. 109-125.

<sup>134</sup> 9. HD, 19.06.2006, 2006/13004, 2006/17679, Akyiğit, İş Hukuku, s. 93.

<sup>135</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 295-296; Akyiğit, İş Hukuku, s. 93.

<sup>136</sup> “Yargıtay’a göre de zaman, bağımlılık unsuru gibi, hizmet sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özelliğidir.” (9. HD, 27.02.1978, E. 78/2806, K. 78/3343) Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 295, dn. 37.

<sup>137</sup> “Hizmet sözleşmesinde *intuitus personae* unsuru tek yönlüdür. Her ne kadar bu sözleşme şahsi ilişki kuran bir sözleşme ise de, bu nitelik daha çok işçi açısından ağırlığını hissettirmektedir.” Ali Güzel, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “*Intuitus Personae*” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul, 1996, (*Intuitus Personae*), s. 180.

<sup>138</sup> Güzel, *Intuitus Personae*, s. 181.

sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması için belirleyici nitelik taşıyan en temel unsur, işçinin meslekî tecrübesi ve yeterlilikleri, yetenekleri, hareketleri gibi kişiliğinden kaynaklanan özellikleridir<sup>139</sup>. Bu bakımdan iş sözleşmeleri, işçinin kişiliği ile yakından ilişkilidir ve iş sözleşmesi ile birlikte işçinin kişisel değerleri de, işverenin hâkimiyet sahasına girmiş olur<sup>140</sup>. Bu özelliği sebebiyle iş ilişkilerinde kişisel temas ve güven oldukça önem taşımakta ve buna bağlı olarak taraflar arasında sözleşmenin kurulmasında, devamında ve hatta sona ermesinden sonra dahi yoğun bir güven ilişkisi söz konusu olmaktadır<sup>141</sup>.

İşçinin kişiliğinin iş sözleşmesinin kurulmasındaki rolü göz önüne alındığında, işçinin işle doğrudan ilgisi bulunmayan nitelikleri, kişisel ve ahlakî özellikleri de oldukça önem taşımakta ve işverenlerce dikkate alınmaktadır<sup>142</sup>. Bu özellikle işçinin işe alınması sırasında önem taşır. İşe alma sırasında işverenin tercihinde objektif kriterlerin yanı sıra, birtakım sübjektif değerlendirmeler de rol oynar. İşçinin fizikî görünüşü, davranışları, konuşmaları, tepkileri gibi özelliklerini de dikkate alarak işveren adaylar arasında bir karara varır<sup>143</sup>. İşçinin kişiliği, sırf işe alma aşamasında değil, iş ilişkisinin devamı ve feshinde de önem taşır. Bunun en temel örneği İş Kanununun iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 25. maddesinde, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllerin haklı fesih sebepleri olarak sayılmasında görülmektedir. Böylece işçinin kişiliğinin, iş sözleşmesinin gerek kuruluşu ve devamında, gerekse sona ermesinde oldukça önemli bir rol oynadığı açıktır<sup>144</sup>.

İş sözleşmesinin özelliği gereği işçinin kişiliğiyle doğrudan bağlantılı olması, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda olan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçinin, bu sebeple ortaya çıkabilecek çeşitli tehlikelere karşı korunması gerekliliğini doğurmakta ve bu kapsamda işverene çeşitli koruma yükümlülükleri yüklemektedir<sup>145</sup>. Bu bakımdan işçiyi koruma yükümlülüğünün içeriği, işçinin iş

---

<sup>139</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 83.

<sup>140</sup> Aktay ve diğerleri, s. 124; Güzel, Intuitus Personae, s. 181.

<sup>141</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 84.

<sup>142</sup> Güzel, Intuitus Personae, s. 181; Aydınli, Sosyal Temas, s. 84.

<sup>143</sup> Güzel, Intuitus Personae, s. 185.

<sup>144</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 84.

<sup>145</sup> Narmanlıoğlu, s. 321; Tunçomağ ve Centel, s. 10; Akyiğit, İş Hukuku, 158; Emine Tuncay Kaplan, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Verilere Karşı Korunması", Cemal Mihcioğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 52,

tehlikelerine karşı korunması gerekliliğinin yanı sıra, işçinin işyeri organizasyonuna ve işverene olan kişisel bağımlılığı dolayısıyla, kişilik haklarının korunması yönünde genişlemektedir<sup>146</sup>. Zira işveren, işçiyle aralarında bulunan iş sözleşmesinden dolayı işçinin kişisel değerlerinden yararlanmaya ve onlar üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili görünmekte ve bu sebeple işçinin korunması, iş hukuku açısından özellikle önem taşımaktadır<sup>147</sup>. Burada temeli taraflar arasında kurulan güven ilişkisine dayanan koruma yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır.

## 2. Hukuki Niteliği

Güven ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkan ve iş ilişkisinden doğan edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüklerinin ve sözleşmenin tarafları arasındaki sosyal temas ilişkisinin temel görünümü, işverenin işçiyi koruma/gözetme yükümlülüğü olarak ortaya çıkar<sup>148</sup>. İşverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünün hukukî dayanağı konusunda öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>149</sup>. Bu görüşlerden en temeli bu borcu dürüstlük kuralına ve taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisine dayandıran görüştür. Buna göre hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanlarında önemli rol oynayan, genel prensiplerden biri olan dürüstlük kuralı, tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi, iş ilişkisinde de taraflardan beklenen temel bir ödevdir. Bu bakımdan işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün temelinin de dürüstlük kuralına dayandırılması gerekir<sup>150</sup>. Zira dürüstlük kuralı, taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisinin kurulduğu borç ilişkilerinde tarafların birbirlerine karşı özen gösterme ve koruma, aydınlatma ve bilgi verme, işbirliği yapma gibi yükümlülüklerle

---

Ocak-Aralık, 1997, (Kişilik Hakları), s. 372; Güzel, Intuitus Personae, s. 184; Aydınli, Sosyal Temas, s. 87.

<sup>146</sup> Kaplan, Kişilik Hakları, s. 372; İbrahim Aydınli, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XIX, Kasım 2005, (İşçinin Kişiliğinin Korunması), s. 23.

<sup>147</sup> Aktay ve diğerleri, s. 124; Tunçomağ ve Centel, s. 11; Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1992, (İşverenin Hukuki Sorumluluğu), s. 9.

<sup>148</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 85.

<sup>149</sup> İşverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. İlhan Ulsan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 72, İstanbul, 1990, (İşçiyi Gözetme Borcu), ss. 4-19; Aydınli, Sosyal Temas, ss. 130-140.

<sup>150</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 5, dn. 15'te belirtilen yazarlar.

uyulmasını öngören özelliği, işçiyi koruma ve gözetme borcunun temelinde bu ilkenin yattığının göstergesidir<sup>151</sup>.

Buna karşılık öğretide, işçiyi koruma yükümlülüğünün hukukî niteliğini iş sözleşmesinin genel özelliklerine bağlayan görüşler de ileri sürülmektedir. Öncelikle bir kısım yazara göre işçiyi koruma yükümlülüğü işçinin sadakat yükümlülüğünün karşılığı niteliğinde görülmelidir<sup>152</sup>. Buna göre iş sözleşmesinin kişisel nitelikte oluşu, işçiye sadakat yükümlülüğü yüklerken, işverene de işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü yüklemekte, böylece taraflar arasında karşılıklı özen ve koruma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Esasen sadakat yükümlülüğü ile koruma yükümlülüğü içerik açısından birbirlerine benzemektedir. Ancak işçi ile işverenin iş ilişkisindeki yerleri göz önüne alındığında, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme borcu altında bulunması ve kişiliğinin işverenin egemenlik sahası altında olması sebebiyle, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, işçinin sadakat yükümlülüğüne kıyasla daha yoğun bir şekilde ortaya çıkmaktadır<sup>153</sup>. Ancak her iki yükümlülüğün de somut olaylara uygulanması ve değerlendirilmesinde, dürüstlük kuralı geçerli olmaktadır<sup>154</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise işçiyi koruma yükümlülüğünün dayanağı, iş sözleşmesinin kişisel niteliğine dayanır. Zira iş ilişkilerinde işin ifası tamamıyla işçinin kişisel emeği ile gerçekleştirilmektedir. Bu sayede işçinin emeğinden ayrılamayan diğer kişilik değerleri de işverenin hakimiyet sahası altına girmektedir. İşçinin bu şekilde işverene olan kişisel bağımlılığı nedeniyle korunması gerektiğinden, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü mevcuttur. Bu bakımdan işçiyi koruma yükümlülüğünün hukuki dayanağı, iş sözleşmesinin kişisel ve bağımlı niteliğidir<sup>155</sup>.

Öğretide işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünün iş sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlülüklerinden biri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan

---

<sup>151</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 5.

<sup>152</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 7, dn. 20'de belirtilen yazarlar; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 28, dn. 19'da belirtilen yazarlar.

<sup>153</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 8; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 28.

<sup>154</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 8; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 28; Aydın, Sosyal Temas, s. 133.

<sup>155</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 10, dn. 34'te belirtilen yazarlar; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 28, dn. 21'de belirtilen yazarlar.

görüş de bulunmaktadır<sup>156</sup>. Bu görüşe göre, iş sözleşmesi ile birlikte işçinin kişisel değerleri işverenin egemenlik sahası altına girmekte ve bu özellik iş sözleşmesinin tipini belirleyen temel unsurlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan olmazsa olmaz nitelikteki bu unsur gözetildiğinde, buna bağlı olarak ortaya çıkan işçiyi koruma yükümlülüğünün de aslî edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>157</sup>.

İşçiyi koruma yükümlülüğünü yan edim yükümlülüğü olarak kabul eden yazarlar da vardır. Nitekim Kaplan'a göre,

*“Hizmet akdinde işçinin kişisel edim yükü sebebiyle bu akdin kişisel ilişki kuran niteliği, işçinin sadakat borcu, borç ilişkisinde aslî edim borcu yanında dürüstlük kuralından kaynaklanan tarafların korunmasına yönelik yan edim yükümü niteliğindeki koruma yükümünün hep birlikte işverenin gözetme ve koruma borcunun hukuki dayanağını teşkil ettiğini kabul edebiliriz. İşverenin gözetme ve koruma borcunun kapsam ve ölçüsünün her somut olayda işçinin sadakat borcunda da olduğu gibi, MK 2.'deki doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre tespit edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz”<sup>158</sup>.*

Bu görüşlerin yanı sıra işçiyi koruma yükümlülüğünün aslî edim yükümlülüğü olmadığı, aksine yan yükümlülük niteliği taşıdığı da öğretide ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, iş ilişkilerinde de, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, aslî edim yükümlülüklerinin yanı sıra birtakım özen ve koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Taraflar iş ilişkisi sebebiyle girdikleri sosyal temas ilişkisi sonucunda, aslî edim niteliğinde olan işgörme ve ücret edimleri dışındaki kişi ve mal değerleri üzerinde de bazı koruma yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. İşverenin söz konusu koruma yükümlülüğü bu anlamda edimden bağımsız bir koruma yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> Bu görüşte olan Mollamahmutoğlu ve Astarlı'ya göre, “Gözetme borcu, ücret ödeme gibi işverenin aslî borçları arasında gösterilmektedir. Buna karşılık iş sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümü şeklinde de görülmektedir ki bu yaklaşım, iş ilişkisinin bağımlı süjesi sıfatıyla işçiyi koruma gayesi güden ve bunu sadece ücret ve fesihle koruma olarak değil, bedensel ve ruhsal sağlığını koruma olarak da kabul ederek kural koyan İş Hukuku bakımından yerinde bir yaklaşım oluşturmaz.”, Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 625.

<sup>157</sup> Bu görüşte bkz. Eren, ss. 35-36; Ulusan'a göre, “Aslî edim yükümlülüklerinin sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen niteliği göz önünde tutulursa, gözetme borcunun aslî edim niteliği taşıdığına kuşku duymamak gerekir. Çeşitli vesilelerle açıkladığımız gibi, gözetme borcu hizmet sözleşmesinin kişisel yönüyle doğrudan ilgilidir ve gerek gözetme borcunu yerine getirecek işveren gerekse işverenin etki ve koruma alanına giren ve bağımsız davranma olanağı bulunmayan işçi yönünden önem taşımaktadır. Borç ilişkisinin devamı süresince, iş görme ve ücret ödeme aslî edimleri gibi, üretim faaliyetinin her anında kendini duyuran gözetme borcu da hizmet sözleşmesinin belirttiğimiz anlamda kişisel niteliğini (tipini) belirlemeye yaradığından bir aslî edim yükümlülüğüdür.”, Ulusan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 19.

<sup>158</sup> Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, ss. 29-30.

<sup>159</sup> Ulusan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 13; Aydın, Sosyal Temas, ss. 136-140.



### 3. Koruma Yükümlülüğünün Kapsamı

İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel bir ilişkinin kurulmasını sağlayan özelliği, işçi yönünden işverenin çıkarlarını korumak ve çıkarlarına zarar verici davranışlardan kaçınmak ve işveren yönünden ise, işçiyi korumak ve gözetmek yükümlülüğünü doğurur<sup>160</sup>. Zira işçi işe başlamakla yalnızca emeğini değil, emeğinin dışında kalan diğer kişilik değerlerini de kendiliğinden işverenin egemenlik alanına ve iş organizasyonu kapsamına dahil etmektedir<sup>161</sup>. Bu kapsamda işveren, işçiye yardımcı olmak, onun çıkarlarını ve kişiliğini korumak ve zarar vermektan kaçınmak ve bunun için gerekli önlemleri almak ile yükümlü olur<sup>162</sup>. Zira işverene bağımlı olarak çalışan ve işverenin emir ve talimatlarına bağılı olarak iş organizasyonunun bir parçası olarak hareket etmekle yükümlü olan işçinin, kişilik değerlerinin ve hayat ve vücut bütünlüğünün zarar görmeye müsait hâle gelmesi sebebiyle, korunması gereksinimi doğduğu açıktır<sup>163</sup>.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. İşveren, bir birey olarak işçinin kişilik haklarına saygı gösterme yükümlülüğü altında olmanın yanı sıra, işçinin kişiliğini koruyucu birtakım yükümlülöklere de uymak zorundadır<sup>164</sup>. Bu borcun kapsamına hangi hususların girdiğinin önceden, sınırlı bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Ancak işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan yönetim hakkının sınırlarını aşması, borçlarını ifa etmemesi ve işçinin borçlarını ifasını haksız olarak kabul etmemesi gibi davranışları işçinin kişilik hakkına müdahale niteliği taşır. Bu bakımdan işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün, yönetim hakkının bir sınırı olduğu söylenebilir<sup>165</sup>. Ek olarak

<sup>160</sup> Mollamahmutöğlü ve Astarlı, s. 625; Narmanlıöğlü, s. 321; Süzek, İş Hukuku, s. 419; Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 3; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğı, s. 24; Murat Şen, "İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 28, Aralık 2012, s. 129.

<sup>161</sup> Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 2, 2003, (Koruma ve Gözetme Borcu), s. 6; Aydınlı, Sosyal Temas, s. 193.

<sup>162</sup> Narmanlıöğlü, s. 321; Süzek, İş Hukuku, s. 419; Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 1; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğı, ss. 24-25; Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliğı Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2013, (İşçinin Kişiliğinin Korunması), s. 111.

<sup>163</sup> Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 2; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğı, ss. 31-32.

<sup>164</sup> Narmanlıöğlü, s. 321; Süzek, İş Hukuku, s. 420; Fuat Bayram, "Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağani**, 2006, s. 11; Şen, s. 133.

<sup>165</sup> Süzek, Yönetim Hakkı, s. 232.

işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında birtakım eylem ve işlemleri de yerine getirmesi gerekmektedir<sup>166</sup>.

İşçinin kişiliğinin, yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması, işçinin korunması ve gözetilmesi borcunun kapsamında yer alan en temel yükümlülüklerdir. Zira bu yükümlülükler, hem Anayasa hem de yasalar ile güvence altına alınmıştır. Anayasanın herkesin maddi ve manevi varlığının geliştirmesi hakkına sahip olduğuna ilişkin 17. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 19. maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğünü ifade eden 24 ve 25. maddeleri ve küçüklerin ve kadınların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacağını düzenleyen 50. maddesi işçinin kişilik hakkını koruyucu nitelikte düzenlemelerdir. Aynı şekilde işçinin kişiliğini koruma borcu, genel olarak kişiliğin korunmasını düzenleyen Medeni Kanunun 23 ve devamı maddeleriyle Türk Borçlar Kanununun 58. madde hükmünün de iş hukukuna bir yansımasını teşkil etmektedir<sup>167</sup>.

Bunların yanı sıra işçiye gerekli bilgilendirmelerin yapılması, yetkili makamlara zamanında bildirimde bulunulması, işçiye kendisine ilişkin belgeleri inceleme olanağı tanınması, işçiye ait eşya ve araçların korunması gibi yükümlülükler de işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün bir parçasını oluşturmaktadır<sup>168</sup>.

İşverenin koruma ve gözetme borcu, yukarıda anılan yükümlülükler ve kanunda yer verilen hükümler ile sınırlı olmayıp, söz konusu borcun sınırını Medeni Kanunun 2. maddesinde “*Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*” şeklinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı çizmektedir<sup>169</sup>. İşverenin koruma yükümlülüğünün varlığı ve içeriği her olayın şartları dikkate alınarak tespit edilmelidir<sup>170</sup>.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü en temel şekliyle Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda karşılık gelen 332. madde düzenlemesine nazaran, işçinin kişiliğinin korunması hususunda ayrıntılı bir hüküm getirmiş ve işçinin sadece iş

---

<sup>166</sup> Bayram, s. 11.

<sup>167</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 420; Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s. 6.

<sup>168</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 626; Süzek, İş Hukuku, s. 419; Şen, s. 133.

<sup>169</sup> Narmanlıoğlu, s. 322; Süzek, İş Hukuku, s. 419; Ulusan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 2; Şen, s. 133.

<sup>170</sup> Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s. 2; Aydınli, Sosyal Temas, s. 96.

sağlığı ve güvenliği açısından korunmasını düzenleyen anlayışın yanında işçinin kişiliğinin de korunması prensibini getirmiştir. Böylece söz konusu düzenlemeyle işçinin sadece maddi kişilik değerleri açısından değil, aynı zamanda manevi ve ekonomik kişilik değerleri itibarıyla da korunması amaçlanmaktadır<sup>171</sup>.

Bu hükme 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 ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir.”*

Görüldüğü üzere yukarıda anılan bu madde, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, işçinin yaşamının, sağlığının ve beden bütünlüğünün yanında şeref ve haysiyetinin, özel yaşamının ve meslekî saygınlığının da korunmasını da içermekte ve böylece, işçilerin daha rahat ve huzurlu bir ortam içerisinde çalışabilmelerini sağlamayı amaçlamakta ve işverene “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmek” yükümlülüğünü yüklemektedir<sup>172</sup>.

Yine Türk Borçlar Kanununun 418. ve 419. maddelerinde de işçinin korunmasını amaçlayan hükümler getirilmiş ve “Ev düzeni içinde çalışma” ve “Kişisel verilerin kullanılmasında” işçinin kişiliğinin korunmasını düzenlenmiştir. Söz konusu maddelere göre,

*“İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür.*

*İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır.*

*İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür.” (TBK m. 418)*

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

<sup>171</sup> Bayram, ss. 11-12.

<sup>172</sup> Bayram, s. 14; Şen, s. 133; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 26.

*Özel kanun hükümleri saklıdır.” (TBK m. 419).*

Yukarıda yer verilen maddelerde yalnızca işçinin korunması yükümlülüğünden söz edilmektedir. Ancak işçinin korunmasının yanı sıra, kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa dahi, dürüstlük kuralı gereğince işverenin, işyerinde iş ilişkisi dahilinde çalışmayan fakat işyeri ile sosyal temasa geçmiş olan ve dürüstlük kuralı göz önüne alındığında korunması objektif bir haklılığa dayanan kişilere karşı da koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir<sup>173</sup>.

Koruma yükümlülüğünün kapsamı, tarafların iş sözleşmesinin aslî edimlerini teşkil eden işgörme ve ücretin dışında, karşılıklı olarak birbirlerine doğru bilgi vermeleri ve aydınlatmaları ve birbirlerine ve hukukî koruma alanı içinde bulunan kişilere ve mal varlıklarına zarar vermemelerinden oluşur. Taraflar, bunun için her türlü özeni göstermekle yükümlüdürler<sup>174</sup>. Bu bağlamda işverenin koruma yükümlülüğünün kapsamına özellikle işçiye ilişkin bildirimlerin zamanında yapılması, işçinin yaşam ve beden bütünlüğünün korunması, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlemin alınması ve işçinin bilgilendirilmesi, bir iş kazası durumunda veya meslek hastalığının tespitinde bunun zamanında yetkili makamlara bildirilmesi, işçinin işyerine getirdiği eşyaların korunması, iş sözleşmesinin bitiminden sonra talebi üzerine işçiye çalışma belgesi verilmesi gibi yükümlülükler girmektedir<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> “İşyerindeki stajyerler, çıraklar, işyerine eğitim amaçlı gezmeye gelen öğrenciler ya da işyerini gezmeye gelen konuklar, işyerinde çalışan alt işveren işçisi, ödünç işçi gibi” Aydınli, Sosyal Temas, s. 96, dn. 442.

<sup>174</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 97.

<sup>175</sup> Narmanlıoğlu, s. 322; Süzek, İş Hukuku, s. 419 ve devamı.; Ulsan, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 20 ve devamı.; Aydınli, Sosyal Temas, s. 97.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### I. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI VE KURULMASINA İLİŞKİN YAPILAN GÖRÜŞMELER

İş sözleşmesi, sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan bir özel hukuk sözleşmesidir. Özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle iş sözleşmesinde de, sözleşmeler için geçerli olan temel ve genel Borçlar Hukuku prensipleri uygulama alanı bulmaktadır<sup>176</sup>.

İş sözleşmeleri, ancak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda kurulduğundan, sözleşmenin akdedilmesinden önce tarafların irade beyanında bulunacakları ve sözleşme yapma niyetlerini ortaya koyacakları bir hazırlık evresi, yani görüşme aşaması bulunur. İşte iş sözleşmesi görüşmeleri (ya da iş görüşmeleri), tarafların iş sözleşmesinin kurulması amacıyla bir araya gelmeleri sonucu başlayan ve iş sözleşmesinin imzalanması ya da işe başvuran adayın iş başvurusunun reddi arasında geçen bu aşamaya verilen addır<sup>177</sup>.

İş sözleşmesi görüşmelerinin başlamasında ilk önemli adım işveren tarafından iş ilanının yapılmasıdır. Bununla birlikte görüşmelerin başlaması için ilanın yapılması şart olmayıp, görüşme talebinin işçiden de gelmesi mümkündür. İşveren ya da işçi tarafından yapılan görüşme talebi, görüşmelerin başlaması bakımından önem taşımakla birlikte, sadece verilen bir ilan ya da işçi tarafından yapılan bir başvuru gibi bireysel çabalar bu ilişkinin ortaya çıkabilmesi için yeterli değildir. Bu tür

---

<sup>176</sup> Süzek'e göre, "İşçi-işveren ilişkilerinden ortaya çıkan sorunları kuşkusuz her şeyden önce iş hukukunun ilke ve kurallarıyla çözümlenmelidir. Ancak iş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hukuk kurallarına başvurulması zorunluluğu ortaya çıkar....Ancak iş yasalarında boşluk bulunan hallerde genel hükümlerin uygulanması mutlak bir anlam taşımaz. Öğretide, medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarının iş hukukunun "özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde" ve "işçi-işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yanının elverdiği oranda" uygulanabileceği ileri sürülmektedir.", Sarper Süzek, "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması", **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, (Düzenleme Boşlukları), ss.132-134; Akyiğit, İş Hukuku, s. 97.

<sup>177</sup> Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1991, s. 240; Serkan Odaman, "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 274, Ekim 2002, (İşçinin İşvereni Yanıltması), s. 40.

davranışlar icap değil, ancak davet niteliği taşıyabilir<sup>178</sup>. Davet niteliği taşıyan bu tür davranışlar üzerine iş sözleşmesi akdetmek isteyen işçi iş hakkında ayrıntılı bilgi edinmek, işverense işçinin meslekî geçmişi, yetenekleri, eğitimi gibi konularda bilgi sahibi olmak amacıyla bir araya geleceklerdir. Bu amaçla gerçekleştirilecek görüşmeler sonucunda tarafların karşılıklı icap ve kabul beyanlarıyla iş sözleşmesi kurulacaktır<sup>179</sup>.

İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde, işe başvuran işçi aday ile işverenin çıkarları birbirinden farklıdır. İşverenin iş sözleşmesinin yapılmasındaki amacı, işyerindeki boş kadroyu iş için en doğru ve en uygun aday ile doldurmaktır<sup>180</sup>. Bunu sağlamak içinse işverenin iş sözleşmesi akdedeceği aday hakkında bilgiye ihtiyacı vardır. Ancak bu bilgi edinme ihtiyacı, pek çok hâlde işe başvuran adayın kişilik hakları ile çatışabilir. Bu nedenle işverenin işe başvuran işçi aday hakkında bilgi edinirken, onun kişilik haklarına zarar vermemesi önem taşır. Bu noktada iş görüşmeleri sırasında birbirine zıt menfaatlere sahip her iki tarafın çıkarlarının da zedelenmemesi önemlidir; ancak iş için başvuran işçi aday, işe ekonomik açıdan ihtiyaç duyduğu ve bu sebeple kural olarak, işverene nazaran daha zayıf konumda bulunduğundan, özellikle korunmaya muhtaçtır<sup>181</sup>. Bu nedenle görüşmeler sırasında taraflar, iş sözleşmesi henüz kurulmamış olmasına rağmen birbirlerine zarar vermemekle yükümlüdürler ve aksi bir durumda, dürüstlük kuralına aykırı davranışları sebebiyle neden oldukları zararlardan dolayı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olurlar<sup>182</sup>.

Görüşmeler sırasında sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen taraflar arasında dürüstlük kuralından kaynaklanan bir güven ilişkisi doğar ve buna bağlı olarak tarafların birbirlerini herhangi bir şekilde zarara uğratmamaları açısından uymaları gereken ve dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım özel davranış yükümlülükleri ortaya çıkar. Nitekim gerek işçinin gerekse işverenin İş Kanunu'nun haklı sebeple fesih hâllerini düzenleyen 24/II. ve 25/II. maddelerinde yer alan ahlak

---

<sup>178</sup> Manfred Rehbinder, "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", çev. Ömer Teoman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı: 1-4, 1982, ss. 745-746; Eyrenci, s. 240; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 40; Aydınli, Sosyal Temas, s. 122; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, (Temel Haklar), s. 61.

<sup>179</sup> Eyrenci, s. 239; Aydınli, Sosyal Temas, s. 122.

<sup>180</sup> Eyrenci, s. 239.

<sup>181</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 308; Eyrenci, s. 239; Aydınli, Sosyal Temas, s. 122.

<sup>182</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 308; Eyrenci, s. 241.

ve iyiniyet kurallarına uygun davranma yükümlülükleri, yalnızca iş sözleşmesinin devamı sırasında değil, sözleşmenin kurulması amacıyla yapılan görüşmeler esnasında da uyulması gereken yükümlülüklerdir<sup>183</sup>.

Sözleşme henüz imzalanmadan/akdedilmeden önce taraflar arasında ortaya çıkan sosyal temas ve güven ilişkisi sebebiyle, sözleşme kurulmadığından henüz edim yükümlülükleri doğmuş olmasa da, edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu ilişki sözleşme kurmak amacıyla yapılan görüşmelerle başlayıp, sözleşmenin imzalanması ya da başvurunun reddedilmesi ile sona erer<sup>184</sup>. İşte görüşmelerin başladığı bu aşamadan itibaren sosyal temas ilişkisi içerisinde olan görüşme taraflarının, dürüstlük kuralına göre hareket etme ve bu anlamda birbirlerinin menfaatlerini koruma ve birbirlerine zarar vermeme zorunlulukları doğmaktadır. Tarafların bu yükümlülüğü, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşme görüşmeleri ve sosyal temas sebebiyle ortaya çıkan koruma yükümlülüğü niteliğindedir ve ihlâl edilmesi tazminat sonucuna yol açar (culpa in contrahendo)<sup>185</sup>.

İş sözleşmesi görüşmeleri sırasında birbirleriyle yakın sosyal temas ilişkisine giren taraflar, birbirlerine karşı gerekli özeni göstermek, dürüstlük kuralı gereğince doğru ve gerekli bilgileri vermek, birbirlerinin ve hukukî koruma alanları içerisinde bulunan kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermemekle yükümlüdürler. Bu kapsamda genel olarak, işverenin, iş başvurusunda bulunan adayın kişilik değerlerine tecavüz edecek sorular sormamak, adayda sözleşmenin meydana geleceğine yönelik esası olmayan bir güven yaratmamak, başvuran adaya ait sertifika, diploma gibi belgeleri gizli tutmak, gerekiyorsa iade veya yok etmek, adaylar arasında eşit işlem yapmak gibi yükümlülükleri mevcut olmakla birlikte, buna karşılık işe başvuran adayın da görüşmeler sırasında öğrendiği sırları saklamak, işverene zarar verici açıklamalarda bulunmamak, kişilik haklarını zedelediği sürece işverenin sorularını doğru olarak yanıtlamak, işvereni yanıltmamak ve gerçeğe uygun bilgi vermek, iş ilişkisinin niteliği gereğince açıklanması gereken durumları kendiliğinden açıklamak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>186</sup>.

<sup>183</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 40.

<sup>184</sup> Eyrenci, s. 240; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 40.

<sup>185</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 308; Eyrenci, s. 241; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 40.

<sup>186</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 308; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98 ve devamı.; Aydın, Sosyal Temas, s. 122.

Tezimizin bu bölümünde işverenin iş sözleşmesi görüşmeleri aşamasında uymakla yükümlü olduğu yükümlülükler tespit edilmeye ve açıklanmaya çalışılacaktır. İşçinin yükümlülüklerine ise, tezimizin Üçüncü Bölümünde yer verilecektir.

## II. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞMELERİ SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. Tanışma Giderlerinin Ödenmesi

İş sözleşmesinin kurulması amacıyla görüşme yapma teklifi işverenden gelebileceği gibi, görüşmenin işçi adayı tarafından talep edilmesi de söz konusu olabilir. Kural olarak tanışma giderleri başvuruda bulunan kişi tarafından karşılanır. Bu nedenle tanışma isteği işçiden gelmişse, giderler işçiye ait olmalıdır<sup>187</sup>. Ancak görüşme talebi işverenden gelmiş ve işveren işçiyi tanışmaya zorlamışsa, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça ya da bu konuda bir teamül veya iş uygulaması bulunmadıkça, tanışma giderlerinin işverene ait olduğu kabul edilmelidir<sup>188</sup>.

Tanışma giderlerinin işverene ait olması için, görüşmeler sonucunda iş sözleşmesinin kurulup kurulmamış olmasının bir önemi yoktur<sup>189</sup>. Ancak işverenin, sözleşmenin kurulması yönünde bir niyeti olmamasına rağmen, işe başvuran adayı işe alacağı yönünde bir izlenim yaratması hâlinde, işverenin bu tutumu görüşmeler sırasında uymakla yükümlü olduğu koruma yükümlülüklerini ihlâl etmesi anlamı taşır ve işveren tanışma giderlerine ek olarak, işçinin sözleşmenin kurulacağına inanarak yapmış olduğu tüm gider ve masrafları (örneğin, konut değiştirme sonucu yapılan masraflar, eski işin kaybedilmesi nedeniyle uğranılan zarar gibi) culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin etmekle yükümlü olur<sup>190</sup>.

Tanışma giderlerini ödeme yükümlülüğü, yol, konaklama ve beslenme giderlerini kapsar. Buna karşılık işçi tarafından alınan o günlük ücret kaybının tazmini söz konusu olmaz, tazmin yükümlülüğü doğrudan doğruya tanışmadan kaynaklanan giderlerle sınırlı olarak uygulanmalıdır<sup>191</sup>.

<sup>187</sup> Eyrenci, s. 242; Aydınli, Sosyal Temas, s. 123.

<sup>188</sup> Rehbinden, s. 749; Eyrenci, s. 243; Akyigit, İş Hukuku, s. 98; Aydınli, Sosyal Temas, s. 123.

<sup>189</sup> Eyrenci, s. 243.

<sup>190</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 310; Eyrenci, s. 243; Akyigit, İş Hukuku, s. 98 Aydınli, Sosyal Temas, s. 123.

<sup>191</sup> Rehbinden, s. 749; Eyrenci, s. 243.



## **B. İşçinin Kişilik Haklarına Tecavüz Edecek Sorular Sormamak**

### **1. Genel Olarak**

İş sözleşmesinin yapılmasından önce işveren, kuşkusuz işe alacağı kişinin tüm özelliklerini bilmek ve başvuran adaylar arasından buna göre bir seçim yaparak isabetli bir karar vermek isteyecektir. Bu kararı verirken de, iş görüşmeleri sırasında başvuran adaylara çeşitli sorular sorarak adayların kişiliği ve meslekî yeterliliklerine ilişkin mümkün olduğunca ayrıntılı bilgi edinmeye çalışacak, hatta adaylar hakkında bilgi sahibi olabilecek üçüncü kişilere başvuracak ya da birtakım testlerin yapılmasını isteyebilecektir<sup>192</sup>. Her ne kadar işe alacağı kişi hakkında yeterince bilgi edinmesinde işverenin haklı bir çıkarı bulursa da, bu bilgi edinme hakkının sınırsız olmaması ve işçinin kişilik haklarını ihlâl edici nitelik taşımaması gerekir. Burada önemli olan nokta, işverenin işçi adayı hakkında hangi koşullarda ve hangi sınırlamalara tâbi olarak bilgi edinebileceği sorunudur.

Öncelikle iş görüşmeleri sözleşmenin taraflarından hangisi tarafından başlatılırsa başlatılsın, dürüstlük kuralı her halukarda görüşme aşamasına egemen olacağından, işverenin bu aşamada işçiye hangi tür sorular sorabileceği ve bununla bağlantılı olarak işçinin kendisine yöneltilen sorulardan hangilerine doğru cevap vermekle yükümlü tutulacağı ve kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı ya da hangi durumlarda böyle bir yükümlülüğü bulunduğu hususlarının belirlenmesi ve sınırının çizilmesi önem taşımaktadır. Zira işçinin kişiliğinin iş sözleşmesinin akdedilmesinde ön planda ve belirleyici olması ve iş ilişkisinin güvene dayalı bir ilişki olması nedeniyle, işveren açısından başvuru sahibi hakkında ayrıntılı bilgi almak önem taşısa da, işçi açısından da işverende olumsuz bir kanaat oluşturmak suretiyle iş sözleşmesinin gerçekleşmesini tehlikeye düşürmemek son derece önemlidir<sup>193</sup>. İşçi adayının, her ne kadar henüz işçi statüsünde olmadığından işverene bağımlı olduğundan söz edilemese de, kural olarak adayın işe ekonomik olarak gereksinimi, taraflar arasında iş sözleşmesindekine benzer bir dengesizliğin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Zira işçinin kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi ya da yapılmak istenen testleri reddetmesinin sonucu işini kaybetmesi,

---

<sup>192</sup> Eyrenci, s. 239; K. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, (İşçinin Özel Yaşamına Müdahale), s. 146.

<sup>193</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 64.

işçi adayının işe işe başvurusunun reddedilmesi olacaktır<sup>194</sup>. Bu sorun ancak işverenin sahip olduğu sözleşme özgürlüğü ile işçinin kişilik hakları ve özellikle özel yaşam hakkı arasında makul bir dengenin kurulmasıyla çözümlenebilecektir<sup>195</sup>.

İşverenin işçiye soru sorabilme yetkisi, sahip olduğu yönetim hakkından doğar<sup>196</sup>. Yönetim hakkı, işverenin vereceği talimatlarla yasa, toplu ve bireysel iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkıdır<sup>197</sup>. Bu hakka bağlı olarak işverenin adaya, yalnızca başvurduğu iş ve kadro ile ilgili olarak, işe alacağı adayı belirlemek açısından kendisine yarayacak bilgileri edinme hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. İmzalanması planlanan iş sözleşmesiyle ilgili bulunmayan hususlarda işçinin kural olarak cevap verme yükümlülüğü yoktur<sup>198</sup>. İşçiye sorulabilecek sorular ve işçiden istenebilecek bilgiler, işçinin yapacağı işle ilgili ve meslekî yeteneklerini ve bilgisini ölçmeye yönelik olmalıdır. Bununla amaçlanan işçinin özel yaşamına ilişkin olan ve meslekî yaşamı ile bağlantısı bulunmayan sebeplerle iş yaşamının dışında bırakılmamasının sağlanmasıdır<sup>199</sup>. Bununla birlikte işçinin kişiliğinin, iş sözleşmesinin kurulmasında ve devamında taşıdığı önem ve taraflar arasında kurulacak yakın güven ilişkisi sebebiyle işverenin işçiye soru sorma özgürlüğünün daha geniş tutulması gerekirse de, bunun sınırı Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ve işçinin kişilik haklarının korunması amacı olmalıdır<sup>200</sup>. Dolayısıyla sorulması meşru olan ve olmayan soruların sınırını dürüstlük kuralı ve işçinin kişilik hakları çizmektedir<sup>201</sup>.

İşçinin kişilik hakları ile işverenin çıkarları iş görüşmeleri sırasında karşı karşıya geleceğinden, işverenin bilgi edinme hakkını kullanabilmesi için, bilgi edinme menfaatinin objektif bir haklılığa dayanması ve işçinin kişilik haklarının korunmasından üstün nitelikte olması gerekir. Objektif haklılığa dayanmayan sorular

---

<sup>194</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 146.

<sup>195</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 147; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2008, s. 193.

<sup>196</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 106.

<sup>197</sup> Süzek, Yönetim Hakkı, s. 225.

<sup>198</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 64; Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 4, 2006, s. 12, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf>, (20.08.2013).

<sup>199</sup> Güzel, Intuitus Personae, s. 187.

<sup>200</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 40.

<sup>201</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 99.

işveren tarafından sorulamaz, sorulsa dahi işçinin bunlara cevap verme yükümlülüğü ya da gerçeğe uygun yanıtı bulma yükümlülüğü bulunmaz<sup>202</sup>.

