

İŞVERENİN HİZMETİNE GİRMEK ÜZERE BAŞVURAN KİŞİLERLE İLGİLİ HUKUKİ SORUNLAR

Yazan

Prof. Dr. Manfred REHBINDER

Çeviren

Asis. Dr. Ömer TEOMAN

I. İŞVERENİN HİZMETİNE GİRMEK ÜZERE BAŞVURMAK VE BAŞVURANLARIN SEÇİMİ

1. Sözleşme Görüşmeleri Yapmayı Kabul Etme Kararı

Hizmet sözleşmelerinin yapılması ya işverenin ya da işçinin bir girişimine dayanır. Bununla beraber her iki durumda da ekonomik düşünceler ön planda yer alacaktır. Fakat işverenin yeni hizmet ilişkilerine girişme kararı toplu iş sözleşmelerindeki sözleşme yapma zorunluluğu (örneğin işletmeye ilişkin zorlayıcı nedenler ya da kötü hava koşulları yüzünden daha önceden işten çıkarılmış bulunma) ya da sözleşme yapma yasağı (örneğin yan işlerle uğraşma yasağı ya da sadece belirli sayıda çırağın çalıştırılmasına izin veren çıraklıkla ilgili hükümler) gibi emredici kurallar tarafından da (İsv. BK. 356 I) etkilenmiş olabilir.

Sözleşme görüşmelerinin hazırlanma aracı olarak gazetelerle ya da işyerine asılmak sureti ile yapılan duyurular, yazılı ya da sözlü olarak doğrudan doğruya veya bir diğer birlikte çalışan aracılığı ile gerçekleştirilen başvurular gibi, iş bulma konusundaki özel ya da resmî kurumların tahrik edilmesi de hatıra gelebilir.

İş ilânları ve aracılık etmek konusunda verilen yetkiler henüz tek başına bağlayıcı bir sözleşme yapma önerisi değil, sadece söz-

leşme görüşmelerine girişmek konusundaki bir davetten ibarettir. Aynı şey yapılan duyuru ve başvurular açısından da geçerlidir. Ne var ki, somut çalışma koşulları vaad edilmiş ve artık bunlar hakkında açık ve ayrıntılı bir biçimde konuşulmamışsa, o zaman sözleşmenin tarafı, önceden belirtilen koşulların sözleşmenin içeriğine dahil edileceğine güvenebilir.

2. Karara Varmayı Sağlayan Yardımcı Araçlar

Gerek işveren gerek işçi bir hizmet sözleşmesinin yapılmasının leh ve aleyhindeki kararlarını genellikle sözleşme tarafının yazılı belgelerinden ya da sözlü açıklamalarından çıkardıkları belirli ölçütler uyarınca gerçekleştirilen bir tanışma konuşmasından sonra verirler. Böylece örneğin işçi temel çalışma koşullarının görüşülmesi ve işyerinin görülmesinin yanı sıra bazı durumlarda işi veren işletmenin faaliyet raporlarını ve diğer belgelerini inceleyebileceği gibi işletme ve gelecekteki âmirleri hakkında sözlü olarak bilgi de isteyebilecektir. Buna karşılık işveren kendisine özellikle okul karnesi ve daha önceki işverenlerden alınan belgeler gibi her türlü karne ve belgenin gösterilmesini talep edebilecek ve işçinin yaşantısına ilişkin olarak verdiği bilgiler ile işveren tarafından sunulan ve işçi tarafından doldurulan personel soru bildirgelerine ve yapılan diğer sözlü açıklamalara dayanarak işçi hakkında bir karara varabilecektir. Fakat bunun yanı sıra üçüncü kişilerden alınan bilgiler ile tıbbî, psikolojik ve grafolojik muayeneler de bir rol oynarlar.

a) Bilgiler

İşveren kural olarak üçüncü kişilerden işçi hakkında bilgi toplamağa yetkilidir, fakat bu sırada onun çıkarlarını korumaya dikkat edecek biçimde davranmaya zorunludur. Memurlardan genellikle açıkça tavsiye mektuplarının (referans) ibraz edilmesi istenilir. İşçinin hizmet sözleşmesinin feshi ihbar edilmemişse, o zaman kendisi onaylamadıkça hâli hazır işvereninden bilgi alnamamalıdır. Gerçekten, şimdiki işverenin işyerinin değiştirilmek istenildiğinden haberi yoksa ve soruşturma işçi aleyhine sonuçlar doğuracak olursa, o takdirde sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle bundan dolayı sorumlu tutulunabilmelidir (karş. aşağıda II 2).

Eski işveren işçiye karşı, gelecekte etkisini gösterecek destek olma borcu uyarınca, belgenin (sertifikanın) içerdiği hususların dışına taşan bilgileri vererek geçimini sağlamada ona yardımcı olmakla yükümlüdür. Bilgiler tıpkı sertifikalardaki beyanlar gibi gerçeğe uygun olarak ve özenli bir biçimde verilmelidir. Yanlış ve tam olmayan bilgiler sözleşmenin müsbet ihlâli ve haksız eylem nedeniyle tazminat istemlerinin ileri sürülmesine yol açabileceği gibi, yeni bilgilerin verilmesi tehlikesi varsa, kaçınma istemlerinin doğmasına da neden olabilir.

