

Dr. K. Ahmet SEVİMLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**İŞÇİNİN
ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALENİN
SINIRLARI**

İstanbul- 2006



Legal Yayıncılık
Hukuk Kitapları Serisi: 72

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALENİN SINIRLARI

Dr. K. Ahmet SEVİMLİ

Birinci Baskı: Nisan 2006

ISBN: 9944-941-18-2

Yayıncı: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

Genel Yayın Yönetmeni: Lütfü Başöz

İç Tasarım: Mustafa Taner

Basım ve Cilt: Kitap Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti.

Basıldığı Yer: Davutpaşa Cad. Emintaş Kazım Dinçol
San. Sit. No: 81/21 Topkapı/İstanbul

Yönetim Yeri: Bahariye Cad. No: 63/6 Kadıköy/İstanbul

Yayın Türü: Hukuk Kitabı

Copyright © 2006

Bu kitabın tüm yayın hakları LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ. 'ne aittir. Yayınevinin izni alınmadan eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kopya edilemez, çoğaltılamaz ve yayınlanamaz.

LEGAL YAYINCILIK SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 6 Kadıköy – İstanbul

Tel: (216) 449 04 85 – 449 04 86 Faks: (216) 449 04 87

İnternet adresi: www.legal.com.tr

E-mail: legal@legal.com.tr

Annem Dt. Neclâ Sevimli

ve

Babam Dt. Erhan Sevimli'ye

Şükran, saygı ve sevgiyle ...

SUNUŞ

İşveren, işyerinde yönetim hakkına sahip bulunan özne olarak, çalıştırdığı işçilerin özel yaşamıyla da ilgilenmek durumundadır. Çünkü, işçinin özel yaşam alanına girip işyerini ilgilendirebilecek tüm konular, müşteri çevresini olumlu veya olumsuz yönde etkileyecek ve bunlardan olumsuz olanlar da, işverenin ve giderek işletmenin itibar kaybına yol açacaktır.

Özel yaşam hakkı, özel hukuk bakımından kişilik haklarının bir görünümü olarak ortaya çıkmakta ve işçinin kişiliğinin korunması da, iş hukukuyla sağlanan korumanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yüzden, işçinin özel yaşam hakkı ile işverenin haklı çıkarları arasında, adil ve hassas bir denge sağlanması zorunludur. Diğer bir söyleyişle, işçinin özel yaşam alanına, işverenin (işyerinin) hukuken korunmaya değer çıkarları gerektirdiği takdirde ve ölçüde, müdahale edilebilir.

Özel yaşam hakkı, kavram olarak, tüketici nitelikte tanımı yapılabilmiş bir kapsama sahip değildir. Bunun da temelinde, kişinin özel yaşamını özgürce yaşaması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Çünkü, sınıflandırılmış bir özel yaşam tanımı, değişen yaşam koşullarına uyumu ve gerekli dinamizmi ortadan kaldırmaz. Tarihi gelişme sürecine bakıldığında da; özel yaşama verilen anlamın, inziva alanından günümüzde kişinin, kendisini toplumsal yaşamda ortaya koymaya kadar uzanan bir içeriğe yöneldiği ve evrim geçirdiği görülür.

Türk hukuk sisteminin, işçinin özel yaşamına müdahaleye sınır çizme konusunda, zengin bir geçmiş uygulamaya sahip bulunduğu söylenemez. Günümüzde ise, özel yaşam hakkının uluslararası temel insan hakları belgelerinde sıkça yer almaya başlaması ve Avrupa hukuku metinlerinde özel yaşam hakkına giderek artan ölçüde yer verilmesi eğilimleri, dikkatlerin söz konusu kavram üzerinde yoğunlaşması sonucunu yaratmaktadır. Türkiye de, belirtilen gelişmelerden kendisini soyutlamış değildir. Esasen, Avrupa Birliği'ne girmeye hazırlanan Türkiye gibi bir ülkenin, bu gelişmelerden kendisini soyutlaması düşünülemez.