Burada diğer bir önemli nokta, işçi adayının, işveren tarafından talep edilmemesine rağmen kendiliğinden bilgi verme ve açıklama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Kural olarak taraflar, iş görüşmesi sırasında kendiliğinden sözleşmenin karşı tarafını uyarmakla ya da dikkat çekmekle yükümlü değildir. Ancak iş ilişkisinin özelliği gereğince veya bu konudaki olağan anlayışa göre bir açıklama yapılmasının bekleneceği hâllerde, özellikle işçinin iş sözleşmesi ile üstleneceği işi yerine getirmesini imkansız kılacak ya da önemli ölçüde zorlaştıracak olguların mevcut olması durumunda, işçinin bunları kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Örneğin işçinin söz konusu işi ifa edememesine sebep olacak bir hastalığı ya da engeli bulunması hâlinde bunu işverene kendiliğinden açıklaması beklenir. Bu bakımdan tarafların genel bir açıklama yükümlülüğü kabul edilmemekte, sadece dürüstlük kuralının gerektirdiği hâllerde böyle bir yükümlülüğün varlığından bahsedilebilmektedir<sup>204</sup>.

İş görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerine karşı edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülükleri bulunduğundan, işverenin soru sorma hakkını aşması koruma yükümlülüklerini ihlâl etmesi anlamını taşır. İşverenin neden olduğu bu ihlâl sonucunda ortaya çıkan zararların giderilmesi için işçi adayı, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (culpa in contrahendo) dayanarak tazminat talep edebilecektir<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 65-66; Aydın, Sosyal Temas, s. 106.

<sup>203</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 65; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 152.

<sup>204</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 99; Bu hususa Üçüncü Bölümde işçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki yükümlülükleri incelenirken tekrar yer verilecektir.

<sup>205</sup> Eyrenci, s. 250; Ertürk, Temel Haklar, s. 65; Sevimli'ye göre, "Bu görüşün mutlak şekilde kabulü, sorunun sorulduğu anda zararın da oluştuğunun kabul edilebildiği ölçüde mümkündür. Tazminatın söz konusu olabilmesi için genel kural, bir zararın ortaya çıkmasıdır. Özel yaşama saygı sınırını aşan soruyu yanıtı bırakmak/testi reddetmek bu alana ilişkin bilgilerin öğrenilmesini, giderek, özel yaşama saldırı nedeniyle zarar oluşmasını engeller. 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 olur. 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 belirtilmektedir." Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, ss. 147-148.

## 2. Adaya Yöneltebilecek Soru Türleri ve Sınırları

### a. Adayın Kişisel Durumuna ve Meslekî Tecrübesine İlişkin Sorular

İşçi adayına adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, medeni durumu, yerleşim yeri, meslekî tecrübesi, eğitim durumu, mezun olduğu okul, askerlik durumu, yabancı dil bilgisi, daha önce çalıştığı işyerleri gibi işe alınması açısından önem taşıyan ve kişisel durumuna ilişkin sorular sorulabilir. Adayın bu tür sorulara doğru cevap vermesi beklenir<sup>206</sup>. Aynı şekilde adaya, halen bir işte çalışıp çalışmadığı da sorulabilir ve bunun da doğru olarak yanıtlanması gerekir. Bu tür sorulara aday tarafından doğru yanıt verilmemesi hâlinde adayın sorumluluğu söz konusu olabilir ve iş sözleşmesinin kurulması hâlinde ise, işverenin işçinin yanıtına bağlı olarak haklı sebeple iş sözleşmesini feshetmesi sonucu doğabilir (İş K. m. 25/II, a).

Adayın medeni hâline, yani evli olup olmadığına ya da kaç çocuğu olduğuna ilişkin sorular ise adaya sorulabilecek<sup>207</sup>, ancak kanaatimizce sırf bu sebebe dayanılarak adayın işe alınmaması mesleğini ve çalışma alanını serbestçe seçme hakkına aykırı nitelik taşıdığından hukuka uygun olmayacaktır. Bununla birlikte adayın yakın zamanda evlenip evlenmeyeceğine ilişkin soruların ise, işin niteliği bunu gerektirmedikçe<sup>208</sup>, genel itibarıyla sorulamayacağı ve sorulması hâlinde adayın cevap vermek zorunda olmadığı, öğretide genel olarak kabul edilmektedir<sup>209</sup>. Bu tür sorular, işle ilgisi bulunmayan ve kişinin meslekî yaşantısını ve başarısını ölçmeyen sorulardır. Kaldı ki işçi adayının evlenmeyi düşünüp düşünmediğine ya da kız veya erkek arkadaşı olup olmadığına ilişkin sorular, işçinin özel hayatının gizliliğini de ihlâl etmektedir. Zira işçinin aile yaşamı ile duygusal ve cinsel hayatı, özel

<sup>206</sup> Eyrenci, s. 250; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 378; Ertürk, Temel Haklar, s. 66; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 152; Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Basım, İstanbul, 2000, s. 153; Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008, (Kadın Erkek Eşitliği), s. 152; Aydın, Sosyal Temas, s. 107.

<sup>207</sup> Eyrenci'ye göre, "Adaya, kural olarak medeni hale ilişkin sorular (evli mi bekar mı olduğu, çocuklarının sayısı) yöneltebilir. Zira, bu sorulara verilecek cevaplardan işverene örneğin toplu iş sözleşmesi ile getirilen bazı parasal yüklerin tutarı belirlenebilir veya işveren sıkça seyahati gerektiren bir iş için bekar bir kişiyi işe almakta yarar görebilir.", Eyrenci, s. 251; Aksi görüşte Akyiğit'e göre, "İşçinin evli olup olmadığı ve kısa bir süre içinde evlenip evlenmeyeceğine dair sorular caiz görülmediği gibi her nasılsa yöneltilen bu tür soruya adayın doğru cevap verme yükümü de bulunmamaktadır." Akyiğit, İş Hukuku, s. 100.

<sup>208</sup> Örneğin, işçinin işverenin evinde yatılı olarak kalmak suretiyle çalıştırılmak üzere işe alınmasında bu tür bir sorunun geçerli olarak yöneltebileceği kabul edilmelidir. Eyrenci, s. 251.

<sup>209</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 100; Eyrenci, s. 250; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 376; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 155; Aydın, Sosyal Temas, s. 107.

yaşamının önemli bir parçasını ve en gizli alanını oluşturur. Ayrıca özellikle işçinin cinsel yaşamına yönelik sorular sorulması cinsel taciz kapsamında değerlendirilmelidir<sup>210</sup>. Bu nedenle işverenin iş ve işyeriyle doğrudan ilgisi bulunmayan ve işçinin giz alanına giren bu tür konularda bilgi edinme ve soru sorma hakkının sınırlı olması gerekir<sup>211</sup>. Bu bağlamda işçi adayına bu tür soruların sorulması hâlinde adayın gerçeğe uygun yanıt verme yükümlülüğünün bulunmadığı ve gerçeğe uygun olmayan yanıtlar hakkında adayın sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatindeyiz.

Adayın bütün ya da alkol gibi yasal maddeleri işyeri dışındaki özel yaşamında kullanıp kullanmadığının sorulmasının da mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Zira bu tür bir sorunun sorulması adayın özel yaşamının gizliliğini ihlâl edebileceği gibi, bu sorunun cevabı doğrultusunda adayın işe alınmamasının ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz<sup>212</sup>.

Adayın aile fertleri ya da akrabalarının çalıştığı işlerle ilgili sorular da, kurulması amaçlanan iş ilişkisiyle ilgili olmadığından kural olarak geçerli değildir. Ancak işle ilişkili olması hâlinde, örneğin adayın başvurduğu pozisyonun işletmenin önemli sırlarını öğrenebileceği ve rakip işletmelere sızdırmasının mümkün olabileceği durumlarda rakip işletmelerde çalışan bir yakınının bulunup bulunmadığının sorulması hukuka uygun kabul edilebilecektir. Bunun dışında adayın böyle bir soruya yanıt verme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>213</sup>.

Adaya önceki işinde aldığı ücretin sorulup sorulamayacağı ise tartışmalı olmakla birlikte genel olarak, yapılacak işin niteliğiyle doğrudan bağlantılı bulunan hâllerde sorunun geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>214</sup>. Örneğin komisyon ücretle çalışan bir işçinin önceki işinde aldığı ücret onun niteliklerinin ve çalışmasının bir göstergesi olacağından, işçinin önceki işyerinde aldığı ücretin yeni işle bağlantılı olduğu kabul edilebilecektir<sup>215</sup>. Burada başvuran adayın, önceki işyerinde aldığı ücrete ilişkin bir soruya doğru cevap vermekle yükümlü olup olmadığı, somut olayın

---

<sup>210</sup> Muzaffer Aydemir, **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, Ekin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 12.

<sup>211</sup> Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1343, Eskişehir, 2002, (Kişilik Hakları), s. 237.

<sup>212</sup> Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahale**, s. 156.

<sup>213</sup> Eyrenci, s. 251; Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahale**, s. 152.

<sup>214</sup> Rehbindir, s. 753; Eyrenci, s. 251; Kaplan, **Kişilik Hakları**, s. 376.

<sup>215</sup> Eyrenci, s. 252.

şartlarına göre belirlenmelidir<sup>216</sup>. Örneğin işçinin önceki işyerinde aldığı ücreti, yeni kurulacak iş ilişkisinde en alt ücret tutarı olarak şart koşmuş olması hâlinde bu ücreti doğru bir şekilde bildirmesi gerekir. İşçinin eski ücretini olduğundan yüksek beyan etmesi hâlinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak (İş K. m. 25/II, a) feshedebileceği kabul edilmelidir<sup>217</sup>.

Adaya önceki iş ilişkisinin hangi sebeple ve nasıl sona erdiği de yine sınırlı bir çerçevede sorulabilmeli, ancak bu sorular önceki iş sözleşmesini kendisinin feshedip etmediği, ihbar süresine uyup uymadığı gibi temel hususlarla sınırlı tutulmalıdır. Zira İş Kanununun 23. maddesi kapsamında işverenin sorumluluğu söz konusu olabileceğinden, bu bilgileri edinmesinde haklı bir çıkarı bulunmaktadır.

Yeni işverenin sorumluluğunu düzenleyen, İş Kanununun 23. maddesine göre;

*“Süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de aşağıdaki hâllerde birlikte sorumludur:*

- a) İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa,
- b) Yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa,
- c) Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse.”

Görüldüğü üzere bu madde gereğince, işçinin eski iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın feshetmiş olması hâlinde belirli şartlarda işveren de işçinin bu eyleminden sorumlu tutulabilmektedir<sup>218</sup>. İşçinin bu davranışına işverenin sebep olması hâlinde sorumluluğunun doğması tabiidir. Bununla birlikte Kanun, yeni işverenin işçinin bu davranışını bilerek işe almış olması ya da bu durumu öğrendikten sonra da birlikte çalışmaya devam etmesi hâllerini de işverenin sorumluluğu kapsamında değerlendirmiştir. Bu nedenle işverenin, bu maddede düzenlenen sorumlulukla karşı karşıya kalmamak amacıyla işçinin önceki işini feshi ile ilgili soru sorabileceği kabul edilmelidir. Ancak bu konuda adaya yöneltilecek

<sup>216</sup> Rehbindir, s. 753.

<sup>217</sup> Eyrenci, s. 252; Ertürk, Temel Haklar, s. 67; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 153.

<sup>218</sup> Yeni işverenin sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Tutucu ve Serkan Odaman, “İş Kanunu 15. Madde Uyarınca İşyerini Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt: II, Beta Basım, İstanbul, 2001, ss.1385-1414.

sorular yalnızca yukarıda sözü edilen sorumluluktan kaçınmak amacıyla sınırlı olmalıdır<sup>219</sup>. Bu amacı aşan soruları işverenin işçiye yönelmemesi gerekir.

İşverenin adaya eski işverenine karşı bir rekabet yasağının bulunup bulunmadığını sorması da mümkündür. İşverenin bu sorunun sorulmasında ve gerçeğe uygun yanıt almakta haklı bir çıkarı bulunmaktadır. Zira her ne kadar rekabet yasağı işçinin işyerinde öğrendiği bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra eski işvereniyle rekabet edecek şekilde kullanmasına engel olmayı amaçlayarak, esasen eski işvereni koruyucu bir özellik gösterse de, eski işverenin rekabet yasağına tâbi bulunan işçinin bu yasağa aykırı davranması hâlinde, şartları bulunduğu takdirde Türk Borçlar Kanununun 446/III. maddesi gereğince rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle eski işverenin bu hakkını kullanması hâlinde yeni işveren zarar görebileceğinden, işçinin rekabet yasağına tâbi olup olmadığını öğrenmesinde haklı çıkarının bulunduğu açıktır<sup>220</sup>. Hatta kanımızca rekabet yasağının bulunduğu hâllerde adayın bu durumu kendiliğinden açıklamasının beklenebileceği de kabul edilmelidir<sup>221</sup>.

Son olarak adayın ekonomik durumu veya bir borcunun bulunup bulunmadığına ilişkin soruların kural olarak geçersiz olduğu ve bu tür soruların sorulabileceği durumların istisnai olduğu kabul edilmelidir. Nitekim bu tür soruların kural olarak, yapılacak olan işle bağlantılı olmadığı kabul edilir. Ancak örneğin yapılacak işin parayla doğrudan bağlantılı olması ve adayın ekonomik durumunun bozuk olması sebebiyle zimmetine para geçirmesi ya da güveni kötüye kullanmasından korkulan hâllerde bu tür soruların sorulabileceği kabul edilmektedir<sup>222</sup>. İşçinin borcu sebebiyle maaşına konulabilecek haciz ihtimaliyse, henüz gerçekleşmemiş ve gerçekleşse dahi işverene vereceği zarar sınırlı bir olay olduğundan, bu tür soruların sorulmasının haklı görülmemesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 153.

<sup>220</sup> M. Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994, s. 47; Rehbinder, s. 753; Akyiğit, İş Hukuku, s. 104; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 153.

<sup>221</sup> Eyrenci, s. 252; Ertürk, Temel Haklar, s. 67.

<sup>222</sup> Eyrenci, s. 252; Ertürk, Temel Haklar, s. 67; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, ss. 153-154.

<sup>223</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 154; Aksi görüş için bkz. Akyiğit, İş Hukuku, s. 104, "Borcun bilhassa yüksek boyutlarda seyretmesi halinde sadece işletmenin imajının zedelenmesi, mağazanın (işverenin) kasası için bir saldırı tehlikesi, ücret hacizleri yoluyla işverenin ücret ödeme

## **b. Adayın Siyasî Görüş, Dinî İnanç ya da Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular**

İşe başvuran adayın hangi siyasî görüş, etnik köken ya da dinî inanca mensup olduğu konusunda, işverenin soru sorma hakkı bulunmamakta, işveren tarafından bu yönde bir soru sorulmuş olması hâlinde ise adayın cevap verme ya da doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>224</sup>. Bu tür soruların sorulması hâlinde cevap verilmesi işe alınmama riskini getirdiğinden, işçi tarafından bu sorulara karşı gerçeğe uygun olmayan yanıtlar verilebilecek ve görüşmeler sonucunda iş sözleşmesinin kurulması hâlinde işveren işçinin bu konuda kendisini yanıltması nedenine dayanarak (İş K. m. 25/II, a) sözleşmeyi haklı sebeple feshetme hakkını haiz olmayacaktır<sup>225</sup>. Bu alanlar, anayasal koruma altındadır. Nitekim Anayasanın 10., 24. ve 25. maddelerinde de belirtildiği üzere, herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir ve dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kimse her ne sebeple olsun, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Yine Anayasanın 67. maddesi ile herkesin, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyetlerde bulunma özgürlüğü hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan işverenin, işe başvuran bir adayı sahip olduğu görüş ve düşünceler ile görüşmeler sırasında yaptığı düşünce açıklamaları nedeniyle işe almaması, işçinin bir birey olarak sahip olduğu Anayasayla koruma altına alınmış olan düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüklerine aykırılık oluşturur. Aynı şekilde İş Kanununun 5. maddesiyle de iş ilişkisinde ırk, dil, din, mezhep, inanç, siyasal düşünce gibi sebeplerle herhangi bir ayırım yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca bu şekilde kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle bir

---

*departmanının tacize uğraması ile kalınmayıp meslekî ilerlemeyi de, çalışma zevkini de kaçıracağı, bu yüzden de bu noktadaki soruların caiz bulunduğu dile getirilmektedir”.*

<sup>224</sup> Eyrenci, s. 256; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 377; Aydın, Kişilik Hakları, s. 140; Ertürk, Temel Haklar, s. 72; Akyiğit, İş Hukuku, s. 99; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 157; Ancak Süzek'e göre, "Anayasanın 25. maddesi düşünce ve kanaat özgürlüğünü, 67. maddesi siyasal hakları, 51. maddesi (ve SK 31) sendikal özgürlükleri güvence altına aldığından kural olarak adaya siyasî eğilimi veya sendikaya üye olup olmadığı gibi konularda soru sorulamaz. Adayın bu tür sorulara doğru yanıt vermemesi işvereni yanıltma olarak kabul edilemez. Bu gibi durumlarda işçi, işvereni hukuka aykırı soru sormaması konusunda uyarabilir, ancak işçinin yalan söyleme hakkı yoktur. Aksi takdirde işçi kusurlu davranmış olur." Süzek, İş Hukuku, s. 309; Okur, s. 12.

<sup>225</sup> Okur, s. 12.



ayrımcılık yapılması hâli, Türk Ceza Kanununun 122. maddesiyle cezaî yaptırıma da bağlanmıştır. Anılan maddeye göre,

*“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

*a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,*

*b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

*c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”*

Yukarıda yer verilen hükümler ve sayılan sebeplerle işverenin, işe başvuran adayın siyasî görüşüne, etnik kökenine, dinî inancına ve bunun gibi ilişkin soru sorma hakkı bulunmamalıdır. Bununla birlikte işyerinin dinî bir kuruma ya da siyasî partiye ait olması durumu, bu kuralın bir istisnası niteliğinde olup, bu tür kurumlarda çalışacak adaylara bu yönde dinî inanç ya da siyasî görüşe ilişkin soru sorulabileceği kabul edilmelidir<sup>226</sup>. Örneğin cami, vakıf gibi yerlerde işe başvuran adaylara hangi dine mensup olduğunun sorulması bu şekildedir<sup>227</sup>. Bu hâllerde işçi adayı sorulara doğru yanıt vermekle yükümlüdür<sup>228</sup>.

Benzer durum adaya sendikalı olup olmadığının sorulmasında da geçerlidir. Nitekim sendika özgürlüğünü güvence altına alan Anayasanın 51. maddesi uyarınca çalışanlar ve işverenler, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma ve bunlara serbestçe üye olma hakkına sahiptirler. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Aynı şekilde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun<sup>229</sup> 25. maddesinin 1. fıkrasında da, işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliklerini muhafaza etmeleri veya üyelikten ayrılmaları ya da sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı, aksi hâlde sendikal tazminata hükmedileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında iş görüşmeleri esnasında işçi adayına, sendika üyeliği bulunup bulunmadığına ilişkin soru sorulması mümkün olmayacak ve sendikal nedene

<sup>226</sup> Eyrenci, s. 256; Aydın, Kişilik Hakları, s. 140; Ertürk, Temel Haklar, s. 72; Akyiğit, İş Hukuku, s. 99; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 157; Okur, s. 13.

<sup>227</sup> Rehbinder, s. 753; Akyiğit, İş Hukuku, s. 99.

<sup>228</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 140; Okur, s. 13.

<sup>229</sup> RG 07.11.2012, S. 28460.

dayanarak bir ayırım yapılması hâlinde tazminat söz konusu olacaktır. Bu hususta Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun “Sendika Özgürlüğünün Güvencesi” başlıklı 25. maddesi aşağıdaki şekildedir:

*“(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.*

*(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.*

*(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tâbi tutulamaz.*

*(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.*

*(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.*

*(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.*

*(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.*

*(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.*

*(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”*

Her ne kadar işverenin, işe başvuran bir adayı salt sahip olduğu görüş ve düşünceler ya da bir sendika üyeliği sebebiyle işe almaması, işçinin Anayasa ve kanunlar ile koruma altına alınmış temel hak ve özgürlüklerine aykırılık oluştursa da, böyle hukuka aykırı bir duruma rağmen adayın işe alınmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçinin yalnızca duruma göre sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanarak uğradığı zararların tazminini ya da

somut olaya göre sendikal tazminat talep etme hakkı doğabilir<sup>230</sup>. Benzer şekilde işçinin işe alınmaması, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne de aykırılık oluşturuyorsa işçi, şartları varsa, İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatını talep edebilecektir. Bu konuya ileride “İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü” başlığı altında yer verilecektir.

### c. Adayın Sağlık Durumuna ve Hamileliğe İlişkin Sorular

Başvuran adaya sağlığı ile ilgili olarak, adayın sağlığının yapılacak iş, işyeri ya da çalışan diğer işçiler açısından önem taşıması hâlinde, soru sorulabileceği ve adayın da bu hâllerde bu tür sorulara doğru cevap vermesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>231</sup>. Özellikle bulaşıcı hastalıklarda bu husus önem kazanmaktadır. Hatta öğretide, bulaşıcı hastalık ya da kronik hastalığı olan ve bu durumu işin ifasını etkileyecek ya da işin ifasını etkilemese de hastalığı diğer işçilere bulaşabilecek olan adayın bu durumu, dürüstlük kuralı gereğince, kendiliğinden açıklaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>232</sup>.

Hangi hastalıkların hangi işler için çalışma gücünü olumsuz yönde etkileyici olduğu konusunda ise kesin bir ölçüt ya da bir hastalık kataloğu vermek mümkün değildir. Bu, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur<sup>233</sup>.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesiyle işverenlere, işçilerin işe girişlerinde sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu maddeye göre alınması gereken sağlık raporları “işyeri

---

<sup>230</sup> Okur'a göre, “Öncelikle işverenin, işçiyi haklı olmayan nedenlerle işe almaması veya süresi biten iş sözleşmesinin süresini uzatmaması durumunda, işçi işverene karşı kişilik haklarının zedelenmesi ve çalışma özgürlüğünün ihlali sebebiyle zararın tazmini isteyebilir. İşçinin uğradığı zararlar, işe başvuru için yapılan harcamalar, görüşmeye ilişkin masrafları ve bunun gibi kapsayacaktır. İş ilişkisinin kurulmasından önce işçinin tazminat talebinin hukuki dayanaklarını, işverenin sözleşme öncesi özen ve dikkat yükümlülüğünün ihlali ile ve özellikle işverenin sözleşme öncesi işçiyi gözetme borcundan (culpa in contrahendo) oluşturabilecektir.”, Okur, ss. 30-33.

<sup>231</sup> Eyrenci, s. 252; Akyiğit, İş Hukuku, s. 100; Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 41; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 154.

<sup>232</sup> Eyrenci, s. 253; Süzek, İş Hukuku, s. 309; Rehbinder, s. 754-755; Ertürk, Temel Haklar, s. 68; Akyiğit, İş Hukuku, s. 100; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 154; Özel güvenlik görevlilerine de bazı hastalıklar ve sağlık durumu hususları sorulabilir. Ercan Akyiğit, “Özel Güvenlik Görevlilerinin Hukuki Konumu (İş Hukuku Açısından Bir İnceleme)”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 2, Mayıs 2000, [http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/cilt16\\_sayi2\\_bolum2.pdf](http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/cilt16_sayi2_bolum2.pdf), (20.08.2013), s. 11; Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 41.

<sup>233</sup> Eyrenci, s. 253; Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 41.

*sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden” alınacaktır.*

Uygulamada bayan işçi adaylarına sıkça sorulan bir diğer soru ise, hamile olup olmadığına ilişkindir. İş görüşmesi sırasında bayan işçi adaylarına hamile olup olmadıklarına ilişkin soruların sorulup sorulamayacağı noktası tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş bu durumun ancak yapılacak işle bir bağlantısı varsa soru olarak yöneltilebileceği ve aday tarafından ancak bu hâlde doğru olarak cevaplandırılması gerektiği yönündedir<sup>234</sup>. Örneğin adayın manken, sporcu, sahne sanatçısı, dansçı gibi bir pozisyon için işe alınacak olması hâlinde durum böyledir<sup>235</sup>. Hatta bu hâllerde adayın hamilelik durumunu kendiliğinden açıklaması da beklenebilecektir<sup>236</sup>. Kanaatimizce doğum iznine ayrılmış bir kişinin yerine geçici olarak istihdam edilecek bayan işçinin ya da belirli süreyle veya mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışacak olan bayan işçinin, eğer hamilelik durumu anlaşılıyorsa, bulunup bulunmadığı da işle ilgili olarak kabul edilmeli ve adaya geçerli olarak sorulabilmelidir.

İşle ilgili bulunmamasına rağmen iş görüşmeleri esnasında hamilelik durumunun bulunup bulunmadığının sorulması, cinsiyet nedeniyle yapılan ayırım niteliği taşır. Bu durum gerek Anayasanın 10. maddesi ve İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine, gerekse “BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>237</sup>”ne aykırı düşecektir. Nitekim İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrası gereğince de, işveren, *“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 yapamaz”*. Durumu açıkça ifade eden

---

<sup>234</sup> Eyrenci, s. 255; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 377; Akyiğit, İş Hukuku, s. 101; Yüksel, s. 156; Ertürk, Temel Haklar, s.69; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 154.

<sup>235</sup> Eyrenci, s. 255; Böyle bir durumda adayın hamilelik durumunu kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak bunun için adayın, söz konusu işte çalışmak için elverişsiz durumda olduğunu bilmesi gerekir. Bu halde açıklama yükümlülüğüne aykırı davranan işçinin iş sözleşmesinin feshi söz konusu olabilecektir. Ali Nazım Sözer, “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, 1982, Cilt: LXXIII, Sayı: 6, ss. 1051-1052; Rehbindir, s. 756; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 377; Akyiğit, İş Hukuku, s. 101; Odaman’a göre, böyle bir durumda hamile olduğunun kendiliğinden açıklanmaması, “pasif hile” teşkil eder. Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 41.

<sup>236</sup> Eyrenci, s. 255.

<sup>237</sup> Sözleşme, 03.09.1980 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından da 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun (RG 14.10.1985) ile uygun bulunmuştur.

bu hüküm karşısında, yukarıda bahsedilen belirli istisnai hâller ve meslek grupları haricinde işçi adayına hamile olup olmadığına ilişkin sorunun sorulamayacağı ve buna ilişkin bir rapor istenemeyeceği kabul edilmelidir<sup>238</sup>. Buna karşılık işin niteliği adayın veya doğacak çocuğun sağlığını etkileyebilecek nitelikteyse, hamilelikle ilgili soruların sorulabileceği ve bu durumda bu tür soruların doğru yanıtlanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>239</sup>.

Adayın hamileliğinin gözle görülür şekilde anlaşılıyor olması hâlinde ise hamilelikle ilgili soruların sorulabileceği kabul edilmelidir. Zira İş Kanununun 74. maddesine göre, “*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik hâlinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir.*” Dolayısıyla bu gibi durumlarda işverenin adaya, hamileliğinin kaçınıcı haftasında olduğu ile ilgili sorular sorması ve eğer aday, son 8 (çoğul gebelik hâlinde 10) haftasının içerisindeyse, adayı işe almaması hukuka ve eşitliğe aykırı nitelikte olmayacaktır. Bu hâlde adayın da kendisine yöneltilen soruyu gerçeğe uygun şekilde yanıtlaması gerekir. Ayrıca kanaatimizce tereddüt hâlinde, işverenin bu konuda doktor raporu isteyebileceği de kabul edilmelidir<sup>240</sup>.

Baskın görüş yukarıda sözü edilen istisnai durumlar haricinde bayan işçi adayına hamilelik durumuna ilişkin soru sorulamayacağı yönünde de olsa, bunun isabetli olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre hamilelik durumu işveren için önemli maddi yükler getirdiğinden, iş başvurusunda bulunan bayan adaya hamilelikle ilgili soru sorulabilmeli ve adayın da bu sorulara doğru yanıt vermesi beklenmelidir<sup>241</sup>. İşveren işçi adayının hamileliğini öğrenmekte önemli hukuki ve ekonomik menfaatlere sahiptir. Zira işçinin hamile olması, işin seyrini etkileyecek, işçinin belirli bir süre çalışmaması sonucunu doğuracak ve aynı

---

<sup>238</sup> Eyrenci, s. 255; Yüksel, s. 157; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 156.

<sup>239</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 70; Akyiğit, İş Hukuku, s. 101.

<sup>240</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 102.

<sup>241</sup> Rehbindir, s. 754; Sözer, s. 1050; Odaman’a göre, “*Henüz sözleşme görüşmeleri sırasında kadın adayın hamile olup olmadığını bilmekte, işverenin haklı bir çıkarı vardır. Zira işin niteliği gerektirse de gerektirmese de işverenin, hamile olan işçiye karşı hafife alınmayacak bazı yükümlülükleri bulunmaktadır, dolayısıyla, işveren, kadın adaya hamile olup olmadığını sorabilmelidir. Ancak işverenin, kadın adaydan bir hamilelik testi raporu getirmesini talep etmesi mümkün değildir, zira bu istek, kişinin mahremiyet alanına bir tecavüz niteliği taşıyacaktır. Bu nedenle adayın, hamilelik durumu konusunda işverene doğru bilgi vermesi gerekmektedir. Aksi halde işveren bu sebep dolayısıyla hizmet sözleşmesini m. 17/II-a (4857 sayılı İş Kanunu’nda 25/II-a) uyarınca haklı sebeple feshedebilecektir.*” Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 41.

zamanda işverenin hamilelik durumunu bilmemesi hâlinde, hamile işçinin korunmasına ilişkin düzenlemelere aykırı davranması sonucu doğabilecektir<sup>242</sup>. Hatta Odaman'a göre, kadın adaya yakın bir zamanda hamilelik düşünüp düşünmediği dahi sorulabilmelidir. Aksi hâlde görüşmeler sırasında hamile olup olmadığının sorulmasının bir anlamı kalmayacaktır<sup>243</sup>.

Bu konuda önem taşıyan diğer bir husus, işyerine sadece bayan çalışan alınacağı ve işe yalnızca bayan adayların başvurması durumunda adaylara hamilelik durumuyla ilgili soru yöneltip yöneltilemeyeceğidir. Nitekim böyle bir durumda tüm adaylar bayan olduğundan, adaya hamilelikle ilgili soru sorulmasının cinsiyet ayrımı oluşturduğunu söylemek kolay değildir. Bu konu tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş yine de bu tür soruların sorulamayacağı ve cinsiyet ayrımı niteliği taşıyacağı yönündedir<sup>244</sup>. Kaldı ki 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyete dayalı ayrımın yanı sıra hamilelik nedeniyle yapılacak her tür eşitlik dışı işlem de açıkça yasaklandığından bu yönde bir sorunun sorulmasının hukuka uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

#### **d. Eski Hükümlülüğe İlişkin Sorular**

Başvuran adaya sabıkasının (eski hükümlülüğünün) bulunup bulunmadığının, ancak bu sabıkanın yapılacak işle bağlantılı olması hâlinde sorulabileceği kabul edilmelidir<sup>245</sup>. Örneğin, şoför olarak işe alınacak bir adaya önceden bir trafik suçundan sabıkası olup olmadığı hususu sorulabilmelidir ve bu soruya adayın doğru cevap vermesi gerekir. Hatta bu durumda adayın kendiliğinden açıklama yükümlülüğünün bulunduğu dahi kabul edilebilir<sup>246</sup>.

Başvurulan işle bağlantılı olma koşulunun yanı sıra, eski hükümlülüğün adaya sorulabilmesi ve aday tarafından gerçeğe uygun cevap verme yükümlülüğünün

---

<sup>242</sup> Sözer, s. 1050.

<sup>243</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 42.

<sup>244</sup> Alman Federal İş Mahkemesi somut bir olayda, bu gibi durumlarda hamilelikle ilgili soruyu caiz görmüş ve cinsiyet ayrımı iddiasını reddetmiştir. Ancak Avrupa Adalet Divanı, yalnızca bayan işçilerin işe alınması söz konusu olsa dahi, böyle bir sorunun sorulmasının cinsiyet ayrımcılığına yol açacağını kabul etmiş, Alman Federal İş Mahkemesi de bu karara uymuştur. Ertürk, Temel Haklar, s. 71; Akyiğit, İş Hukuku, s. 101.

<sup>245</sup> Rehbinder, s. 755; Eyrenci, s. 255; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 378.

<sup>246</sup> Rehbinder, s. 755; Ertürk, Temel Haklar, s. 71; Akyiğit, İş Hukuku, s. 103; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 156.

doğması için, sabıkanın adli sicilden silinmemiş olması da gerekmektedir, zira adli sicilden silinmiş bir mahkumiyeti adayın bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>247</sup>.

Uygulamada genellikle fiilen istenmekte ise de, adaylardan sabıkası olmadığına dair belge istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Odaman'a göre,

*“İşe başvuru esnasında adaydan sabıka kaydının istenmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü bu belgede, adayın işin niteliği ile ilgisi olsun ya da olmasın tüm mahkumiyetleri görülecektir. Halbuki aday kural olarak işle ilgili olmayan daha önceki bir sabıkasını açıklamak zorunda değildir”<sup>248</sup>.*

### **e. Adayın Engelliliğinin Bulunup Bulunmadığına İlişkin Sorular**

Adayın engelliliğinin olup olmadığına ilişkin soruların işin ifasıyla ilgili olması durumunda, adaya sorulabilmesi ve adayın da bu tür sorulara doğru yanıt vermesi gerekmektedir. Ancak mevcut engellilik hâlinin işin ifasına bir etkisi bulunmadığı durumlarda, adayın bunu açıklama zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>249</sup>.

## **3. Aday Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme**

İşverenler genellikle görüşmeler sırasında işçi adaylarına yönelttikleri soruların cevaplarıyla yetinmeyerek, üçüncü kişilerden, özellikle adayların eski işverenlerinden bilgi almak yoluna gidebilmektedirler. Ancak bunu yaparken işverenler, adayların çıkarlarını gözetmekle yükümlüdürler. Her şeyden önce önemle belirtilmelidir ki, işverenin üçüncü kişilere sorabileceği sorular, adaya sorma hakkını haiz olduğu sorular ile sınırlıdır. Adaya yöneltmesinin haklı olmadığı bir sorunun üçüncü kişilere yöneltmesi, adayın meşru olmayan sorular karşısında korunmasının dolanılması anlamını taşır<sup>250</sup>.

Bilgi alınmak istenen kişi eğer eski işveren ise, işçinin rızasının aranıp aranmayacağı sorunu önem gösterir. Kanaatimizce adayın eski işvereniyle arasındaki iş sözleşmesi henüz sona ermemişse, işçinin rızası alınmadıkça işverenden bilgi talep edilmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumda işçi, iş sözleşmesini sona erdirmemesine rağmen yeni bir iş ilişkisine girmek istemektedir. Bu nedenle iş

<sup>247</sup> Rehbinder, s. 755; Ertürk, Temel Haklar, s. 72; Akyiğit, İş Hukuku, s. 103; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 157.

<sup>248</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 42; Aynı görüşte bkz. Eyrenci, s. 256.

<sup>249</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 104.

<sup>250</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 74; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 158.

başvurusu henüz sonuçlanmamışken eski işverenin bu durumu bilmemesi işçinin yararına olacaktır<sup>251</sup>. Bu bakımdan işverenin, adayın rızası alınmamasına rağmen halen çalışmakta olduğu işyerine bilgi almak üzere başvurması ve bunun işçi aleyhine sonuç doğurması durumunda işçi adayı, sözleşme görüşmelerinden sorumluluk (culpa in contrahendo) gereğince yeni işverenden tazminat talep edebilmelidir<sup>252</sup>. Ancak adayın halen çalıştığı işyerindeki işvereni referans olarak göstermesi durumunda, işçinin rızası bulunduğu kabul edilmelidir<sup>253</sup>.

Adayın eski işvereninden bilgi alınmasına rıza gösterdiği hâllerde, eski işverenin işçiyi gözetme borcuna dayalı olarak doğru bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>254</sup>. İşverenin özellikle yapılacak işle doğrudan ilişkili olmayan bilgileri vermektan kaçınması önem taşır. Gerçeğe uygun olmayan bilgilerin verildiğinin işçi tarafından öğrenilmesi hâlinde, işçi tarafından haksız fiil nedeniyle Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi gereğince tazminat talep edilebilecektir<sup>255</sup>. Aynı şekilde eski işveren tarafından yanlış bilgi verilmesi sonucunda yeni işverenin de zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu durumda da yine zarara uğrayan yeni işverenin, haksız fiil hükümleri gereğince tazminat talep etmesi mümkün olabilecektir<sup>256</sup>.

Eski işinden ayrılmış olan adayın ise, rızası aranmaksızın eski işvereninden bilgi alınabileceği ilke olarak kabul edilmektedir<sup>257</sup>. Ancak elbette ki eski işverenin gerçeğe uygun bilgi vermesi ve işle ilgili olmayan hususlarda bilgi vermektan kaçınması gerekecektir. Aksi hâlde işçi, genel hükümlere dayanarak tazminat talep edebilir<sup>258</sup>.

---

<sup>251</sup> Eyrenci, s. 259.

<sup>252</sup> Rehbinder, s. 747; Eyrenci, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 159.

<sup>253</sup> Eyrenci, s. 259; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 158.

<sup>254</sup> Eyrenci, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 160.

<sup>255</sup> Rehbinder, s. 747; Eyrenci, s. 260; Ertürk, Temel Haklar, s. 75; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 160.

<sup>256</sup> Rehbinder, s. 747; Eyrenci, s. 260.

<sup>257</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 158.

<sup>258</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 76.



#### **4. Adaylardan Talep Edilebilecek Testler**

##### **a. Genel Olarak**

Özellikle son yıllarda işverenler, işe alım aşamasında adayların yetenek ve kişiliğini ölçmek için birtakım tıbbî ya da psikolojik testler uygulamak isteyebilmektedirler. İş sözleşmesi görüşmeleri sırasında adayların hangi tür testlere tâbi tutulabileceği kuşkusuz adayın kişilik hakları dikkate alınarak belirlenmesi gereken bir konudur<sup>259</sup>.

Öncelikle genel olarak adaylara uygulanacak testlerin, profesyonel uzmanlar tarafından hazırlanmış ve adayın başvurduğu işe uygun olup olmadığını ölçebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu bakımdan testler, adayların tarafsız, eşit ve her türlü ayrımcılıktan uzak şekilde değerlendirilmesini sağlayıcı nitelikte olmalı, kimseyi mağdur edici özellik taşımamalıdır<sup>260</sup>.

Burada işçilerin işe uygunluğunu test etmek, kişiliği ve becerilerini ölçmek ya da işyerindeki güvenliği sağlamak gibi amaçlarla işverenler, kişilik testlerine ve psikolojik testlere başvurulabilmekte, bunun yanı sıra alkol ve uyuşturucu testi, HIV testi ya da bazı genetik testler de talep edebilmektedirler. Bu tür testlerin işçi adayından talep edilip edilemeyeceği ve ne şartlarla uygulanabileceği önem taşımaktadır.