Yeni işveren yanlış bir bilgi yüzünden zarara uğrarsa, buna karşı bir tazmin yükümünün doğabilmesi ancak bilginin isteyerek yanlış verilmesine ve bunun zararlı sonuçlar doğurabilme olanağının bilinmesine bağlıdır (İsv. BK. 41 II). Aynı şekilde işverenin gelecekte meydana gelebileceğini hesaba katmak zorunluluğunda olduğu durumlarda, suçların saklanması da tazmin yükümlülüğüne neden olabilir. Ne var ki, işçinin meslekî geleceği açısından sakıncalar yaratabilecekse, salt (hatta kesin) bir cezalandırılabilir eylem kuşkusu ile sabıkalar ve işçinin edimleri ile işin görülmesi açısından önem taşımayan hizmet dışı olaylar ve işletme kurulunda ya da siyasal veya meslekî bir örgütte üye olup olmadığı hususları açıklanamazlar.

Eski işveren üçüncü kişilere değil, işçiye karşı bilgi vermekle yükümlüdür. Bu nedenle işçi istemediği sürece o bilgi vermeyebilir. Fakat aksine işveren işçinin onayı olmaksızın da, gerçekleri yansıttığı ve üçüncü kişinin haklı bir çıkarı bulunduğu sürece, işçinin aleyhine bile olsa bilgi vermeye yetkilidir. Ne var ki, yanlış bilgilere karşı çıkabilme olanağını sağlamak açısından, işçiye eski işverenine karşı, verilen bilginin içeriği hakkında aydınlatılmayı istemek hakkı tanınmıştır.

b) Tıbbî Muayeneler

Diğer ülkelerin gençlerin işe alınmasında genel olarak tıbbî bir yetenek muayenesi yapılmasını öngörmelerine karşılık, İsviçre'de FVD İş Yasasının kendisine tanıdığı tüzük çıkarma yetkisini kullanmadığı için, bu alanda henüz herhangi bir şey yapılmamıştır (İşK. 29 IV 2, Tüzük I 58 I). Ancak okuldan çıkarılmış bulunan gençler olağan olduğu üzere 15 yaşında değil, henüz 14 yaşında iken işe alınacaksa, o zaman bir doktor belgesi zorunludur (İşK. 30 III, Tüzük I 61 II). Ay-

nı şekilde çıraklık ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin Meslekî Eğitim Yasası uyarınca belirli meslekler için Tüzük tarafından bir doktor raporu istenilebilir (BBG = Meslekî Eğitime ilişkin Federal Yasa 20 II 2). SUVA'ya (=İsviçre Kaza Sigortaları Kurumu) tâbi olan işletmeler açısından Meslek Hastalıklarının Önlenmesine İlişkin Tüzük (SR = Federal Hukuka İlişkin Sistematik Külliyat 832, 320) m. 11'de tıbbî yetenek muayenesi öngörmüştür.

Ne var ki, bu istisnaî durumlarda tâbip serbestçe seçilebilir. Bunun dışında büyük işletmelerde her işe almadan önce işyeri doktoru ya da güvenilen bir diğer doktor tarafından muayene yaptırılması yerleşmiş bir uygulamadır. Kuşku durumunda bu muayeneye ilişkin harcamaları işveren ödemekle yükümlüdür. İşçinin kişiliğinin korunmasındaki çıkarı açısından tabip, ancak işverene işe alınacak kişinin söz konusu mevkie uygunluğunu bildirebileceği ölçüde tıbbî sır saklama yükümünden kurtulur, fakat teşhisi açıklamamak yükümü varlığını sürdürür.

c) *Grafolojik Raporlar ve Psikolojik Uygunluk Testleri*

Grafolojinin değerinin tartışmalı olmasına karşılık yönetici nitelikteki memurların işe alınmalarında grafolojik raporlara başvurulması şaşırtıcı bir biçimde yaygınlık kazanmıştır. Karakterin bu yoldan saptanılması kişilik alanının bir ihlâlini oluşturduğu için, işe başvuran adayın rızasının alınması kaçınılmazdır. Elyazısı ile kaleme alınan bir yaşam öyküsünün gönderilmesi durumunda bu izin örtülü olarak verilmiş sayılır; çünkü günümüzde yaşam öyküsünün elyazısı ile istenilmiş olmasının başka bir anlamı olamaz. Ne var ki, adayın izni sadece işverenin haklı çıkarlarının uygun kıldığı türden kişilik alanı ihlâllerini meşru duruma getirir. Bu nedenle genel bir karakter incelemesi değil, sadece öngörülen hizmet ilişkisine elverişli bir araştırma yapılabilir.

Aynı biçimde zekâ ve yaratıcılık testleri gibi psikolojik yetenek testleri ya da stress-araştırmaları, adayın bunların yapılmasını kabul etmesine bağlıdır ve işgal edilecek mevki açısından taşıdıkları önemle sınırlı olarak uygulanmaları gerekir.