Tüm bu gelişmeleri, Dr. Sevimli'nin hazırlamış bulunduğu doktora tez çalışmasında, ayrıntılı ve bilimsel bir biçimde izlemek mümkündür. Kendisi, yaptığı özverili çalışmayla, işçinin özel yaşamına müdahalenin sınırlarını irdelemiştir. Bu yolda Dr. Sevimli, yerli ve yabancı öğretiyi ile mahkeme kararlarını titizlikle taramıştır. Kendisinin çalışmaları sırasında, Türk mevzuatı da önemli değişiklikler geçirmiştir. Nitekim, Türkiye'de yeni bir İş Kanunu ve yeni bir Ceza Kanunu kabul edilmiştir. Yine, toplumsal olarak Türkiye, bu arada "türban" sorununu yaşamaya başlamıştır. Giderek, işçinin giyim tarzı ve dış görünüşü, özellikle kamuya ait işyerlerinde önem kazanmıştır. Tüm bu yasal değişiklikler, Dr. Sevimli'nin çalışmasına yansımıştır. Bu anlamda, Dr. Sevimli'nin

çalışması, mevzuattaki son durumu içerir hale gelmiştir. Ayrıca, kendisinin, işçinin giyim tarzı ve dış görünüşüyle ilgili görüşlerinin de, laik ve demokratik temellere dayalı çağdaş çözümleri içerdiğini belirtmeliyim.

Dr. Sevimli, tahmin edileceği üzere, sağlanan malzemenin çokluğu ve konunun yan dallarla olan kesişmelerinin yoğunluğu yüzünden, bırakılsa mevcut çalışması genişliğinde bir çalışmayı daha oluşturabilirdi. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Leyla Şahin davasında verdiği karar dahi, Dr. Sevimli'nin çalışmasını ilgilendirmeye başlamıştır. Bu yüzden, zaman içerisinde kendisinin çalışmalarına, tarafımdan doğal olarak, belli sınırların çizilmesi gerekmiştir. Ancak, salt iş hukuku kalıpları içinde kalmayışının, Dr. Sevimli'nin mesleki gelişmesi açısından, kendisi için son derece yararlı olduğunu düşünüyorum

Dr. Ahmet Sevimli, elinizdeki bu yapıtıyla doktora çalışmalarını sonuçlandırmış oldu. Şu anda "danışman"ı olarak, genç bir doktora adayının daha, başarılı bir ürün vermiş bulunmasının hazzını yaşıyorum. Kendisi, sıradan bir tez konusu alıp öğretilerdeki görüşlerin envanterini çıkarmakla yetinebilirdi. Ancak, Dr. Sevimli, son derece karmaşık ve yazması zor bir konuda çalışma yönünde tercihini yapmış, güç olanı başarmıştır. Bundan sonra da akademik çalışmalarıyla Türk iş hukukuna değerli yapıtlar kazandıracığı ümidiyle, kendisini bir kez daha kutlayıp, gelecek mesleki yaşamı için en iyi dileklerimi sunmak istiyorum.

Levent, Nisan 2006

Prof. Dr. Tankut Centel

ÖNSÖZ ve TEŞEKKÜR

Bu çalışma, 19 Ocak 2006 tarihinde İstanbul Üniversitesi Doktora Salonunda, **Prof.Dr. Tankut CENTEL** (Başkan), **Prof.Dr. Berin ERGİN**, **Prof.Dr. Ali GÜZEL**, **Prof.Dr. Fevzi ŞAHLANAN** ve **Prof.Dr. M. Semih GEMALMAZ**'dan oluşan jüri önünde savunulan ve oybirliğiyle kabul edilen Doktora Tezinin, gözden geçirilerek yayına hazırlanmış halidir.