İşyerinde uygulanan testler genel itibariyle alkol ve uyuşturucu testleri, HIV/AIDS testleri, genetik testler, psikolojik testler olarak dört kategoriye ayrılabilir.

##### **b. Alkol ve Uyuşturucu Testleri**

Alkol ve uyuşturucu madde kullanımının işin yapılmasını ve seyrini etkileyebilecek nitelik taşıması ve işçinin performansına olumsuz etkisi göz önüne alındığında işverenler, bu tür maddelerin kullanımı kaynaklı sorunların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla işçilerin işe alınması esnasında ya da işin devamı sırasında teste tâbi tutulmalarını talep edebilmektedir<sup>261</sup>. İşverenlerin bu testlerin yapılmasının gerekliliği hakkında temel argümanları iş kazalarının önlenmesi,

---

<sup>259</sup> Akyiğit, İş Hukuku, s. 98; Bayram, s. 20.

<sup>260</sup> Yüksel, s. 166.

<sup>261</sup> Aydın, Kişilik Hakları, ss. 168-169; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 163.

işyerinde güvenliğin sağlanması, üretkenliğin ve performansın artması, devamsızlığın azalması, işyerinde düzenin sağlanması gibi nedenlerdir<sup>262</sup>.

Alkol ve uyuşturucu testleri çeşitli yönlerden işçinin kişilik haklarına ve özel yaşamına müdahale niteliği taşır. Öncelikle kişiden kan, idrar gibi biyolojik madde alınmasını gerektiren bu tür testler, kişinin beden bütünlüğüne ve özel yaşam hakkına aykırı niteliktedir<sup>263</sup>. Alkol testi her ne kadar nefes testi ile de yapılabiliriyorsa da alkol miktarının saptanabilmesi için kan testlerine de başvurulabilmektedir. Uyuşturucu testleri içinse genelde idrar ya da kan testleri kullanılmaktadır.

İşçinin kişilik haklarına ve özel yaşamına müdahalenin yanı sıra bu tür testlerin bir diğer olumsuz yönü de teste tâbi tutulan işçinin gizli kalmasını istediği ve özel yaşamına dahil olan sağlık durumuna ilişkin bilgilerin de kan ya da idrar tahlilleri sonucunda ortaya çıkabilmesidir. Örneğin alkol ya da uyuşturucu kullanımını saptamak amacıyla kan tahlili yapılması üzerine işçinin hamilelik durumunun ya da işe etkili olmayan fakat işçinin saklamakta olduğu bir hastalığının öğrenilmesi söz konusu olabilir<sup>264</sup>. Bu nedenle de bu testlerin yapılması hâlinde işçinin özel hayatının gizliliğinin ihlâli sonucu doğabilmektedir. Ayrıca bu tür testlerin yapılma payı da göz önüne alındığında, işçinin işyerinde göstereceği performansı tespit etmek açısından ne kadar yetersiz olduğu da görülmektedir<sup>265</sup>. Bu bakımdan işe alım esnasında amaca ulaşmayı kesin olarak sağlamayan ve güvenilirliği kesin olarak kanıtlanmış olmayan bu testlere göre işlem yapılabilecek olması ihtimali, yani işe başvuran adayın test sonucuna göre işe alınmaması sonucunun doğabilecek olması da bu testlerin işçinin kişilik haklarını zedeleyebileceğinin göstergesidir.

Alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılabilmesinin temel koşulu işçi adayının bu konuda rızasının alınmasıdır. Kişilik hakkına ve özel yaşamının gizliliğine olan olumsuz etkileri göz önüne alındığında bu sonuç kaçınılmazdır. Ayrıca Medeni Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.*” Bu hüküm dikkate

---

<sup>262</sup> Robert Husbands/Behrouz Shahandeh, “Case Study: Drugs And Alcohol In The Workplace-Ethical Considerations”, <http://www.ilo.org/oshenc/part-iii/ethical-issues/item/336-case-study-drugs-and-alcohol-in-the-workplace-ethical-considerations>, (07.08.2013).

<sup>263</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 163.

<sup>264</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 164.

<sup>265</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, ss. 165-166.

alındığında işçi adayına böyle bir test uygulanmak istenmesi hâlinde, yazılı rızasının alınması gerekecektir<sup>266</sup>. İşçinin rızasının alınmasının yanı sıra bu tür testlerin yapılabilmesi için, testin yapılmasının gerekli olması ve makul ve haklı bir sebebe dayanması gerekmektedir<sup>267</sup>. Ayrıca bu tür testlerin gizli tutulması da önem taşır. Bu nedenle işçinin özel yaşamına zarar vermemek amacıyla testlerin gizli yapılması ve sonuçlarının gizli tutulması da testin yapılabilmesinin koşullarındandır.

Alkol ve uyuşturucu testlerinin işçilere uygulanabilmesinin koşulları ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) tarafından da kabul edilmiş ve bazı ilkeler benimsenmiştir. ILO'ya göre bu tür testler, işçilerin özel yaşamının gizliliğini ve kişilik haklarını ihlâl etmeyecek şekilde yapılmalı, bu amaçla teste tâbi tutulacak işçinin rızası alınarak gerçekleştirilmeli, testler gizli yapılmalı ve sonuçları gizli tutulmalı, işçiye test sonuçlarını öğrenme hakkı tanınmalı, testlerin kalitesi en yüksek seviyede olmalı ve pozitif çıkan test sonuçları bağımsız tıbbî denetime açık olmalıdır. Aynı zamanda yapılacak olan testin, alkol ve uyuşturucu kullanımı ile iş güvenliği ve verimlilik arasındaki ilişkiyi ölçmeye yaraması gerekmektedir<sup>268</sup>.

Alkol ve uyuşturucu testlerine izin verilip verilmemesi hususunda ulusal düzenlerde durum farklılık gösterir. Örneğin Avrupa'da İsveç, Norveç, Hollanda gibi bazı ülkelerde belli durumlarda ve belirli mesleklerle (örneğin, kara, deniz ya da hava taşımacılığında) sınırlı olarak da olsa bu tür testlere izin verildiği görülmektedir<sup>269</sup>. ABD'de ise, eyaletler arasında farklılık gösterse de, bazı sektörlerde alkol ve uyuşturucu testleri yaygın olarak uygulanmakta, hatta bazı hâllerde, özellikle kara, deniz, hava ve demir yolu çalışanlarına bu testlerin yapılması bir zorunluluk hâlini almaktadır<sup>270</sup>.

Türk İş Hukuku'nda henüz bu konuda bir düzenleme mevcut değildir.

<sup>266</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 173; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 162.

<sup>267</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 163; Bayram, s. 21.

<sup>268</sup> ILO, **Workers' Privacy Part III: Testing In The Workplace**, Conditions of Work Digest, Volume: 12, No: 2, Geneva, 1993, (Testing In The Workplace), [http://books.google.com.tr/books?id=eisbpZMK4qkC&pg=PA37&hl=tr&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.tr/books?id=eisbpZMK4qkC&pg=PA37&hl=tr&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false), s. 35.

<sup>269</sup> Husbands/Shahandeh, <http://www.ilo.org/oshenc/part-iii/ethical-issues/item/336-case-study-drugs-and-alcohol-in-the-workplace-ethical-considerations>, (07.08.2013).

<sup>270</sup> Husbands/Shahandeh; Aydın, Kişilik Hakları, ss. 170-176.

### c. HIV/AIDS Testleri

Aids, genel olarak cinsel ilişki ya da kan alışverişi ile bulaşan HIV virüsünden kaynaklanan ve bağışıklık sistemini etkileyen bir hastalık olarak ortaya çıkar. İşyerinde normal koşullar altında HIV'in bulaşması riski bulunmamakta, ancak sağlık çalışanları gibi belirli meslek gruplarında kazara bu virüsün alınması söz konusu olabilmektedir.

Çalışma konumuz açısından bakıldığında, işyerinde HIV/Aids hastası çalıştırılmasının diğer işçiler açısından istenmemesi ve HIV'in Aids'e dönüşmesi hâlinde ve hastalığın ilerlemesinden sonra kişinin çalışma kapasitesinin düşmesi gerekçeleriyle işverenler işe alım sırasında işe başvuran adaylara ya da iş sözleşmesinin devamı esnasında çalışanlarına HIV testi yapma eğilimi gösterebilmektedirler<sup>271</sup>.

Ülkeden ülkeye farklılık göstermekle beraber dünyada sağlık mesleği çalışanları, askeri personel, diplomatik personel, polis, hayat kadını, pilot gibi belirli bazı meslek gruplarında çalışan kişilere HIV/Aids testlerinin yaptırılmasının önerildiği görülmektedir. Bu testlerin yapılması için işçinin rızası aransa da, işçinin muvafakat etmemesi hâlinde işe alınmaması ya da işten çıkarılması söz konusu olabilmektedir<sup>272</sup>.

Esasen HIV pozitif kişiler normal şartlar altında diğer işçiler gibi çalışabilmektedirler. Yalnızca bu virüsü taşımak, çalışmaya engel bir durum oluşturmaz. Buna rağmen bu tür testlerin yapılması, teste maruz kalan işçilerin kişilik haklarını ihlâl edebilir. Bu nedenle hangi hâllerde ve hangi koşullarda bu tür testlerin yapılabileceğinin tespiti önemlidir.

Bu hususta ILO'nun hazırlamış olduğu 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. HIV testi, işe alımda ya da iş sözleşmesinin devamında bir ön koşul olarak kullanılmamalıdır. Çalışanlar için, işe girişte ya da iş*

<sup>271</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 178; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 174.

<sup>272</sup> ILO, Testing In The Workplace, ss. 40-46.

*sözleşmesinin devamında düzenli aralıklarla yapılan işe uygunluğu belirlemeye yönelik sağlık testlerinde ise, zorunlu HIV testine yer verilmemelidir.” (ILO HIV/Aids Code, para. 8, 8.1)<sup>273</sup>.*

Türk İş Hukuku’nda bu konuda bir düzenleme bulunmamakla birlikte İş Kanununun eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddesi göz önüne alındığında, HIV pozitif kişilere farklı muamele yapılmasının yasak olduğu söylenebilecektir. Nitekim anılan maddeyle, iş ilişkisinde “*dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı*” ayırım yapılması yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu maddede sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı ve “ve benzeri sebepler” denildiğinden, HIV pozitif kişilere yapılacak ayrımcılığın da bu madde kapsamına sokulması mümkündür. Bu nedenle HIV virüsü taşıyan kişilerin işyerinde diğer işçiler gibi çalışabilmeleri ve normal şartlarda bulaşma riskinin hemen hemen bulunmaması karşısında, HIV testi istenmesinin ve test sonucuna göre HIV pozitif işçilerin aleyhine muamele yapılmasının eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağı ve işverenin işçinin HIV virüsü taşıdığını öğrenmesinde hukuka uygun bir nedeni bulunmadığından bu tür bir test isteminin özel hayatın gizliliğine ve işçinin kişilik haklarına müdahale niteliği taşıdığı kabul edilmelidir<sup>274</sup>. Bu durumda iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işçi adayından HIV testinin istenmesi hâlinde, bu durum soru sorma ve bilgi edinme hakkının aşılması anlamını taşıyacaktır<sup>275</sup>. Bu tür bir testin işçiden talep edilmesi ve işçinin bu talebi reddedilmesi üzerine salt bu sebeple işçinin işe alınmamasının yaptırımını açıkça düzenlenmiş olmasa da, kanaatimizce hem işverenin soru sorma hakkının sınırlarını aşması hem de eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle, işçi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanarak tazminat talebinde bulunabilir. Buna karşılık yukarıda da ifade edilen belirli meslek gruplarında, özellikle sağlık çalışanlarında bu tür testlerin talep edilebileceği kanaatindeyiz. Ancak bu hâlde de elbette ki testlerin yapılabilmesi için işçinin rızası aranmalı, işçiler teste tâbi tutulmaya zorlanmamalıdır<sup>276</sup>.

<sup>273</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 176’dan naklen; ILO (UÇÖ), HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili Uygulama ve Davranış Kuralları, Cenevre, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/hiv aids.pdf>, (07.08.2013), s. 22.

<sup>274</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, ss. 179-180.

<sup>275</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 181.

<sup>276</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 188.

#### d. Genetik Testler

Genetik testler, bir yandan kişilerin kalıtsal bir hastalığının bulunup bulunmadığı ya da herhangi bir hastalığa yakalanmaya yatkın olup olmadığını belirlemek, diğer yandan ise kişilerin çevresel etkenlerden ve genetik yönden hangi oranda etkilendiklerini saptamak amacıyla hizmet etmekte ve bu sayede genetik yapısında bozukluk olan kişilerin tedavi edilmesine ya da bozukluğa yol açan çevresel etkenlerin kaldırılmasına yardımcı olmaktadır<sup>277</sup>. Bu bakımdan genetik testler ikiye ayrılır. Kişilerin genomunda varolan düzensizlik ve anormalliklerin saptandığı ve bu şekilde hangi hastalıklara yatkın olduklarının belirlendiği teste, genetik inceleme (genetic screening) adı verilir. İkinci tür test ise, genetik izleme (genetic monitoring) olarak adlandırılır ve kişilerin genomunda zaman içerisinde meydana gelen değişimleri inceler<sup>278</sup>.

Uygulamada çok fazla rastlanmasa da genetik testler, işe alım sırasında veya işin devamı süresince işçilere uygulanması gündeme gelebilecek testlerden olduğundan, bu sorunun ele alınması gerekir. Zira bu tür testlerin yapılarak, sonuçlarının işe almada ya da işten çıkarmada ölçüt olarak kullanılması, bu duruma maruz kalan işçinin kişilik haklarına ve özel yaşamının gizliliğine aykırı olacaktır<sup>279</sup>. Bu nedenle sırf işe alınacak ya da işten çıkarılacak işçiyi saptama amacıyla bu tür testlere başvurulması gerekir. Genetik testler ileride maruz kalınabilecek rahatsızlık ve hastalıklara ilişkin bilgiler verse de, bu hastalıklara kesin olarak yakalanılıp yakalanılmayacağı ya da ne zaman yakalanılacağı hakkında net bir bilgi de veremez. Bu nedenle sırf bu testlere bakılarak işlem yapılmaması gerekir. Aksi hâlde bu durum, ayrımcılık teşkil edebilir.

Genetik sebebiyle kişiler arasında ayrımcılık yapılamayacağı, uluslararası alanda açıkça yasaklanmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin<sup>280</sup> 11. maddesinde "*Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.*" denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir.

<sup>277</sup> ILO, Testing In The Workplace, s. 56.

<sup>278</sup> ILO, Testing In The Workplace, ss. 55-57; Ayrıca bkz. Aydın, Kişilik Hakları, s. 189; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 183.

<sup>279</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 191.

<sup>280</sup> Türkiye tarafından 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile onaylanan Sözleşme'nin resmî çevirisi için bkz. RG 20.04.2004, S. 25439.

Genetik testlerin bilimsel kuruluşlar tarafından bilimsel veriler elde etmek, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin düzenlenmesi ya da meslek hastalıklarından korunma gibi nedenlerle yapılmak istenmesi de söz konusu olabilir<sup>281</sup>. Bu tür testlerin yapılabileceği, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesinde “*Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir.*” denilerek ifade edilmiştir. Bu hâlde bu tür testlerin yapılmasının işçilerin yararına olabileceği, ancak testin, yapılma amacıyla sınırlı kalması gerektiği, yani herhangi bir ayrımcılığa konu edilemeyeceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla genetik testlerin yapılabilmesi için de, diğer testlerde olduğu gibi testin yapılmasının gerekli olması ve makul ve haklı bir sebebe dayanması gerektiği söylenebilecektir. Bunun yanı sıra genetik testlerin bu amaçlarla yapılabilmesi için, teste tâbi tutulacak işçinin yazılı muvafakatinin alınması<sup>282</sup>, test sonuçlarının gizli tutulması ve teste katılmayı reddeden işçiler hakkında disiplin cezası uygulanamaması da gerekir<sup>283</sup>.

#### e. Psikolojik Testler

İşçi adayları üzerinde yapılacak her test, ilke olarak kişilik alanına bir müdahale niteliği taşısa da, kişilik haklarına saldırı anlamına gelmeyebilecektir. Bu konuda uygulamada karşılaşılabilen ve adayın kişilik özelliklerinin tespitinde kullanılan psikolojik ve özellikle grafolojik testler önem taşır. Zira işveren, iş sözleşmesini yapmadan önce işe alacağı işçinin becerileri, öğrenme yeteneği, dürüstlüğü, strese karşı dayanıklılığı, sosyal ilişkilerdeki başarısı gibi kişilik özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmak ister ve bunun için de birtakım

---

<sup>281</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 193; Uluslararası Çalışma Örgütü de İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 171 Sayılı Tavsiye Kararı ile benzer bir tespitte bulunmuştur. Buna göre, “Belirli tehlikeli meslekî maddelere maruziyetin sağlık üzerindeki etkilerinin erken belirlenmesine yarayan geçerli ve genelde kabul gören biyolojik izleme metodu bulunduğunda, bu, işçinin rızasına bağlı olarak, daha ayrıntılı tıbbi muayeneye gereksinim duyan işçilerin belirlenmesi için kullanılabilir.” Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 185.

<sup>282</sup> Genetik testlerin işçinin kişilik haklarını ve özel yaşamının gizliliğini zedeleyebilecek olması bu tür testlerin yapılabilmesi için işçinin muvafakatinin alınmasını gerektirir. Ayrıca genetik testlerin yapılması için de, alkol ve uyuşturucu ya da HIV/Aids testlerinde olduğu gibi kişilerden kan, saç, deri ve bunun gibi örneklerin alınması gerektiğinden, işçinin yazılı rızasının alınması bu testin yapılması için gereklidir (MK m. 23/II).

<sup>283</sup> Aydın, Kişilik Hakları, ss. 193-194.

testlere başvurma yoluna gidebilir. Adayın kişilik özelliklerinin öğrenilmesi amacıyla başvurulmuş bu tür testler genel olarak, psikolojik testler olarak adlandırılır<sup>284</sup>.

Psikolojik testler genel itibarıyla, kişilerin değer, görüş ve yargılarını ve belirli davranışlara yatkınlığını tespit eden testlerdir<sup>285</sup>. Bu testlerin kişilere uygulanabilmesi için, amaca ulaşmaya elverişli ve gerekli olmaları gerekir. Yapılacak işle ilgili bulunmayan testlerin ve genel psikolojik testlerin işe başvuran adaylara uygulanması kabul edilemez<sup>286</sup>. Ayrıca söz konusu testler, genellikle adayın yanıtlaması gereken sorulardan ve adayın yanıtlarından oluştuğundan, bu testin içeriğinin iş görüşmesi sırasında adaya yöneltebilecek sorularla ilgili yukarıda bahsedilen sınırlamalara tâbi olarak düzenlenmesi ve uygulanması gerekmektedir<sup>287</sup>. Aksi durum işçinin kişilik haklarını ve özel yaşamının gizliliğini ihlâl edebilir.

### (1) Kişilik Testleri

Psikolojik testler arasında en önemlileri ve uygulamada karşılaşılmaması muhtemel olanları, kişilik testleridir. Kişilik testleri, kişilerin duygusal yapısını, sosyal ilişkilerini, motivasyonunu, ilgi alanlarını, değer ve tutumlarını ölçmek amacıyla yapılan testlerdir<sup>288</sup>. Kişilik testleri, nesnel testler (objective tests) ve izdüşümsel testler (projective tests) olarak ikiye ayrılır. Nesnel testler, grup hâlinde uygulanabilen ve genellikle bireylerin duygusal yapısını, değer ve yaklaşımlarını, ilgi alanlarını ve deneyimlerini ölçmeye yarayan, doğru-yanlış seçenekli ya da çoktan seçmeli sorulardan oluşan testlerdir<sup>289</sup>. Bu tür testler kimi zaman psikiyatrik sorunları da tespit edebilen testlerdir<sup>290</sup>. İzdüşümsel testler ise, bireylere uyarıcılar göstererek bunlara verdikleri anlamların değerlendirilmesiyle yapılan testlerdir<sup>291</sup>. Ancak izdüşümsel testler birebir psikolog ya da psikiyatr tarafından yapılması gerektiğinden, çalışma yaşamında bu teste pek sık rastlanmamaktadır<sup>292</sup>.

---

<sup>284</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 71; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 189.

<sup>285</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190 ve devamı.; Bayram, s. 22.

<sup>286</sup> Eyrenci, s. 257; Ertürk, *Temel Haklar*, s. 73.

<sup>287</sup> Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190.

<sup>288</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 72.

<sup>289</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 72.

<sup>290</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 72.

<sup>291</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 72; Aydın, *Kişilik Hakları*, s. 194; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190.

<sup>292</sup> Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190.



İşverenin iş görüşmeleri ya da işin devamı sırasında bu tür testlere başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Yetenek, zeka ve ilgi testleri gibi kişilik testlerinin uygulanabileceği ve kişilik haklarını ihlâl etmediği genel itibarıyla kabul edilmekle beraber, bunların istihdam amacıyla kullanılmasının geçerliliği ve kullanılabilirliği tartışılmaktadır<sup>293</sup>. Kişilik testlerinin kesin olarak güvenilir olduğu söylenemese de, özellikle nesnel kişilik testlerinin uygulamada verimlilik açısından olumlu sonuç verdiği örnekler mevcuttur<sup>294</sup>. Ayrıca işverenler açısından, iş görüşmeleri sırasında adaylara sorulan soruların yanı sıra kişilik testlerinin de uygulanması, adaylar hakkında daha ayrıntılı bilgi edinebilmek için önemlidir. Bu da bu tür testlerin daha çok uygulanmasını sağlar. Buna karşılık kişilik testine gereğinden fazla önem verilmesi, işçinin eğitimi, meslekî bilgisi gibi hususların göz ardı edilmesine yol açabileceğinden ve kişiliğin zaman içerisinde değişmeyeceği önyargısını getirebileceğinden eleştirilmektedir<sup>295</sup>.

Kişilik testlerinin adaylara/işçilere uygulanabilmesinin temel koşulu, adayın/işçinin rızasının alınmış olmasıdır. Adayın/işçinin rızası alınırken önemli olan, rızası alınan kişinin yapılacak olan testle ilgili olarak gerekli şekilde aydınlatılması ve testin amacı ve kapsamı ve testin sonucunda öğrenilebilecek konularla ilgili bilgi verilmesidir. Aksi hâlde test adaylara/işçilere uygulanamayacaktır<sup>296</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) de İnsan Kaynaklarının Gelişimi Hakkında 150 sayılı Tavsiye Kararı ile “yeterlilik ve doğal yeteneklerin ölçülmesi için, özel durumların gerekli kılması hâlinde 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<sup>297</sup>.

---

<sup>293</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 71; Aksi görüşte Eyrenci’ye göre, “*Psikolojik test uygulaması her zaman adayın hukuken korunan kişilik alanına bir müdahale teşkil eder.*” Eyrenci, s. 257.

<sup>294</sup> Aydın, *Kişilik Hakları*, s. 195, dn. 711.

<sup>295</sup> Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190-191.

<sup>296</sup> Nitekim Eyrenci’ye göre, “*Adayın izni gerekli ise de, bu uygulanan psikolojik testin geçerliliği için tek başına yeterli değildir. Zira, adayın işe ihtiyacı olması ve testin kapsamı ve sonuçları konusundaki bilgisizliği kolaylıkla izin vermesine neden olabilir. Bu açıdan, işveren, psikolojik test uygulanması için adayın iznini alırken, sözleşme görüşmelerindeki dürüstlük kuralı gereği, adayı testin amacı ve kapsamı konusunda aydınlatmakla yükümlüdür.*” Eyrenci, s. 257; Ertürk, *Temel Haklar*, s. 73; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 192.

<sup>297</sup> Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 191’den naklen.

## (2) Grafolojik Testler

Son yıllarda özellikle yaygınlaşmaya başlayan bir psikolojik test türü, grafolojik testtir. Grafolojik testler, kişilerin el yazısının incelenmesi suretiyle kişiliklerinin tespitine yarayan testlerdir<sup>298</sup>. Bu testlerin yapılabilmesi için de işverenin haklı bir çıkarının bulunması ve adayın rızasının alınması gerekir<sup>299</sup>. Öğretide adaydan özgeçmişini el yazısı ile vermesinin talep edilmesi ve adayın da bunu kabul ederek yerine getirmesi hâlinde, adayın grafolojik testlerin yapılabilmesi için örtülü olarak rıza gösterdiği ileri sürülse de<sup>300</sup>, kanaatimizce bu konuda aday açıkça bilgilendirilmedikçe ve adayın açık şekilde rızası alınmadıkça bu test yapılamamalıdır<sup>301</sup>. Zira grafolojik test ile adayın kişiliği tahlil edildiğinden, kişilik haklarına ve özel yaşamının gizliliğine bir müdahale söz konusu olur. Bu nedenle testin uygulanacağı adaya/işçiye, testle ilgili olarak yeterli bilgilendirme yapılmış olmalı ve bu bilgilendirme sonucunda açık şekilde rızası alınmalıdır. Aksi hâlde adayın/işçinin bilgisi dahilinde olmadan teste tâbi tutulmasının kişilik haklarını ihlâl edeceği kanaatindeyiz.

## (3) Dürüstlük Testleri

Genellikle uzman bir psikolog ya da psikiyatrist tarafından yapılmasını gerektirdiği için yaygın olarak kullanılsa da dürüstlük testleri, iş görüşmeleri sırasında başvurulması muhtemel testlerden biridir. Bu testler yazılı ya da mekanik olmak üzere iki şekilde yapılabilir. Yazılı dürüstlük testleri daha çok kişilik testlerine benzer. Bu bakımdan kişilik testleri ile ilgili yapmış olduğumuz açıklamaların, yazılı dürüstlük testleri için de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Burada mekanik yöntemle yapılan dürüstlük testleri farklılık gösterir. Mekanik dürüstlük testleri, yalan makineleri ya da ses ölçüm cihazları ile yapılan ve kişilerin yalan söylediklerinde tansiyon, nabız, solunum ya da sesinde meydana gelen değişikliklerin saptanması ile gerçekleştirilen testlerdir. Bu testlerin kesin güvenilirliğinin bulunmaması ve kişilik haklarını ve özel yaşamın gizliliğini ihlâl

<sup>298</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 73; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, s. 190.

<sup>299</sup> Rehbindir, s. 748; Eyrenci, s. 258; Ertürk, *Temel Haklar*, s. 73.

<sup>300</sup> Rehbindir, s. 748.

<sup>301</sup> Ertürk, *Temel Haklar*, s. 73; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, ss. 192-193.

edebilecek olması sebebiyle kullanılmamaları gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>302</sup>.

Psikolojik testlerin yukarıda söz edilen kurallara uygun bir şekilde yapılmamasından dolayı adayın kişilik haklarına tecavüz edilmesi hâlinde işçi adayı, Medeni Kanununun 24. ve 25. maddeleri gereğince, henüz bir ihlâl ortaya çıkmamış fakat ihlâl tehlikesi varsa saldırı tehlikesinin önlenmesini, devam eden bir saldırının sona erdirilmesini ya da bu ihlâl nedeniyle bir zarara uğramış olması hâlinde maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilir. Ayrıca işveren iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında uymakla yükümlü olduğu koruma yükümlülüklerini ihlâl etmiş olacağından, işçi adayı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (culpa in contrahendo) dayanarak tazminat talep edebilecektir<sup>303</sup>.

### **C. İşverenin İşçiyi Bilgilendirme ve Yanıltmama Yükümlülüğü**

İşveren iş başvurusunda bulunan işçi adayıyla iş sözleşmesi akdetmeden önce adayı tanımak, işe uygunluğunu değerlendirmek için bilgi edinmek ve buna göre bir karara varmak ister. Buna karşılık işçi de başvurduğu işle ilgili olarak yeterli ve doğru bilgiyi edinmek, işyerini tanımak ve işyeri hakkında bilgi edinmek isteyecektir. Bunu sağlamak açısından sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar, dürüstlük kuralı uyarınca birbirlerini doğru bir şekilde bilgilendirmek ve yanıltmamakla yükümlüdürler.

İşçinin iş sözleşmesinin yapılmasından önce iş ve işyeriyle ilgili yeterli bilgi edinmesinde haklı menfaati vardır. Zira işveren açısından beklentilerini karşılayacak işçi adayını işe almak, işçi içinse beklentisini karşılayacak bir işte çalışmak önem taşır. Bu durum, işçinin çalışma özgürlüğünün ve çalışma alanını serbestçe seçme hakkının bir gereğidir (AY m. 48).

Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan koruma yükümlülükleri gereğince, işveren, işe başvuran adayları iş ve işyeriyle ilgili olarak gerçeğe uygun bilgilendirmek ve yanıltmamakla yükümlüdür. İşverenin temeli dürüstlük kuralına dayanan bu yükümlülüğüne aykırılık, İş Kanununun işçinin haklı sebeple fesih hakkını düzenleyen 24. maddesinin 2. fıkrasında “ahlak ve iyiniyet kurallarına

<sup>302</sup> ILO, *Testing In The Workplace*, s. 91; Aydın, *Kişilik Hakları*, s. 194; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahale*, ss. 194-195

<sup>303</sup> Eyrenci, s. 258; Ertürk, *Temel Haklar*, s. 73.

uymayan hâller”den sayılmış ve işverenin “iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltması” hâlinde işçinin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu fesih hakkının doğabilmesi için işverenin işçiyi yanılttığı hususlar sözleşmenin esaslı noktaları olmalıdır. Esaslı noktalar, sözleşmenin özelliğini ve karakterini veren noktalardır<sup>304</sup>.

İşverenin sadakat yükümlülüğü olarak da adlandırılan<sup>305</sup> bu yükümlülük gereğince işveren, işe başvuran adayı yanıltması sonucu bazı harcamalar yapmasına veya eski işinden ayrılmasına ya da diğer iş başvurularını iptal etmesine neden olması hâlinde, işçi adayının uğradığı zararları sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin etmekle yükümlü olur<sup>306</sup>. Bu yükümlülüğünün ihlâli, susma, yanlış bilgi verme ya da hukuka aykırı yollar ile bilgi sağlama yollarından biriyle gerçekleştirilebilir.

İşverenin gazete ilanında veya başvuran adaya bizzat bulunduğu vaatleri sözleşme kurulduğu sırada yerine getirmemiş olmasının da yanlış bilgi verme sayılacağı ve buna bağlı olarak tazminat yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmelidir. Bu durumun iş sözleşmesi yapıldıktan sonra ortaya çıkması hâlinde de işçi, İş Kanununun 24/II-a maddesi gereğince sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilecek ve İş Kanununun 26/II. maddesi gereğince tazminat talep edebilecektir<sup>307</sup>.

#### **D. Sözleşmenin Yapılacağı Hususunda Esası Olmayan Bir Güven Yaratmama Yükümlülüğü**

Sözleşme görüşmeleri sırasında uymakla yükümlü oldukları edimden bağımsız koruma yükümlülükleri gereğince taraflar, birbirlerine karşı dürüst davranmak ve birbirlerinin çıkarlarına zarar vermemekle yükümlüdürler. Bunun bir uzantısı olarak tarafların sözleşme yapma niyetleri olmamasına rağmen, karşı tarafta

<sup>304</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 208.

<sup>305</sup> Rehbinder, s. 750.

<sup>306</sup> Rehbinder, s. 750; Aydınli, Sosyal Temas, ss. 123, 209.

<sup>307</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 712; Rehbinder, s. 751.

aksine bir kanaat oluşturmamaları, hatta bu yönde bir kanaatin oluşmaması için çaba göstermeleri gerekir.

İş sözleşmesinde işçinin işverene nazaran ekonomik açıdan güçsüz konumda olması, bu hususta işverenin özellikle bir yükümlülüğünün doğmasına yol açar. Bu bakımdan işverenin sözleşme görüşmeleri esnasında, bu yönde bir niyeti bulunmamasına rağmen, işçi adayına karşı sözleşmenin kurulacağı yönünde bir izlenim vermesi ve görüşmelerin işçi açısından olumsuz sonuçlanması hâlinde, işçinin doğan zararının tazmini yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu zarar sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu) çerçevesinde tazmin edilecek bir zarardır<sup>308</sup>. Örneğin işçinin iş başvurusuna gelebilmek için yapmış olduğu tanışma giderleri, konut değiştirme masrafları, eski işin kaybedilmesi nedeniyle uğranılan zararlar bu çerçevede işverenin işçiye sözleşmenin yapılacağı yolunda esası olmayan bir güven vermesi sonucu işçinin uğramış olduğu ve işverenin tazminle yükümlü olduğu zararlardandır<sup>309</sup>.

#### **E. İşe Başvuran İşçi Adayına Ait Sertifika, Rapor Gibi Belgeleri Saklama, Gizli Tutma, Gerekiyorsa Yok Etme Yükümlülüğü**

İş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işverenin önemli yükümlülüklerinden bir diğeri de, başvuran adayla ilgili bilgi ve belgelerin saklanması, gizli tutulması ve gerekiyorsa yok edilmesi yükümlülüğüdür. İşçi adayı ile işveren arasında, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte kurulan güven ilişkisi dolayısıyla işçi, işverene verdiği kendisiyle ilgili şahsi bilgi ve belgelerin korunmasını ve saklanmasını isteme hakkına sahip olmakta, işveren de bunları haksız kullanılmalarına karşı özenle saklama yükümlülüğü altına girmektedir. Bu, işverenin işçiye ait bu bilgiler bakımından bir sır saklama yükümlülüğü altına girmesi anlamını taşır<sup>310</sup>. Adaylar arasında bir seçim yapılmasını sağlamayı amaçlayan özgeçmiş, tıbbî muayene raporları, kişilik testleri gibi işçi tarafından işverene teslim edilmiş ve işçiyle ilgili olan ve işverenin mülkiyetinde bulunan her tür belge işveren tarafından özenle

---

<sup>308</sup> Eyrenci, s. 243; Süzek, İş Hukuku, s. 309; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98.

<sup>309</sup> Eyrenci, s. 243.

<sup>310</sup> Aydınli, Sosyal Temas, s. 123.

saklanmalı ve yetkili olmayan kişilerin eline geçmesi önlenmelidir<sup>311</sup>. Bu belgelerin kaybı veya herhangi bir zarara uğraması hâlinde işverenin tazminat sorumluluğu doğar<sup>312</sup>.

İşveren görüşmeler sonucunda işe başvuran aday ile sözleşme kurmamışsa, işçinin kendisine verdiği bilgi ve belgeleri ona iade etmek zorundadır. Zira burada işçinin kişisel bilgilerinin kötüye kullanılması ve kişilik haklarının zarara uğraması riski işverenin belgeleri saklamadaki çıkarına üstün geldiğinden, söz konusu belgelerin adaya iade edilmesi gerekir<sup>313</sup>. Ancak işçi bu belgelerin geri verilmesini, adayların değerlendirilmesi süreci sona ermeden talep edemez. Değerlendirme sürecinin sona ermesinden sonra işçi, kişiliğini ilgilendiren belgelerin iade edilmesini isteyebileceği gibi, ortadan kaldırılmasını dahi işverenden talep edebilir<sup>314</sup>. Benzer sonuç iş görüşmeleri sırasında işçi adayına yapılan herhangi bir test varsa, bu test sonuçları için de geçerli olacaktır. Adaya yapılacak her tür testin sonucu işverenin mülkiyetinde kalır. Bu bakımdan görüşmeler sonucunda iş sözleşmesinin kurulmaması durumunda ve adayın talep etmesi hâlinde işveren bu test sonuçlarını yok etmekle yükümlü olmalıdır<sup>315</sup>. Bu konuda Türk hukukunda özel olarak yer verilmiş bir hüküm bulunmasa da böyle bir talepte bulunulmasının, Medeni Kanunun 24 ve devamı hükümleri gereğince işçinin kişilik haklarının korunması bağlamında mümkün olacağı kanaatindeyiz<sup>316</sup>.

İşçinin ya da işçi adayının kendisiyle ilgili olarak vermiş olduğu ya da işveren tarafından işçi ya da adaya ilişkin toplanmış bilgi ve belgeleri işveren dosyalarda ya da bilgisayarda toplamış olabilir. Bu hususta İş Kanununda, işverenin çalıştırdığı işçilerin özlük dosyalarındaki bilgileri dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması konusunda düzenleme yer almaktadır. İş Kanununun 75. maddesi ile işveren, özlük dosyasında yer alan işçinin kimlik bilgileri ve bu dosyada yer alması gereken ve kendisi tarafından düzenlenen her türlü belge ve kayıtları saklamakla yükümlü tutulmuştur. Bunun yanı sıra bu madde gereğince işveren, işçi hakkında edindiği

<sup>311</sup> Eyrenci, s. 244; Kaplan, Kişilik Hakları, s. 376.

<sup>312</sup> Rehbinder, s. 751; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98.

<sup>313</sup> Rehbinder, s. 752.

<sup>314</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 309; Rehbinder, s. 752; Aydın, Sosyal Temas, s. 124.

<sup>315</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 73.

<sup>316</sup> Eyrenci, s. 244; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98; Emine Tuncay Kaplan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, (İşçinin Kişilik Haklarının Korunması), s. 51; Aydın, Sosyal Temas, s. 124.

bilgileri dürüstlük kuralı ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür<sup>317</sup>. İş Kanununun 75. maddesi aşağıdaki şekildedir:

*“İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır.*

*İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.”*

Söz konusu hükümle işverenin yanında çalışan işçilerin bilgi ve belgelerini koruma yükümlülüğüne değinilmiş, ancak iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işverenin işçi adayları hakkında öğrenmiş olduğu bilgileri saklama yükümlülüğüne açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte sözleşme görüşmeleri safhasında taraflar arasında kurulan güven ilişkisi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan koruma yükümlülükleri dolayısıyla işverenin işçi adayına ait bilgi ve belgeleri de korumakla ve bunları gizli tutmakla yükümlü olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu bakımdan iş sözleşmesi görüşmelerinde bulunulan ancak görüşmeler sonucunda iş sözleşmesi yapılmayan işçi adaylarının bilgi ve belgelerinin işveren tarafından hukuka aykırı olarak kullanılması hâlinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa başvurulabileceği ve tazminat talep edilebileceği kabul edilmelidir<sup>318</sup>.

İşverenin işçilere ilişkin bilgileri bilgisayara yüklemesine bir engel yoktur. Ancak bunun için işçiye ilişkin bilgilerin toplanması için başvurulacak aracın işçinin kişilik haklarını ihlâl etmemesi gerekir<sup>319</sup>.

Kişisel veriler, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek veya tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri ifade eder (Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı m. 3/ç). Kişilerin kişilik haklarına ve özel yaşamına dahil olan bu verilerin korunmasını esas alan hukuk alanı, Veri Koruma Hukuku olarak adlandırılır<sup>320</sup>. İletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişimiyle birlikte, Veri Koruma Hukuku ile İş Hukuku arasında bir ilişki doğmuştur. İşverenler işçi seçiminde ya da eğitiminde,

<sup>317</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 636; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Aydın, “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, 2006, ss. 491-505.