3. **Yabancı İşçilerin Başvurmaları ve İşe Alınmaları**

Yabancılarla girişilen hizmet ilişkileri özellik gösterir. Yabancı

bir ülkede hizmet sözleşmesi yapılması, yerlilerle eşitlik ilkesini ve sosyal güvenliğe ilişkin münferit sorunları da ele alan uluslararası sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Yabancılar hizmet ilişkilerine girişebilmek için çok kısıtlı olarak verilen özel bir oturma izni almak zorunluluğundadırlar (bk. Federal Meclisin 23 Ekim 1978 tarihli Çalışmak İsteyen Yabancıların Sayısının Sınırlandırılmasına İlişkin Tüzüğü, SR = Federal Hukuka İlişkin Sistematik Külliyat 823, 21 ve Uygulama Tüzüğü; burada m. 21 I'de yerlilere öncelik tanınması ilkesi yer almaktadır. Bunun dışında karış. 1931 tarihli olup esaslı değişikliği hazırlık aşamasında bulunan Yabancıların Oturma ve Yerleşmelerine İlişkin Federal Yasa'nın yabancılar polisine ilişkin hükümleri).

Çalışma izni alınmaksızın yapılan hizmet sözleşmeleri geçersizdir. Günümüzde çok uzak devletlerden gelen işçiler bile Avrupa ülkelerinden herhangi birinde işe alınabilmenin devletin onayına bağlı olduğunu bildikleri ve böylece bunlar İsv. BK. m. 320 III anlamında iyiniyetli sayılamayacakları için, fiilî hizmet ilişkisi hakkındaki kurallar uygulama alanı bulamaz.

II. İŞVERENİN BORÇLARI

1. Tanışma Giderlerinin Ödenmesi

Kural olarak hizmet sözleşmesi yapılmadan önce bir kişisel tanışma aşamasından geçilir. İşverenin işçinin bu nedenle yaptığı harcamaları ödemesi için, onun işçiyi tanışmaya zorlamış olması gerekir (İsv. BK. 402 I). Zorunlu olmayan tanışma durumunda, başvuran kişi işe alınsa bile masrafların ödenmesi borcu söz konusu olmaz; meğer ki göreve alınma sırasında bu harcamaların üstlenilmesi kararlaştırılmış bulunsun.

İşveren tazminat istemlerini ortadan kaldırmak istiyorsa, bunu tanışma zorunluluğunu bildirirken açıkça dile getirmelidir. Tanışma isteği işçiden gelmiş ve işveren bu öneriyi kabul etmiş ise, tazminat yükümünü ortadan kaldırabilmek için en azından tanışmada herhangi bir yararı olmadığını örneğin aşağıdaki anlatımla dile getirmek zorunluluğundadır: Başvuran kişi herhangi bir yarar sağlayacağını umuyorsa gelebilir, ya da: o (işveren) başvuran kişinin kendisini ta-

nıtmasına karşı değildir. Bu durumda başvuranın tanışma ile işverenin değil, sadece kendi çıkarlarını gözettiği açıkça ortaya konulmuş olmaktadır.

Ödeme yükümü yolculuk, konaklama ve beslenme giderlerini kapsar, buna karşılık işçi tarafından alınan bir izin gününün hatta doğabilecek bir ücret kaybının tazmin edilmesi söz konusu değildir, çünkü kuşku halinde tanışma zorunluluğu ivazsız bir vekâlettir (İsv. BK. m. 394, f. 3). Kural olarak başvuran kişi hizmet ilişkisi feshi ihbar edilmiş ya da süresinin dolması nedeniyle sona ermişse, eski işvereni karşısında iş aramak amacı ile kendisine izin verilmesini istemek hakkına sahip bulunduğundan (İsv. BK. m. 329, f. 3) ve bu durumda aksine anlaşma yoksa ücret indirilemeyeceğinden (İsv. BK. m. 324a, f. 1), işçinin ücretinden herhangi bir şey yitirmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde çalışma süresinin işçinin isteğine bağlı olarak saptanılmasının giderek yaygınlaşması sonucunda hizmet dışı konulardaki tatil sorunu çözümlenmiş gibidir. İsv. BK. m. 128, b. 3 sadece ücret alacaklarına ilişkin olduğu için, tazminat istemi 10 yılda zaman aşımına uğrar (İsv. BK. m. 127).

2. Bağlılık (Sadakat) Yükümü

İşverenin işçiye karşı henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında bulunması zorunlu olan "önceye etkili" bağlılık yükümünü ihlâl etmesi durumunda, başvuran tanışma masrafları gibi diğer tüm harcamaları (örneğin konut değiştirmek yüzünden ortaya çıkan) ve malvarlığı zararları (örneğin başvurma nedeniyle uğranılan ücret kaybı ya da eski işyerinin yitirilmesi) tazminat olarak ödenilmek gerekecektir (Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur nedeniyle sorumluluk). Bir işyerinin seçimi için sadece maddî nedenler önem taşımadığı için, bu durumlarda tazmin yükümlülüğünün tutarı ifadaki yarar ile sınırlandırılmamıştır. Bağlılık yükümünün ihlâli susarak, yanlış bilgi vermek ya da geçersiz (hukuka aykırı) yollardan bilgi sağlamak suretiyle gerçekleşebilir.