Tez, Türk mevzuatının, Avrupa Birliği uyum sürecinin de etkisiyle, bugüne kadar görülmemiş bir hızla değişikliğe uğradığı bir dönemde yazıldı. Dolayısıyla, özellikle hukuk alanında yapılan akademik çalışmaların hemen hepsinin karşılaştığı ortak güçlük, çalışma için de geçerliydi. Tez çalışmasına başlandığı tarihlerde 1475 sayılı eski İş Kanunu yürürlükte iken; 2003 yılında bu Kanun yürürlükten kalkarak yerini, Türk İş Hukukuna köklü değişiklikler getiren 4857 sayılı yeni İş Kanununa bıraktı. Yeni İş Kanunu uyarınca çıkartılan azımsanmayacak sayıdaki yönetmelik ise, tez konusuyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili yeni hükümler içermekteydi. Yönetmelik düzeyindeki mevzuat değişikliği bununla da kalmadı; çıkartılan yönetmeliklerden genel çerçeve niteliğini taşıyan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin yürütülmesi, Danıştay'ca durduruldu. Dahası, söz konusu dönemde, eski Türk Ceza Kanununda bulunmayan ve çalışmanın konusuyla doğrudan bağlantı içinde olan hükümler içeren 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdi. Sıraladıklarımız, tez çalışmasıyla ilgi olan mevzuat değişikliklerine ilişkin, sadece birkaç örnek. Tüm bu değişiklikler, tez çalışması sürecinde yapılan hukuki çözümlmeleri ve varılan sonuçları, tekrar tekrar gözden geçirmeyi gerektirdi.

Çalışmada karşılaşılan diğer bir güçlük ise, işçinin kişiliğinin korunmasını ele alan birkaç monografi, tez, makale ve genel İş Hukuku kitaplarındaki bölümler dışında, Türk Hukuk öğretisinde, doğrudan işçinin özel yaşamına işveren müdahalesini inceleyen kapsamlı bir eser bulunmayışı oldu. Bu durum, genel anlamda kişiliğin ve özel yaşam hakkının korunmasına ilişkin öğreti görüşleri ve yargı kararlarının yanı sıra, yabancı hukuk sitemleri ve uluslararası kuruluşların meseleyi algılayışını kavrayıp; Türk Hukuku bakımından işçi-işveren ilişkisine özgü uyarılama, değerlendirme ve çözümlleme yapmayı gerektiren zorlu, ancak bir o kadar da zevkli bir çalışma sürecini beraberinde getirdi.

Söz konusu süreçte en büyük desteği, danışmanım **Prof.Dr. Tankut Centel**'den gördüm. En başından beri, bu zor konunun altından kalkabileceğime inandı. Özgür, tartışmaya açık bir çalışma ortamı sağladı. Yabancı kaynaklara ulaşmak konusunda, akademik yaşamda alışık olmadığımız şekilde zahmetlere katlanarak, bana yardımcı oldu. Hocama ne kadar teşekkür etsem azdır.

Doktora sürecinin her aşamasında diğer kürsü hocalarımla da ilgi ve desteği eksik olmadı. **Prof. Dr. Berin Ergin**, olaylara alışıl gelmişin dışındaki

farklı bakışıyla bana çok şey öğretti. Hukuku düşünmek ve tartışmak konusundaki cesaretlendirici tutumu sayesinde **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan**, “*hukuku solumanın*” ne demek olduğunun farkına ve zevkine varmamı sağladı. **Doç. Dr. Ömer Ekmekçi** ve **Doç. Dr. Gülsevil Alpagut** ise, konsantre ve disiplinli çalışmanın ve bilgiyi paylaşım tartışmanın akademik yaşamdaki önemini kavramam konusunda, en yakın ve somut örnekler oldular. Bana ve çalışmama yaptıkları katkılardan dolayı, hepsine içten teşekkürü borç biliyorum. Ayrıca, basıma hazırlık aşamasında, değerli zamanını ayırarak; çalışma hakkındaki yapıcı eleştirilerini ayrıntılarıyla benimle paylaşan **Prof. Dr. Ali Güzel**'e de müteşekkir olduğumu belirtmem gerekir.