<sup>318</sup> Aydın, Sosyal Temas, s. 124.

<sup>319</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 637; Aktay ve diğerleri, s. 128; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 51.

<sup>320</sup> Ahmet Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, (Veri Koruma), s. 120.

yükselmelerinde kullanmak, üretim ve iş süreçlerini organize etmek, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla işçilere ve iş başvurusunda bulunan adaylara ilişkin kişisel verileri işlemektedirler<sup>321</sup>. Verilerin işlenmesinin giderek artması, işçilerin ya da işçi adaylarının kişilik haklarının ve özel yaşam gizliliğinin ihlali tehlikesini de artırmaktadır. Bu nedenle kişisel verilerin korunması gereksinimi doğmaktadır.

İşçiye ait kişisel verilerinin korunması gerekliliğine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer verilmiştir. Kanunun 419. maddesine göre,

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

*Özel kanun hükümleri saklıdır.”*

Bu hükümler karşısında ve dürüstlük kuralı uyarınca işveren, sözleşme görüşmeleri sırasında edindiği bilgileri, işçi adayı tarafından kendisine verilen ya da işveren tarafından toplanan belge, dosya ve bilgisayar verilerini saklamak, gizli tutmak ve yetkili olmayan üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür.

Kişisel veriler, Türk Ceza Kanunu (m. 135-140) ile de koruma altına alınmıştır. Kanunun 135. maddesine göre,

*“(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

*(2) Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”*

Kanunun 136. maddesiyle ise, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere verilmesi yaptırıma bağlanmış ve kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişinin, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca bu suçların,

*“a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,*

*b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,”*

işlenmesi hâlinde ise, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 137).

---

<sup>321</sup> Sevimli, Veri Koruma, s. 124.



Verileri yok etmeme ise Kanununun 138. maddesinde, “*Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*” şeklinde düzenlenerek yaptırıma bağlanmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından da birtakım ilkeler kabul edilmiştir. Bu ilkeler aşağıdaki gibidir<sup>322</sup>.

- Çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin koruma yolları geliştirilerek, kişisel bilgilerle ilgili bilgisayar kayıtları en aza indirgenmelidir.
- Çalışan ve temsilciler bilgi toplama sürecinden, bu sürecin kurallarından ve haklarından haberdar edilmelidir.
- Kişisel bilgileri dosya veya bilgisayarlara işleyenler sürekli eğitilerek, yaptıkları işin sorumluluk bilincinde olmaları sağlanmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilerle işçilerin istihdamında ve iş sırasında hukuka aykırı ayrımcılık yapılmamalıdır.
- İşverenler, çalışanlar ve onların temsilcileri arasında çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması politikasını geliştirme konusunda işbirliği yapılmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilere erişebilen işverenler ve işçi temsilcileri, bu husustaki "gizlilik" ilkesine uymalıdır.
- Çalışanlar kişilik haklarını ilgilendiren haklarından feragat edemezler.
- İşveren, işçinin cinsel hayatı, siyasî, dinî ve diğer inançları konusunda bilgi toplayamaz ve işçinin suça eğilimini belirleme amacına yönelik test yapamaz.
- Sağlık açısından, örneğin önceden bir hastalık geçirip geçirmediğine yönelik sorular ancak, iş için önemliyse ve ulusal mevzuatta iş güvenliği ve işçi sağlığının gerektirdiği ölçüde sorulabilir.
- İkelere aykırı soru sorulursa adayın veya çalışanın bu sorulara eksik cevap vermesi hâlinde işten çıkarma veya disiplin cezası verilemez.
- Çalışanın uyuşturucu bağımlısı olup olmadığı ulusal mevzuata göre belirlenmelidir.

---

<sup>322</sup> Kaplan, Kişilik Hakları, ss. 383-384'dan naklen; İngilizce metin için bkz. ILO, **Conditions of Work Branch, Protection of Workers' Personal Data**, Geneva, 1997, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107797.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf), (10.08.2013), s. 1 ve devamı.

- İşçi hakkında toplanan bilgilere sadece yetkili olanlar erişebilir. Bu bilgiler kural olarak üçüncü kişilere, çalışanın izni olmadan verilemez. Ancak cana kast ve sağlığı tehdit eden bir durum söz konusu ise, yasanın elverdiği ölçüde ve çalışma ilişkisinin yönlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere bilgi verilebilir. Ayrıca ceza kanunları gerektiriyorsa ve ticari amaçlarla bu bilgilerin verilmesi mümkündür.
- İşçiler kendileri hakkında toplanan kişisel bilgilerden düzenli aralıklarla haberdar edilmeli, işçilerin bu bilgilere erişme haklarının olduğu gözetilmeli, ayrıca işçilere normal iş saatleri içerisinde kendileri hakkında tutulan bilgilerden ücretsiz olarak suret isteme hakları tanınmalıdır.

Ulusal düzenlere bakıldığında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak çeşitli ülkelerde ayrı düzenlemeler yer aldığı görülmektedir<sup>323</sup>. Türk Hukukunda ise kişisel verilerin korunması, 07.05.2010 tarihinde Anayasanın 20. maddesine eklenen fıkra ile de düzenlenmiş ve anayasal bir temele kavuşturulmuştur. Bu maddeye göre,

*“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Bununla birlikte Türkiye’de henüz ayrı bir kanun yürürlükte bulunmamakta, kişisel verilerin korunması genel hükümlerle sağlanmaktadır. Bununla birlikte “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanmış ve ancak henüz yürürlüğe girmemiştir<sup>324</sup>. Tasarı ile gerçek ya da tüzel kişiler tarafından hangi kişisel verilerin hangi koşullarda işlenebileceği düzenlenmiş ve bu hâllerde tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülükler değerlendirilmiştir. Bu sayede kişilerin maddi ve manevi varlığını, temel hak ve özgürlüklerini korumak amaçlanmıştır (Tasarı m. 1).

Tasarının 5. maddesiyle 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, yeterli ve orantılı olması, doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi ve ilgili kişilerin kimliklerini

<sup>323</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Kişilik Hakları, ss. 228-236.

<sup>324</sup> Kanun Tasarısı metni ve Tasarının gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, (10.08.2013).

belirtecek biçimde ve kaydedildikleri veya yeniden işlenecekleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi zorunlu tutulmuştur. 6. maddede ise kişisel verilerin ancak ilgili kişinin rızası ile işlenebileceği öngörülmüştür. Kişilerin ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerin işlenemeyeceği, Tasarının 7. maddesinde düzenlenmiştir<sup>325</sup>.

## F. Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Ayrımcılık Yasağı

### 1. Genel Olarak Eşitlik Kavramı ve Anayasal Dayanağı

Eşitlik, genel anlamıyla, bir yanıla iki veya daha çok şeyin birbirine eş olmasını, diğer yandan ise aynı haklardan yararlanmayı ve kanunlar önünde insanlar arasında fark bulunmamasını ifade eden bir kavramdır<sup>326</sup>. Bu bakımdan eşitlik, temelde bütün insanların eşit yaratılış, birbirlerine benzeyen ya da aynı olan yönleri üzerine inşa edilen bir kavramdır<sup>327</sup>. Aynı zamanda eşitlik, insanların yasalar önünde eşit olması, eşit muamele görmesi ve eşit haklara sahip olması anlayışına dayanmakta ve “ideal bir adalet” arayışını ortaya koymaktadır<sup>328</sup>.

Türk hukukunda eşitlik ilkesinin yasal dayanağını, en temel şekliyle Anayasanın 10. maddesi teşkil eder. Bu maddeye göre,

*“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmelidirler.”*

<sup>325</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, Veri Koruma, ss. 124-135.

<sup>326</sup> Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, 2. Basım, Dora Yayın, Bursa, 2009, (Eşitlik İlkesi), s. 5; Yıldız, s. 2; Hakan Keser, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3, 2004, s. 23.

<sup>327</sup> Pir Ali Kaya, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mess Mercek Dergisi**, Nisan 2005, (Çalışma Hukukunda Eşitlik), s. 145.

<sup>328</sup> Eşitlik kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Alaeddin Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, **Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan**, Ankara, 1969, s. 241 ve devamı.; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 145 ve devamı.

Böylece bu maddeyle tüm Türk hukuk düzeninde geçerli olan ve daima uyulması gereken genel bir eşitlik kuralı getirilmiş olup, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılması yasaklanmıştır. Eşitlik ilkesi Anayasada düzenlenmiş olmakla birlikte, kamu hukukunun yanı sıra özel hukuk ilişkilerinde de uygulanması gereken bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu sonuca, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” şeklinde ifade edilmiş olan Anayasanın 11. maddesinden de ulaşılmakta ve Anayasanın bu hükmünün kişiler arası ilişkilerde de bağlayıcı nitelik taşıdığı sonucuna varılmaktadır<sup>329</sup>.

Anayasanın 10. maddesiyle bazı ayırım yasaklarına örnekleyici olarak yer verilmiştir. Anayasada belirtilen ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri cinsiyet, ırk, renk gibi değiştirilemeyecek ya da değiştirmesi beklenemeyecek bazı özellikleri ve felsefi görüş, dinî inanç, siyasal görüş gibi tercihleri nedeniyle birtakım olumsuz davranışlara maruz kalmaya ya da menfaatlerden yoksun kalmaya karşı koruyan normlardır<sup>330</sup>. Bu maddeyle düzenlenen ayırım yasakları sınırlayıcı değildir. Zira maddede yer verilen “ve benzeri” ifadesi de maddedeki sayımın sınırlı olmadığını göstermektedir.

Ayırım yasağını açıkça düzenleyen Anayasanın 10. maddesi, aynı zamanda bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken genel bir eşitlik ilkesi ve aynı zamanda genel bir eşit davranma yükümlülüğünü de getirmektedir. Bu bakımdan Anayasada düzenlenmiş bu maddenin bir yandan ayırım yasağını düzenlerken, diğer yandan genel anlamda eşitlik ilkesini kapsadığı söylenebilecektir<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Doçentlik Tezi)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, (Eşit Davranma İlkesi), ss. 24-25; Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 3, Nisan 2000, s. 194; Yıldız, s. 45; Keser, s. 23.

<sup>330</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 471; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan-I**, İstanbul, 2011, s. 426.

<sup>331</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 471; Ertürk ve Gürsel, s. 426.

## 2. Eşitlik İlkesinin İş Hukukuna Yansıması ve Genel İtibariyle İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü

### a. Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanağı

Anayasada 10. maddeyle ifade edilen ve eşitlik ilkesi olarak adlandırılan kavramın iş hukukundaki görünümü, eşit davranma ilkesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle eşit davranma ilkesi/yükümlülüğü, Anayasada ifade edilen eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şeklidir<sup>332</sup>.

Eşit davranma ilkesi/yükümlülüğü İş Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesine göre,

*“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

*İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.*

*İşveren, 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 yapamaz.*

*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.*

*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*

*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.*

*20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlâlin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlâlin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”*

Görüldüğü üzere, bu maddeyle Anayasada yer alan eşitlik ilkesine paralel ve daha somut bir hüküm getirilmiş ve iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılması özel olarak yasaklanmıştır. Burada ifade edilen ayırım yasakları da “ve benzeri sebeplerle”

<sup>332</sup> Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt (Madde 1-31)**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 255; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 5; Ulucan, s. 192; Narmanlıoğlu, s. 324; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 640; Ertürk, Temel Haklar, s. 96; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 145.

denildiğinden sınırlı sayıda olmayıp, işverenin benzer nedenlerle ayrımcılık yapmasının da yasaklandığı kabul edilmelidir<sup>333</sup>.

Söz konusu maddeyle ağırlıklı olarak ayırım yasakları düzenlenmiş olmakla birlikte, ayırım yasakları da geniş anlamda eşit davranma ilkesinin içinde yer aldığından, Kanunda sayılan bu yasakların dışında kalan hâllerde de eşit davranma borcunun bulunduğu kabul edilmelidir<sup>334</sup>. Dolayısıyla Kanunun 5. maddesinin de Anayasanın 10. maddesinde olduğu gibi, hem ayırım yasaklarını hem de genel olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğünü içerdiği söylenebilir<sup>335</sup>.

İş Kanununun bazı sözleşme türleri için işverenin eşit davranma yükümlülüğünü özel olarak düzenlediği görülmektedir. Zira Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası gereğince, esaslı sebepler bulunmadıkça işveren, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında da belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Aynı hususta, benzer nitelikte hükümlere Kanunun 12/I. ve 13/II. maddelerinde de yer verilmiştir.

Benzer bir hükme İş Kanununun “Feshin geçerli bir sebebe dayandırılması” başlıklı 18. maddesinde de yer verilmiştir. Bu maddeyle, işçinin “*sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılması veya ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasî görüş ve benzeri nedenlerin*” fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağı ifade edilmiştir.

Yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde de sendikal ayrımcılık yasaklanmış ve işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyeliği bulunmayan işçiler ya da aynı sendikaya üye olmayan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalışmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı, aksi hâlde işçinin tazminat talebinde bulunabileceği özel olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>333</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 473.

<sup>334</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 473; Yıldız, s. 44.

<sup>335</sup> Kübra Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, s. 65; Yıldız, s. 44.

## b. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Eşit davranma ilkesi (yükümlülüğü) genel olarak, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin keyfi olarak farklı işlemlere tâbi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve herhangi bir ayrıcalık tanınmaması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>336</sup>. Bu yönüyle eşit davranma yükümlülüğü, bir yandan işverene işyerinde çalışan işçiler arasında eşit muamele yapma yükümlülüğü yüklerken, diğer yandan işçiler arasındaki keyfi uygulamaları da kaldırmayı amaçlar<sup>337</sup>. Bunun yanı sıra, aynı durumda olmayan kişilere farklı işlem yapılması da eşit davranma yükümlülüğünün bir parçasını teşkil eder<sup>338</sup>. Bu bakımdan eşit davranma yükümlülüğü, işveren açısından eşit konumda bulunan işçiler arasında eşit işlem yapma zorunluluğu getirirken, aynı zamanda işçilere de eşit işlem yapılması konusunda bir talep hakkı getirmektedir<sup>339</sup>.

İş Hukukunda eşit davranma yükümlülüğü, işverenin tüm işçilere her bakımdan eşit davranması gerektiği anlamına gelmez. Aksine eşit olmayan işçilere eşit davranmak, somut olaya göre eşit davranma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturabilir<sup>340</sup>. Bu bakımdan eşit davranma yükümlülüğü, aynı nitelikteki ya da aynı veya benzer durumdaki işçiler için söz konusu olmalıdır. Zira işveren gerek işçinin yaptığı işi, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, gerekse çalışkanlık, yetenek gibi subjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı işlem yapabilir<sup>341</sup>. Bu, sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir ve aksini kabul etmek işverenin sözleşme

<sup>336</sup> Günay, s. 255; Tunçomağ ve Centel, s. 142; Aktay ve diğerleri, s. 136; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 5-7; Süzek, İş Hukuku, s. 472; Narmanlıoğlu, s. 324; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 4; Ertürk, Temel Haklar, s. 96; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 147; Yıldız, s. 46; Ertürk ve Gürsel, s. 426; 9. HD, 29.05.2008, E. 2008/32183, K. 2009/7045, Erol Akı, “İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları-İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 14, Haziran 2009, ss. 134-136.

<sup>337</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 121; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 147; Yıldız, s. 46; Akı, s. 136.

<sup>338</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 5; Süzek, İş Hukuku, s. 472; Narmanlıoğlu, s. 324; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 4; Keser, s. 24.

<sup>339</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 642; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 147.

<sup>340</sup> Çelik, s. 183; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 120; Tunçomağ ve Centel, s. 142; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 640; Süzek, İş Hukuku, s. 475; Ertürk, Temel Haklar, s. 99; Ertürk ve Gürsel, s. 428.

<sup>341</sup> Ulucan, s. 196; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 640; Narmanlıoğlu, s. 328; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 12, Aralık 2008, (Eşit Davranma Borcu), s. 27; Yıldız, s. 47; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 5; Ertürk ve Gürsel, s. 429.

özgürlüğüne bir müdahale anlamına gelir<sup>342</sup>. Bu bakımdan burada eşitlik, farklılık tanımayan mutlak bir eşitlik değil, aksine eşit durumda olan kişilere eşit, eşit olmayan kişilere de eşit olmayan işlemin yapılması anlamına gelmektedir<sup>343</sup>. Burada eşitlik, kişiler arasında mevcut farklılıkları göz önünde tutarak aynı koşullara sahip kişilerin aynı işlemlere tâbi tutulması, farklı koşullarda bulunanlara ise, farklı işlem yapılmasını öngören, ancak kişiler hakkında keyfî işlemler yapılmasını engelleme amacı taşıyan nisbî bir eşitliktir. Aksi hâlde işçileri arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif nedenlerin bulunmasına rağmen, işverenin bu durumu göz önünde tutmaması somut olayın özelliğine göre, eşit davranma yükümlülüğünün ihlâli teşkil edebilir<sup>344</sup>. Bu bakımdan eşitlik ilkesi, keyfî işlem yapılarak herhangi bir işçinin kötü durumda bırakılmasını ya da aynı koşullara sahip olmalarına rağmen bazı işçilere daha iyi işlem yapılmasını önlemeyi amaçlar<sup>345</sup>.

Eşit davranma ilkesi, farklı olana farklı davranmayı öngörürken, hiçbir zaman keyfî bir ayırım yapılması anlamına gelmez. Farklı davranmanın, “*objektif ve işin özüne ve gerçeğe uygun*” olması, yani akla uygun olması gerekir<sup>346</sup>. Örneğin bir işyerinde yaptıkları işin niteliği nedeniyle bir grup işçiye sigara yasağı uygulanmasında farklı muamele objektif ve haklı bir nedene dayanmaktadır<sup>347</sup>. Bu bakımdan her somut olay, kendi özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve işverenin farklı davranmasının somut olayda objektif ve haklı görülebilir nitelikte olmalıdır<sup>348</sup>. Bununla birlikte her ne kadar somut olayın şartları göz önüne alınarak bir saptama yapılması gerekirse de, bazı ayrımların yapılması Anayasa ve İş Kanununda özel olarak yasaklanmıştır. Nitekim dil, din, ırk, mezhep, siyasî ve felsefî düşünce ve kanaatler yapılması mutlak olarak yasaklanmış ayırım sebepleridir (AY m. 10, İş K. m. 5/I). Öğretide “Mutlak ayırım yasakları” olarak adlandırılan ve kanunda açıkça öngörülmüş bu tür nedenlerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, başka

<sup>342</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27; Yıldız, s. 193; Keser, s. 24.

<sup>343</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 120; Süzek, İş Hukuku, s. 475; Ertürk, Temel Haklar, s. 99; Anayasa Mahkemesinin 29.09.2004 tarih ve 86/10 sayılı kararında da, “Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmayı (dikey eşitlik) da gerektirir.” denilerek aynı sonuç ifade edilmiştir. RG, 17.05.2006, S. 26171.

<sup>344</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 476; Narmanlıoğlu, s. 328.

<sup>345</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 120; Ertürk, Temel Haklar, s. 100; Yenisey, s. 67.

<sup>346</sup> Günay, s. 255; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 121; Keser, s. 26; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27.

<sup>347</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 642.

<sup>348</sup> Günay, s. 255; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27; Ertürk, Temel Haklar, s. 100; Keser, s. 26.



bir şartın gerçekleşmesine gerek bulunmaksızın ayrımcılık ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlâli söz konusu olur<sup>349</sup>.

Mutlak ayırım yasakları, Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde de ifade edilmiş ve suç olarak düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu madde gereğince, “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak, ... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan ... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” Böylece söz konusu maddede bahsi geçen sebeplerle işe alma konusunda bir ayrımcılık yapılması, cezai yaptırıma da bağlanmış olmaktadır.

Kanunî düzenlemeler dikkate alındığında, diğer bir önemli mutlak ayırım yasağının da, cinsiyet olduğu görülmektedir<sup>350</sup>. Nitekim cinsiyet, İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında, “*İşveren, 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 yapamaz.*” denilerek açıkça ayırım yasağı olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde anılan maddenin 4. ve 5. fıkralarına göre, cinsiyet sebebiyle aynı veya eşit değerde bir iş için, daha düşük ücret belirlenemeyeceği ve özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının da daha düşük ücret kararlaştırılmasını haklı göstermeyeceği de özel olarak hüküm altına alınmıştır.

Ancak cinsiyetler arası sağlanması amaçlanan bu eşitlik, mutlak anlamda kadın ve erkek işçilere aynı şekilde davranmayı değil, cinsiyetler arası farklılıkların göz önünde tutularak, işçilere çalışma şartları açısından eşit rekabet ortamı ve bu anlamda bir fırsat eşitliğinin sağlanması ve özellikle sırf cinsiyet sebebiyle farklı ücret uygulamalarının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir<sup>351</sup>.

İş Kanununun 5. maddesinde sayılan mutlak ayırım yasaklarının eşit davranma yükümlülüğünün kapsamına girdiğine kuşku yoktur. Bununla birlikte bu yasaklar haricinde de işverenin eşit durumda bulunan işçiler arasında keyfî ayırım yapmaması, eşit davranma yükümlülüğünün bir gereğidir. Ancak yukarıda belirtilen ve ayırım yasağının mutlak olduğu durumlar haricinde eşit davranma yükümlülüğü

<sup>349</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 123; Narmanlıoğlu, s. 326; Yıldız, s. 74.

<sup>350</sup> Cinsiyet ayrımcılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 75 ve devamı.

<sup>351</sup> Keser, s. 27.

nisbî bir nitelik taşır. Zira işveren, mutlak ayrımlar haricinde bir sebeple örneğin, işçinin yetenekleri, nitelikleri, yaşı, kıdemi, verimliliği gibi sebeplerle, eşit konumda olmayan işçiler arasında ayırım yapabilecek, farklı ücret uygulamasına gidebilecektir<sup>352</sup>. Bu durum sözleşme özgürlüğü prensibinin de bir gereğidir. Kaldı ki yukarıda da belirtildiği üzere eşit durumda olmayan işçilere eşit davranılması da, eşit davranma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur<sup>353</sup>.

### 3. Uluslararası Belgelerde Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesini ve özellikle iş hukukundaki görünümü olan işverenin işçilere eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen hükümlere pek çok uluslararası belgede de yer verildiği görülmektedir. Bu belgeler arasında en önemlilerinden biri İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında kabul edilen ve Türkiye tarafından da onaylanan<sup>354</sup> bu Beynamede tüm insanların eşit ve devredilmez haklara sahip olduğu, herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka görüş, köken ve benzeri herhangi bir ayırım gözetilmeksizin beynamede yayımlanmış olan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır (m. 1, 2). Yine bu Beyanname ile herkesin ayırım yapılmaksızın kanunun eşit korumasından yararlanma hakkı bulunduğu, herkesin serbestçe örgütlenme, dernek ve sendika kurma ve bunlara katılma, çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı bulunduğu, herhangi bir ayırım yapılmaksızın eşit iş karşılığında eşit ve adil bir ücret alma hakkına sahip olduğu da açıkça düzenlenmiştir (m. 7, 20, 23).

Yine Birleşmiş Milletler tarafından 1965 tarihinde kabul edilen ve 1969 yılında yürürlüğe giren “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme” ile de siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ya da kamusal yaşamda hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kaldırma ya da zayıflatma amacına yönelik olan ve ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanan her tür ayırma ya da dışlama eylemi ırk ayrımcılığı olarak kabul edilmiş ve bu noktada çalışma, işini serbestçe seçme, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli gelir

<sup>352</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 641; Keser, s. 27.

<sup>353</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 641.

<sup>354</sup> RG, 27.05.1949, Sayı: 7217.

hakkı ve sendika kurma ve üye olma haklarının sağlanması gerekliliği vurgulanmıştır<sup>355</sup>.

Benzer şekilde “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ile de kadınlara karşı yapılabilecek ayırım hâlleri özel olarak düzenlenmiş, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ya da diğer alanlarda kadınların temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarını engelleyici ya da sınırlayıcı nitelikteki her tür ayırım ya da dışlama kadınlara karşı ayırım olarak kabul edilmiş ve taraf devletlere bu konuda gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir<sup>356</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün de eşit davranma ilkesini ele alan sözleşme ve tavsiye kararları bulunmaktadır. Bu hususta 1951 yılında Cenevre’de kabul ettiği “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”ne göre, “*Her üye, ücret hadlerininin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik ve bu prensibin bütün işçilere uygulanmasını, sözü edilen usullerle telifi kabîl olduğu nispette temin edecektir.*” (m. 2)<sup>357</sup>.

Benzer şekilde ILO’nun 1958 yılında kabul edilen ve iş ve meslek bakımından ayrımcılığı yasaklayan “İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi” de iş hukukunda eşitliği sağlamaya yönelik en temel belgelerden biridir. Sözleşme, eşitliği iki boyutuyla ele almakta, bir yandan herkesin yasalar önünde eşit olduğunu savunurken (şekli eşitlik), diğer yandan herkese eşit davranma yükümlülüğünü (gerçek eşitlik) ortaya koymaktadır<sup>358</sup>. Nitekim bu Sözleşme ile ayırım,

*“a) Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşee bakımından yapılan ve iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma,*

*b) İlgili üye memleketin, varsa, temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma”*

<sup>355</sup> Yıldız, ss. 9-10.

<sup>356</sup> Yıldız, s. 10.

<sup>357</sup> Sözleşme metni için bkz. Tankut Centel, **Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri**, Mess Yayınları, İstanbul, 2004, (ILO Sözleşmeleri), ss. 292-298.

<sup>358</sup> Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 149.

olarak tanımlanmıştır (m. 1). Sözleşmeyle üye devletlere, bu Sözleşmede verilen tanım kapsamına giren her türlü ayrımı ortadan kaldırmak amacıyla, “iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmek” yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 2)<sup>359</sup>.

Benzer nitelikte hükümlere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı’nda da yer verilmiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi gereğince, “Bu sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; herkesin cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğuş ve benzeri başka bir statü ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanır.” denilerek ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır. Aynı şekilde Avrupa Sosyal Şartı’nda da herkesin hiç bir ayrım gözetilmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkına sahip olduğu ve bunun sağlanması gerektiği ifade edilmiş, herkesin adil ve güvenli çalışma ortamına, adil bir ücretle çalışmaya, kişisel yeteneklerine göre bir mesleğe yönelme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir<sup>360</sup>.

Bunun haricinde Avrupa Birliği mevzuatında eşitlik ilkesi ve özellikle kadın ve erkek işçilere farklı ücret uygulamalarını önlemeyi amaçlayan düzenlemeler de yer almaktadır. Bu hususta özellikle Avrupa Birliği Anlaşması’nın 141. maddesinde yer alan kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi hükmü, 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 sayılı “İş ve Meslek Eğitimine Giriş, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif ve bu Direktife değişiklikler getiren 2002/73 sayılı Direktif, 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 sayılı “Kadın ve Erkeklerle Eşit Ücret Temel Kurallarının Uygulanması Konusunda Üye Devletlerin Hukuk Kurallarının Uyumlaştırılması Hakkında Direktif”, 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına Dair Direktif”, 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif”, 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif”, 27

<sup>359</sup> Sözleşme metni için bkz. Centel, ILO Sözleşmeleri, ss. 367-373.

<sup>360</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 14-16; Kaya, Eşitlik İlkesi, ss. 29-35; Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, ss. 22-28.

Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşitlik İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Direktif ve 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54 sayılı “Kadın Ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif” dikkat çekmekte ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin önemli hükümler içermektedir<sup>361</sup>. Bu direktif ve belgelerle özellikle işe giriş, yükselme, meslek edinme, işin dağıtımını ve iş ilişkisinin sona ermesi gibi konularda özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanmış, eşit iş için eşit ücret prensibi vurgulanmış ve fırsat eşitliğinin ve eşit muamelenin çalışma yaşamının her alanında egemen olmasını sağlamak amaçlanmıştır<sup>362</sup>.

#### **4. Eşit Davranma Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği**

Eşit davranma yükümlülüğünün dayandığı hukukî temel konusunda öğretilerde pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu konuda eşit davranma yükümlülüğünün temelinde adalet kavramının, dürüstlük kuralının, hakkaniyet esasının, ahlak kuralının, işçiyi koruma borcunun ya da Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin bulunduğu ilişkin çeşitli görüşlerin yanı sıra, eşit davranma yükümlülüğünü genel hukuk prensiplerine dayandırmayıp, işyeri uygulamalarına ya da kolektif iş hukukuna dayandıran görüşler ve hatta eşit davranma yükümlülüğünü reddeden bir görüş de öğretilerde ileri sürülmüştür<sup>363</sup>.

Kanımızca adalet ile eşitlik, birbirlerinden ayrı düşünülemez kavramlar olduklarından, eşit davranma yükümlülüğünün temelinde esasen adalet kavramının bulunduğu kabul edilmeli, ancak bu kabul eşit davranma yükümlülüğünü açıklamaya yeterli olmayacağından, bu yükümlülük aynı zamanda Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şekli olarak görülmeli ve bu sebeple de hukukî temeli genel eşitlik ilkesine dayandırılmalıdır<sup>364</sup>.

<sup>361</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, Eşitlik İlkesi, ss. 59-128; Yenisey, s. 69 ve devamı.; Yıldız, ss. 28-29.

<sup>362</sup> Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 70 ve devamı.

<sup>363</sup> Öğretilerde savunulan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 32 ve devamı.

<sup>364</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 106-119; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 645; Yıldız, s. 40.

## 5. Eşit Davranma Yükümlülüğünün Uygulanma Koşulları

İş hukuku öğretisinde, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün doğumu için bazı koşulların gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu koşullar, eşit davranma yükümlülüğünün aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olması (işyerinde birlik), işçi topluluğunun bulunması, karşılaştırılacak davranışların aynı zaman dilimi içerisinde meydana gelmesi (zamanda birlik) ve karşılaştırma yapılmasına imkan veren, birden fazla işçiyi ilgilendiren kollektif bir uygulamanın söz konusu olmasıdır<sup>365</sup>.

### a. İşyerinde Birlik (İşçilerin Aynı İşyerinde Çalışıyor Olması)

Eşit davranma yükümlülüğünün uygulanabilmesi için öncelikle işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olmaları gerekir. Zira farklı işyerlerindeki uygulamalar işverene, farklı işyerlerinde çalışan işçilere aynı uygulamaların yapılması yükümlülüğü yüklemesiz<sup>366</sup>. Bununla birlikte bu şartın çok sıkı şekilde aranması birtakım adaletsiz uygulamalara da yol açabilir. Bu nedenle örneğin, aynı işverene bağlı olarak faaliyet gösteren farklı işyerleri çok benzer çalışma koşullarına sahipse ya da bu işyerleri arasında devamlı bir işçi değiş-tokuşu bulunmaktaysa, işçiler farklı işyerlerinde çalışıyor olsalar da eşit davranma yükümlülüğünün doğacağını söylemek mümkün olmalıdır<sup>367</sup>.

Bazı hâllerde ise, eşit davranma yükümlülüğünün doğumu için bu kural aranmaz. Bu durum özellikle belirli süreli ve kısmî süreyle çalışan işçiler için söz konusudur<sup>368</sup>. Nitekim İş Kanununun 12. maddesiyle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye, belirli süreli çalışması sebebiyle “*belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye*” göre farklı işlem yapılması yasaklanmıştır. Burada görüldüğü üzere, ayırım yapılması yasağında aynı işyerinde çalışan işçi değil, emsal işçi esas alınmıştır. Bu nedenle burada eşit davranma yükümlülüğünün doğumu için aynı işyerinde çalışma koşulu aranmaz. Benzer sonuç İş Kanununun 13. maddesiyle

<sup>365</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 143; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 148 ve devamı; Süzek, İş Hukuku, ss. 474-475; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 146; Yıldız, s. 207 ve devamı.

<sup>366</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 148; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 146; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 647; Ertürk ve Gürsel, s. 432.

<sup>367</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 149; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 146; Yıldız, s. 208; Ertürk ve Gürsel, s. 432.

<sup>368</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 648; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 147.

kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için de kabul edilmiş ve kısmî süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça, sadece iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı “tam süreli emsal işçiye” göre farklı işleme tâbi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Burada da aynı işyerinde çalışma koşulu aranmayacaktır.

### **b. İşyerinde İşçi Topluluğunun Bulunması**

Eşit davranma yükümlülüğünden söz edilebilmesi için işyerinde çalışan işçilerin en az iki kişi olması gerekir. Zira işçiler arasında karşılaştırma yapılabilmesi için, doğal olarak bu unsurun varlığı şarttır ve ancak bu hâlde bir işçiye diğerine oranla farklı işlem yapıldığı saptanabilir<sup>369</sup>.

Ancak bu şart yalnızca eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığının tespiti için gereklidir. Zira ayırım yasaklarına aykırılıktan söz edebilmek için işyerinde birden fazla işçinin çalışıyor olması gerekmez, tek bir işçi çalıştıran işyerlerinde de işçinin ayırım yasaklarına karşı korunması gerekir<sup>370</sup>.

### **c. Kollektif Bir Uygulama Olması**

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü, kollektif nitelik taşıyan, yani işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren uygulamalar bakımından ortaya çıkar. Örneğin işyerinde çalışan işçilerin tümüne ikramiye dağıtılıp, birkaç kişinin bu uygulamanın dışında tutulması hâli eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder<sup>371</sup>. Buna karşılık tek bir işçinin çalışmalarından ötürü ödüllendirilmesi gibi bireysel uygulamalar için işveren eşit davranma yükümlülüğü altında değildir<sup>372</sup>.

Yine ayırım yasaklarının söz konusu olduğu hâllerde bu unsurun da bulunması gerekli değildir. Bu hâlde tek bir işçiye yapılan ayırım, eşit davranma yükümlülüğünün ihlâli için yeterlidir.

<sup>369</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 149; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 648; Aktay ve diğerleri, s. 136; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 148; Yıldız, s. 215; Ertürk ve Gürsel, s. 432.

<sup>370</sup> Yıldız, s. 216; Ertürk ve Gürsel, s. 432.

<sup>371</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 150; 9. HD, 24.10.1995, E. 1995/12072, K. 1995/32880, Günay, s. 263.

<sup>372</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 150; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 650.

#### **d. Zamanda Birlik**

Yukarıda yer verilen unsurlara ek olarak, eşit davranma yükümlülüğünden söz edilebilmesi için karşılaştırılacak olayların aşağı yukarı aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olması da gerekir. Geçmişte yapılan bir uygulamayla bugün yapılan bir uygulama kıyaslanarak eşit davranma yükümlülüğünün ihlâl edildiği sonucuna varılamaz<sup>373</sup>.

Burada aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olma koşulunda “aynı zaman dilimi” kavramından anlaşılması gereken, “*işyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre*”dir<sup>374</sup>.

### **6. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğünün Uygulama Alanları**

İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün uygulama alanları genel olarak, işe alma, ücretin tespiti, yönetim hakkının kullanılması ve iş sözleşmesinin feshi olarak sınıflandırılabilir.

#### **a. İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğü**

Tezimizin konusu bakımından iş sözleşmesinin yapılması, yani işe alma aşamasında işverenin eşit davranma yükümlülüğü hususu özellik gösterir. İş ilişkisinin devamı sırasında işverenin işyerinde çalışan işçilere eşit davranmakla yükümlü olması doğaldır. Ancak iş sözleşmesinin henüz kurulmamış olduğu sözleşme görüşmeleri aşamasında işverenin eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Bu kısımda genel olarak işverenin iş sözleşmesi görüşmeleri aşamasında eşit davranmakla yükümlü olup olmadığına ilişkin görüşlere ve bu yükümlülüğün yasal dayanaklarına yer verilecektir.

#### **(1) Genel Olarak İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğü**

İş sözleşmelerinin özel hukuk nitelikli oluşu ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak işveren, bir işçiyi işe alırken doğal olarak öncelikle işin nitelik ve özelliklerini dikkate alarak bu özelliklere uygun bir işçi

---

<sup>373</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 150; Yıldız, s. 221; Ertürk ve Gürsel, s. 434.

<sup>374</sup> Yıldız, s. 222.



almak ve böylece dilediği işçiyle serbestçe sözleşme yapmak hakkını haizdir. Nitekim Anayasa ile de güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi (AY m. 48) çerçevesinde hangi işçiyle çalışmak istediğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bu sebeple öğretilerde genel olarak, işe alma sırasında işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>375</sup>. Bu görüşe göre, eşit davranma yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için işveren ile işçi arasında bir hukuki ilişkinin kurulmuş olması aranmalı ve iş görüşmeleri sırasında henüz böyle bir ilişki kurulmadığından, bu yükümlülüğün de doğmadığı kabul edilmelidir<sup>376</sup>. Nitekim Tuncay'a göre,

*“Eşit davranma ilkesinin uygulama koşullarından biri ve en başta geleni işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişki bulunması gerektiğine göre, henüz bu ilişki kurulmadan eşit davranma istenemez. Öte yandan, hangi işçiyi alıp hangisini almayacağı, hangi işçiyle işi en verimli iyi ve kârlı biçimde yürütebileceğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bu da onun anayasa ile garanti altına alınmış bulunan dilediği gibi sözleşme yapma ve ekonomik girişimlerde bulunma özgürlüğünün bir parçasıdır. Bununla birlikte Alman Hukuku açısından doğru sayılabilecek bu görüşün hukukumuz açısından bu kadar sınırsız biçimde kabulü mümkün değildir”<sup>377</sup>.*

Bu hususta İş Kanununun eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddesine bakıldığında, maddenin 1. fıkrasında eşit davranma yükümlülüğü bakımından “iş ilişkisi” tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Buna göre, “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” (İş K. m. 5/I). Aynı şekilde maddenin ayrımcılık tazminatını düzenleyen 6. fıkrası ile de bu tazminatın “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” işbu madde hükümlerine aykırı davranılması aranmıştır. Bu bakımdan söz konusu düzenlemeler, yukarıda sözü edilen eşit davranma yükümlülüğünün işe alma aşamasında geçerli olmadığını kabul eden görüşü destekler nitelikte gözükmektedir<sup>378</sup>.

Buna karşılık İş Kanununun 5. maddesinin gerekçesinde ise, işverenin “işe almadan başlayarak” tüm çalışma koşulları yönünden işçilere karşı eşit davranmakla yükümlü olduğundan söz edilmektedir. Ayrımcılıklarının ve eşit davranma yükümlülüğünün temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi de dikkate alındığında,

<sup>375</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 143; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 154; Süzek, İş Hukuku, s. 476; Mollamahmutoglu ve Astarlı, s. 649; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 151; Yenisey, s. 67; Yıldız, s. 195; Ertürk ve Gürsel, s. 433; Akı, s. 138.