Örneğin bir işveren işe alınmak üzere başvuran ve söz konusu göreve hâla bir atama yapılacağına ve kendisinin gerçekten bir şansa sahip bulunduğuna güvenen ve kişisel bir tanışma istemini ve diğer malvarlığı durumlarını, hatta işyerini terkedeceğini bildiren bir baş-

vurana, çabalarının başarı kazanma umudu olmadığını söylemezse, susmak suretiyle de tazminat ödemekle yükümlü olabilir. Aynı şekilde işveren ilişkiye girmiş bulunduğu iş bürosuna veya diğer bir aracı kuruma başka bir kişiyi işe aldığını derhal haber vermelidir. İşverenin maddi durumu ücretlerin ödenmesini tehlikeye düşürecek ya da bir çiraklık ilişkisine süresinden önce son vermeyi zorunlu kılacak ölçüde bozulmuşsa, kendisi yeni hizmet sözleşmeleri yaparken bunu bildirmekle yükümlüdür. Aynı şekilde işveren başvuran kişinin işin olağanın üstündeki koşulları konusunda dikkatini çekmek zorunluluğundadır.

İşveren, başvuran kişiye bizzat ya da gazete ilânları ile önce belirli vaadlerde bulunmuş, fakat sözleşmenin yapıldığı sırada bunları yerine getirmek istememişse, bu yanlış bilgi vermek anlamını taşıdığı için, tazminle yükümlü olacaktır. Buna karşılık hizmet sözleşmesi yapılmışsa, bunun yanlış bilgi verilmesi ya da önemli olguların saklanması nedeniyle feshedilmesi ve ayrıca sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle ek bir tazminat istenebilmesi olanaklı olur.

Nihayet işveren başvuran kişi hakkındaki bilgileri hukuka aykırı yollardan, diyelim kendisinin izni olmaksızın hâlihazır işvereninden alarak sağlamış ya da üçüncü kişilerin karşısında bilgi toplamanın türü ve şekli nedeniyle zarara uğramasına neden olmuşsa, yine tazminat ödemekle yükümlü kalabilir.

3. Koruma (Gözetme) Yükümü ve Personelle İlgili Belgelerin Yok Edilmesi Yükümü

Sözleşme görüşmelerine başlamakla işverenin başvurma belgelerinin kullanılması ve başvuranın gizli tutulmasını istediğini bilmek zorunda olduğu bilgilerin korunması açısından bağlılık yükümü doğar. Çalışma belgeleri, sertifikalar, yaşam öyküsü vb. gibi başvuran kişinin mülkiyetinde olan ve işverene sadece adayların seçimi amacı ile bırakılan evrak iyi bir biçimde saklanılmalı ve özenle kullanılmalıdır. Özenin ihlâli sonucunda yitirme ve zarara uğratma tazminat yükümünün doğumuna yol açabilir. Personel soru bildirgeleri, işveren tarafından istenen tıbbî muayene raporları, yetenek testleri ve grafolojik raporlar gibi işverenin mülkiyetinde bulunan personelle ilgili belgeler işçi tarafından gönderilen evrak ile birlikte, bunlarda yer alan

bilgilerin yetkili olmayan kişilerin eline geçmemesi için kapalı olarak saklanmalıdır.

Hizmet sözleşmesi yapılamamışsa, başvuran kişinin mülkiyetindeki belgeler, yani başvuru yazısı dışındaki işçi tarafından verilen tüm evrak, yine kendisine geri verilmelidir. Buna karşılık başvuran kişi, işverenin mülkiyetinde bulunan belgeleri kişiliği hakkında bilgiler içermesine rağmen isteyemez. Ne var ki, işverenin göreve alınmama durumunda bu belgelerin saklanması, başvuran kişinin kendi bilgilerinin kötüye kullanılmasını önlemek konusundaki çıkarına oranla bir çıkarı bulunmadığı için, kişilik alanına ilişkin bilgilerin verilmesini ve saklanmasını sadece adayların seçimi süresi ile sınırlı olarak kabul eden başvuran, kişiliğin korunması açısından sözü geçen belgelerin ortadan kaldırılmasını istemek hakkına sahiptir (İsv. MK. m. 28, f. 1).

III. BAŞVURAN KİŞİNİN BORÇLARI

İşveren gibi işçi de sözleşme görüşmeleri süresi için dahi geçerli olan ve bu açıdan "önceye etkili" bulunan bir bağlılık yükümüne uygun davranmak zorunluluğundadır. Herşeyden önce onun başvuran adayların seçimi için zorunlu olan ve istenilen kişisel bilgileri gerçeğe uygun olarak vermek yükümü vardır. Bu açıklama yükümü bir yandan işveren tarafından yöneltilen soruları yanıtlamak, (bilgi vermek yükümü), öte yandan kendiliğinden işverene belirli hususları açıklamak yükümü (açıklama = haber verme yükümü) biçiminde ortaya çıkabilir. Bunun yanı sıra başvuran kişinin istenilmeksizin verilen bilgilerle işvereni kasden yanıltmaktan kaçınmak yükümü (gerçeğe uygun davranmak yükümü) de vardır.