<sup>376</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 143; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 154.

<sup>377</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 154.

<sup>378</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 476; Ertürk ve Gürsel, s. 438.

işe alımlarda da bu maddede belirtilen sebeplerle ayırım yapılmasının yasak olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşüdeyiz<sup>379</sup>.

## (2) İşe Almada Eşit Davranma Yükümlülüğünün Düzenlendiği Hâller

Yukarıda da bahsedildiği üzere, işe alma aşamasında işverenin genel bir eşit davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusu tartışmalı olmakla birlikte, iş mevzuatımızda bazı alanlarda işe almada ayırım yapma yasağını açıkça düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki İş Kanununun eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağıdır. Maddenin bu fıkrası ile *“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 yapılması”* mutlak olarak yasaklanmıştır. Böylece cinsiyet sebebiyle ayırım yapma yasağı, iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar her aşamada geçerli olacaktır<sup>380</sup>. Bu sebeple örneğin işveren, işin niteliği haklı göstermedikçe, sırf hamileliği dolayısıyla ya da kadın olması sebebiyle bir işçiyi işe almaktan kaçınamayacak, aksi bir durum eşit davranma yükümlülüğünün ihlâlini oluşturacaktır<sup>381</sup>.

Uygulamada sıkça rastlanan bir durum iş ilanlarının ayrımcı nitelik taşımasıdır. Bu anlamda işe sadece belirli bir cinsiyette kişilerin alınacağını belirtilen ya da sadece belirli bir cinsiyetin özelliklerinin dikkate alınacağı izlenimini veren

---

<sup>379</sup> Yenisey, s. 67; Aynı görüşte; *“Her ne kadar işveren sözleşme yapma özgürlüğüne sahipse de, bunu kötüye kullanmamalıdır. Bu çerçevede işveren, işçi alımında işçilere eşit davranmakla yükümlü olup, işçilerin düşünce açıklama özgürlükleri çerçevesinde yaptıkları düşünce açıklamaları nedeniyle işçiler arasında ayırım yaparak, işçileri işe almama yoluna gidemeyecektir. Buna göre işveren, özellikle farklı görüşlere sahip olan işçiler arasında, işe alma konusunda ayrımcılık yapamayacaktır. Aksi halde, işverenin işçiyi düşüncelerinden dolayı işe almaması, işçinin sahip olduğu düşünceyi açıklama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği gibi, işçinin kişilik haklarının ve çalışma hakkının ihlâlini teşkil edecek ve işveren, sözleşme yapma hakkını kötüye kullanmış olacaktır.”* Okur, s. 11; Aksi görüşte 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, *“Somut olayda davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence anılan eylem sebebiyle fesih hakkı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır.”*, 9. HD, 29.05.2008, E. 2008/32183, K. 2009/7045, Akı, s. 136.

<sup>380</sup> Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Ertürk ve Gürsel, s. 437.

<sup>381</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 476; Yüksel, s. 144.

ilanlar, ayrımcı nitelik taşır<sup>382</sup>. Örneğin iş ilanında işyerine erkek eleman alınacağı belirtilmesi ya da açıkça yazmasa da askerlik yapmış olma şartı aranması gibi ilanlar ayrımcı özellik göstermektedir<sup>383</sup>.

Çalışma hakkı bütün insanların sahip olduğu vazgeçilemez temel haklardandır. Bu hakkın sağlanabilmesi için, kadın erkek ayrımı yapılmaksızın herkese eşit çalışma olanağı sağlamak gerekir. Ancak ayrımcı iş ilanları, çalışma hakkını sınırlayan ve kişilerin maddi varlıklarını geliştirmelerini engelleyen özellik gösterirler. Bu nedenle iş ilanları, işin niteliği gerektirmedikçe, cinsiyete dayalı ifadeler içermemeli ve her iki cinsin de başvurusuna imkan tanınmalıdır<sup>384</sup>.

Yine cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi açısından, iş görüşmeleri sırasında objektif ve belirli bir cinse fırsat tanıyan kriterler kullanılmaması ve yöntemler izlenmemesi de önem taşır. İşveren her ne kadar işe alacağı işçiyi seçerken geniş bir takdir hakkına sahipse de, kararını keyfilikten ve ayrımcı davranışlardan uzak olarak vermelidir<sup>385</sup>.

İşe almada işveren cinsiyete dayalı ayırım yapmamakla yükümlü olmakla birlikte, İş Kanununun 5. maddesinin ayrımcılık tazminatını düzenleyen 6. fıkrasında “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” bu madde hükümlerine aykırı davranılması hâlinde tazminatın söz konusu olacağı düzenlendiğinden, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyet ya da gebeliğe dayalı bir ayrımcılık yapılması hâlinde, ayrımcılık tazminatının talep edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>386</sup>.

Yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasıyla da sendikal ayrımcılık özel olarak yasaklanmış ve işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten ayrılmaları ya da herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı ifade edilmiştir. Böylece sendikal ayrımcılık da işe almada eşit davranma yükümlülüğünün açıkça düzenlendiği hâllerden biridir.

---

<sup>382</sup> Yüksel'e göre, “İşverenin sözleşme özgürlüğünü sınırsız kabul etmek, dilediği kişi ile sözleşme kurmasına veya sadece belirli bir cinsi işe almasına cevaz vermek Anayasada garanti altına alınmış cinsiyet ayrımı yasağını ve bu bağlamda eşitlik ilkesini ihlâl eder. İşverenin bu tür ayrımcı iş duyuruları kişilerin maddi varlığını geliştirme hakkına da bir sınırlama getirir ve kişilik haklarına tecavüz teşkil eder.” Yüksel, ss. 142-144; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 147.

<sup>383</sup> Yüksel, s. 143.

<sup>384</sup> Yüksel, ss. 144-145.

<sup>385</sup> Yüksel, ss. 146-147; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 150-151.

<sup>386</sup> Ertürk ve Gürsel, s. 437.

Benzer durum 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanununun 14. maddesinde de kabul edilmiş ve engellilerin işe alınması ve çalışma koşullarının belirlenmesi konusunda ayrımcılık yasağı getirilmiştir.

Ayrımcılık suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde de dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle işe alma aşamasında ayrımcılık yapılması özel olarak yasaklanmıştır. Bu nedenle mutlak ayırım yasaklarını işe alma aşaması için de geçerli sayan bu hüküm karşısında, işverenin bu aşamada da mutlak ayırım yasakları açısından eşit davranma yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varılabilecektir<sup>387</sup>. Ancak böyle bir durumda yukarıda da ifade edildiği üzere ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceğinden (İş K. m. 5/VI), ancak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca tazminat talep edilebilmesi söz konusu olabilecektir<sup>388</sup>.

### **b. Ücretin Belirlenmesinde Eşit Davranma Yükümlülüğü**

Ücretin belirlenmesi hususunda işverenin işçilere eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu husus işe alma aşaması ve iş ilişkisinin devamı için ayrı ayrı incelenmelidir.

#### **(1) İşe Alma Aşamasında**

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında ücretin belirlenmesi konusunda işverenin işçilere eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, işe alma sırasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, işverenin ücretin belirlenmesi hususunda eşit davranmakla yükümlü olmadığı kabul edilmelidir<sup>389</sup>. Zira burada sözleşme özgürlüğü ilkesi üstünlük kazanmakta ve karşılıklı pazarlık rol oynamaktadır<sup>390</sup>. Bu nedenle işe alma aşamasında eşit davranma yükümlülüğünün uygulanamamasının bir sonucu olarak işçinin, kendisiyle aynı konumda bulunan diğer işçilere ödenen ücreti talep etme hakkı da bulunmadığı

<sup>387</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 651; Ertürk ve Gürsel, s. 439.

<sup>388</sup> Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Ertürk ve Gürsel, s. 440.

<sup>389</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 169; Ertürk, Temel Haklar, s. 102.

<sup>390</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 169; Ertürk, Temel Haklar, s. 102.

kabul edilmektedir<sup>391</sup>. Bununla birlikte ücretlerin toplu iş sözleşmesi ile belirlendiği hâller buna istisnadır<sup>392</sup>. Buna göre ücretin toplu iş sözleşmesi ile belirlendiği hâllerde, işveren, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler arasında ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan işveren, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 39. maddesinde<sup>393</sup> toplu iş sözleşmesinden yararlandığı belirlenen, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üyelerine, taraf işçi sendikasına üye olmamakla birlikte dayanışma aidatı ödeyen ya da işçi sendikasının yazılı onay verdiği işçilere ve bunların yanı sıra toplu iş sözleşmesinin Bakanlar Kurulu kararıyla teşmili hâlinde sendikalı olsun olmasın iş kolunda çalışan tüm işçilere ücret konusunda eşit davranmakla yükümlü olur.

İşe alma aşamasında yukarıda sözü edilen istisna haricinde genel olarak ücretin tespitinde eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul ediliyorsa da bu husus mutlak ayırım yasakları açısından kabul edilmemeli ve salt ırk, renk, din, siyasî ve felsefî görüş, cinsiyet gibi ayrımlara dayanarak farklı ücret uygulamasına gidilememelidir<sup>394</sup>. Aynı şekilde İş Kanununun 5. maddesinin 4. fıkrasıyla aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılması da açıkça yasaklandığından, cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret belirlenmesi de söz konusu olamayacaktır.

<sup>391</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 169.

<sup>392</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 169; Süzek, İş Hukuku, s. 479.

<sup>393</sup> Söz konusu 39. madde şu şekildedir: “(1) Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.

(2) Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır.

(3) Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır.

(4) Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.

(5) Dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenir.

(6) Faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmez.

(7) Bu Kanun anlamında işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz.

(8) Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 65 inci maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar aksine hüküm bulunmadıkça yararlanamaz.”

<sup>394</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 170; Yıldız, s. 200.

## (2) İş İlişkisinin Devamında

İşverenin iş ilişkisinin devamı süresince eşit davranma yükümlülüğüne ve ayırım yapma yasağına uymakla yükümlü olduğuna şüphe yoktur (AY m. 10, İş K. m. 5/1-3-6). Bununla birlikte iş ilişkisinin devamı sırasında geçerli olacak ücretin belirlenmesinde eşit davranma yükümlülüğünün uygulanıp uygulanamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Eşit davranma yükümlülüğünün iş ilişkisinin devamı süresince geniş bir şekilde uygulanabileceği görüşü savunulduğu gibi<sup>395</sup>, sınırlı bir biçimde uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>396</sup>.

İş ilişkisinin devamı sırasında işveren işçilere genel olarak eşit davranmakla yükümlü olduğundan, ücret açısından da bu yükümlülüğün bulunduğunu söylemek mümkündür. Zira işverenin bir kısım işçiyi keyfi olarak işyerinde bulunan genel bir ücret uygulamasının ya da genel bir ücret zammının dışında bırakması düşünülemez<sup>397</sup>. Bununla birlikte genel olmayan yani kişisel ve bireysel nitelikteki ücret artışlarında, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı ve işçiler arasında ayırım yapabileceği kabul edilmelidir<sup>398</sup>. Bu nedenle kanaatimizce işverenin iş ilişkisi sırasındaki ücretlendirme konusunda eşit davranma yükümlülüğünün mutlak olduğu kabul edilemez, aksine bu yükümlülük sınırlı bir niteliğe sahiptir. Zira eşitlik, eşit konumda ve eşit nitelikte olan kişiler arasında söz konusu olabileceğinden, öğrenim durumu, kıdem, çalışkanlık, verimlilik gibi nedenlerle eşit durumda bulunmayan işçiler arasında işveren farklı ücret uygulamasına gidebilmelidir<sup>399</sup>. Ancak işveren keyfi nedenlerle

---

<sup>395</sup> FREY, Grundsatz, s. 27; Geldliche Ansprüche, s. 91 ve devamından aktaran Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 170.

<sup>396</sup> G. HUECK, s. 352; HUECK/NIPPERDEY I, ss. 426-427; NIKISCH I, s. 509'dan aktaran Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 171.

<sup>397</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 171; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 158; Ertürk ve Gürsel, s. 442; Erdem Özdemir, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 5, 2005, (Eşitlik), s. 252.

<sup>398</sup> Eyrenci ve diğerleri, s. 146; Ulucan, s. 195; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 171; Ertürk, Temel Haklar, s. 104.

<sup>399</sup> Eyrenci ve diğerleri, s. 146; Çelik, s. 183; Ulucan, s. 196; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 158; Ertürk ve Gürsel, s. 442; Özdemir, Eşitlik, s. 259; Murat Kandemir, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal Yayıncılık, 2005, s. 423; Keser, s. 27; 9. HD, 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939, Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları)**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, ss. 123-124.

ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapamaz. İşverenin ücret konusunda yapacağı ayırım haklı olmalıdır<sup>400</sup>.

Nitekim Yargıtay da aynı işi veya aynı değerde işi yapan işçiye daha az ücret ödenmesinin ya da daha az ücret zammı verilmesinin haklı ve objektif nedenlere dayandırılmaması hâlinde, bu durumun eşit davranma borcunun ihlâli niteliği taşıdığını kararlarında ifade etmektedir<sup>401</sup>. Yine Yargıtay bazı kararlarında, emekli olması planlanan işçilerin ücret artışından yararlandırılmamasının eşitlik ve adalete uygun olmadığı sonucuna varmıştır<sup>402</sup>.

İşverenin mutlak ayırım yasaklarına dayanarak ücrette farklılığa gitmesi mümkün değildir. Bu hâlde yapılan ayırım haklı bir nitelik taşımaz. Nitekim İş Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrası ile de iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanılarak ayırım yapılması mutlak olarak yasaklanmıştır. İş ilişkisinde geçerli olan bu yasağın, ücret için de geçerli olması gerekir.

Aynı şekilde İş Kanununun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı ve işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı göstermeyeceği de açıkça hüküm altına alınmıştır.

Benzer durum işverenin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına karşılık kendi isteğiyle işçilere yaptığı sosyal ödemeler için de geçerli kabul edilmelidir. Devamlı nitelik taşıyan ve bu sebeple işyeri uygulaması hâline gelen ikramiye, prim gibi ödemeler işveren açısından bağlayıcı nitelik taşır ve hiç ya da yeteri kadar ödenmemeleri hâlinde işçi tarafından talep edilebilmesi sonucu ortaya çıkar<sup>403</sup>. İşyeri uygulaması niteliği taşıyan taşımam, yani işçiye bu ödemeleri talep hakkı versin vermesin, burada önemli olan husus bu tür sosyal ödemelerin eşit davranma yükümlülüğü gözetilerek, objektif ve haklı gerekçeler bulunmadığı sürece herkese

---

<sup>400</sup> Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 157; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 28; Ertürk ve Gürsel, s. 442; Kandemir, s. 422.

<sup>401</sup> 9. HD. 18.02.2003, 13208/1836, 9. HD. 08.04.2004, 18893/7996, 9. HD. 05.04.2005, 9518/12140, 9. HD. 0111.2004, 8671/24558, Süzek, İş Hukuku, s. 478'den naklen.

<sup>402</sup> 9. HD, 06.10.2003, E. 2003/3501, K. 2003/16308, Özdemir, Eşitlik, ss. 254-255; 9. HD, 09.02.2004, E. 2003/12524, K. 2004/167, Günay, ss. 261-262.

<sup>403</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 200; Ertürk, Temel Haklar, s. 107.

eşit şekilde yapılmasıdır<sup>404</sup>. Ancak kural bu olmakla birlikte, işveren işçilerin bazı özelliklerini göz önüne alarak işçileri sınıflandırabilir ve sosyal yardımları bu sınıflandırmaya dayanarak yapabilir. Örneğin işveren çocuk yardımı yapacak ise, bunu yalnızca birden fazla çocuğu olanlara yapabilir, ya da yalnızca ağır işte çalışanlara veya o ay işyerinde başarı gösterenlere ikramiye verebilir<sup>405</sup>. Ancak burada önemli olan bu sınıflandırmanın keyfi olarak yapılmaması ve ayırımın haklı bir nedene dayandırılmasıdır<sup>406</sup>.

### (3) Kadın-Erkek Arasında Ücret Eşitliği

Kadın ve erkek işçiler arasında ücret konusunda ayırım yapılmaması, ücrette eşit davranma yükümlülüğü açısından önem taşımaktadır. Uygulamada kadının biyolojik yapısı (anne olabilme özelliği ve bunun gibi), kadın işçilerin toplum içerisindeki rol dağılımı, kadın işçilerin çalışma yaşamlarının doğum ve bunun gibi sebeplerle aralıklı olması, bir işin kadın ya da erkek işi olarak nitelendirilmesi gibi sebeplerle kadın işçilere daha az ücret verilmesi yönünde bir eğilime rastlanabilmektedir<sup>407</sup>.

Uygulamada bazı işverenlerce kabul edilen bu eşitsizliğe karşılık, cinsiyet farklılığının ücret eşitsizliğini haklı gösterdiğinin kabulü mümkün değildir. Nitekim yukarıda da sözü edilen İş Kanununun 5. maddesinin 4. fıkrası hükmü karşısında, hukukumuzda cinsiyet nedeniyle bir ayırım yapılması söz konusu olamayacaktır. Bu hükme göre, *“Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.”* Aynı şekilde 5. maddenin 5. fıkrasıyla da *“İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kalmaz.”* denilmiştir. Buna ek olarak İş Kanununun 74. maddesinde de hamileliğe ilişkin düzenleme getirilmiş ve hamilelik hâlinde işçinin ücretinde indirim yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir (İş K. m. 74/IV). Böylece İş

<sup>404</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 145; Çelik, s. 186; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 201; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 6; Ertürk, Temel Haklar, s. 107; Ertürk ve Gürsel, s. 441.

<sup>405</sup> Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 159; Ertürk ve Gürsel, s. 441.

<sup>406</sup> Çelik, s. 186; Ertürk ve Gürsel, s. 441.

<sup>407</sup> Ulucan, s. 200; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 177-183; Nermin Berki, “Kadın ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret”, Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, Ankara, 1977, s. 30; Ertürk, Temel Haklar, s. 105; Kandemir, s. 421.



Kanununda genel olarak eşit işlerde verilecek ücret konusunda cinsiyet temelli her tür ayrımcılığın önlenmek istendiği görülmektedir<sup>408</sup>.

Benzer nitelikte hükümlere çeşitli uluslararası belgelerde de rastlanmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (m. 23) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (m. 7), kadın ve erkek ayrımı gözetilmeksizin herkesin eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hak kazanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Yine yukarıda “Uluslararası Belgelerde Eşitlik İlkesi” başlıklı kısımda da belirtildiği üzere, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından hazırlanan ve Türkiye tarafından da onaylanan 111 sayılı “İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Çalışma Sözleşmesi” ve “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Çalışma Sözleşmesi” bu hususta önem taşıyan ve eşit iş için eşit ücret prensibini kabul ederek cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle ücret eşitsizliğini reddeden belgelerdir<sup>409</sup>.

### **c. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Eşit Davranma Yükümlülüğü**

İşverenin iş ilişkisinde sahip olduğu yönetim hakkına bağlı olarak işin nerede, ne zaman, nasıl yürütüleceğini belirleme, işyerinin düzen ve güvenliğini sağlayıcı önlemler alma ve düzenlemeler yapma yetkisi bulunur. Bu yetkisi sebebiyle işyerinde üst bir konumda bulunan işveren, yönetim yetkisini keyfi uygulamalara yol açmadan, işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğüne aykırı düşecek düzenleme ve uygulamalardan kaçınarak yerine getirmekle yükümlüdür<sup>410</sup>. Dolayısıyla eşit davranma yükümlülüğü aslında işverenin yönetim hakkını sınırlayıcı bir özellik taşır<sup>411</sup>.

Bu noktada işin eşit konumda bulunan işçiler arasında eşit olarak dağıtılması, işin yapılacağı yerin ve çalışma sürelerinin belirlenmesi, işin ve işyerinin gereklilikleriyle sınırlı olmak ve işçinin kişilik haklarını ihlâl etmemek kaydıyla

<sup>408</sup> Kandemir, ss. 422-423.

<sup>409</sup> ILO Sözleşmeleri ve düzenlemeleri hakkında genel bilgi için bkz. Nurhan Süral, “Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: II, Beta Basım, 2001, ss. 1294 ve devamı, 1307; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 185; Ertürk, Temel Haklar, s. 105-106. Ayrıca yabancı ülkelerdeki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 186 ve devamı; Berki, ss. 31-32.

<sup>410</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 145; Süzek, İş Hukuku, s. 479; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 158.

<sup>411</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 158.

işçilerin giyim ve görünüşleri ya da sigara içmeleri gibi işçilerin kişisel davranışlarını düzenleyen konularda düzenlemeler yapılması, özel hayatın gizliliğini ve kişilik haklarını ihlâl etmemek ve haklı bir neden bulunması şartıyla işçilerin giriş ve çıkışlarında eşyalarının ya da üstlerinin aranması, disiplin cezası verilmesi, işçilerin mesleklerinde yükseltilmeleri ve ilerletilmeleri gibi işverenin yönetim hakkının bir parçasını teşkil eden konularda işçiler arasında keyfî bir şekilde ayırım yapılmaması, eşit davranma yükümlülüğüne uyulması açısından önem arz etmektedir<sup>412</sup>. Bu bakımdan haklı ve objektif sebepler bulunmadıkça işveren yönetim hakkıyla ilgili olarak işçilere farklı işlem yapmamakla yükümlüdür<sup>413</sup>. Ancak somut olayın şartları eşit davranma yükümlülüğüne bir aykırılık bulunup bulunmadığının tespitinde belirleyici olacaktır.

#### **d. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Yükümlülüğü**

Tezimizin konusu dışında yer almakla birlikte taşıdığı önem sebebiyle, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma yükümlülüğüne kısaca yer verilecektir.

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işverenin bu konudaki serbestisi mutlak olmamakla birlikte, eşit davranma yükümlülüğünün iş sözleşmesinin feshinde uygulanması mümkün değildir<sup>414</sup>. Bu görüş haklı sebeple fesih ve süreli feshi ayrı ayrı ele alarak konuya yaklaşmaktadır. Buna göre süreli (bildirimli) fesihte, eşit davranma yükümlülüğü yalnızca toplu fesih hâllerinde söz konusu olabilir. Bireysel nitelikteki fesihlerde her bir fesihte fesih sebebi farklılık gösterir. Bu nedenle eşit davranma yükümlülüğünün uygulanabilmesi zordur. Haklı sebeple fesih hâllerinde de, yine işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilemez. Zira haklı bir sebep bulunsa dahi, işverenin fesih kararı vermesinde başka etkenler de bulunabilir. Bu bakımdan her bir somut olayda fesihler ayrı ayrı özellikler taşıyacağından ve haklı sebebi yaratan işçinin önceki davranışları ve bunun gibi

<sup>412</sup> Çelik, s. 186; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 159-168; Ertürk ve Gürsel, s. 440.

<sup>413</sup> Ertürk ve Gürsel, s. 441.

<sup>414</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 208, dn. 226'da belirtilen yazarlar; Uşan'a göre, "Sözleşmenin feshinde işverenin kural olarak işçileri arasında eşit davranma borcu yoktur. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş ilişkisini kurma hakkına sahip olan işveren, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu ilişkiyi sona erdirebilme imkanına da sahip olmalıdır.", Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 8, 2005, (Eşit Davranma Borcu), s. 1630.

hususlar da fesih kararı verilirken göz önünde tutulacağından, bu tür fesihlerin de eşit görülmeleri olanağı yoktur. Bu nedenle işveren eşit davranmakla yükümlü tutulamaz<sup>415</sup>.

Aynı yönde görüşe sahip Çelik'e göre, İş Kanununun 5. maddesiyle, iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit davranma yükümlülüğü mutlak ayırım yasakları, cinsiyet ve gebelik ile sendikal ayrımcılık hâlleriyle sınırlanmıştır. Bu hâller dışında işveren, işçilerin kişisel durumlarının farklılıkları karşısında eşit davranma borcuna uymak zorunda değildir. Örneğin, üç işçinin devamsızlık yapması hâlinde işveren, bunlardan yalnızca bir tanesinin iş sözleşmesini feshedip, diğer işçilerle çalışmaya devam edebilecektir<sup>416</sup>.

Buna karşılık öğretilerde savunulan ve bizim de kabul ettiğimiz diğer görüşe göre ise, fesih ister haklı sebeple ister süreli olsun, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne uyması gerekir<sup>417</sup>. Bu görüşe göre, İş Hukukunda genel olarak kabul edilen bir ilke olan eşit davranma yükümlülüğünün, İş Hukukunun en önemli parçalarından birini oluşturan fesih konusunda da uygulanması gerekir<sup>418</sup>. Her ne kadar işçiyi korumak üzere iş güvencesi kurumu kabul edilmiş ise de, eşit davranma yükümlülüğü iş güvencesinden yararlanmayan işçiler için özellikle önem taşır. Zira Tuncay'ın da haklı olarak belirttiği üzere, işverenin işyerinde çalışan işçiler arasında ayırım yapmayı haklı kılacak bir durum olmadıkça genel olarak eşit davranma yükümlülüğü bulunduğu kabul edildiğine göre, iş sözleşmesinin feshini bundan müstesna tutmak haklı görülemez. Birçoklarının gözden kaçırdığı nokta, eşit davranma yükümlülüğünün fesihte uygulanamayacağı değil, fesih durumunda ayırım yapılmasını haklı gösteren nedenlerin ortaya çıkabileceğidir<sup>419</sup>.

---

<sup>415</sup> Görüşün gerekçeleri için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 208-209; Bu görüşte bkz. Aktay ve diğerleri, s. 139.

<sup>416</sup> Çelik, ss. 184-185.

<sup>417</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 210, dn. 239, 240'da belirtilen yazarlar; Süzek, İş Hukuku, s. 481 ve devamı; 9. HD. 01.02.2005, 7540/2732, 9. HD. 04.11.2004, 8413/24957; Ertürk ve Gürsel, s. 445.

<sup>418</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 211; Süzek, İş Hukuku, s. 484; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, imalatın hızlı yapılmasını sağlayan ancak işyerinde kullanılması yasak olan bir aparatın iki işçi tarafından ısrarla kullanılmasına rağmen işverenin bu işçilerden yalnız birinin sözleşmesini feshettiği olayda, her iki çalışanın da kullanılması yasak olan aparatı kullanmak konusunda irade gösterdiğini ve bu nedenle kusurlu olduğunu ifade etmiş ve işverenin bu davranışını eşit davranma borcuna aykırı olarak nitelendirmiştir. 9. HD, 23.09.2010, E. 2008/34788, K. 2010/25328, Çil, ss. 118-120.

<sup>419</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 213-214; İşyerinde kavga eden iki işçiden birinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği ancak, diğer işçiyle çalışılmaya devam edildiği olayda, 9. Hukuk Dairesi, işverenin olaya karışan işçilerden yalnız birinin sözleşmesini feshetmesi nedeniyle eşit davranma borcunu ihlâl ettiğine karar vermiştir (9. HD, 04.11.2004, 8413/24957). Bununla

Bu sonuç özellikle mutlak ayırım yasakları bakımından kabul edilmelidir. Nitekim Anayasanın 10. maddesinde ve İş Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasî ya da felsefî görüş, mezhep ve sendikal haklar ve benzer mutlak ayırım yasakları bakımından işverenin iş sözleşmesinin feshi sırasında eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Söz konusu 5. maddenin 6. fıkrasında “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edilebilir.” denilmesi de sona erme sırasında eşit davranılmamasının yaptırımını düzenlediğinden, bu sonuca ulaşmayı kaçınılmaz hâle getirmektedir. Yine İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında, iş sözleşmesinin sona ermesinde, cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yapılamayacağı da açıkça hükme bağlanmış olduğundan, bu tür bir ihlâl hâlinde de yine ayrımcılık tazminatının söz konusu olacağı açıktır (İş K. m. 5/VI).

Aynı şekilde İş Kanununun geçerli sebeple feshi düzenleyen 18. madde hükmüyle de “ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasî görüş ve benzeri nedenler”in sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle iş sözleşmesinin mutlak ayırım yasaklarına aykırı davranılması sonucu feshedilmesi hâlinde, bu feshin hukuka aykırı ve geçersiz olduğunun (İş K. m. 18/III, d) ve 5. maddenin 6. fıkrasında öngörülen ayrımcılık tazminatının söz konusu olacağı kabul edilmesi gerekir<sup>420</sup>.

## **7. Eşit Davranma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı**

### **a. Ayrımcılık Tazminatı**

Daha önce de kısaca yer verildiği üzere İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının yaptırımı, maddenin 6. fıkrasında belirlenmiş ve iş ilişkisinde veya sona ermesinde 5. madde hükümlerine aykırı davranılması hâlinde işçinin, dört aya kadar ücreti tutarında tazminat ve bunun yanı sıra yoksun kaldığı

---

birlikte kararı inceleyen Uşan’a göre, “Her iki işçinin kavga olayına karışması durumunda işverenin bunların ikisini de işten çıkarması gerekliliği, aksi halde bir tanesinin işten çıkarılmasının eşit işlem borcuna aykırılık oluşturması sonucu, bize göre isabetli değildir. bir başka deyişle, kural olarak, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde (İş K. m. 5 göz önünde bulundurularak ve saklı tutularak) işveren işçilere karşı eşit davranma borcu altında değildir. Netice itibarıyla işyerinde huzursuzluk ve düzensizlik söz konusu olmuştur. Burada işveren bu duruma sebep olan işçilerden dilediğinin ilişkisine son verme hakkına sahip olabilmelidir.” Uşan, Eşit Davranma Borcu, ss. 1625-1632.

<sup>420</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 481.

haklarını talep edebileceği öngörülmüştür (Ayrımcılık tazminatı). Bu bakımdan maddenin 1. fıkrasında yer alan mutlak ayırım yasakları ile 2. fıkrasında düzenlenen belirli-belirsiz ve kısmî-tam süreli çalışan işçiler arasında ayırım yapma yasağı ve 3. ve 4. fıkralarda kaleme alınan iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrı işlem yapılamayacağı ve cinsiyet sebebiyle farklı ücret kararlaştırılmayacağı hükümlerinin ihlâli hâlinde söz konusu fıkroda belirtilen “ayrımcılık tazminatı” söz konusu olacaktır.

Yukarıda yer verilen maddede iş ilişkisinde ve iş sözleşmesinin feshi sırasında ayrımcılık yapılmasının yaptırımından bahsedilmiş olmakla birlikte, işe almada ayrımcılık yapılmasının hukuki yaptırımı belirtilmemiştir. Bu sebeple işe almada ayrımcılık yapılması ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranılması hâlinde, tazminatın ancak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerine (culpa in contrahendo) göre talep edilebileceği kanaatindeyiz<sup>421</sup>.

Ayrımcılık tazminatına esas olacak ücret, asıl ücrettir. Dolayısıyla ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve bunun gibi ödemeler buna dahil değildir. Bu husus maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir. Ayrımcılık tazminatının tutarı hakim tarafından belirlenir<sup>422</sup>. Ancak maddede de belirtildiği üzere bu tazminatın üst sınırı, işçinin dört aylık ücretidir. Ancak işçi bu tazminatın yanı sıra yoksun kaldığı haklarını da talep edebilecektir (İş K. m. 5/VI). Bu çerçevede işçi, ayrımcı işlemden dolayı eksik ödenen ücret, ödenmeyen ikramiye gibi mahrum kaldığı diğer haklarını da isteyebilecektir<sup>423</sup>.

## **b. Sendikal Tazminat**

Ayrımcılığın sendikal nedene dayanmasının yaptırımı ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 4. fıkrası gereğince,

---

<sup>421</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 660; Eyrenci ve diğerleri, s. 145; Süzek, İş Hukuku, s. 477; Narmanlıoğlu, s. 331; Yenisey, s. 77; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 28; Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 25, 2010, (Ayrımcılık Tazminatı), s. 34; Ertürk ve Gürsel, s. 440.

<sup>422</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 488; Keser, s. 33; Yenisey, s. 77; Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, s. 34; Ertürk ve Gürsel, s. 448.

<sup>423</sup> Kaya, Eşitlik İlkesi, ss. 169-170; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 34; Yenisey, s. 81; Ertürk ve Gürsel, s. 452.

işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilmesi olarak belirlenmiştir. Kanununun 25. maddesine göre,

*“(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.*

*(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.*

*(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tâbi tutulamaz.*

*(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.*

*(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanununun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanununun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.*

*(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.*

*(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.*

*(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.*

*(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”*

Buna göre, iş ilişkisinde maddenin ilk 3 fıkrasına göre bir ayrımcılık yapılması hâlinde işçi işverenden sendikal tazminat talep edebilecektir. İş sözleşmesinin sendikal bir nedenle feshedilmesi hâlinde, işçi işe iade için dava açma hakkına sahiptir. Bu dava sonucunda feshin sendikal nedene dayandığının tespit edilmesi hâlinde işçi işveren tarafından işe başlatılsın başlatılmasın, sendikal tazminata hükmedilebilecektir. Ancak bu hâlde işçi işe başlatılmazsa, İş Kanununun 21. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatına ayrıca karar verilemeyecektir.

Yine İş Kanununun 5/VI. maddesinde Sendikalar Kanununun 31. madde (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi) hükümleri saklı tutulduğundan, 25. maddede belirlenen sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir<sup>424</sup>. Bununla birlikte, söz konusu fıkrada yalnızca sendikal tazminattan söz edilmiş, kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceğine ilişkin bir kural getirilmemiştir. Bu bakımdan iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkının işveren tarafından kötüye kullanıldığı hâllerde talep edilebilecek kötüniyet tazminatı (İş K. m. 17/VI) ile ayrımcılık tazminatına (İş K. m. 5/VI) birlikte hükmedilebileceği kabul edilmelidir<sup>425</sup>. Buna karşılık öğretide işverenin aynı davranışı sebebiyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği ve ayrımcılığın kötüniyetin özel bir hâli olduğu gerekçesiyle, aksi görüş de savunulmaktadır<sup>426</sup>.

Aynı sav ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilemeyeceği yönünde de ileri sürülmekte ise de, kanaatimizce yine iki tazminata birlikte hükmedilebileceği kabul edilmelidir. Zira iki tazminatın amacı farklı olduğundan ve İş Kanununun 5/VI. maddesinde bu durum istisna sayılmadığından, iki tazminatın birlikte talep edilmesine bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz<sup>427</sup>.

### c. Cezai Yaptırım

Yukarıda da yer verildiği üzere, ayrımcılık yasağı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile cezaî yaptırım altına alınmıştır. Anılan Kanunun 122. maddesiyle, bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerden birine dayandıran kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği düzenlenmiştir.

<sup>424</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 665; Süzek, İş Hukuku, s. 489.

<sup>425</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 662; Süzek, İş Hukuku, s. 489.

<sup>426</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 489, dn. 65'te belirtilen yazarlar; Bu görüşte bkz. Günay, ss. 260-261; Yenisey, s. 81; Ertürk ve Gürsel, s. 450; Odaman'a göre, "İş sözleşmesinin işverence eşitlik ilkesine aykırı davranılarak feshi açık bir kötü niyetli fesihdir. Bu anlamda, ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatı talep edildiğinde, bunların her ikisine birden hükmedilmesi kanımızca isabetli değildir. böyle bir durumda tazminatlardan hangisi işçilehine ise ilgili tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. elbette işçi de kötüniyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatından dilediğini talep etmekte serbesttir. Zira bu iki tazminatın varlık nedeni tümüyle birbiriyle kesişmektedir." Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, s. 36.

<sup>427</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, ss. 662-663; Süzek, İş Hukuku, s. 490; Ertürk ve Gürsel, s. 451; Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, s. 36.

Söz konusu madde aşağıdaki şekildedir:

*“(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

*a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,*

*b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

*c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,  
Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”*

Böylece görülmektedir ki, söz konusu maddede bahsi geçen sebeplerle işe alma konusunda bir ayrımcılık yapılması, cezaî yaptırıma bağlanmış olmaktadır.

#### **d. İdari Yaptırım**

İş Kanununun 99. maddesi ile ise, Kanunun 5. maddesinde belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranan işveren ya da işveren vekiline idari para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir. Burada ayrıca bir belirleme yapılmadığından, 5. maddede düzenlenen, mutlak ayırım yasaklarına aykırılık, belirli-belirsiz ve tam-kısmî süreli işçiler arasında yapılacak ayırım ve cinsiyet ya da hamilelik sebebiyle farklı işlem yapma veya farklı ücret belirleme yasağına aykırılık hâllerinde, işverene idari para cezası uygulanabilecektir.

#### **8. İspat Yükü**

İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde bunu ispat edecek taraf, işçidir. Ancak işçi, eşit davranma yükümlülüğünün ihlâl edildiğine ilişkin olguların varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğu takdirde, işveren böyle bir ihlâlin mevcut olmadığını ispatla yükümlü olacaktır<sup>428</sup>. Nitekim İş Kanununun 5. maddesinin son fıkrasında da ispat yükünün işçiye ait olduğu belirtilmiş, ancak ihlâlin varlığı ihtimalinin işçi tarafından güçlü bir şekilde ortaya konması hâlinde, böyle bir ihlâlin bulunmadığını işverenin ispatla yükümlü olacağı açıkça ifade edilmiştir.

<sup>428</sup> Mollamahmuoğlu ve Astarlı, s. 661; Tunçomağ ve Centel, s. 146; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, ss. 238-239; Narmanlıoğlu, s. 330; Kaya, Eşitlik İlkesi, s. 171; Yenisey, s. 75; 9. HD, 22.04.2008, E. 2008/14403, K. 2008/9841, Çil, ss. 126-128.



Benzer bir hükme Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da yer verilmiş ve fesih hâli dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğu, ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu hâlde, işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacağı ifade edilmiştir (6356 s. Kanun m. 25/VII).

Fesih durumunda ise, işçi tarafından iş sözleşmesinin sendikal ayrımcılığa dayanılarak feshedildiğini ileri süren bir dava açıldığında, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene ait olur. Ancak feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür (6356 s. Kanun m. 25/VI).

## **G. İşverenin Sözleşme Görüşmeleri Sırasında İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü**

### **1. Cinsel Taciz Kavramı**

İşçinin kişilik haklarının korunmasının bir parçasını da işçinin cinsel taciz eylemine karşı korunması oluşturur. Cinsel taciz, Türk Ceza Kanununun cinsel taciz suçunu düzenleyen 105. maddesinin gerekçesinde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilen ve cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesine neden olan fiiller olarak ifade edilmiştir. İş Hukuku bakımından ise cinsel taciz, cinsel temas olmaksızın fakat cinsel çıkar sağlamak amacıyla işçinin kişiliğine, vücut ve ruhsal bütünlüğüne yönelik istenmeyen, aşağılayıcı ve onur kırıcı her tür davranış olarak tanımlanabilir<sup>429</sup>.