1. Açıklama Yükümü

a) İstek Üzerine Bilgi Verme Yükümü

İşverenin sözlü ya da yazılı olarak (görev soru bildirgesinde) yönelttiği her sorunun değil, sadece işyeri veya görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların başvuran tarafından yanıtlanması zorunludur. Bunun dışına taşan sorular iş ilişkisinin amacının haklı kılamayacağı bir biçimde özel kişilik alanının ihlâli sonucunu doğururlar. Geçerli ve

geçersiz sorunun sınırının nerede olduğu, söz konusu işyerinin özelliklerinden soyutlanarak yanıtlanamaz. Yönetici memurlar buldukları özel güven mevkii ve işveren durumundaki işletmenin yaratacağı izlenimi tanıtmaya işlevleri nedeniyle diğer personele göre daha büyük soruşturmalara katılmak zorunluluğundadırlar. Ender de olsa küçük işletmelerde işveren ile daha sıkı bir işbirliğinin zorunlu bulunduğu ve bu nedenle burada işverenin özel sempatisinin aranılması gerektiği ileri sürülerek küçük ve büyük işletmeler arasında bir ayırım yapılmak istenilmektedir. Bu sorunun aşılmasında deneme süresinden yararlanılabileceği ve yararlanılmak zorunda bulunulduğu için, bu ayırım yerinde değildir. Aşağıdaki ayırım, işveren açısından sözleşme özgürlüğü ve işçi açısından kişilik hakkı arasındaki dengenin hangi sonuçlara götüreceği sorununda belirli bir hukukî güvenlik sağlamak konusunda yeterli dayanak noktaları vermektedir.

Okul ve meslekî eğitim hakkındaki sorular ve buna bağlı olarak karne ve sınav notları, meslekî gelişim, özellikle bugüne kadar çalışılan işyerleri ile askerlik görevinin yapıp yapılmadığı ya da kısa süre sonra yerine getirilmek zorunluluğunda bulunup bulunulmadığı, nihayet örneğin yabancı dil gibi özel bilgi ve yeteneklere ilişkin sorular daima geçerlidir.

Bugüne kadar ele geçen ücret ya da maaş ve eski işverenin yaptığı zamlar ile diğer edimleri hakkındaki sorular geçerlidir. Bundan başka medenî hâle ilişkin sorular (evli mi, bekâr mı olunduğu, çocukların sayısı) da yöneltilebilir, fakat başvuran kişinin yakında evlenmek isteyip istemediği sorulamaz, meğer ki, söz konusu işyeri bekâr bir kişinin varlığını zorunlu kılsın (örneğin işçinin evde çalıştırılmak üzere işe alınmasında olduğu üzere). Bir metreslik ilişkisinin var olup olmadığı hakkındaki sorular, ancak sözü geçen işyerinin bir eğilim kurumunun üyesine ait olması durumunda geçerli sayılabilirler (kiliseye ilişkin alandaki bir işletme, ulusal âdetlere ilişkin dernek ve benzerleri), başvuranın boşanmış olup olmadığına ilişkin soru hakkında da aynı şey söz konusudur.

Başvuran kişinin herhangi bir dine ya da partiye bağlı olup olmadığı hakkında soru sorulabilmesi için, bunun kilise veya partiye ait bir kuruma, dini ya da parti politikası açısından bağlı bulunan yayınevlerine, mezhebe dayalı hastaneler gibi bir eğilim kurumunun üyesine ait işyerindeki göreve aday olması gereklidir. Aynı husus bir

sendika üyesi olma hakkındaki soru açısından da geçerlidir. Ne var ki, göreve başladıktan sonra sendika üyeliğine ilişkin soru iş ilişkisinde uygulanmakta bulunan ücret anlaşmasının aydınlığa kavuşturulması ya da işveren durumundaki işletmenin ödeyeceği giriş primi yönünden geçerli olabilir. İşverenin göreve alma sırasında sendika üyeliğine göre herhangi bir ayırım yapması işçilerin meslekî birlikler kurabilme özgürlüklerini ihlâl edebilecektir. Meslekî birlik özgürlüğüne aykırı yazılı taahhütler, yani işverene karşı hiç bir sendikaya üye olunmadığına ya da ileride girilmeyeceğine ilişkin borç altına girici açıklamalar bâtıldır (İsv. BK. 20).

Buna karşılık eski iş ilişkisi nedeniyle herhangi bir rekabet yasağının söz konusu olup olmadığı hakkındaki sorular geçerlidir. Çünkü bu tür yasaklar başvuran kişinin işe alınma yeteneğini sınırlandırabileceklerdir. Ayrıca bir borcun bulunup bulunmadığı, özellikle nafaka ödeme yükümü ve bunun tutarı hakkındaki sorular geçerlidir. Gerçi borçlu durumda bulunulup bulunulmadığı sorununun sadece yönetici memurlar açısından önem taşıdığı savunulmaktadır. Ne var ki, birlikte çalışan kişilerin aşırı borçlu olmaları halinde sadece işletmenin yarattığı izlenim zedelenmekle kalmaz, yalnızca “dük-kânın kasasına el uzatma” tehlikesi sözkonusu olmaz ve maaş bürosunun işi maaş (ücret) hacizleri ile ağırlaştırılmaz, fakat bugün için varlığın sürdürülmesi yönünden gerekli olan asgarî koşullar yönünden işten duyulan zevk ve meslekî ilerlemeden beklenen yarar da zedelenmiş olur.