Cinsel taciz eylemleri farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Sözlü sarkıntılıklar, ahlaksız teklifler, cinsel saldırılar, menfaat vaadi ya da menfaat kaybı tehdidiyle yapılan yakınlaşmalar gibi mağdurun rızası olmaksızın gerçekleşen her türlü cinsel davranış bu anlamda cinsel tacizin konusunu oluşturabilir<sup>430</sup>. Fiziksel temas ya da imalı sözlerin yanı sıra, açık resimler göstermek ya da cinsel içerikli fıkralar

<sup>429</sup> Mollamahmutoglu ve Astarlı, s. 631; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 45; Kadriye Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 101-102'den aktaran Erdem Özdemir, "İşyerinde Cinsel Taciz", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 11, 2006, s. 86; Aydemir, s. 5.

<sup>430</sup> Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 46; Yıldız, s. 89; Aydemir, ss. 6-20.

anlatmak gibi mağdurda rahatsızlık yaratan her tür cinsel içerikli davranış da cinsel taciz kavramının içerisinde değerlendirilebilir<sup>431</sup>.

Bir eylemin cinsel taciz niteliğinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için bazı kriterlerden yararlanılabilir. Cinsel tacizin söz konusu olabilmesi için öncelikle cinsel içerikli bir davranışın bulunması gerekir. Bu davranış cinsel içerikli ya da cinsiyetten ötürü yapılan her tür davranış olabilir. İkinci olarak bu davranış karşısında buna maruz kalan kişi rahatsızlık duymalıdır, yani bu, istenmeyen bir davranış olmalıdır. Bu bakımdan örneğin her yemeğe çıkma teklifi, cinsel taciz olarak addedilemez. Ancak bu teklif muhatabı olan kişi tarafından hoş karşılanmıyorsa ya da cinsel imalar içererek yapılmışsa ya da yemek teklifi ısrarla birden fazla kere yapılıyorsa, bu durumda cinsel tacizden bahsedilebilecektir<sup>432</sup>. Burada davranışlar karşısında her bireyin tepkisi ve algısı değişik olacağından, hangi davranışların cinsel taciz olarak nitelendirileceği sorununda kıstas davranışın “makul” bir kişi tarafından cinsel taciz olarak değerlendirilebiliyor olup olmadığıdır<sup>433</sup>. Dolayısıyla bir davranışın cinsel taciz niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde birçok etken rol oynamaktadır. Bu nedenle cinsel tacizin tespiti için her somut olayın koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

## **2. Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Cinsel Taciz**

Cinsel taciz kavramının düzenlenmesi, Avrupa Birliği mevzuatında dikkat çekmektedir. Cinsel taciz, Avrupa Birliği mevzuatına 76/207 Sayılı “İşe Alınma, Meslekî Eğitim, Terfî ve Çalışma Şartlarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele Prensiplerinin Uygulanması Hakkındaki Direktif”te değişiklik yapan 2002/73 sayılı Direktifle girmiş ve bu Direktifle cinsel tacizin bir ayrımcılık olduğu, bu nedenle yasaklanması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca cinsel tacizin sadece iş ilişkisi içerisinde meydana gelmediği, işe alınmada ve meslekî eğitimde de cinsel taciz niteliğinde davranışlarla karşılaştığı, bu nedenle işverenler ve meslekî eğitimle sorumlu olan kimselerin, her türlü cinsel ayrımcılığa ve tacize ilişkin önlem almaları gerektiği de vurgulanmıştır<sup>434</sup>.

<sup>431</sup> Aydın, Kişilik Hakları, s. 91; Yıldız, s. 89; Aydemir, s. 11.

<sup>432</sup> Aydemir, s. 21.

<sup>433</sup> Aydemir, ss. 22-23.

<sup>434</sup> Yıldız, s. 92.

76/207 sayılı Direktifin 2. maddesinde değişiklik getiren 2002/73 sayılı Direktifin 2. maddesiyle, cinsel taciz “*Kişinin onurunu çığnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır*” olarak tanımlanmıştır (m. 2/2)<sup>435</sup>.

Aynı şekilde cinsel taciz davranışları, 2006/54 sayılı Direktifle de cinsiyet temelli ayrımcılık olarak kabul edilmiş ve bu ayrımcılık türünün yalnızca işyerinde değil, aynı zamanda istihdam, meslekî eğitim ve terfi etme imkanına ulaşmak bakımından da ortaya çıkabileceği ifade edilmiş, işverenlerin ve meslekî eğitimden sorumlu olanların cinsiyet temelli ayrımcılığın bütün türleriyle mücadele etmesi ve özellikle istihdam, meslekî eğitim ve terfi olanaklarına ulaşma konusunda ve işyerinde taciz ve cinsel tacize karşı ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak önlem alması için desteklenmesi gerektiği ifade edilmiştir (m. 26)<sup>436</sup>.

### **3. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz**

#### **a. Yükümlülüğün Yasal Dayanağı**

Cinsel taciz niteliği taşıyan eylemler konusunda ilk akla gelen tacizin Türk Ceza Kanunu boyutudur. Nitekim Türk Ceza Kanununun cinsel taciz suçunu düzenleyen 105. maddesine göre,

*“(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.*

*(2) Bu filler, hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”*

Görüldüğü üzere cinsel amaçlı taciz eylemleri TCK kapsamında suç olarak kabul edilmiş, bu eylemin “*aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak*” işlenmesi, suçun nitelikli hâli olarak düzenlenmiştir.

<sup>435</sup> 2002/73 sayılı Direktif metninin çevirisi için bkz. [http://ab.calisma.gov.tr/index\\_dosyalar/mevzuat/direktifler/2002-73.doc](http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/direktifler/2002-73.doc), (19.08.2013).

<sup>436</sup> 2006/54 sayılı Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML>, (19.08.2013).

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü kapsamında cinsel taciz oluşturabilecek davranışlardan kaçınma ve işçilerin işyerinde cinsel tacize uğramaması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü<sup>437</sup>, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 417. maddesiyle işveren, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. 417. maddenin gerekçesine göre, bu hükümle işçilerin rahat ve huzurlu bir ortamda çalışabilmelerini sağlamak amaçlanmış ve bunun için de işveren işyerinde ahlakî bir düzen sağlamakla ve işçilerin cinsel ve psikolojik tacize uğramamaları için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır<sup>438</sup>.

İş Kanununda ise cinsel taciz, haklı sebeple fesih nedeni olarak Kanunun 24. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş ve işçinin işyerinde işveren, diğer bir işçi ya da üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması hâlinde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği ifade edilmiştir. Ancak görüldüğü üzere işverenin cinsel tacizde bulunmama ve cinsel tacize karşı önlemler alma yükümlülüğü bu iki yasa da farklı çerçevelerde ele alınmıştır. Zira bu yükümlülük İş Kanununda yalnızca fesih olanağı doğurması açısından ele alınmışken, Türk Borçlar Kanununda işçinin kişiliğinin korunması bakımından düzenlenmiştir<sup>439</sup>.

Cezai boyutunun ve fesih hakkının yanı sıra, işyerinde gerçekleşen bir cinsel taciz eylemi, cinsel tacize maruz kalan işçinin kişilik haklarına haksız bir saldırı niteliği taşır<sup>440</sup>. Bu nedenle işçinin kişiliğini korumakla yükümlü bulunan işveren, işyerinde ortaya çıkabilecek taciz eylemlerine karşı önlem almakla yükümlü tutulmuştur (TBK m. 417).

---

<sup>437</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 632; Süzek, İş Hukuku, ss. 421-422; Tunçomağ ve Centel, s. 137; Aydın, Sosyal Temas, s. 108; Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s. 11; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47; Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, (İşçinin Kişiliğinin Korunması), s. 13; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 92.

<sup>438</sup> Örneğin, cinsel taciz eyleminde bulunan kişiyi ikaz, ihtar etme, yerini değiştirme, iş sözleşmesini feshetme gibi somut olaya göre uygun ve gerekli önlemler işveren tarafından alınmalıdır. Ancak cinsel taciz eyleminde işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, yan yükümlülük olduğundan, böyle bir eyleme karşı ne tür bir önlem alınacağı işverenin takdirine bırakılmıştır. Yani böyle bir eyleme maruz kalan işçiye, işverene dava açarak somut bazı tedbirlerin alınmasını talep etme hakkı tanınmamıştır. Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47.

<sup>439</sup> Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 15.

<sup>440</sup> Aydın, Kişilik Hakları, ss. 103-104; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 15.

Cinsel tacizi işçinin kişilik haklarının ihlâli olarak değerlendiren 417. madde, işverenin bu yükümlülüğüne uymaması nedeniyle işçinin zarar görmesi hâlinde, bu zararın sözleşmeye aykırılık hükümlerine tâbi olarak tazmin edileceğini hüküm altına almıştır (TBK m. 417/III). Bu bakımdan tacize uğraması nedeniyle kişilik hakları ihlâle uğrayan işçi, Medeni Kanununun 24. ve 25. maddeleri uyarınca cinsel taciz tehdidinin önlenmesini, var olan bir cinsel tacizin ortadan kaldırılmasını, sona ermesine rağmen rahatsız edici etkisi devam eden cinsel taciz eyleminin tespitini ve cinsel taciz nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararının tazminini talep edebilecektir<sup>441</sup>.

### **b. Sözleşme Görüşmeleri Sırasında İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü**

İş ilişkisinin devamı sırasında işçinin, cinsel taciz niteliği taşıyan eylemlere karşı korunması yükümlülüğü gerek İş Kanununda gerekse Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş olmasına karşın, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işçinin böyle bir davranışa maruz kalması hâline ilişkin kanunî bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında taraflar arasında bulunan sosyal temas ve güven ilişkisi ve buna bağlı olarak birbirlerini ve hukuki koruma alanlarında bulunan kişileri koruma yükümlülüklerinin sonucu olarak işverenin, işçi adayına cinsel tacizde bulunmamak ve cinsel tacize uğramasını önlemekle de yükümlü olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>442</sup>. Zira iş görüşmesinin tarafını oluşturan işçi adayını, görüşmeler sırasında aynı işyerinde çalışan işçi gibi cinsel taciz davranışına uğrama riski altındadır. Bu riskin doğması için taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı gerekmez. Henüz iş sözleşmesi kurulmamış olsa dahi işveren işçi adayını da korumak ve gözetmekle yükümlü olacağından, işverenin işçiyi cinsel taciz davranışına karşı koruma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Bu görüşün kabul edilmesi sonucunda, sözleşme görüşmeleri sırasında cinsel tacize uğrayan işçi adayını, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) gereğince uğramış olduğu maddi ve manevi zararını işverenden talep edebilecektir<sup>443</sup>. Aynı

<sup>441</sup> Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s. 12; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 92.

<sup>442</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 632; Aydın, Kişilik Hakları, s. 105; Yıldız, s. 98.

<sup>443</sup> Yıldız, s. 99.

sonuç görüŖmelerin iŖveren vekili tarafından yürütülmesi hâlinde de kabul edilmeli ve iŖveren, iŖveren vekilinin bu davranıŖından sorumlu tutulabilmelidir<sup>444</sup>.

---

<sup>444</sup> Aydın, KiŖilik Hakları, s. 105; Yıldız, s. 99.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### I. GENEL OLARAK

Tezimizin bir önceki bölümünde de söz edildiği üzere, iş sözleşmesinin yapılması için görüşmelere başlanmasıyla birlikte, görüşmenin tarafları arasında sosyal temas ve güven ilişkisi kurulmakta ve aralarında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Bu sebeple, görüşmeler sırasında gerek işçi gerek işveren birbirlerine karşı dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde davranmak, birbirlerine zarar vermemek ve birbirlerinin çıkarlarını korumakla yükümlü olurlar. İş sözleşmesinin taraflarını teşkil eden işçi ile işverenin çıkarları birbirinden farklı olduğundan, bu husus önem taşır. Zira iş görüşmeleri esnasında işveren, yapılan başvurular arasından işyeri ve iş için en doğru ve isabetli olan adayı seçmek; işçi adayı ise işe kabul edilmek ister. İşçi bunun için elinden gelen çabayı gösterecek, belki de kendisi hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vermek ya da zayıf yanlarını saklayarak, güçlü yanlarını ön plâna çıkarmak yoluna gidebilecektir<sup>445</sup>. Bu bakımdan iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında tarafların herhangi bir zarara uğramalarını önlemek açısından, bu evrede uymakla yükümlü oldukları yükümlülükleri belirlemek ve bu yükümlülüklerin sınırlarını çizmek önem taşır.

Sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen taraflar arasında, kurdukları yakın ve kişisel ilişki sebebiyle, temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi doğar ve buna bağlı olarak tarafların görüşmeler sırasında uymakla yükümlü oldukları özel birtakım davranış yükümlülükleri ortaya çıkar. Bu bakımdan sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar, birbirlerini esasen böyle bir niyetleri olmamasına rağmen sözleşme yapmaya sevkedecek nitelikte, yanlış bir izlenim uyandırmaktan kaçınmak, hatta karşı tarafın bu hususta yanlış bir kaniya sahip olduğunu fark etmeleri hâlinde uyarmak, sözleşmenin yapılması açısından önem taşıyan hususları görüşmenin karşı tarafına bildirmek ve birbirlerine zarar verici nitelik taşıyan her tür davranıştan

---

<sup>445</sup> Eyrenci, s. 239; Süzek, İş Hukuku, s. 308; Vahap Ünlü, “İşe Başvuru Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 14, Haziran 2009, s. 278.

kaçınmakla yükümlü olurlar<sup>446</sup>. Taraflardan birinin bu yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) söz konusu olur.

İş hukukunda genel ilke işçinin korunması olduğundan, işverenin işçinin herhangi bir zarara uğramaması için iş sözleşmesinin yapılmasından sona ermesine kadar her aşamada uyması gereken yükümlülükler önem taşımakla birlikte, işverenin çıkarlarının zedelenmemesi de son derece önemlidir. Bu nedenle tezimizin bu kısmında işçinin, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında uyması gereken yükümlülükler açıklanmaya çalışılacaktır.

Bir işe başvuran aday, işverenin isabetli bir karar verebilmesi açısından öncelikle kendisine işveren tarafından yöneltilen sorulara doğru ve gerçeğe uygun yanıtlar vermek, bunun yanı sıra iş için önem taşıyan ve açıklanması gereken durumları da kendiliğinden açıklamak yükümlülüğü altındadır. Bunun haricinde işçinin, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında öğrendiği sırları saklama ve işverene zarar verici açıklamalarda bulunmama gibi sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan birtakım yükümlülükleri de mevcuttur. İşçinin iş sözleşmesi görüşmeleri sırasındaki yükümlülüklerine aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.

## II. İŞE BAŞVURAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞMELERİ SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. Açıklama Yapma (Bilgilendirme) Yükümlülüğü

İş sözleşmesinde işçi taahhüt ettiği edimi bizzat yerine getireceğinden ve işçinin kişisel vasıfları iş sözleşmesinin her aşamasında belirleyici nitelik taşıdığından, işveren iş sözleşmesini yaparken doğal olarak işçi adayının yeteneklerini ve meslekî niteliklerini inceleyecek, fizikî görünüşü, davranışları ve konuşmaları hakkında birtakım sübjektif değerlendirmeler yapacak ve işçinin kişisel özelliklerinin işyerinin yapısıyla uyum göstermesini hedefleyecektir. Bu sebeple işe alırken işçinin cinsiyeti, fiziksel görünüşü, inançları, karakteri, aile durumu gibi bazı konularda bilgi sahibi

---

<sup>446</sup> Eyrenci, s. 239; Süzek, İş Hukuku, s. 308; Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003, s. 83.



olmayı ve işe alırken de işçinin bu özelliklerini göz önünde tutmayı arzu edecektir<sup>447</sup>. Bu bakımdan iş sözleşmesi henüz yapılmadan önce görüşmeler sırasında işçiyi tanımak ve işe uygun olup olmadığını takdir edebilmek, bunun için de ona birtakım sorular sorarak bilgi edinmek işveren açısından önem taşır. İşverenin işçiye hangi soruları yöneltebileceği ve işçiden hangi konularda bilgi talep edebileceğine bir önceki Bölümde yer verilmişti. Bu kısımda da işverenin soru sorma hakkının karşılığını oluşturan, işçinin kendisine yöneltilen soruları yanıtlama ve kendiliğinden açıklanması gereken hususları açıklama yükümlülüğü ele alınacaktır.

Açıklama yapma yükümlülüğü, işverenin kendisine soru sorması üzerine bilgi verme yükümlülüğü ve bazı konularda ise herhangi bir soru sorulmamış olmasına rağmen kendiliğinden açıklamada bulunma yükümlülüğü olarak iki şekilde ortaya çıkar.

### **1. Soru Üzerine Bilgi Verme Yükümlülüğü**

İşveren, iş görüşmeleri sırasında, işçinin işe uygunluğunu değerlendirebilmek amacıyla işçiye elbette ki birtakım sorular soracak, bu sorulara doğru yanıtlar almayı hedefleyecek ve sorduğu sorulara aldığı yanıtlar ve görüşmenin genel gidişatı çerçevesinde oluşan kanaatine göre görüştüğü adaylar arasından bir karara varacaktır. Öncelikle belirtilmelidir ki, işçinin işveren tarafından sorulan her soruya mutlaka cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dürüstlük kuralının gerektirdiği hâllerde ve ölçüde işçinin açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir<sup>448</sup>. Bu bakımdan, işverenin işçiye yönelttiği sorulardan işyeri ve görülecek işle ilgisi olanların, başvuran aday tarafından doğru olarak yanıtlanması gerektiği sonucuna varılmalıdır<sup>449</sup>. İş ve işyeri ile ilgisi bulunmayan sorular, işçinin kişilik haklarını ve özellikle de özel hayatının gizliliğini ihlâl edebilir. Hangi soruların bu nitelikte olduğu ve yanıtlanmasının gerektiğinin belirlenmesi, işin ve işyerinin özelliklerine göre değişiklik gösterir<sup>450</sup>. Örneğin yönetici konumundaki adaylara, işin niteliği gereği daha ayrıntılı sorular sorulması gerekebilir. Yine küçük işletmelerde daha yakın ilişkiler kurulması dolayısıyla işçinin kişiliği daha çok önem

<sup>447</sup> Eyrenci, s. 239; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, s. 55.

<sup>448</sup> Eyrenci, s. 245; Süzek, İş Hukuku, s. 309; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, s. 99.

<sup>449</sup> Eyrenci, s. 245; Rehbinder, s. 753; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıtması, s. 40.

<sup>450</sup> Eyrenci, s. 245.

kazanacağından daha ayrıntılı soruların sorulması söz konusu olabilir. Ancak her durumda işçiye yöneltilen soruların, işçinin kişilik haklarına tecavüz edebilecek nitelik taşıması gerekir<sup>451</sup>.

Öncelikle eğitim bilgileri ve meslekî bilgi ile ilgili sorular ya da iş tecrübesi, askerlik görevinin yapıp yapılmadığı, yabancı dil yetenekleri gibi sorular, sorulması mümkün ve geçerli sorulardır<sup>452</sup>. Bu tür sorulara işçi adayının doğru olarak yanıt vermesi gerekir. Bununla birlikte adayın hamileliğine, siyasî ya da dinî inancına, sendika üyeliği bulunup bulunmadığına ilişkin ve bunun gibi işçinin kişiliği ve özel yaşamı ile doğrudan bağlantılı sorular ise, belirli istisnai durumlar haricinde işveren tarafından sorulması geçerli ve haklı olmayan, ancak buna rağmen işveren tarafından sorulması hâlinde ise işçi tarafından yanıtlanması zorunluluğu bulunmayan sorulardır<sup>453</sup>.

Burada adaya önceki iş ilişkisinin hangi sebeple ve nasıl sona erdiği hususunun sorulması önem taşır. Tezimizin İkinci Bölümünde yer alan “Adaya Yöneltilebilecek Soru Türleri ve Sınırları” başlıklı kısmında da yer verildiği üzere, işverenin işçinin önceki iş sözleşmesini kendisinin feshedip etmediği, ihbar süresine uyup uymadığı gibi temel konuların sorulmasında haklı bir çıkarı bulunmaktadır. Zira Yeni işverenin sorumluluğunu düzenleyen, İş Kanununun 23. maddesine göre bir işçinin, sözleşme süresinin bitiminden önce ya da bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girmesi hâlinde, sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü işçinin yanında, ayrıca yeni işveren de sorumlu tutulabilecektir. Yeni işverenin işçinin bu davranışından sorumlu tutulabilmesi için, buna kendisi sebep olmalı ya da işçinin bu davranışını bilerek onu işe almalı veya işçinin bu davranışını öğrendikten sonra onu çalıştırmaya devam etmelidir.

Bu hüküm karşısında yeni işverenin, sorumluluğunun doğmasını engellemek amacıyla işçinin önceki işinin sona ermesine ilişkin soru sorabileceği kabul edilmelidir. İşçi de bu tür sorulara doğru yanıt vermekle yükümlü olur. Ancak bunun

---

<sup>451</sup> Rehbinder, s. 753.

<sup>452</sup> Rehbinder, s. 753; Ertürk, Temel Haklar, s. 66; Akyiğit, İş Hukuku, s. 98; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 152.

<sup>453</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 309; Ertürk, Temel Haklar, s. 72; Akyiğit, İş Hukuku, s. 99; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 157.

için adaya yöneltilen sorunun söz konusu sorumluluktan kaçınmak amacıyla sınırlı olması gerekir. Bu amacı aşan sorular işçiye yöneltilemez<sup>454</sup>.

Görüldüğü üzere, işçinin bilgi verme yükümlülüğünün sınırını işverenin uygun soru sorma hakkı çizmektedir<sup>455</sup>. Bu bakımdan görüşmeler sırasında işçiye, işveren tarafından hangi tür soruların yöneltilebileceği ve hangilerinin işçi tarafından doğru olarak yanıtlanması gerektiği konusunda yukarıda, “İşverenin Yükümlülükleri” kısmında yapılan açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

## 2. Kendiliğinden Bilgi Verme (Açıklama) Yükümlülüğü

İşçinin, işveren tarafından kendisine açıkça sorulmayan konularda genel bir açıklama (kendiliğinden bilgi verme) yükümlülüğü bulunduğundan söz edilemez. Kuşkusuz başvuran bir adayın kendisiyle ilgili olumsuz durumları, işveren tarafından sorulmadan açıklaması beklenemez. Çünkü bir kişiyi işe almanın yaratabileceği olumsuzlukları önlemek ve ortadan kaldırmak, asıl olarak işverenin sorunudur<sup>456</sup>. Ancak, dürüstlük ve güven ilkesi gereğince görüşmeler sırasında tarafların birbirleri üzerinde yanlış izlenim uyandırarak sözleşme yapmaya sevk etmekten kaçınmaları gerektiğinden, görüşmenin karşı tarafına bildirilmesi gerekli hususlarda işverenin, işçi adayı tarafından “açıklama yapmasını beklemesinin kuvvetle muhtemel” olduğu hâllerde adayın kendiliğinden açıklama yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir<sup>457</sup>. Daha önce de belirtildiği üzere, özellikle işçinin iş sözleşmesi ile üstleneceği işi yerine getirmesini imkansız kılacak ya da önemli ölçüde zorlaştıracak nitelikte olguların mevcut olması durumunda, işçinin bunları kendiliğinden açıklama ve işvereni bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>458</sup>. Örneğin başvuran aday, işi gerekli yeteneğe sahip olmadığı veya kronik veya ağır bulaşıcı hastalık nedeniyle ifa edemeyeceğini biliyor ya da iş görme borcunu etkileyebilecek nitelikte bir eski hükümlülüğü mevcut ise, bunu görüşmeler sırasında işveren tarafından sorulmasa dahi açıklamakla yükümlüdür<sup>459</sup>. Ancak eski

<sup>454</sup> Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 153.

<sup>455</sup> Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, 2010, s. 202.

<sup>456</sup> Rehbinder, s. 755; Eyrenci, s. 245; Ertürk, Temel Haklar, s. 77.

<sup>457</sup> Eyrenci, s. 245; Ertürk, Temel Haklar, ss. 76-77; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 40.

<sup>458</sup> Eyrenci, s. 245; Ertürk, Temel Haklar, s. 65; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 152.

<sup>459</sup> Rehbinder, ss. 754-755; Eyrenci, s. 245; Süzek, İş Hukuku, s. 309; Ertürk, Temel Haklar, s. 77; Akyiğit, İş Hukuku, s. 104; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 154; A. Ertürk, s. 300; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, s. 103.

hükümlülüğün açıklanması gerekliliğinin çok geniş düşünülmemesi gerekir. İşçinin buradaki açıklama yükümlülüğü işle ilgili hâllerle sınırlıdır. Örneğin, şoför olarak çalışmak üzere başvuran işçinin alkollü araba kullanma sebebiyle sabıkasının bulunması ya da kasiyer olarak bir işe başvuran kişinin dolandırıcılık ya da hırsızlık suçundan hüküm giymiş olması hâllerinde işçiden eski hükümlülüğünü açıklaması beklenir. Ancak işçinin her türlü eski hükümlülüğünü işverene açıklaması beklenemez. Aksi hâlde işçiye her türlü eski hükümlülüğünü bildirmesi yükümlülüğünü yüklemek, işçinin mesleğini özgürce seçme hakkına ve hakkaniyete aykırı düşer. Bu bakımdan işçinin işle ilgili olmayan eski hükümlülüğünü işverene bildirmemesi de, işvereni yanıltma sayılmaz<sup>460</sup>.

Aynı şekilde adayın hamileliği işin görülmesini engeller nitelikteyse, adayın bunu da kendiliğinden açıklaması gereklidir<sup>461</sup>. Yine işçinin eski işvereniyle rekabet yasağının bulunması da, kendiliğinden açıklanması gereken hususlardandır<sup>462</sup>.

Açıklama yükümlülüğünün ihlâli hâlini ise, ikiye ayırarak incelemek gerekir:

Öncelikle işverenin işçi tarafından açıklanması gereken olgular hakkında işçi adayına soru sormayı ihmal etmiş olması ve işçi adayının da herhangi bir açıklamada bulunmaması hâlinde, işveren her durumda işçinin sorumluluğuna başvuramayabilir. Böyle bir durumda işveren görüşmeler sonucunda iş sözleşmesi kurulmuşsa, sözleşmeyi feshedebilir. Nitekim İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasında işçinin *“iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, ya da gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işvereni yanıltması”*, işveren açısından haklı fesih sebebi olarak düzelenmiştir. İşçinin açıklaması gereken hususlarda susması bu madde kapsamında açıkça ifade edilmemiş olsa da, somut olayın şartlarına göre susmanın da bu anlamda yanıltma kapsamına girebileceği kanaatindeyiz.

Fesih imkânına ek olarak bu hâllerde sözleşmenin Borçlar Kanununun hata veya hile hükümlerine dayanılarak hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin de söz konusu olabileceği görüşü öğretilmektedir<sup>463</sup>. Bununla birlikte İş

<sup>460</sup> A. Ertürk, s. 201.

<sup>461</sup> Rehbinder, s. 756; Eyrenci, s. 245; Sözer, ss. 1051-1052; Akyiğit, İş Hukuku, s. 99; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, s. 103.

<sup>462</sup> Rehbinder, s. 756; Ertürk, Temel Haklar, s. 67.

<sup>463</sup> Rehbinder, ss. 756-757; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 43; Ertürk, Temel Haklar, s. 77.

Kanununun haklı fesih imkânı tanıyan 25. maddesinin karşısında Borçlar Kanununun genel hükümlerine dayanılamayacağı görüşü de bazı yazarlarca öğretilerini sürülmektedir<sup>464</sup>.

Ayrıca bu yaptırımların yanı sıra, böyle bir durumda sözleşme görüşmeleri sırasında uyulması gereken özen ve dürüstlük ilkesi de ihlâl edilmiş olduğundan, görüşmelerden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) hükümlerine dayanılarak uğranılan zararın talep edilmesi de mümkün olacaktır<sup>465</sup>. Kaldı ki işverenin iş için gerekli olan sorular sorması, ancak işçinin bu soruları eksik ya da yanlış yanıtlaması hâlinde, bu aynı zamanda birazdan yer verilecek olan gerçeğe uygun bilgi verme yükümlülüğünün de ihlâli niteliği taşır ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca tazminat yükümlülüğünü doğurur. Yine bu durumda da sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde, yukarıda ifade edilen 25. madde hükmü uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi ya da sözleşmenin hile hükümlerine dayanılarak iptal edilmesi mümkündür<sup>466</sup>.

Elbette ki, başvuran adayın doğru yanıtlamakla yükümlü olmadığı sorular bakımından, bu tür davranışları hukuka aykırı nitelik taşımadığından, bahsedilen bu sonuçlar doğmayacak ve işçinin sorumluluğuna başvurulamayacaktır.

## **B. Gerçeğe Uygun Bilgi Verme Yükümlülüğü**

Sözleşme görüşmeleri sırasında görüşmenin tarafları arasında ortaya çıkan güven ilişkisi ve buna bağlı olarak doğan özen ve koruma yükümlülüğü sebebiyle birbirlerine karşı dürüst davranmaları önem taşır. Görüşme aşamasında görüşmenin tarafları arasında kurulan edimden bağımsız borç ilişkisi ve bu ilişkiye dayalı olarak ortaya çıkan koruma yükümlülükleri sebebiyle, taraflar dürüstlük kuralına ve ahlak ve iyiniyet kurallarına uygun davranmak, birbirlerine zarar vermemek, birbirlerini yanıltmamak ve çıkarlarını korumak yükümlülüğü altına girerler. Bu nedenle işçi adayının sözleşme görüşmeleri sırasında işvereni yanıltmaması ve gerçeğe uygun açıklamalar yapması gerekir<sup>467</sup>. Ancak bunun temel koşulu işverenin söz konusu

<sup>464</sup> Münir Ekonomi, İş Hukuku, İstanbul, 1980, s.182 ve Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 57'den aktaran Odaman, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 43, dn. 37; Ünlü, s. 279.

<sup>465</sup> Rehbinder, s. 757; Süzek, İş Hukuku, s. 310.

<sup>466</sup> Rehbinder, s. 757.

<sup>467</sup> Eyrenci, s. 246; Süzek, İş Hukuku, s. 699; Ertürk, Temel Haklar, ss. 73-74.

bilgiyi öğrenmede yararının bulunmasıdır<sup>468</sup>. İşçinin bu yükümlülüğü işverenin işçiye sorduğu sorular için geçerli olmanın yanı sıra, işçinin kendiliğinden yaptığı açıklamalar için de geçerlidir<sup>469</sup>.

Koruma yükümlülükleri nedeniyle doğmasının yanı sıra, tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğüne İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde de yer verilmiş ve iş sözleşmesi yapıldığı sırada işçinin, sözleşmenin esaslı noktaları hakkında gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek veya gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işvereni yanıltması, işverenin haklı sebeple fesih hâllerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm karşısında sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan bir kusurun, görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde, işverene bu sözleşmeyi haklı sebeple feshetme hakkı verebilmesi için, işçinin sözleşme yapılırken sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında işvereni yanıltması gerekir<sup>470</sup>. Bu yanıltma hâli daha önce de söz edildiği üzere, işçinin kendiliğinden gerçeğe uygun olmayan sözler söylemesi ya da işveren tarafından kendisine yöneltilen sorulara gerçeğe uygun olmayan yanıtlar vermesiyle ortaya çıkabileceği gibi, işçinin kendiliğinden açıklamasının bekleneceği ve sözleşmenin esaslı noktalarından birini teşkil eden hususlarda açıklama yapmaması (susması) ile de meydana gelebilir<sup>471</sup>. Zira gerek istek üzerine bilgi verme, gerekse kendiliğinden açıklama yükümlülüğünün bulunduğu hâllerde kural olarak işçi adayı gerçeğe uygun bilgi vermekle ve işvereni yanıltmamakla yükümlüdür. Ancak işverenin sorduğu sorunun geçersiz ya da işçinin kişilik haklarına tecavüz edebilecek nitelik taşıması hâlinde, işçinin açıklama yapma ve cevap verme yükümlülüğü bulunmadığı, ayrıca bu tür sorulara gerçeğe uygun olmayan cevaplar verilmiş olması ve görüşmeler sonucunda iş sözleşmesinin kurulmuş olması hâlinde de, bu sözleşmenin işveren tarafından 25/II. maddenin a bendinde düzenlenen işverenin işçi tarafından

---

<sup>468</sup> Ertürk, Temel Haklar, s. 74.

<sup>469</sup> Eyrenci, s. 246.

<sup>470</sup> Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadıköy Matbaası, Ankara, 1987, (İşverenin Fesih Hakkı), s. 138.

<sup>471</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 699; Narmanlıoğlu, s. 439; Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, s. 139; Ünlü, s. 280.

yanıtılması haklı sebebine dayanarak feshedilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz<sup>472</sup>.

Açıklama yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, işçi tarafından kendiliğinden bazı bilgi ya da olgular açıklanmış ise, bu bilgi ve olgular bakımından da işçinin, gerçeğe uygun beyanda bulunma yükümlülüğü bulunduğu ve bu tür bir yanlış beyanda bulunma ve yanıtmanın da İş Kanununun 25/II. maddesinin a bendi uyarınca haklı fesih sebebi oluşturabileceği kabul edilmelidir<sup>473</sup>.

Esaslı noktalar, “sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka üzerinde uyumuşması gereken noktalardır”<sup>474</sup>. Söz konusu 25/II. maddenin a bendi uyarınca haklı sebeple fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için, işçi tarafından verilen gerçeğe uygun olmayan bilgilerin ya da sözlerin sözleşmenin kurulmasını etkilemiş olması gerekir. Sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen bir hususta işverenin yanıtılması ya da yanlış aktarılan duruma rağmen sözleşmenin yine de yapılacak olması, yani işçinin davranışının sözleşmenin kurulmasına bir etkisinin bulunmaması durumunda, işverenin bu hükme dayanarak sözleşmeyi fesih hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>475</sup>. Ancak esaslı noktaların neler olduğu, her somut olayın koşullarına göre ayrıca değerlendirilmelidir<sup>476</sup>.

İş sözleşmesinin işveren tarafından bu madde uyarınca feshedilebilmesi için, yanıtmanın işçi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bu bakımdan işveren, işçi tarafından değil de, üçüncü bir kişi tarafından sözleşmenin esaslı noktaları hakkında yanıtılmışsa, iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme hakkına sahip olmayacaktır<sup>477</sup>.

İşçinin işvereni yanıtması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak 25/II. madde uyarınca haklı sebeple feshin söz konusu olabilmesi için, işçinin belirli bazı olay ve olgular hakkında gerçeğe uymayan bilgiler vererek işvereni sözleşmenin esaslı noktalarında yanıtması gerekir. Bu bakımdan işçinin belirsiz cümlelerle

---

<sup>472</sup> Eyrenci, s. 246; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıtması, s. 40.

<sup>473</sup> Rehbinder, s. 759.

<sup>474</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanıtması, s. 40.

<sup>475</sup> Narmanlıoğlu, s. 439; Ünlü, s. 281.

<sup>476</sup> Ünlü, s. 281; Esaslı noktalarda yanıtmanın yanı sıra, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, basit bir araştırmayla tespit edilebilecek durumlarda yanıtmanın söz konusu olmayacağına ve bu durumun işverene haklı sebeple fesih hakkı vermeyeceğine karar vermiştir. 9. HD, 18.10.2010, E. 2008/20597, K. 2010/29297, Çil, ss. 473-474.

<sup>477</sup> Narmanlıoğlu, s. 439; Odaman, İşçinin İşvereni Yanıtması, s. 40.

kendini övmesi veya geleceğe yönelik birtakım beyanlarda bulunması, bu hükmün uygulanabilmesi için yeterli değildir<sup>478</sup>.

Görüşmeler sırasında işçi adayının tanınabilmesi için sorulan kimliği, iletişim bilgileri, daha önce nerelerde çalıştığı, yabancı dil bilgisi gibi sorulara işçinin doğru cevap vermesi gerektiğinden, bu tür sorularda gerçeğe uygun olmayan bir beyanda bulunulması ve sözleşmenin kurulması hâlinde, işveren haklı sebeple fesih hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte işçi adayının yakın zamanda evlenmeyi ya da boşanmayı düşünüp düşünmediğine ya da siyasî görüşü, dinî inancı, sendikalı olup olmadığına ilişkin sorular, daha önce de belirtildiği üzere, kural olarak geçerli değildir. Bu nedenle bu tür sorulara verilecek gerçeğe uygun olmayan cevapların, işverene 25. maddeye dayanarak sözleşmeyi haklı sebeple feshetme imkanı vermeyeceği kanaatindeyiz<sup>479</sup>.

### C. Sadakat Yükümlülüğü

İş sözleşmesinin, tarafları arasında kişisel ve yakın bir ilişki kurulmasına yol açan özelliği, sözleşmenin tarafı olan işçi ile işveren arasında karşılıklı bir sadakat bağının ortaya çıkmasını sağlar. Temeli dürüstlük kuralına dayanan bu sadakat bağı, işveren açısından işçiyi gözetme, işçi açısından ise işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene zarar verici her tür davranıştan kaçınma borcu şeklinde kendini gösterir<sup>480</sup>.

İşçinin sadakat yükümlülüğü, sözleşmenin aslî edimi olmamakla birlikte, iş sözleşmesinin aslî edimini oluşturan işgörmeye borcuyla ilişkisi sebebiyle, taraflar arasında kurulan güveni korumaya yönelik, yan yükümlülük olarak ortaya çıkan

<sup>478</sup> Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 40.

<sup>479</sup> Eyrenci, s. 246; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, ss. 99-101.

<sup>480</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 359; Tunçomağ ve Centel, s. 100; Narmanlıoğlu, s. 273; Aktay ve diğerleri, s. 93; A. Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: II, İstanbul, 2001, s. 1043; Ertürk, Temel Haklar, s. 113; A. Ertürk, s. 141; Fevzi Demir ve Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1, 2009, s. 4 ve devamı; Okur, s. 17; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, (İşçinin Borçları), s. 8; Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 25, Mart 2012, s. 24; Yargıtay'a göre de, "*Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir.*" 9. HD, 01.02.2010, E. 2009/13571, K. 2009/1815, Çil, ss. 301-302.



davranış yükümlülükleri arasında yer almaktadır<sup>481</sup>. Bu nedenle sadakat yükümlülüğünün ihlâli hâlinde, bunun ifasını istemek ya da ifaya zorlamak mümkün değildir, yalnızca tazminat yükümlülüğü ve şartları varsa sözleşmeyi fesih hakkı doğabilir<sup>482</sup>. İşin özenle yapılması, işyerine ait bina, eşya, araç ve gereçlerin özenle kullanılması, işyerini ve işvereni zarardan koruması, arıza ve zararların giderilmesi, tehlikeli durumların ortaya çıkması hâlinde bunları bildirme, dürüst davranma, sır saklama ve rekabet etmeme gibi yükümlülükler, işçinin uymakla yükümlü olduğu ve sadakat yükümlülüğü kapsamında yer alan yükümlülüklerdendir<sup>483</sup>. Dolayısıyla Mollamahmutoğlu/Astarlı'nın da ifade ettiği üzere, “*sadakat borcu, işçiye işletme içindeki fonksiyonu ve iyiniyet kurallarına göre kendisinden beklenen güvenin derecesiyle orantılı olarak işverenin çıkarlarına hizmet eden tüm tedbirleri almayı yüklemektedir*”<sup>484</sup>.