Bunun dışında başvuran kadın adayın hâmile olup olmadığı hakkındaki soru da geçerlidir; çünkü işveren açısından bu durum yürürlükteki bir hizmet ilişkisi sırasında ortaya çıktığı takdirde, geçerli bulunan koruyucu nitelikteki hükümler nedeniyle, katlanılması gereken bir mâli külfet oluşturur. Öyleyse, usulüne uygun ve edepli bir biçimde gerçekleşmek koşulu ile, bir kadın başvurucuya bu soru yöneltilebilir. Aynı şekilde söz konusu işyeri açısından çalışma yeteneğini sınırlandırdıkları ölçüde hastalıklar hakkındaki sorular da geçerlidir (Soru formlarındaki anlatım ile: “Öngörülen işi yerine getirebilmenizi sağlığınız yönünden tehlikeye düşüren herhangi bir hastalığınız var mıdır? Hastalığın türü...”). Bu nedenle eski hastalıklar hakkında ancak yeniden ortaya çıkmalarından kuşku duyulması halinde sorular yöneltilebilir. Yakın zamanda ortaya çıkacakları bilini-

yorsa, ameliyat ya da tedavi nedeniyle görevi yapmayı engelleyecek durumlar da açıklanmalıdır. İşveren işçiden işyeri açısından taşıdığı önemle sınırlı olmak koşulu ile tıbbî bir uygunluk muayenesi yaptırmasını da isteyebilir. Gerçi başvuran kişi kendisini muayene ettirmekle yükümlü değildir, fakat bundan kaçınması halinde işe kabul olunmamak riskini göze almış olur.

Hastalık hakkındaki sorular gibi sabıkaya ilişkin sorular da sadece işgal edilecek işyeri açısından “önem taşıyanlarla” sınırlandırılmalıdır, örneğin bir veznedara mâli suçlar, şoföre trafik suçları işleyip işlemediği sorulabilir, buna karşılık bir duvarcı ustasına bu tür sorular yöneltilemez. Gerçi tekerrür hakkındaki istatistiklerin de gösterdiği üzere, sabıka olgusu yeniden suç işleme konusundaki büyük olasılığı ve bunun sonucunda yeni cezaî tâkibat nedeniyle işin önemli ölçüde zarara uğraması tehlikesini yaratmaktadır; ne var ki, bu, yeniden topluma kazandırma çabaları yararına göze alınmalıdır. Buna göre de öngörülen faaliyet ile suçun türü arasında maddî bir bağlantı söz konusu olmalıdır. Bu nedenle göreve alınmadan önce polisten bir iyi hal belgesi getirilmesinin istenmesi geçerli değildir, çünkü bunlardan başvuran kişinin bildirmek zorunluluğunda olduğundan fazla mahkûmiyetinin mevcut bulunduğu anlaşılabilir. Buna karşılık göreve başladıktan sonra, bu belge bağlılık yükümü açısından ve başvuranın verdiği bilgilerin doğruluğunu denetleyebilmek ve önemli mahkûmiyetlerin saklanması durumunda hukukî sonuçlar çıkarabilmek için istenebilir. Önemli cezalar hakkında soru sorulduğu zaman, eğer bu mahkûmiyetler adlî sicilden silinmişlerse, başvuran kişi kendisini sabıkasız olarak tanıtabilir.

b) İstenilmeksizin Bilgi Vermek Yükümü

İşveren, başvuran kişiden işyeri için önem taşıyan bilgi ve belgeleri istemeği ihmal ederse, o zaman belirli bir riski göze almış demektir. Hiç kuşkusuz, bu durumda başvuranın kendiliğinden, bilmesi işverenin kararı açısından önem taşıyan olumsuz durumları açıklamakla yükümlü olup olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalınır. Kural olarak bu tür bir açıklama yükümü kabul edilemez, çünkü bir kişiyi göreve almanın yaratabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak işverenin sorunudur. Sadece başvuran kişinin sözkonusu işyeri için kesinlikle elverişsiz olduğu biliniyorsa, sözleşmenin yapılmaması ha-

linde bu kişi sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle ve sözleşmenin yapılması halinde ise, işvereni anılan durum hakkında aydınlatmamışsa, taahhütteki sübjektif imkânsızlığa ilişkin kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır.

Böylece bir başvuran söz konusu işi, gerekli yeteneğe sahip bulunmadığı için hiç ifa edemeyeceğini ya da kronik rahatsızlık veya ağır bulaşıcı hastalık nedeniyle çalışma olanağına sahip bulunmadığını ya da işe başladığı sırada hasta olacağını veya tedavi göreceğini bildiğini saklayamaz. Buna karşılık sağlığa ilişkin tehlikelerin sorulmaksızın açıklanmaları gerekmez, fakat somut olayın özelliklerine göre hizmet sözleşmesinin bir hâmile ile yürütülmesi olanaksız ise, hâmilelik saklanamaz (örneğin manken, dansöz, tiyatro oyuncusu, spor öğretmeni). Rekabet yasaklarını da başvuran kendiliğinden bildirmelidir.

Aksine sözleşmesel borçların ifa edilmelerini engellemeleri söz konusu olamayacağı için, önemli sabıkaların bildirilmesi açısından bile bu tür bir açıklama yükümü yoktur. Fakat işletmenin şöhreti nedeniyle işçinin her bakımdan kusursuz (eksiksiz) olmasının önem taşıdığı durumlar bundan müstesnadır.

c) Açıklama Yükümünün İhlâlinin Hukukî Sonuçları

İşin özelliği nedeniyle başvuran kişinin işi ifa etmesi işveren açısından daha az değer taşıyorsa, açıklama yükümünün ihlâli kasıt halinde İsv. CK. m. 148 uyarınca görevin hile ile ele geçirilmesi yüzünden cezalandırılma sonucunu doğurabilir (Sabıkalı yapı işçisine karşılık, sabıkalı polis, karşı. G. Stratenwerth: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. bası, 1978, s. 237). Özel hukuka ilişkin sonuçlar bilgi verme yükümünün mü, yoksa açıklama yükümünün mü ihlâl edildiğine göre birbirinden ayrılır.

(1) İşverenin Soru Sormayı İhmal Etmesi Durumunda

İşveren başvuran kişiye sözkonusu olgular hakkında soru sormamış ve bu kişi de susmuşsa, o zaman işveren ancak istisnaî durumlarda açıklama yükümünün ihlâli nedeniyle ona başvurabilir. Bu durumlarda işveren hizmet sözleşmesini süreye bağlı olmaksızın feshedebilir (İsv. BK. m. 337). Fesih ihbarı işçi tarafından saklanan hususların öğrenilmesinden itibaren uygun olan bir süre içinde (kural olarak 2 ilâ 3 gün) yapılmalıdır.

Ne var ki, hizmet sözleşmesini iptal ettirmek daha elverişlidir. Çünkü, iptal sözleşmenin sadece geleceğe yönelik olarak ortadan kalkması sonucunu doğurmakla kalmaz, fakat aynı zamanda geriye etkili olarak da sonuç doğurur. İşçinin iyiniyetinin varlığını zorunlu kıldıkları için, fiilî hizmet ilişkisine ilişkin kurallar (İsv. BK. 320, f. 3) uygulama alanı bulmazlar. Kasıt isbat edilebiliyorsa, İsv. BK. 28, f. 1 uyarınca bir hile sözkonusu olur. Buna karşılık kasıt kanıtlanamazsa, her hâlükârda İsv. BK. 24, f. 1, b. 4 uyarınca bir temel hatası vardır. Her iki durumda da hizmet sözleşmesi bir yıl içinde iptal edilebilir (İsv. BK. 31, f. 1, 2). Ne var ki, hizmet ilişkisi yıllarca huzur içinde yürütülmüşse, o zaman iptal hakkının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir (İsv. MK. 2, f. 2) ve işe devam etmenin beklenilmezliği söz konusu olamayacağı için İsv. BK. 337 uyarınca olağanüstü bir feshi ihbar olanağı da yoktur.

Hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı ve iptalinin yanı sıra açıklama yükümünün ihlâl edilmesi halinde işverenin bu başvuran kişiyi diğerlerine tercih etmesi nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi yükümü doğar (sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur, özellikle sübjektif imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin ihlâlinden doğan sorumluluk). Zarar işe alınan adayın işi ifa etme yeteneğinin elverişsiz olmasından ibaret bulunabileceği gibi, işverenin sözkonusu görevi yeniden bir başka kişiye vermek ve uygun bir kişi buluncaya kadar aşırı harcamalar yapmak zorunda kalmasından da ibaret olabilir.

(2) İşverenin Geçerli Olarak Sorması Durumunda

Başvuran kişi işverenin geçerli bir sorusunu yanlış ya da eksik yanıtlayarak bilgi vermek yükümünü ihlâl etmişse, o zaman sadece ihmâl ile davranmış bulunsa bile, sözleşme görüşmelerindeki kusuru nedeniyle tazminat ödemek zorunluluğundadır. Başvuran en azından şartlı kusurla davranmışsa, işveren, yanlış ya da eksik yanıt göreve atamaya etkili olmuşsa, hizmet sözleşmesini hile nedeniyle iptal ettirebilir (İsv. BK. 28, f. 1). Buna karşılık kasıt kanıtlanamazsa, İsv. BK. 24, f. 1, b. 4 uyarınca temel hatası nedeniyle iptalin sözkonusu olabilmesi için, aynı zamanda açıklama yükümünün de ihlâl edilmiş olması gerekir; çünkü ancak başvuran kişinin kendiliğinden açıklamakla yükümlü bulunduğu hususlar, sözleşmenin gerekli (vazgeçilmez) temeli olarak kabul edilebilirler. Aynı zamanda İsv. BK. 337

uyarınca olağanüstü bir feshi ihbar mı yoksa sadece olağan bir feshi ihbar mı sözkonusu olacağı sorunu için sadece hilenin konusu değil, fakat kusurun derecesi de önem taşır. Bunun gibi hizmetin uzun yılları huzur içinde sürdürülmesi, feshi ihbar ya da iptal olanağını ortadan kaldırabilir.