Hukukî temeli Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanan sadakat yükümlülüğünün kapsamı, iş ilişkisinin konusuna ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterir. Taraflar arasındaki ilişki ne kadar sıkı ve güvene dayalı ise, sadakat yükümlülüğünün kapsamı da o derece geniş olur<sup>485</sup>. Örneğin bir fabrika müdürünün işverene sadakat yükümlülüğünün derecesi, sıradan bir işçinkinden daha fazladır<sup>486</sup>. Bu bakımdan sadakat yükümlülüğünün sınırının önceden çizilmesi mümkün değildir, somut olaya göre işçinin işyerindeki görevi, konumu, işin niteliği gibi hususlar dikkate alınarak iyiniyet kuralları çerçevesinde yükümlülüğün kapsamı belirlenmelidir<sup>487</sup>.

Sadakat yükümlülüğüne Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinde “Özen ve Sadakat Borcu” başlığı altında yer verilmiş ve işçinin, yüklendiği işi özenle yapmak

<sup>481</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 359; Narmanlıoğlu, s. 273; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 529; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1047; “*Sadakat yükümlülüğü birtakım davranış yükümlülüklerinin bir araya gelmesinden oluşmuş, işçinin iş görme borcunun ifasına yardımcı olan, bazen asıl edime bağlı, bazen de bağımsız yan yüküm şeklinde ortaya çıkmaktadır. Araç ve gereçlerin özenle kullanılması, işverene bilgi ve haber verme yükümlülüğü, işçinin iş görme borcuyla yakından ilgilidirler. Buna karşılık, yasa dışı greve katılmama, rekabet etmeme, sır saklama, işverene zarar verici açıklamalardan kaçınma, iş görme borcuyla yakın ilişkisi bulunmayan yükümlülüklerdir.*” Ertürk, Temel Haklar, s. 113; A. Ertürk, ss. 172-174.

<sup>482</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1046.

<sup>483</sup> Süzek, İş Hukuku, ss. 359-360; Narmanlıoğlu, ss. 274-275; Tunçomağ ve Centel, ss. 100-101; Çelik, s. 139; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, ss. 1050-1058; A. Ertürk, ss. 148-149; Centel, İşçinin Borçları, s. 5 ve devamı.

<sup>484</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 529.

<sup>485</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 100; Ertürk, Temel Haklar, s. 115; Centel, İşçinin Borçları, s. 8.

<sup>486</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1050.

<sup>487</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 531; Alpagut, s. 24.

ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir (TBK m. 396/I). İşçinin bu kapsamda yer alan sadakat yükümlülüğünü ihlâl edecek davranışlarını tek tek saymak mümkün değildir, ancak İş Kanununun 25. maddesinin “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzerleri” başlığını taşıyan 2. fıkrasında sayılan hâller buna örnek oluşturabilir<sup>488</sup>. İşçi, söz konusu maddede sayılan hâllerden birini gerçekleştirmesi hâlinde işveren sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir. Bununla birlikte bu hâller sınırlı sayıda olmadığından, hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa uygun olmadığı ancak somut olayın özelliklerine göre tespit edilebilecektir<sup>489</sup>.

Bu hususta Yargıtay’ın bazı kararlarında sadakat yükümlülüğü, “işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmak” şeklinde tanımlanmış ve buna uygun olmayan davranış ve olaylar sadakat yükümlülüğünün ihlâli olarak adlandırılmıştır<sup>490</sup>.

<sup>488</sup> Söz konusu 25. madde şu şekildedir:

“a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması,

b) İşveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması,

c) İşverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması,

d) İşverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84 üncü maddeye aykırı hareket etmesi,

e) İşverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması,

f) İşyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi,

g) İşverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi,

h) Yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı hâlde yapmamakta ısrar etmesi,

ı) Kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.”

<sup>489</sup> Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.09.1991 tarihli bir kararında da “... Hakim, hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa aykırı sayılmak gerekeceği konusunda, belli ve kesin sınırlı bir ölçüden hareket etmemek, iş hayatının gereklerini çevrenin geleneklerinin göz önüne alarak her davranışın özelliğine göre bir sonuca varma durumundadır...” denilerek bu husus ifade edilmiştir. HGK, 25.09.1991, E. 1991/9-351, K. 1991/429. A. Ertürk, ss. 152-153.

<sup>490</sup> 9. HD, 09.03.2005, E. 2005/4880, K. 2005/12110, 9. HD, 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 2000/4716, 9. HD, 02.05.2005, E. 2004/25130, K. 2005/15369, 9. HD, 25.09.1991, E. 1991/9-351, K. 1991/429, A. Ertürk, s. 152, dn. 236.

Türk hukukunda genel olarak, işçinin sadakat yükümlülüğünün iş sözleşmesinin yapılmasından itibaren söz konusu olduğu kabul edilmektedir<sup>491</sup>. Nitekim normal şartlarda tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin kurulması ile başlar. Bu bakımdan sadakat yükümlülüğünün de iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte başlayacağı söylenebilirse de, iş sözleşmesi henüz kurulmadan önce taraflar arasında bulunan güven ilişkisinden kaynaklanan birtakım koruma yükümlülükleri de mevcut olduğundan, sadakat yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri aşamasında da bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Zira sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar, iş ilişkisindeki sadakat yükümlülüğüne benzer şekilde birbirlerine zarar vermemek, karşı tarafı doğru şekilde bilgilendirmek ve birbirlerinin çıkarlarına zarar vermemekle yükümlü olurlar. Ancak bu yükümlülüğün temelini sadakat yükümlülüğü mü yoksa sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk mu olduğu konusunda Türk-İsviçre Hukuku ile Alman Hukuku öğretisi birbirinden ayrılmaktadır<sup>492</sup>.

Alman hukukunda, genel olarak sadakat yükümlülüğünün sözleşmenin akdedilmesinden öncesine de etkili bir yükümlülük olduğu ve iş sözleşmesi kurulmadan da bu borcun doğabileceği görüşü hakimdir<sup>493</sup>. Buna göre özellikle işçinin görüşmeler sırasında açıklama yapma ve işvereni doğru bilgilendirme yükümlülükleri sadakat borcunun kapsamında yer alan yükümlülüklerdendir<sup>494</sup>.

Buna karşılık Türk-İsviçre Hukuk sisteminde ise, sadakat yükümlülüğünün iş sözleşmesinin kurulmasından önce söz konusu olmayacağı, sözleşme görüşmeleri aşamasında mevcut olan tarafların birbirlerine zarar vermeme ve çıkarlarını koruma yükümlülüklerinin ise sadakat yükümlülüğü çerçevesinde değil, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple Türk İş Hukuku açısından, taraflar arasında henüz iş sözleşmesinin kurulmadığı dönem için sadakat yükümlülüğünün varlığından söz edilemeyecektir<sup>495</sup>. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinde de, genel itibarıyla iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin uymakla yükümlü olduğu özen ve sadakat yükümlülüğünün düzenlenmesi ve

---

<sup>491</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 528; A. Ertürk, s. 198.

<sup>492</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. A. Ertürk, ss. 196-200.

<sup>493</sup> A. Ertürk, s. 200.

<sup>494</sup> A. Ertürk, s. 200.

<sup>495</sup> Süzek, İş Hukuku, ss. 359-360; A. Ertürk, ss. 198-200.

iş sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde sadakat yükümlülüğünün ortaya çıkıp çıkmadığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması da Türk hukukunda hakim olan bu görüşü destekler nitelikte gözükmektedir.

Ancak her ne kadar sadakat yükümlülüğünün iş sözleşmesinin kurulmasından sonra başlayacağı kabul edilmekteyse de, henüz sözleşmenin kurulmamış olduğu görüşme aşamasında tarafların uymakla yükümlü bulunduğu ve esasen sadakat yükümlülüğünün de kapsamına giren işverenin çıkarlarına zarar vermeme, gerçeğe uygun bilgiler vererek işvereni yanıltmama, görüşmeler sırasında öğrendiği sırları saklama ve işverene zarar verici açıklamalarda bulunmama gibi koruma yükümlülükleri bulunmaktadır.

## **D. Görüşmeler Sırasında Edindiği Sırları Saklama Yükümlülüğü**

### **1. Genel Olarak**

Esasen sadakat yükümlülüğü kapsamında yer alan yükümlülüklerden biri olmakla birlikte, işçinin sır saklama yükümlülüğü, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında taşıdığı özellik ve önem sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak işçi, iş ilişkisi devam ederken herhangi bir şekilde öğrendiği ve saklanması gereken, işle ya da işyeriyle ilgili ticari, meslekî ve bunun gibi sırları üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür<sup>496</sup>. Güven ilişkisinin ön plana çıktığı tüm sözleşmelerde etkin rol oynayan bu yükümlülük, sözleşmenin tarafları arasındaki güven ve bağlılık ilişkisiyle doğru orantılı olarak artar. Bu bakımdan iş sözleşmesi de, tarafları arasında bulunan kişisel bağ ve güven ilişkisi dolayısıyla, sırların korunmasının özel önem taşıdığı bir sözleşme türüdür<sup>497</sup>.

Bu yükümlülüğün kapsamının belirlenebilmesi için bu kısımda öncelikle sır kavramından ne anlaşılması gerektiğine, unsurlarına ve genel olarak sır saklama yükümlülüğünün hangi hâllerde söz konusu olduğuna yer verilecektir.

---

<sup>496</sup> “İşçinin işverenin ticari çıkarlarını dikkate alma yükümlülüğü nedeniyle, susma yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda işçinin üçüncü kişilerin yanında hem var olan gerçekler hem de belli konularda düşünce açıklamalarını yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır. ... Bu anlamda işçinin susma yükümlülüğü olduğu durumlarda düşünce özgürlüğü arka planda kalacaktır. İş sözleşmesinin bu yan yükümlülüğü düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir sınırını teşkil eder.” Okur, ss. 21-22; Narmanlıoğlu, s. 275; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 532; Aktay ve diğerleri, s. 94; Tunçomağ ve Centel, s. 102; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1067; Demir ve Demir, s. 23; A. Ertürk, s. 285.

<sup>497</sup> M. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, 2003, (İş Sırrının Korunması), s. 24; A. Ertürk, s. 285.

## 2. Sır Kavramı

Sır kavramı kelime anlamıyla, “*varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey*” demektir<sup>498</sup>. Genel anlamıyla ise sır, başkaları tarafından bilinmeyen ya da yalnızca belirli kişiler tarafından bilinen ve sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve haklı çıkarı bulunduğu birtakım bilgi, olay ya da işlemler anlamına gelir<sup>499</sup>.

İş Hukuku anlamında sır kavramını açıklayan ve tanımlayan bir hükme mevzuatımızda yer verilmemiştir. Bununla birlikte sırrın korunmasına ilişkin olarak, işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hâllerini düzenleyen İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasında bir düzenleme yapılmış ve işçinin, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması sebebiyle, sözleşmenin işveren tarafından haklı sebebe dayanarak feshedilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla görüldüğü üzere “*işverenin meslek sırlarını ortaya atmak*” eylemi, İş Kanununda doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar arasında nitelendirilmiş ve bu hükümle işçi tarafından saklanması ve korunması gereken sırlar, “*işverenin meslek sırları*” olarak ifade edilmiştir<sup>500</sup>. Bununla birlikte meslek sırrı kavramına ve kapsamına ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Bu bakımdan “meslek sırrı” ifadesinin sınırlayıcı olmadığı ve işçinin sır saklama yükümlülüğünün meslek sırları ile kısıtlanmaması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

818 sayılı Borçlar Kanununda işçinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktaydı. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ise, işçinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş ve böylece bu yükümlülük yasal bir temele kavuşturulmuştur. Buna göre, “*İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.*” (TBK m. 396/IV). Bu maddeyle İş Kanununda kullanılan “meslek sırrı” kavramından farklı olarak “*üretim ve iş sırları gibi bilgiler*” kavramları kullanılmış ve yine sır saklama

<sup>498</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51dc1c09024958.61948080](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51dc1c09024958.61948080), (30.07.2013).

<sup>499</sup> İbrahim Kaplan, “Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu”, **Batider**, Cilt: XV, Sayı: 4, Aralık 1990, s. 3; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 23; Alpagut, s. 28.

<sup>500</sup> Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, s. 146.

yükümlülüğünün kapsamı bakımından sınırlayıcı bir ifadeye değil, örneklendirici bir ifadeye yer verilmiştir.

İşçinin saklamakla yükümlü olduğu sırlar, yukarıda yer verilen maddelerde de ifade edildiği üzere, üretim süreci, satış organizasyonu, müşteri listesi gibi her türlü meslekî ve ticari bilgilere ya da işverenin mali ya da kişisel durumuna ilişkin sırlardır<sup>501</sup>.

Meslek sırrı (meslekî sır), meslek sahibi bir kimsenin mesleğini icra ettiği sırada öğrendiği bir kısım gizli olan ya da sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen ve açıklanmaması gereken bilgiler olarak tanımlanabilir<sup>502</sup>. Özellikle belirli bazı meslek gruplarının, doktor, avukat, bankacı, noter gibi, görevlerinin ifası sırasında öğrendikleri bilgileri, sırları saklama yükümlülükleri mevcuttur. Türk Ceza Kanununda da meslek gereğince öğrenilen sırların açıklanması düzenlenmiş ve cezaî yaptırıma bağlanmıştır. Türk Ceza Kanununun “Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” başlıklı 239. maddesine göre,

*“(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

*(2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.*

*(3) Bu sırlar, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.*

*(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”*

Ticarî sır ise, herkes tarafından bilinmeyen, bağımsız bir ekonomik değeri olan, rakipler karşısında avantaj teşkil eden ve ticari faaliyetler sırasında kullanılan metot, icat, numune, teknik usuller ve yöntemler gibi, her türlü bilgi olarak tanımlanabilir<sup>503</sup>.

Sonuç olarak meslekî ve ticarî sırlar, işyeriyle bağlantılı olan ve işyerinin kendine özgü ve başkalarının bilmediği olayları, üretime ilişkin ticarî ve teknik

<sup>501</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 360; Demir ve Demir, s. 23; Alpagut, s. 28.

<sup>502</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; İ. Kaplan, s. 3; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 25; A. Ertürk, s. 287.

<sup>503</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, ss. 26, 38.

usulleri ya da personele ilişkin bilgileri ifade eder<sup>504</sup>. Bu bakımdan örneğin üretim teknikleri ve usulleri, teknik bilgiler, imalat model ve projeleri, ticarî ve teknik sözleşmeler, müşteri listeleri, finansal durum ile ilgili belgeler, personele ilişkin belge ve bilgiler, meslekî ve ticarî sır kapsamına girer.

İş sırrı kavramı ise, iş ve işyeriyle ilgili olan, üçüncü kişilerce bilinmeyen ve öğrenilmesi kolay olmayan, aleniyet kazanmamış ve işverenin de saklanmasını istediği ve saklanmasında haklı bir menfaati bulunan her tür gizli bilgiyi ifade eden, geniş bir kavramdır<sup>505</sup>. İşletmeye ait ticarî ve meslekî sırları kapsadığı gibi, ticarî sır niteliğinde olmayan fakat işle ilgili bulunan diğer gizli bilgiler de iş sırrı kapsamında yer alır<sup>506</sup>. Bu bakımdan, öğretide işçinin sır saklama yükümlülüğünün kapsamı bakımından meslek sırrı ya da ticarî sır kavramları da kullanılmakla birlikte, bu kavramların işçinin korumak ve saklamakla yükümlü bulunduğu sırları karşılamak için yetersiz kaldığı, Borçlar Kanununda da kullanılan “iş sırrı” ifadesinin daha geniş bir anlam taşıdığından bahisle, kullanılmasının daha yerinde olduğu görüşü de savunulmaktadır<sup>507</sup>. Meslek sırrı ya da ticarî sır kavramları yerine “iş sırrı” ifadesinin kullanılması kanaatimizce de daha uygundur.

### **3. Sırrın Unsurları**

Bir bilgi ya da olgunun işçinin sır saklama yükümlülüğü kapsamında sır olarak kabul edilebilmesi için, yani sırrın iş sırrı olarak kabul edilebilmesi için bazı unsurların bulunması gerekir. Bu bağlamda öncelikle, sır olarak kabul edilecek hususun, yapılan işle ya da işyeriyle ilgili olması, başkaları tarafından bilinmemesi ya da sınırlı sayıda kişi tarafından bilinmesi, işveren tarafından saklanma iradesinin bulunması ve işverenin bunda haklı bir menfaatinin varlığı gereklidir.

#### **a. Sır Niteliği Taşınması (Bilinmezlik)**

Bir bilginin sır saklama yükümlülüğünün konusunu oluşturabilmesi için, öncelikle sır niteliği taşınması, yani üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi ya da sınırlı

---

<sup>504</sup> Narmanlıoğlu, s. 275; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, ss. 1067-1068; Demir ve Demir, s. 23.

<sup>505</sup> Soyer, s. 53; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 29; A. Ertürk, s. 288.

<sup>506</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 37.

<sup>507</sup> Soyer, s. 12, dn. 40; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 28; A. Ertürk, s. 288.

sayıda kişi tarafından bilinmesi gerekir<sup>508</sup>. Örneğin yalnızca işyerinde çalışan işçiler tarafından, yaptıkları işle doğru orantılı olarak bildikleri bilgiler bu şekildedir. Burada önemli olan, sır niteliği taşıyan bilgilerin bilmesi gerekli olan kimseler haricindeki kişiler tarafından bilinmemesi, yani sınırlı kişi çemberinin dışına taşmamasıdır<sup>509</sup>. Bununla birlikte somut durumun özelliğine göre, bir şeyi bilenlerin sayıca çokluğu onun sır olma vasfını ortadan kaldırmayabilir. Sınırlı bir çevre tarafından biliniyor olması sır niteliğini kazanması için yeterlidir<sup>510</sup>. Bu özelliği, sırrın objektif unsurunu teşkil eder<sup>511</sup>.

Bu bağlamda herkes tarafından bilinen ya da bilinebilecek olan veya kamuya açık (aleni) bilgiler, sır kavramı içinde değerlendirilemez<sup>512</sup>. Örneğin, bir yayından ya da internetten öğrenilebilecek bilgiler bu şekildedir<sup>513</sup>. Aynı şekilde az bir çabayla ulaşılabilecek bilgiler de sır olarak kabul edilemez<sup>514</sup>. Ancak bilgiye ulaşmak kolay ve mümkün olmakla birlikte, işverenle aynı seviyeye ulaşmak belirli bir zaman ya da emek harcamayı ve masraf yapmayı gerektiriyorsa, bu durumda iş sırrının mevcut olduğu kabul edilmelidir<sup>515</sup>. Benzer şekilde önemsiz ve küçük bilgiler ya da bir iş için olağan olan hususlar da, sır olarak kabul edilemez<sup>516</sup>.

Hukuka ya da ahlaka aykırı davranışlara ve durumlara ilişkin bilgiler de bu anlamda saklanması gereken sır kavramına dahil edilemez<sup>517</sup>. Zira bir işçiden işverenin hukuka ya da ahlaka aykırı davranışını koruması ve saklaması beklenemez. Özellikle işverenin suç teşkil eden davranışlarına ilişkin işçinin bir birey olarak, bu

---

<sup>508</sup> Soyer, s. 54; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, ss. 1067-1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 28; “Burada üçüncü kişiler kavramına, o işyerinde çalışan ancak işin söz konusu sırrı ilgilendirmeyen kısmı ile uğraşan işçiler de dahil edilmelidir. Bir iş sırrı, işin uzmanlık gerektiren bir bölümü ile ilgili ise, ancak işin bu kısmı ile uğraşan işçi ya da işçiler tarafından saklanmalıdır. Bu durumda diğer işçiler üçüncü kişi niteliği taşımaktadırlar ve gerekmedikçe iş sırrı, bu kişilerin dışında kaldığı bir sır niteliğindedir.” A. Ertürk, ss. 289-290.

<sup>509</sup> Soyer, s. 54; Uşan, İş Sırrının Korunması, ss. 29-30; A. Ertürk, s. 289.

<sup>510</sup> Soyer, s. 54; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 30; A. Ertürk, s. 290.

<sup>511</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, ss. 1067-1068.

<sup>512</sup> Soyer, s. 55; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; “Bir kişinin özel bir çaba, emek harcamaksızın, üzerinde düşünmeksizin o bilgiye kavuşabilecek durumda olması halinde sır yoktur. Böylelikle, herkes tarafından bilinen veya çok basit bir zorlukla ulaşılabilecek bilgiler sır değil, genel bilgi (general knowledge) olarak nitelendirilirler.” Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; A. Ertürk, ss. 289-290.

<sup>513</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 31.

<sup>514</sup> Soyer, s. 55; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; Alpagut, s. 28.

<sup>515</sup> Soyer, s. 55; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; Alpagut, s. 28.

<sup>516</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 31.

<sup>517</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 31.



durumu saklamama, yetkili makamlara haber verme yükümlülüğü de vardır. Nitekim Türk Ceza Kanununun “Suçu bildirmeme” başlıklı 278. maddesine göre,

*“(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

*(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.*

*(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”*

Dolayısıyla işçinin işyerinde öğrendiği bir suçu yetkili makamlara bildirmesi bir birey olarak Türk Ceza Kanunu kapsamında yükümlülüğü olduğundan, böyle bir hâlde sır saklama yükümlülüğü geçerli olmayacaktır.

### **b. Sırrın İş ve İşyeriyle Bağlantılı Olması**

Bir bilginin sır saklama yükümlülüğü kapsamında sır olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan diğer bir unsur, sır sayılan hususun iş ve işyeriyle bağlantılı olmasıdır<sup>518</sup>. Örneğin işletmenin üretim teknolojisi ya da modelleri, organizasyon ve çalışma şekli, hammadde kaynakları, kredi olanakları, işyeri stokları, fiyat bilgileri, müşteri listesi, kâr marjı, muhasebe kayıtları, personel planlaması, teknik bilgi (know-how) gibi konular iş ve işyeriyle ilgili olan ve herkesçe bilinmeyen, sır niteliğinde bilgilerdir<sup>519</sup>.

İşçinin, herhangi bir sözleşme ilişkisi nedeniyle işverenden öğrenmiş olduğu ve saklama yükümlülüğü bulunan üçüncü kişilere ait bilgileri de iş ya da işyeriyle ilgili sırlar arasında kabul etmek gerekir. Örneğin işverenin müşterisine ait bilgiler bu şekildedir ve işçi bunları saklamakla yükümlüdür<sup>520</sup>.

<sup>518</sup> Soyer, s. 54; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 33; A. Ertürk, s. 291.

<sup>519</sup> Soyer, s. 54; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 33; A. Ertürk, s. 291.

<sup>520</sup> Soyer, s. 54; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 33; A. Ertürk, s. 291.

### c. İşverenin Sır Saklama İradesi

İşçinin bir bilgiyi saklamakla yükümlü olması için, bilginin sır niteliği taşıması ve iş ya da işyeriyle ilgili olmasının yanı sıra, işverenin söz konusu bilginin saklanması yönünde iradesinin bulunması gerekir<sup>521</sup>. Bu, sırrın subjektif unsurudur<sup>522</sup>.

İşverenin gizli tutma iradesi açık olarak belirtilmiş olabileceği gibi, kapalı da olabilir<sup>523</sup>. İşletmeyle ilgili bulunan ve herkes tarafından bilinmeyen olguların, işveren tarafından gizli tutulması istendiği kural olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde açık bir gizli tutma iradesinin bulunmadığı hâllerde, gizli tutulması gereken bilgilerin korunmasız kalması sonucu doğar<sup>524</sup>. Durumun özelliği gereği gizli kalması yolunda bir sonucun çıkarılabildiği ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda da sırrın varlığından ve işçinin sır saklama yükümlülüğünden söz edilebilmelidir<sup>525</sup>. Örneğin işverenin malî ve kişisel ilişkileri bu şekildedir<sup>526</sup>. Bu bakımdan sır saklama borcunun kapsamı da, esasen sadakat yükümlülüğü gibi, somut olay koşulları ve iş ilişkisi dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>527</sup>.

İşverenin sırrın saklanması konusundaki iradesi önem taşımakla birlikte, bu iradenin varlığı tek başına bir bilginin sır niteliği kazanması için yeterli değildir. Bunun için bilginin, yukarıda belirtildiği gibi sır niteliği kazanmış olması, iş ya da işyeriyle ilgili olması ve ayrıca birazdan yer verileceği üzere, saklanmasında işverenin haklı bir çıkarının bulunması gerekir<sup>528</sup>. Bu bakımdan herkesçe bilinen ya da az çaba ile öğrenilebilecek nitelikte olay ya da bilgiler, işveren tarafından sır olarak nitelendirilse dahi sır sayılmaz<sup>529</sup>.

Sır saklama yükümlülüğünün doğumu bakımından işverenin söz konusu bilgiyi gizli tutma iradesi belirleyici nitelik taşıdığından, işverenin bir bilginin

<sup>521</sup> Soyer, s. 55; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 33; A. Ertürk, s. 291.

<sup>522</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068.

<sup>523</sup> Soyer, s. 56; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 35; Arslan Ertürk, s. 291.

<sup>524</sup> Soyer, s. 56.

<sup>525</sup> Örneğin, bilgisayar programcılığı ile uğraşan bir firmada çalışan işçinin, daha önce piyasada bulunmayan bir programın geliştirilmesi aşamasında öğrendiği bilgileri, işveren açık bir şekilde belirtmese de, gizli tutma yükümlülüğü vardır. Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 34; A. Ertürk, s. 292.

<sup>526</sup> Alpagut, s. 28.

<sup>527</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 533.

<sup>528</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 34; A. Ertürk, s. 292.

<sup>529</sup> Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 532; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1068; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 35.

açıklanması konusundaki rızası hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Zira iş sırrı niteliği taşıyan bilgiler, işveren tarafından gizli tutulmaları istenmezse, sır niteliğini yitirirler<sup>530</sup>. Ancak işverenin bu konudaki iradesinin var olup olmadığı söz konusu olayda kesin olarak anlaşılamıyor ise, işçinin sır saklama yükümlülüğünün mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>531</sup>.

#### **d. İşverenin Haklı Bir Menfaatinin Varlığı**

Son olarak bir bilginin sır niteliği kazanabilmesi için, işverenin bu bilginin gizli tutulmasında haklı bir çıkarının varlığı gerekir<sup>532</sup>. Açıklandığı takdirde işverene ekonomik açıdan zarar verebilecek her bilgi, diğer koşulların da sağlanması hâlinde sır sayılabilecektir<sup>533</sup>. Örneğin, sırrın açıklanmasının işverenin rekabet gücünü etkileyebilecek olması hâlinde işçi bu sırrı saklamakla yükümlüdür<sup>534</sup>.

İşverenin haklı bir menfaatinin bulunmadığı durumlarda, sırdan bahsedilemez. Aynı şekilde meşru olmayan ya da suç teşkil eden hususlar da işverenin, korunmasında haklı bir çıkarı bulunmadığından sır niteliği taşımaz ve bu hâllerde işçinin sır saklama yükümlülüğü doğmaz<sup>535</sup>.

#### **4. İşçinin Meslekî Bilgisi-Sır Ayrımı**

Yukarıda yapılan açıklamalar ve sır kavramının tanımlanması karşısında, iş sırrı ile işçinin meslekî bilgi ve tecrübesi arasındaki ayırım önem taşımaktadır. Zira işçinin yapmış olduğu işte zaman içerisinde edinmiş olduğu ve bu sayede kendisinin vazgeçilmez unsuru hâline gelen meslekî tecrübe ve bilgileri, işçinin iş ilişkisi içerisinde işi yapması ile birlikte, yeteneğine de bağlı olarak kazandığı bilgiler olduğundan, iş sırrı olarak kabul edilemezler<sup>536</sup>. Bu bakımdan yalnızca o işverene ait işletmede değil de, benzer nitelikteki işletmelerde de kullanılabilir olan ve işletmenin organizasyon özellikleri ve üretim teknikleri dışında kalan bilgiler, işçinin

<sup>530</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 35.

<sup>531</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 35.

<sup>532</sup> Soyer, s. 55; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1069; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 36; A. Ertürk, s. 292.

<sup>533</sup> Soyer, s. 55; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 36; A. Ertürk, s. 292.

<sup>534</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1069.

<sup>535</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1069; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 36; A. Ertürk, s. 293.

<sup>536</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; A. Ertürk, s. 290.

meslekî bilgisine dâhil olan bilgiler olarak kabul edilebilecektir<sup>537</sup>. Burada önemli olan, işçinin iş ilişkisi içerisinde herhangi bir şekilde öğrenmiş olduğu bilgileri geliştirerek meslekî bilgisi içerisine katmış olmasıdır. Bu hâlde işçinin bu tür bilgileri üçüncü kişilere açıklaması, sır saklama yükümlülüğünü ihlâl niteliği taşımayacaktır, zira işçi bu tür bilgileri serbestçe kullanma hakkını haizdir<sup>538</sup>. Ancak bir bilginin iş sırrı mı meslekî bilgi mi olduğu her somut olayda ayrıca değerlendirilerek belirlenmelidir<sup>539</sup>.

İş sırrının kapsamına ise, temel olarak yukarıda da belirtildiği üzere üretim sırları ve pazarlama, müşteri listesi, fiyat hesaplamaları, reklam stratejisi, gelir kaynakları, personel yapısı gibi bilgiler girer<sup>540</sup>. İş ve işyeriyle ilgili olan sır niteliğinde bilgiler ve bunların dışında işveren tarafından gizli kalması istenen ve gizli kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu ya da somut olaydan söz konusu bilginin gizli kalması gerektiği anlaşılan bilgiler sır saklama yükümlülüğünün kapsamına dâhildir. İşçi meslekî tecrübe ve bilgisinin içerisinde kalan bilgileri serbestçe kullanabilir ve açıklayabilirken, bu kapsamda yer almayan hususları açıklamamakla ve iş sırrı niteliğindeki bu bilgileri saklamakla yükümlüdür.

## 5. Sır Saklama Yükümlülüğünün Süresi

Bu noktada önemli olan bir husus işçinin sır saklama yükümlülüğünün ne zaman söz konusu olduğudur. Öncelikle iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar, yani iş ilişkisi devam ettiği sürece işçinin gördüğü iş dolayısıyla ya da herhangi bir şekilde öğrendiği işle ilgili bilgileri saklamak ve başkalarına açıklamamakla yükümlü olacağı açıktır. Bu yükümlülüğün doğması için işçinin, söz konusu sırrı meşru ya da gayrimeşru olarak, tesadüfen ya da işverenin itimadı sonucu öğrenmiş olması önem taşımaz<sup>541</sup>. İşçinin iş ilişkisinin devamı boyunca öğrendiği sırları saklama yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinin 4. fıkrasında da ifade edilmiş ve işçinin işi gördüğü sırada öğrendiği bilgileri, iş ilişkisinin devamı

<sup>537</sup> Soyer, ss. 56-57; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; A. Ertürk, s. 290.

<sup>538</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; A. Ertürk, s. 290.

<sup>539</sup> Soyer, s. 56; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 32; A. Ertürk, s. 290.

<sup>540</sup> Alpagut, s. 28.

<sup>541</sup> Narmanhoğlu, s. 275; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 532; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1067; Demir ve Demir, s. 23; Alpagut, s. 29.

süresince kendi yararına kullanmamak ve başkalarına açıklamamakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce öğretilerde tartışmalı olan, sır saklama yükümlülüğünün iş ilişkisinin sona ermesinden sonra devam edip etmeyeceği sorunu da, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte açıklığa kavuşturulmuş ve sır saklama yükümlülüğünün “*işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde*” iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da söz konusu olacağı ifade edilmiştir<sup>542</sup>. Böylece söz konusu hüküm sayesinde, sır saklama yükümlülüğünün iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da geçerli olabilmesi için ayrı bir sır saklama sözleşmesi yapılmasına gerek olmayacak, işverenin haklı menfaati gerektirdiği hâllerde işçinin kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü olacaktır. Nitekim iş sözleşmesi sona ermiş de olsa, iş ilişkisinin devamı sırasında öğrenilmiş olan bilgilerin açıklanması işverenin çıkarlarına zarar verebilecektir. Bu nedenle işverenin çıkarlarının korunması açısından gerekli olduğu ve haklı menfaati bulunduğu hâllerde işçinin, sır saklama yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte Borçlar Kanununun yukarıda anılan maddesinde yer alan “*işverenin haklı menfaati*” ölçütü belirsiz bir kavramdır. Zira işverenin menfaatinin ne zaman haklı olduğu, somut olaya, iş ilişkisinin durumuna, çalışma yaşamının değerlerine ve benzer etmenlere göre değişiklik gösterebilir<sup>543</sup>. Bu bakımdan sır saklama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir<sup>544</sup>. Bununla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin sır saklama yükümlülüğü, işçinin meslekî faaliyetini engellediği ölçüde daralır. Dolayısıyla işverenin iş sırlarının korunmasındaki menfaati ile işçinin çalışma yerini ve mesleğini serbestçe seçme hakkı arasındaki dengenin korunması gerekir<sup>545</sup>. Bu nedenle işverenin haklı bir menfaatinin bulunması, işçi ile işverenin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi açısından önem taşır.

Sır saklama borcunun da sadakat yükümlülüğü gibi, kural olarak, iş sözleşmesinin yapılmasıyla başladığı kabul edilmektedir. Ancak kimi zaman iş sözleşmesi henüz kurulmamışken, işçi adaylarının işle ilgili sırlara ulaşabilmeleri söz

<sup>542</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 361; Narmanlıoğlu, s. 275; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 533; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1069.

<sup>543</sup> Centel, İşçinin Borçları, s. 8.

<sup>544</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 361.

<sup>545</sup> Soyer, s. 15.

konusu olabilir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin yapılmasından önceki görüşmeler sırasında öğrenilen, işverene ya da işyerine ait sırların üçüncü kişilere açıklanmasının da, görüşmeler sonucunda taraflar arasında iş sözleşmesi kurulsun kurulmasın, sır saklama borcunun ihlâli niteliği taşıyabileceği ve bu sebeple doğan zararların sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) gereğince tazmininin talep edilebileceği kabul edilmelidir<sup>546</sup>.

Görüşmeler sonucunda taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde, tazminat imkanına ek olarak<sup>547</sup>, sözleşmenin işveren tarafından haklı sebeple feshi de söz konusu olabilecektir. Nitekim daha önce de ifade edildiği üzere, İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde işçinin, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, işverenin sözleşmeyi haklı sebeple fesih hâllerinden biri olarak sayılmıştır. Söz konusu maddede herhangi bir açıklık bulunmasa da, haklı sebeple fesih hakkının doğabilmesi için, sırrın işçi tarafından iş ilişkisi esnasında açıklanması gerekmediği, henüz iş sözleşmesi kurulmamışken öğrenilen sırların açıklanması ve iş sözleşmesinin kurulmuş olması hâlinde de, kanaatimizce sözleşmeyi fesih imkanının doğacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte bunun için işverenin, işçiyi işe alırken sır saklama yükümlülüğünü ihlâl ettiğini bilmiyor olması gerekmektedir. İşveren böyle bir ihlâlin varlığından haberdar ise, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkına sahip olamaz<sup>548</sup>.

### **E. İşverene Zarar Verici Açıklamalarda Bulunmama Yükümlülüğü**

Sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak işçi, işverenin kişiliğine ya da işyerinin adına veya ününe zarar verici ya da itibarını sarsıcı ve benzer nitelik taşıyan açıklamalarda ve beyanlarda bulunmamakla yükümlüdür. Aksi hâlde bu şekilde beyanlarda bulunması işçinin sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmesi anlamını taşır<sup>549</sup>.

İşçinin bu yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğünden farklıdır. Nitekim burada zarar verici açıklamanın sır niteliği taşıması gerekmez, işverene ya da işyerine zarar verici açıklamada bulunulması sadakat yükümlülüğünün ihlâli için

<sup>546</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1071; Uşan, İş Sırrının Korunması, ss. 87-89; Demir ve Demir, ss. 23-24.

<sup>547</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 361; Aktay ve diğerleri, s. 94.

<sup>548</sup> Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 90.

<sup>549</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1071; Ertürk, Temel Haklar, s. 122; A. Ertürk, s. 343.

yeterlidir<sup>550</sup>. Aynı şekilde bu açıklamaların gerçeği yansıtıp yansıtması da sonucu değiştirmez<sup>551</sup>.

Bu noktada işçinin bir birey olarak sahip olduğu ve anayasal bir özgürlük olan düşüncelerini açıklama özgürlüğü (AY m. 25, 26) ile işverenin ve işyerinin çıkarları çatışacağından, aradaki dengenin sağlanması önem taşır. Tuncay'a göre burada ölçüt, ölçülülük ilkesi olmalıdır. Yazara göre, *“işçinin çalıştığı işyerine işverenin faaliyetine ilişkin eleştiri ve açıklamaları ölçülülük ilkesine aykırı düşüyorsa yani makul olma sınırlarını aşıyorsa işverenin korunması gereği ortaya çıkar”*<sup>552</sup>.

Ölçülülük ilkesi, bir hakkın kullanılırken ölçünün kaçırılmaması, dürüstlük kuralının sınırlarının aşılması anlamına gelir. Bu ilke temel hak ve özgürlüklerle yakın ilişkisi nedeniyle asıl olarak idare ve anayasa hukukunda geçerli olmakla birlikte, niteliği uygun düştüğü ölçüde özel hukuk alanlarında da uygulama alanı bulur<sup>553</sup>. İş hukukunda taraflar arasında özel hukuktan kaynaklanan bir ilişki bulunduğu ve iş sözleşmesi tarafların karşılıklı anlaşmaları ile kurulduğundan, taraflar hukuki açıdan eşit konumda bulunsalar da, işçi işverene nazaran ekonomik olarak daha güçsüz durumda ve işverene kişisel ve hukuki anlamda bağımlı konumdadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki bu ilişki, idare hukukunda hakim olan alt-üst ilişkisi ile yapısal olarak benzerlik göstermektedir. Farklı hukuk alanlarına ilişkin problemlerin, yapısal olarak benzerlik göstermesi hâlinde, bir hukuk alanına ilişkin problem çözme mekanizmasının diğer alanda da uygulanması mümkün olmalıdır<sup>554</sup>. İş hukukunda işçinin korunması gerekliliği de göz önüne alındığında, ölçülülük ilkesinin iş hukukunda geçerli olarak uygulanabileceği söylenebilir.