(3) İşverenin Sorusunun Geçersiz Olması Durumunda

İşveren, yanlış ya da eksik yanıtlanmaları durumunda hizmet sözleşmesini iptal etmek hatta süresiz olarak feshi ihbarda bulunmak ve tazminat istemek hakkına sahip bulunsaydı, kendisinin başvurana yönelttiği belirli bir sorusunun hukukî açıdan geçersiz olduğunun saptanılması herhangi bir sonuç doğurmazdı. Çünkü eğer işçi soruyu yanıtlamaktan kaçınacak ve hatta bunun geçersizliğini vurgulayacak olsa, o zaman kural olarak işe alınmayacak, yani işveren herhangi bir sakınca doğmaksızın geçersiz sorular yöneltebilecekti. Başvuran kişinin bu durumlarda açıklama yükümü sözkonusu olmadığı ve o gerçek dışı ve eksik bilgilerle kendi kişilik alanına yöneltilen bir saldırıya karşı korunduğu için (yalanın ıztırar halinde kullanılması) bu sonuç doğru olmazdı. Öyleyse başvuranın anılan davranışı hukuka aykırı değildir.

Böylece bu gibi durumlarda sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle herhangi bir tazminat ödemek yükümü söz konusu olmamaktadır; çünkü bu bir yükümün ihlâl edilmiş olmasını zorunlu kılar. Başvuran kişi, doğru olmayan bilgilerle kişilik alanına yöneltilen saldırılardan korunmak zorunda olduğu sürece (İsv. BK. 52, f. 1) bir gerçeği söyleme yükümünden söz açamaz. Onun değil, aksine işverenin davranışı iyiniyete aykırıdır. Bu durumlarda İsv. BK. 24, f. 1, b. 4 uyarınca temel hatasına dayanarak iptal davası açma olanağı da yoktur, çünkü geçersiz sorular sözleşmenin vazgeçilmez temeline ilişkin olamazlar. İsv. BK. 28, f. 1 önemli olmayan hususlarda yanıtma durumunda da iptali olanaklı kıldığı için, en fazla hile nedeniyle iptalin sözkonusu olup olamayacağı sorusu hatıra gelebilir. Ne var ki, İsv. BK. m. 28, f. 1'e tekabül eden Alm. MK. § 123'ün oluşum öyküsüne ilişkin bir araştırmanın da ortaya koyduğu üzere, bu hüküm yasa-yapıcının tasarımlarına uygun olarak teleolojik indirgeme yolu ile düzeltici bir biçimde, sadece hukuka aykırı bir hilenin iptal davası açma hakkı verebileceği yolunda yorumlanmalıdır (v. Lübtow, *Festschrift Bartholomeyczik*, 1973, s' 249, 273 is.). Ne var ki, başvuran

geçersiz sorular yöneltmesi durumunda yalan söylemek hakkına sahip bulunduğu için, burada hilenin hukuka aykırılığı sözkonusu değildir (Sonuçta aynı kanıda Federal Alman İş Mahkemesi BAG 5, s. 159, 163; 11, s. 270, 273; 15, s. 261, 263). Alman yasayapıcısının yasa metninde dile getirilmemiş olan tasarımlarını İsv. BK.'nun yorumlanmasına dayanak olarak almak istemeyenler de, iptal hakkının kullanılmasında hilenin hukuka uygunluğu durumunda İsv. MK. 2, f. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacağından, benzer bir sonuca ulaşmak zorunluluğundadır. Sadece diğer bir hukukî kurumu ihlâl ettiği için, yanıltmak amacı ile belgelerin tahrif edilmesi geçerli değildir.

Jürg Brühwiler'in (Hat der Arbeitnehmer ein "Notwehrrecht auf Lüge?", Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung 1979, s. 277 is.) Alman hukukundan kaynaklanan ve bu nedenle reddedilmesi gereken yalan söyleme ıztırrahalinin İsviçre'de işveren zaten herhangi bir neden ileri sürmeksizin feshi ihbarda bulunabileceğinden işçiye herhangi bir yarar sağlamayacağı şeklindeki görüşü bir kere daha Avrupa'da tek olumsuz istisna olarak kalan İsviçre'de feshi ihbara karşı korunmanın uzun zaman sallantıda bırakılamayacağını göstermektedir.

2. Gerçeği Açıklamak Yükümü

Buna karşılık işçi, kendisinden istenilmediği halde, yanlış ya da eksik ve böylece yanılığa neden olan açıklamalarda bulunursa, o zaman aslında işverenin bu tür sorular yöneltmek hakkına sahip bulunmadığını ileri süremez. Gerçekten, açıklama yükümünün bulunmamasına karşın, kendiliğinden açıklamalar yapılmışsa, bunlar gerçeğe uygun olmalıdır (gerçeği açıklama yükümü); çünkü bir ıztırrahali çerçevesinde girişilmeyen yanıltmalar bağlılık yükümünün ihlâlini oluştururlar. Bu nedenle sözleşme görüşmeleri sırasında kural olarak yalan söylemek hakkı yoktur. İşverenin irade özerkliği bir hukukî neden bulunmaksızın ihlâl edilmemelidir. Hile aracılığı ile hiç kimse geçerli bir sözleşme yapmağa kalkışmamalıdır, meğer ki, bizzat diğer tarafın iyiniyete aykırı davranması karşısında yanıltan kişi kendini korumak durumunda kalsın. Bu nedenle bir kimsenin kendi tahrikinden doğan hilenin sonuçları bilgi verme yükümünün ihlâlinin doğurduğu sonuçların aynısıdır.