Ölçülülük ilkesi esasen iş güvencesi hukukunda uygulama alanı olan bir ilkedir. Hem haklı sebeple hem de geçerli sebeple yapılan fesihlerde uygulanan bir prensiptir<sup>555</sup>. Bu bakımdan iş sözleşmesinin feshinin, işveren ya da işçi tarafından

<sup>550</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1071; Demir ve Demir, s. 24.

<sup>551</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1071; Demir ve Demir, s. 24.

<sup>552</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1072.

<sup>553</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1072; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, ss. 181-182.

<sup>554</sup> Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 183.

<sup>555</sup> Ölçülülük ilkesinin iş sözleşmesinin feshi konusunda uygulanması açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 184 ve devamı.

fesihle izlenen amaca uygun olması gerekir<sup>556</sup>. Aksi durumda yani ölçülülük ilkesine aykırı düşülmesi hâlinde işçinin ya da duruma göre işverenin korunması gereği ön plana çıkar.

Konumuz açısından ölçülülük ilkesi, işçinin amacına ulaşırken gerekli olduğu ölçüde uygun araçlar seçmesi ve bu araçlarla ulaşılmak istenen sonuç arasında makul bir orantının bulunması anlamına gelir<sup>557</sup>. Bu bakımdan işçinin işveren ya da işyerine zarar verici açıklamalarda bulunmama yükümlülüğü, bu açıklamaların ölçülülük ilkesi kapsamında yapılması, yani makul olma sınırını aşmamasını gerektirir. Bu aynı zamanda işçinin düşüncelerini açıklama özgürlüğü ile işverenin korunması menfaati arasındaki dengeyi sağlanmasına yarar. Zira işçinin üçüncü kişilere, doğruluk payı bulunsada dahi işvereni zor duruma düşürücü, itibarını sarsıcı ya da işin akışını bozucu nitelik taşıyan açıklamalarda bulunması halinde işverenin korunması ihtiyacı, işçinin düşüncelerini açıklama özgürlüğünün önüne geçer<sup>558</sup>. Bu bakımdan işçi işverene, işyerine ya da işin akışına zarar verebilecek açıklamalardan kaçınmak, bu yönde mevcut olan aksaklıkları üçüncü kişilere açıklamadan önce işverene ya da amirlerine bildirmek, ancak bir sonuç elde edememesi hâlinde söz konusu durumu üçüncü kişilerle paylaşma ya da resmî makamlara ihbar etme yoluna gitmekle yükümlüdür<sup>559</sup>.

İşçinin bu yükümlülüğü iş sözleşmesinin askıda olduğu hâllerde de geçerlidir. Özellikle işyerinde grev bulunması durumunda iş sözleşmesi askıda kalır (STSK m. 67). Burada askıda kalan, tarafların işgörme ve ücret ödeme yükümlülükleridir. Bunlar haricinde tarafların uymakla yükümlü olduğu, özellikle sadakat yükümlülüğü kapsamında yer alan sır saklama ve işverene zarar verici açıklamalarda bulunmama

---

<sup>556</sup> Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 189.

<sup>557</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1072; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 186.

<sup>558</sup> Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1072; Benzer yönde; “İşçinin düşünce açıklamaları ile işyerinde var olan iş akışını ve barışını bozması haklı görülemez. Bu anlamda iş ilişkisinden ortaya çıkan ve işçinin işyerindeki işleyişi ve barışı bozma yasağı, işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin yasal bir sınırlama teşkil eder.” Okur, s. 25; Alpagut, s. 25.

<sup>559</sup> Tuncay’a göre, söz konusu durumun basına ya da denetimle görevli idari makamlara açıklanmasına karar verilmesi halinde işçi daha dikkatli ve düşünceli davranmak zorundadır. Burada işçinin işvereni şikayet etmesi sonucu elde edilecek kamu yararının, şikayet edilmemesi halinde işverenin elde edeceği çıkardan daha fazla olması gerekir. Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, ss. 1072-1073; Demir ve Demir, s. 24; Ertürk, Temel Haklar, s. 120; ; Alpagut, s. 25; Okur, s. 24; A. Ertürk, s. 346.



yükümlülükleri varlığını sürdürür<sup>560</sup>. Fakat bu aşamada bu yükümlülüklerin kapsamı farklılık gösterir ve daralır<sup>561</sup>.

Sadece işverene zarar verme amacı taşıyan veya gerçek dışı olan beyanların ise korunmayacağı ve yaptırıma konu olacağı kesindir<sup>562</sup>. Zira İş Kanununda işçinin işveren ya da aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllerden sayılmış ve işverenin böyle bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği hüküm altına alınmıştır (İş K. m. 25/II, b). Ayrıca asılsız olarak yetkili mercilere ihbar ve şikâyet yapılarak suç isnat edilmesi hâli Türk Ceza Kanununda da düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. İlgili madde aşağıdaki şekildedir:

*“(1) Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunulması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.*

*(3) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

*(4) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*

*(5) Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.*

*(6) Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.*

*(7) İftira suçundan dolayı dava zamanaşımı, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar.*

*(8) Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilân olunur. İlân masrafı, hükümlüden tahsil edilir.” (TCK m. 267).*

<sup>560</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 465; Melda Sur, İzinde Olan İşçinin Yasa Dışı Greve Katılması, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, Cilt: IV, Sayı: 14, s. 229.

<sup>561</sup> Tunçomağ ve Centel, s. 465; Akyiğit, İş Hukuku, s. 543.

<sup>562</sup> Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, s. 116; Okur, s. 23; A. Ertürk, s. 343.

Bu bağlamda işçi düşüncelerini açıklama özgürlüğüne sahip olsa da, bu özgürlük çerçevesinde yaptığı açıklamalar işverenin şeref ve haysiyetini zedeleyecek ya da işyerine veya işin akışına zarar verecek nitelikte olamayacak, aksi hâlde işçi bu tür işverene ya da işyerine zarar verici açıklamaları karşısında düşüncelerini açıklama özgürlüğünden yararlanamayacaktır<sup>563</sup>.

İşçinin işverene ya da işyerine zarar verici açıklamalarda bulunmama yükümlülüğü temel olarak iş ilişkisinin devamı boyunca söz konusu olur. Zira işçinin bu tür açıklamalarda bulunması hâlinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle, bildirimsiz olarak feshedebileceği İş Kanununda açıkça düzenlenmiştir (İş K. m. 25/II, b). Fesih yaptırımına ek olarak işveren, genel hükümlere dayanarak tazminat da talep edebilir. Nitekim İş Kanununun 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılığa dayanarak haklı nedenle fesih hâlinde sözleşmeyi fesheden tarafın tazminat hakkı saklıdır.

Yine işçinin işverene karşı zarar verici nitelikte ve devam etmekte olan hukuka aykırı düşünce açıklamalarının engellenmesi yönünde dava açılması da mümkündür (MK m. 25/I). Bu davanın açılabilmesi için, tecavüzün hukuka aykırı olması yeterli olup, ayrıca kusurun varlığı ya da bir zarar doğmuş olması aranmaz. Dava açma hakkı, tecavüz devam ettiği sürece mevcuttur<sup>564</sup>. Tecavüzün henüz başlamamış olduğu fakat ciddi bir saldırı tehlikesinin bulunduğu hâllerde ise, Medeni Kanun hükümleri uyarınca önleme davası açılması söz konusu olabilir (MK m. 24/I, 25/I). Bu davanın açılabilmesi için de kusurun varlığı ya da zarar doğma tehlikesinin bulunması aranmaz. Ciddi bir saldırı tehlikesinin varlığı yeterlidir<sup>565</sup>.

Öncelikle iş ilişkisinin devamında söz konusu olan işçinin bu yükümlülüğünün de sır saklama yükümlülüğünde olduğu gibi iş ilişkisinin henüz kurulmamış olduğu sözleşme görüşmeleri aşamasında da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar dürüstlük kuralı ve aralarındaki güven ilişkisi sebebiyle birbirlerine zarar vermemekle yükümlü olduklarından, birbirleri hakkında zarar verici nitelikte açıklamalarda bulunmaktan kaçınmaları gerekir. Bu nedenle işçi adayının sözleşme görüşmeleri sırasında işverene ya da işyerine zarar verici açıklamalarda bulunmasının, sözleşme

---

<sup>563</sup> Okur, s. 18; A. Ertürk, s. 346.

<sup>564</sup> Okur, s. 28.

<sup>565</sup> Okur, s. 28.

görüşmelerinden doğan koruma yükümlülüklerinin ihlâlini oluşturduğu ve böyle bir durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Çalışmamızda temel olarak tarafların iş sözleşmesinin yapılması sırasındaki karşılıklı yükümlülükleri incelenmiştir.

Borç ilişkilerinden doğan yükümlülükler ikiye ayrılır. Bunlardan ilki borç ilişkisinde borçlu tarafın alacaklıya karşı yerine getirmesi gereken ve ifa menfaatinin gerçekleştirilmesini sağlayan temel yükümlülükler, yani edim yükümlülükleridir. Edim yükümlülükleri kendi içinde aslî edim ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. Borç ilişkilerinden doğan ikinci tür yükümlülükler ise, yan yükümlülüklerdir. Yan yükümlülükler, doğrudan edimin ifasıyla ilgili olmayıp, ya aslî edimin ifasına yardım ederler (ifaya yardımcı yan yükümlülükler) ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerlerini koruyucu bir nitelik taşırlar (koruma yükümlülükleri).

Borç doğuran temel kaynaklardan biri olan sözleşmeler, bir sürecin sonucu olarak meydana gelen hukuki işlemlerdir. Sözleşmeden doğan bir borçtan söz edebilmek için, taraflar arasında icap ve kabul adı verilen karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının bulunması gerekir. Karşılıklı irade açıklamalarının uyumu aşamasına gelmeden önce ise, tarafların bu beyanlarını açıkladığı bir görüşme aşaması bulunur.

Taraflar sözleşme yapmak amacıyla bir araya geldiklerinde aralarında bir sosyal temas ve güven ilişkisi meydana gelir. Bu ilişkinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerinin hukukî menfaat alanına müdahale etme ve bu değerlere zarar verme riski ortaya çıkar. Bu nedenle sözleşme yapma amacıyla sosyal temas ilişkisine giren kişiler, bu andan itibaren aralarındaki ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için çaba sarfetmek ve her türlü özeni göstermek yükümlülüğü altına girer. İfa menfaati dışında kalan menfaatleri ve tarafların mal ve şahıs varlığı değerlerini korumayı hedefleyen bu yükümlülükler koruma yükümlülüğü, bu yükümlülükler aykırı davranarak görüşmenin karşı tarafını zarara uğratan kişinin bu zarardan doğan sorumluluğu da, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) olarak adlandırılmaktadır.

İş sözleşmesi, bir gerçek kişinin (işçi) başka bir kişi (işveren) yararına ve onun emir ve talimatlarına bağımlı olarak, belirli ya da belirsiz süreyle faaliyette

bulunmayı (işgörmeyi) üstlendiği ve bu faaliyetine karşılık sözleşmenin karşı tarafının (işveren) da bir ücret ödemekle yükümlü olduğu sözleşmedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan iş sözleşmesinin aslî edimleri, işçi açısından işgörme ve işveren açısından ücret ödeme şeklinde ortaya çıkar. Bununla birlikte iş ilişkisi birtakım yan yükümlülükleri ve özellikle koruma yükümlülüklerini de içerir.

Bu hususta özellikle işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü önem arzeder. Zira iş sözleşmesinin işçinin kişiliğiyle doğrudan bağlantılı oluşu, kural olarak sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda olan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçinin bu sebeple ortaya çıkabilecek çeşitli tehlikelere karşı korunması gerekliliğini doğurur ve işverene çeşitli koruma yükümlülükleri yükler. Bu kapsamda işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, hem işçinin iş tehlikelerine karşı korunmasını, hem de kişilik haklarının korunması yükümlülüğünü içerir. İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler bulunsa da, kanaatimizce bu yükümlülük, sözleşme taraflarının iş ilişkisi sebebiyle girdikleri sosyal temas ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkan ve işgörme ile ücret edimleri dışındaki kişi ve mal değerlerinin korunması amacına hizmet eden yan yükümlülük (koruma yükümlülüğü) niteliğindedir.

İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeyle, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 332. maddede yer alan düzenlemesine göre, işçinin kişiliğinin korunması hususunda ayrıntılı bir hüküm getirilmiş ve işçinin sadece iş sağlığı ve güvenliği açısından korunmasını düzenleyen anlayışın yanında işçinin kişiliğinin de korunması prensibi kabul edilmiştir. Bu hüküm uyarınca işveren, hem iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak hem de işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla ve özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur.

Görüldüğü üzere burada söz konusu maddeyle işçinin kişiliğinin korunması düzenlenmekle birlikte, işçinin cinsel ve psikolojik tacize karşı korunması da özel olarak hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce işverenin bu yükümlülüğü sadece iş

ilişkinin devamında değil, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da geçerlidir ve sözleşme görüşmeleri sırasında işçi adayının tacize uğraması hâlinde de işverenin sorumluluğu doğmalıdır.

İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün yanı sıra tarafların iş ilişkisinin devamında ve özellikle konumuz kapsamında yer alan iş sözleşmesinin yapılması sırasında da uymakla yükümlü oldukları koruma yükümlülüğü niteliğinde pek çok yükümlülük mevcuttur. Bu kapsamda genel olarak, işverene ait iş başvurusunda bulunan adayın kişilik değerlerine tecavüz edecek sorular sormamak, adayda sözleşmenin meydana geleceğine yönelik esası olmayan bir güven yaratmamak, başvuran adaya ait sertifika, diploma gibi belgeleri gizli tutmak, gerekiyorsa iade veya yok etmek, adaylar arasında eşit işlem yapmak, işçi adayını cinsel taciz davranışına karşı korumak gibi yükümlülükler mevcut olmakla birlikte, buna karşılık işe başvuran adayın da görüşmeler sırasında öğrendiği sırları saklamak, işverene zarar verici açıklamalarda bulunmamak, kişilik haklarını zedelediği sürece işverenin sorularını doğru olarak yanıtlamak, işvereni yanıltmamak ve gerçeğe uygun bilgi vermek, iş ilişkisinin niteliği gereğince açıklanması gereken durumları kendiliğinden açıklamak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır.

İşverenin iş sözleşmesi görüşmeleri sırasındaki en temel yükümlülüklerinden biri, işe başvuran adayın özellikle bilgi edinirken kişilik haklarını ve özel hayatının gizliliğini ihlâl etmemektir. İşe başvuran işçi adayıyla iş sözleşmesini kurmadan önce işveren, işe alacağı kişinin tüm özelliklerini bilmek ve başvuran adaylar arasından buna göre bir seçim yapmak ister. Bunun için de iş görüşmeleri sırasında işe başvuran adaylara çeşitli sorular sorarak adayların kişiliğine ve meslekî yeterliliklerine ilişkin mümkün olduğunca ayrıntılı bilgi edinmeye çalışır, hatta adaylar hakkında bilgi sahibi olabilecek üçüncü kişilere başvurma ya da birtakım testlerin yapılmasını isteme yoluna gidebilir. Her ne kadar işe alacağı kişi hakkında yeterince bilgi edinmesinde işverenin haklı bir çıkarı bulursa da, bu bilgi edinme hakkının sınırsız olmaması ve işçinin kişilik haklarını ihlâl edici nitelik taşımaması gerekir.

Bu kapsamda işverenin bilgi edinme hakkını kullanabilmesi için, bilgi edinme menfaatinin objektif bir haklılığa dayanması gerekir. Objektif bir haklılığa

dayanmayan sorular işveren tarafından sorulamaz, sorulsa dahi işçi bu soruları gerçeğe uygun yanıtlamakla yükümlü tutulamaz.

Öncelikle işçi adayının eğitim bilgileri, iş tecrübesi, askerlik görevinin yapıp yapmadığı, yabancı dil yetenekleri gibi hususlar, sorulması mümkün ve geçerli sorulardır. İşçi adayı da bu sorulara doğru yanıt vermekle yükümlüdür. Buna karşın adayın siyasî görüşüne ya da dinî inancına, sendika üyeliği bulunup bulunmadığına ilişkin ve bunun gibi işçinin kişiliği ve özel yaşamı ile doğrudan bağlantılı sorular ise, işin niteliğinin haklı gösterdiği istisnai durumlar haricinde işveren tarafından sorulması geçerli ve haklı olmayan sorulardır. İşçi adayının da bu tür geçerli olmayan soruları gerçeğe uygun yanıtla yükümlülüğü bulunmaz.

Adayın evli olup olmadığına ya da yakın zamanda evlilik düşünüp düşünmediğine ilişkin soruların ise geçerli olarak sorulmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Öncelikle adayın medeni hâline, yani evli olup olmadığına ya da kaç çocuğu olduğuna ilişkin soruların sorulabileceği, ancak sırf bu sebebe dayanılarak adayın işe alınmamasının hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz. Adayın yakın zamanda evlenip evlenmeyeceğine ilişkin soruların sorulması ise, kanaatimizce işin niteliği bunu gerektirmedikçe mümkün değildir. Zira işin özelliği gerektirmedikçe bu tür sorular işle ilgisi bulunmayan ve kişinin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden sorular olduğundan, sorulması objektif bir haklılığa dayanmaz.

Aynı şekilde işe başvuran adayın sağlık durumuna ve hamileliğine ilişkin soruların da ancak sağlık ya da hamilelik durumunun yapılacak iş, işyeri ya da çalışan diğer işçiler açısından önem taşıması hâlinde sorulabileceği ve adayın da ancak bu hâlde doğru cevap vermekle yükümlü olduğu kanaatindeyiz.

Yine adayın eski hükümlülüğünün ya da engelliliğinin bulunup bulunmadığına ilişkin soruların da işin ifasıyla ilgili olması durumunda, sorulabileceği, aksi hâlde sorulmasının mümkün olmayacağı kabul edilmelidir.

İşverenin işçi adayı hakkında bilgi edinme hakkına işçinin kişilik haklarının korunması amacıyla getirilen bu sınırlamalar, işverenin aday hakkında üçüncü kişilerden bilgi edinmesi ve işçi adayını birtakım testlere tâbi tutmak istemesi hâllerinde de geçerli olur ve işçinin kişilik haklarına zarar verebilecek uygulamalara başvurulamaz.

İşverenin belirli sınırlamalara uymak kaydıyla soru sorma hakkının karşılığını, işçi adayının gerçeğe uygun olarak cevap verme yükümlülüğü oluşturur. Bu bağlamda işverenin soru sormaya yetkili olduğu hususlarda işçi adayı da doğru bilgi vermek ve işvereni yanıltmamakla yükümlüdür. Aksi hâlde işveren sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca tazminat talep edebileceği gibi, sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde bu sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkını da haiz olur (İş K. m. 25/II, a).

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında uymakla yükümlü oldukları koruma yükümlülükleri uyarınca birbirlerine doğru bilgi vermeleri ve birbirlerini yanıltmamaları gerekir. Bu bakımdan işçi gibi işveren de işçiyi yapılacak iş ve işyeri hakkında doğru bilgilendirmek ve onu yanıltmamakla yükümlüdür. Aksi hâlde böyle bir durumda da işçi sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca tazminat talep edebilecek ve sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde bu sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkına sahip olacaktır (İş K. m. 24/II, a).

Görüşmeler sırasında birbirlerine karşı dürüst davranma ve birbirlerinin çıkarlarına zarar vermeme yükümlülüklerinin bir uzantısı olarak tarafların sözleşme yapma niyetleri olmamasına rağmen, karşı tarafta aksine bir kanaat oluşturmamaları, hatta bu yönde bir kanaatin oluşmaması için çaba göstermeleri de gerekir. İş sözleşmesinde işçinin işverene nazaran ekonomik açıdan güçsüz konumda olması, bu hususta işverenin özellikle bir yükümlülüğünün doğmasına yol açar. Bu bakımdan işverenin sözleşme görüşmeleri esnasında, bu yönde bir niyeti bulunmamasına rağmen, işçi adayına sözleşmenin kurulacağı yönünde bir izlenim vermesi ve görüşmelerin işçi açısından olumsuz sonuçlanması hâlinde, işçinin bu nedenle doğan zararının sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca tazmini söz konusu olur. Örneğin işçinin sözleşmenin kurulacağı inancıyla yapmış olduğu konut değiştirme masrafları ya da eski işinden ayrılması nedeniyle uğradığı zararlar bu çerçevede işverenin somut olayın şartlarına göre tazminle yükümlü tutulabileceği zararlardandır.

İş sözleşmesi görüşmeleri sırasında işverenin önemli yükümlülüklerinden bir diğeri de, işe başvuran adayla ilgili bilgi ve belgelerin saklanması, gizli tutulması ve gerekiyorsa yok edilmesi yükümlülüğüdür. İşçi adayı ile işveren arasında, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte kurulan güven ilişkisi dolayısıyla, işçi işverene



kendisiyle ilgili olarak vermiş olduğu özgeçmiş, tıbbî muayene raporları, kişilik testleri gibi kişisel bilgi ve belgelerin korunmasını ve saklanmasını, hatta adayları değerlendirme aşaması bittikten sonra kendisine iadesini ya da yok edilmesini isteme hakkına sahip olur ve işveren de bunları haksız kullanımlara karşı özenle saklama ya da duruma göre yok etme yükümlülüğü altına girer. Bu, işverenin işçiye ait bu bilgiler bakımından bir sır saklama yükümlülüğü altına girmesi anlamını taşır.

İşveren işçi adaylarına ilişkin bilgileri bilgisayarda da saklıyor olabilir. İşçi adayına ilişkin kişisel verilerin saklanabilmesi için, bu bilgilerin toplanmasında başvurulacak aracın işçinin kişilik haklarını ihlâl etmemesi gerekir. İşverenler işçi seçiminde ya da eğitiminde, terfilerinde kullanmak, üretim ve iş süreçlerini organize etmek, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla işçilere ve iş başvurusunda bulunan adaylara ilişkin kişisel verileri işleyebilirler. Ancak verilerin işlenmesinin giderek artması, işçilerin ya da işçi adaylarının kişilik haklarının ve özel yaşam gizliliğinin ihlâli tehlikesini de artırır. Bu nedenle kişisel verilerin korunması gereksinimi doğar.

İşçiye ait kişisel verilerinin korunması gerekliliği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş ve işverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 419).

Türkiye’de henüz bu hususta ayrı bir kanun yürürlükte bulunmamakta, kişisel verilerin korunması genel hükümlerle sağlanmaktadır. Bununla birlikte “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanmış, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Tasarıyla gerçek ya da tüzel kişiler tarafından hangi kişisel verilerin hangi koşullarda işlenebileceği düzenlenmiş ve bu hâllerde tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülükler değerlendirilmiştir. Bu sayede kişilerin maddi ve manevi varlığını, temel hak ve özgürlüklerini korumak amaçlanmıştır (Tasarı m. 1).

İşverenin iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında uyması gereken temel yükümlülüklerden sonuncusu eşit davranma yükümlülüğüdür. Hukuki açıdan eşitlik, eşit durumda bulunanlara eşit veya benzer durumlarda benzer işlem yapılması anlamına gelir. Dolayısıyla eşitlik herkese eşit davranılması anlamı taşımaz. Aksine eşit durumda olmayan kişilere eşit davranılması da eşitliğe aykırı bir sonuç doğurabilir.

Türk hukuk düzeninde eşitlik, temelini Anayasa'nın 10. maddesinden alır. Bu maddeyle tüm Türk hukuk düzeninde geçerli olan ve daima uyulması gereken genel bir eşitlik kuralı getirilmiş ve kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü, işverenin eşit davranma yükümlülüğü olarak ortaya çıkar. Bu hususta İş Kanununun 5. maddesiyle Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine paralel bir hüküm getirilmiş ve iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılması özel olarak yasaklanmıştır. Ayırım yasaklarının yanı sıra bu madde işverene genel bir eşit davranma yükümlülüğü de getirmektedir.

Eşit davranma yükümlülüğünün dayandığı hukuki temel konusunda pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür. Kanaatimizce eşit davranma yükümlülüğünün temelinde esasen adalet kavramı yer alır. Bunun yanı sıra bu yükümlülük Anayasada yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şekli olarak ortaya çıkar ve bu sebeple de hukuki temeli genel eşitlik ilkesine dayanır.

İş Kanununun 5. maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere, işveren iş ilişkisinde ayırım yapmamakla yükümlüdür. İş ilişkisinin devamı sırasında işverenin işyerinde çalışan işçilere eşit davranmakla yükümlü olması doğaldır. Ancak iş sözleşmesinin henüz kurulmamış olduğu sözleşme görüşmeleri aşamasında işverenin eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır.

Öğretide genel olarak, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında henüz taraflar arasında kurulmuş bir hukukî ilişki bulunmadığından, işe alma aşamasında işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir. Eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen söz konusu 5. madde metninde de "iş ilişkisi" ifadesinin kullanılması da bu görüşü destekler niteliktedir. Buna karşılık 5. maddenin gerekçesinde, işverenin "*işe almadan başlayarak*" tüm çalışma koşulları yönünden işçilere karşı eşit davranmakla yükümlü olduğundan söz edilmektedir. Ayırım yasaklarının ve eşit davranma yükümlülüğünün temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bağlantısı da dikkate alındığında, işe alımlarda da bu maddede belirtilen sebeplerle ayırım yapılmasının yasak olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Bununla birlikte iş mevzuatımızda bazı alanlarda işe almada ayırım yapma yasağını açıkça düzenleyen hükümler de mevcuttur. Özellikle İş Kanununun 5.

maddesinin 3. fıkrasında biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılması mutlak olarak yasaklanmıştır. Aynı şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasıyla da sendikal ayrımcılık özel olarak yasaklanmış ve işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten ayrılmaları ya da herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca işe almada ayrımcılık yapılması Türk Ceza Kanununun 122. maddesiyle de açıkça düzenlenmiş ve dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle işe alma aşamasında ayrımcılık yapılması özel olarak yasaklanmıştır. Bu hüküm karşısında, işverenin işe alma aşamasında da mutlak ayırım yasakları açısından eşit davranma yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında ücretin belirlenmesi konusunda işverenin işçilere eşit davranmakla yükümlü olup olmadığı da tartışmalı bir konudur. Hakim görüş, işe alma sırasında henüz hukukî ilişki kurulmamış olduğundan ve burada sözleşme özgürlüğü ve karşılıklı pazarlık rol oynadığından, işverenin ücretin belirlenmesi hususunda eşit davranmakla yükümlü olmadığı yönündedir. Ancak kanaatimizce bu sonuç mutlak ayırım yasakları açısından kabul edilmemeli ve salt ırk, renk, din, siyasî ve felsefî görüş, cinsiyet gibi ayrımlara dayanarak farklı ücret uygulamasına gidilememelidir. Aynı şekilde İş Kanununun 5. maddesinin 4. fıkrasıyla aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılması da açıkça yasaklandığından, cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret belirlenmesi söz konusu olamayacaktır.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yapılmasının yaptırımı, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat olarak belirlenmiştir. İşçi ayrıca yoksun kaldığı haklarını da talep edebilecektir (İş K. m. 5/VI). Ancak Kanun açıkça “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” dediğinden, işe alma sırasında yapılan ayrımcılıklarda bu madde uyarınca tazminata hükmedilemeyecektir. Bu hâlde işçi adayı ancak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilir.

İş hukukunda genel ilke işçinin korunması olduğundan, ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunan işçinin zarar görmemesi için, işverenin iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyması gereken yükümlülükler önem taşımakla birlikte, işverenin çıkarlarının zedelenmemesi de önemlidir. Bu nedenle işçi de iş sözleşmesinin yapılması sırasında işverenin ve işyerinin çıkarlarını korumak ve bunlara zarar vermemekle yükümlüdür. Bu bağlamda daha önce de ifade edildiği üzere işçinin işvereni gerçeğe uygun olarak bilgilendirmesi ve yanıltmaması önem taşır. Bunun yanı sıra işçi, görüşmeler sırasında edindiği sırları saklama ve işverene zarar verici açıklamalarda bulunmama yükümlülükleri altındadır.

Sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak işçi, iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar, yani iş ilişkisi devam ettiği sürece gördüğü iş dolayısıyla ya da herhangi bir şekilde öğrendiği işle ilgili bilgileri saklamak ve başkalarına açıklamamakla yükümlüdür. Bu husus Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinin 4. fıkrasında da ifade edilmiş ve işçinin işi gördüğü sırada öğrendiği bilgileri, iş ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanmamak ve başkalarına açıklamamakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce öğretide tartışmalı olan, sır saklama yükümlülüğünün iş ilişkisinin sona ermesinden sonra devam edip etmeyeceği sorunu da, bu Kanun ile açıklığa kavuşturulmuş ve sır saklama yükümlülüğünün *“işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde”* iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu düzenleme her ne kadar öğretide tartışmalı olan bu soruna çözüm olsa da, maddede yer alan *“işverenin haklı menfaati”* ölçütü belirsiz bir kavramdır. Zira işverenin menfaatinin ne zaman haklı olduğu, somut olaya, iş ilişkisinin durumuna, çalışma yaşamının değerlerine ve benzer etmenlere göre değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin sır saklama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Öğretide genel olarak, sır saklama yükümlülüğünün iş sözleşmesinin yapılmasıyla başladığı, yani sözleşme görüşmeleri sırasında söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Ancak kimi zaman iş sözleşmesi henüz kurulmamışken, işçi adaylarının işle ilgili sırlara ulaşabilmeleri söz konusu olabilir. Bu bakımdan

kanaatimizce işçi adayı da iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında öğrendiği işverene ya da işyerine ait sırları saklamakla ve üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlü tutulmalı, aksi hâlde bu sebeple doğan zararların tazmini işveren tarafından sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanılarak talep edilebilmelidir.

Görüşmeler sonucunda sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde, tazminat imkanına ek olarak, sır saklama yükümlülüğünü ihlâl eden işçinin sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshi de söz konusu olabilir. Nitekim İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde işçinin, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, işverenin sözleşmeyi haklı sebeple fesih hâllerinden biri olarak sayılmıştır. Söz konusu maddede herhangi bir açıklık bulunmasa da, haklı sebeple fesih hakkının doğabilmesi için sırrın işçi tarafından iş ilişkisi esnasında açıklanması gerekmediği, henüz iş sözleşmesi kurulmamışken öğrenilen sırların açıklanması ve iş sözleşmesinin kurulmuş olması hâlinde de sözleşmeyi fesih imkanının doğacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte işveren böyle bir ihlâlin varlığından haberdar ise, elbette ki sır saklama yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkına sahip olamaz.

Yine sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak işçi, işverenin kişiliğine ya da işyerinin adına zarar verici ya da itibarını sarsıcı açıklamalarda ve beyanlarda bulunmamakla da yükümlüdür. İşçinin bu yükümlülüğü kural olarak iş ilişkisinin devamı için kabul edilmektedir. Ancak dürüstlük kuralı ve görüşmeler sırasında tarafların birbirlerine zarar vermemekle yükümlü olmaları nedeniyle, bu yükümlülüğün sözleşme görüşmeleri aşaması için de geçerli olarak kabul edilmesi ve işçi adayının bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

Avrupa Birliği 2002/73 sayılı Direktif metninin çevirisi, <http://ab.calisma.gov.tr/indexdosyalar/mevzuat/direktifler/2002-73.doc>, (19.08.2013).

Avrupa Birliği 2006/54 sayılı Direktif metni, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML>, (19.08.2013).

Akı, Erol. “İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları-İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 14, Haziran 2009, ss. 134-141.

Aktay, A. Nizamettin, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen-Kaplan. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Akyiğit, Ercan. “Özel Güvenlik Görevlilerinin Hukuki Konumu (İş Hukuku Açısından Bir İnceleme)”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 2, Mayıs 2000, [http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/cilt16\\_sayi2\\_bolum2.pdf](http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/cilt16_sayi2_bolum2.pdf), (19.08.2013), ss. 7-31.

Akyol, şener. **Dürüslük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Alpagut, Gülsevil. “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 25, Mart 2012, ss. 23-32.

Aydemir, Muzaffer. **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, Ekin Kitabevi, Ankara, 2007.

Aydın, Ufuk. **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1343, Eskişehir, 2002.

Aydın, Ufuk. “İşverenin İşçi Özlük Dosyası Tutma Yükümü”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, 2006, ss. 491-505.

Aydınlı, İbrahim. **Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Tez No: 126355, Ankara, 2003.

Aydınlı, İbrahim. “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 1, 2005.

Aydınlı, İbrahim. “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XIX, Kasım 2005.

Baygın, Cem. “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, ss. 345-377.

Bayram, Fuat. “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, 2006, ss. 11-48.

Berki, Nermin. “Kadın ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret”, **Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan**, Ankara, 1977, ss. 29-37.

Centel, Tankut. **Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri**, Mess Yayınları, İstanbul, 2004.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, ss. 5-11.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 13-18.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2011.

Çil, Şahin. **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları)**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.

Demir, Fevzi ve Gönenç Demir. “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1, 2009, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1111.pdf>, (19.08.2013).

Edis, Seyfullah. “Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 367, Ankara, 1975, ss. 447-460.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2010.

Ertürk, Arzu Arslan. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.



Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008.

Ertürk, Şükran ve İlke Gürsel. “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, İstanbul, 2011, ss. 425-456.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 3. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Eyrenci, Öner. “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1991, ss. 239-262.

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2006.

Gürpınar, Damla. **Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt Veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.

Güzel, Ali. “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, ss. 83-126.

Güzel, Ali. “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul, 1996, ss. 167-195.

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Husbands, Robert ve Behrouz Shahandeh. “Case Study: Drugs And Alcohol In The Workplace-Ethical Considerations”, <http://www.ilo.org/oshenc/part-iii/ethical-issues/item/336-case-study-drugs-and-alcohol-in-the-workplace-ethical-considerations>, (07.08.2013).

**ILO, Workers’ Privacy Part III: Testing In The Workplace**, Conditions of Work Digest, Volume: 12, No: 2, Geneva, 1993, [http://books.google.com.tr/books?id=eisbpZMK4qkC&pg=PA37&hl=tr&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.tr/books?id=eisbpZMK4qkC&pg=PA37&hl=tr&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false), (07.08.2013).

ILO (UÇÖ), HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili Uygulama ve Davranış Kuralları, Cenevre, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/hiv aids.pdf>, (07.08.2013).

**ILO, Conditions of Work Branch, Protection of Workers’ Personal Data**, Geneva, 1997, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_107797.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf), (10.08.2013).

İnal, Tamer. **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004.

İnan, Ali Naim. “Culpa In Contrahendo-Mukavele Yapılırken İşlenen Kusurdan Dolayı Mesuliyetin Hukuki Sebeplerini İzah Eden Nazariyeler Üzerinde Mukayeseli Bir Çalışma”, **Adalet Dergisi**, Cilt: XLV, Sayı: 7, Temmuz 1954, ss. 878-887.

Kandemir, Murat. “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, Legal Yayıncılık, 2005, ss. 415-444.

Kaplan, Emine Tuncay. **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadıköy Matbaası, Ankara, 1987.

Kaplan, Emine Tuncay. **İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1992.

Kaplan, Emine Tuncay. “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. Mihçioğlu’na Armağan**, Cilt: 52, Ocak-Aralık 1997, ss. 367-386.

Kaplan, Emine Tuncay. “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 2, 2003.

Kaplan, Emine Tuncay. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 40-53.

Kaplan, İbrahim. “Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu”, **Batider**, Cilt: XV, Sayı: 4, Aralık 1990, ss. 3-22.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Sorumluluk Hukuku-Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, 2. Basım, Dora Yayın, Bursa, 2009.

Kaya, Pir Ali. “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mess Mercek Dergisi**, Nisan 2005, ss. 144-152.

Keser, Hakan. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3, 2004.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Şenocak, Kemal. “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC7.pdf>, (19.08.2013), ss. 181-211.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Muhittin Astarlı. **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri-I**, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012.

Odaman, Serkan. **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003.

Odaman, Serkan. “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanılması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 274, Ekim 2002, ss. 40-43.

Odaman, Serkan. “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010, Cilt: VII, Sayı: 25, ss. 32-40.

Odaman, Serkan ve Aslı Tutucu. “İş Kanunu 15. Madde Uyarınca Terkeden İşçiyi Çalıştıran Yeni İşverenin Sorumluluğunun Koşulları ve Hukuki Niteliği”,

**Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Cilt: II, Beta Basım, İstanbul, 2001, ss. 1385-1414.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler Cilt-1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf>, (20.08.2013).

Önen, Turgut. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yargı Yayınevi, Ankara, 1999.

Özdemir, Erdem, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 5, 2005, ss. 252-263.

Özdemir, Erdem. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 11, 2006,ss. 83-96.

Rado, Türkan. **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.

Rehbinder, Manfred. “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, çev. Ömer Teoman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı: 1-4, 1982.

Serozan, Rona. “Culpa In Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 3, 1968.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Sevimli, Ahmet. “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2013, ss. 107-148.

Sevimli, Ahmet. “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 121-139.

Soyer, M. Polat. **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 53, Ankara, 1994.

Sur, Melda. “İzinde Olan İşçinin Yasa Dışı Greve Katılması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 14, Haziran 2009, ss. 224-232.

Sözer, Ali Nazım. “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, Cilt: LXXIII, Sayı: 6, 1982, ss. 1049-1069.

Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 19, Eylül 2010.

Süral, Nurhan. “Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Cilt: II, Beta Basım, 2001, ss. 1289-1324.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, Türk Borçlar Kanunu HMK ve TTK’na Göre Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012.

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2008.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, ss. 129-137.

Süzek, Sarper. “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Ankara, 1998, ss. 225-232.

Şen, Murat. “İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 28, Aralık 2012, ss. 129-139.

Şenel, Alaeddin. “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi” **Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan**, Ankara, 1969, ss. 241-268.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, (Basıyı Hazırlayanlar: Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Doçentlik Tezi)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Tuncay, A. Can. “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: II, İstanbul, 2001, ss. 1043-1085.

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Ulucan, Devrim. “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 3, Nisan 2000, ss. 191-202.

Ulusan, İlhan. **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 72, İstanbul, 1990.

Ulusan, İlhan. “Culpa In Contrahendo Üstüne”, **Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 1982.

Ünlü, Vahap. “İşe Başvuru Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, ss. 276-283.

Uşan, M. Fatih. **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, 2003.

Uşan, M. Fatih. “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 8, 2005, ss. 1623-1632.

Yalman, Süleyman. **Türk-İsviçre Hukuku’nda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Yenisey, Kübra Doğan. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 63-81.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2008.

Yüksel, Melek Onaran. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Basım, İstanbul, 2000.