Çalışma arkadaşlarım **Araş. Gör. Ender Gülver**'e ve **Araş. Gör. Ahmet Terzioğlu**'na özellikle tezin son aşamalarında Fakültedeki görevlerimi kolaylaştırarak bana destek oldukları; **Araş. Gör. H. Burak Gemalmaz**'a Tezin İnsan Hakları Hukuku boyutunun araştırılması ve değerlendirilmesi aşamasında yardımını esirgemediği ve **Araş. Gör. Dr. Hasan Sınar**'a aynı yardımı Ceza Hukuku boyutunda sağladığı için, teşekkürlerimi sunmak isterim. Ayrıca, Birleşik Krallık ve ABD kaynaklarına ulaşmam konusunda değerli yardımları olan dostlarım, **Av. Mehmet Ali Erdoğan** ve **Dr. Mehmet Ali Sanlıkol**'a da teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu çalışmayı, annem **Dt. Necla Sevimli** ve babam **Dt. Erhan Sevimli**'ye ithaf ediyorum. Kusursuz ebeveynliklerinin yanı sıra, akademisyen olmam ve akademisyen olarak kalmam konusunda verdikleri manevi ve maddi destek olmasaydı; çok büyük olasılıkla, akademik yaşamdan ayrılmak zorunda kalırdım. Ayrıca, aile dostumuz KKTC Bursa Fahri Konsolosu **Uzm. Dr. H. Parkan Sanlıkol**'un, bu doktora tezinin huzurlu bir ortamda ortaya çıkarılabilmesi bakımından benim için paha biçilmez değerdeki desteğini de asla unutmuyacağım.

Akademik çalışma yapan, özellikle de doktora tezi yazan bir kişinin yakın çevresinde olmak; hoşgörü, anlayış, sabır ve hatta direnç isteyen bir konuda olmak anlamına gelir. Bunu bizzat yaşamayanların anlaması güç... Sürecin iyi tarafı ise, çevrenizdeki bu kişilerle aranızdaki ilişkinin sağlamlığını test etme imkanı vermesidir. **Av. Atahan Sevimli** ve **Av. Emel Ataktürk** başta olmak üzere; söz konusu testten, birlikte başarıyla çıktığımız sevdiklerimin hepsine, özveri ve destekleri için, minnettar olduğumu belirtmek isterim.

Son olarak, çalışmanın basımını üstlenen **Legal Yayıncılık** yönetici ve çalışanlarına ve kapak tasarımında emeği geçen sevgili dostum **Berna Acaroğlu**'na teşekkür ediyorum.

KISALTMALAR

- 95/46/EC** : Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönerge (AB Veri Koruma Yönergesi)
- AB (EU)** : Avrupa Birliği (European Union)
- AB AIDS ve İşyeri K.:** Avrupa Konseyi (AB) ve Üye Devletlerin Sağlık Bakanlarının AIDS ve İşyeri konulu 1988 yılı toplantısından çıkan Karar (Conclusions of the Council and the Ministers for Health of the Member States, meeting within the Council, on 15 December 1988 concerning AIDS and the place of work)
- ABD** : Amerika Birleşik Devletleri
- ADÖ (OAS)** : Amerikan Devletleri Örgütü (Organization of American States)
- A.e.** : Aynı eser /makale/ belge/ karar
- AGİT (OSCE)** : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (Organization for Security and Co-operation in Europe)
- Ağır Tİ Yön.** : Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği
- AİHK (ECHR)** : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (European Commission of Human Rights)
- AİHM (ECHR)** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (European Court of Human Rights)
- AİHS** : İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi
- AK (COE)** : Avrupa Konseyi (Council of Europe)
- Ank.BD** : Ankara Barosu Dergisi
- AP (EP)** : Avrupa Parlamentosu (European Parliament)
- Arama Yön.** : Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
- Art. 29-DPWP** : Article 29 - Data Protection Working Party
- Art.** : Article
- Asbest Yön.** : Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik

aş.	: aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AY Mah	: Anayasa Mahkemesi
a.y.	: Aynı eserin aynı sayfası/paragrafı
Ayr.	: Ayrıca
BAG	: Bundes Arbeitsgericht
Basın K.	: Basın Kanunu
BEHK	: Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
BK Tsr.	: Borçlar Kanunu Tasarısı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM (UN)	: Birleşmiş Milletler (United Nations)
bs.	: Basım
C.	: Cilt / Information and Notices
CETS/ETS	: Council of Europe Treaty Series
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
COE R(87)25	: Recommendation No R(87)25 Concerning a Common European Public Health Policy to Fight the Acquired Immunodeficiency Syndrome (Edinilmiş Bağışıklık Yetmezliği Sendromuna Karşı Savaşımında Ortak Avrupa Halk Sağlığı Politikasına İlişkin R(87)25 sayılı Tavsiye Kararı)
COE R(89)14	: Recommendation No. R(89)14 of the Committee of Ministers to Member States on the Ethical Issues of HIV Infection in the Health Care and Social Settings (Avrupa Konseyi HIV Enfeksiyonunun Doğurduğu Sağlık Hizmetleri ve Sosyal Ortamdaki Etik Sorunlara İlişkin R(89)14 sayılı Tavsiye Kararı)

- COE R(89)2** : Recommendation No. R(89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes (Avrupa Konseyi İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R(89)2 sayılı Tavsiye Kararı)
- COE R(92)3** : Recommendation No. R(92)3 of the Committee of Ministers to Member States on Genetic Testing and Screening for Health Care Purposes (Avrupa Konseyi Koruma Amaçlı Genetik Test ve Yoklamaya İlişkin R(92)3 sayılı Tavsiye Kararı)
- COE R(97)5** : Recommendation No. R(97)5 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Medical Data (Avrupa Konseyi Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin R(97)5 sayılı Tavsiye Kararı)
- DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- DMK** : 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
- DPA** : Data Protection Act
- E.** : Esas
- EİKÖ (OECD)** : Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (Organization for Economic Co-operation and Development)
- FÇ Yön.** : İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği
- Fed.** : Federal
- FSEK** : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- HGK** : Hukuk Genel Kurulu
- HUMK** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- IC** : Information Commissioner (UK)
- ILO AD Code** : ILO Code of Practice on Management of Alcohol and Drug related Problems at the Workplace (UÇÖ İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Problemlerine İlişkin Uygulama Kodu)
- ILO HIV/AIDS Code:** ILO Code of Practice on HIV/AIDS and the World of Work (UÇÖ HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı Hakkında Uygulama Kodu)

ILO PD Code	: ILO Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data (UÇÖ İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu)
ILO R150	: Recommendation No.150 concerning Vocational Guidance and Vocational Training in the Development of Human Resources (UÇÖ İnsan Kaynaklarının Gelişimi Hakkında 150 sayılı Tavsiye Kararı)
Iss.	: Issue
IUAC	: International Union Against Cancer
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İSG Yön.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği
İSGT Tas.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı
İşK.	: İş Kanunu
İşMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
İşyeri Bina Sağlık Yön.	: İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik
İşyeri Sağlık Birimleri Yön.	: İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
Jan. K.	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
K.	: Karar
Kabahat K.	: Kabahatler Kanunu
Kanserojen Mutajen Madde Yön.	: Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik
Karş.	: Karşılaştırmız

Kıyafet Yön.	: Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Ve Kıyafetine Dair Yönetmelik
Kimyasal Madde Yön.	: Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik
Kişisel Koruyucu Yön.	: Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KVKK Tsr.	: Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı
L	: Legislation
m.	: Madde
Maden Yön.	: Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MİT K.	: Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu
MİT	: Millî İstihbarat Teşkilatı
MK	: Medeni Kanun
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
NWI	: The National Workrights Institute (USA)
O.J.	: Official Journal
ÖGH Yön.	: Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
ÖGHK	: Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun
Örn.	: Örneğin
para.	: paragraf
Patlayıcı Ortam Yön.	: Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik
Pro.	: Protokol / Protocol
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Hk. Kanun

RTKYK	: Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.(p.)	: Sayfa (Page)
Sen.K.	: Sendikalar Kanunu
sK.	: sayılı Kanun
Sondaj Yön.	: Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
Trafik K.	: Karayolları Trafik Kanunu
Trafik Kontrol Y.	: Trafik Kontrolleri Ve Şerit Daraltma Yöntemlerine İlişkin Yönerge
Trafik Yön.	: Karayolları Trafik Yönetmeliği
TRTK	: Türkiye Radyo Televizyon Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Tütün MZÖ K.	: Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun
UÇÖ (ILO)	: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization)
UK DPA	: United Kingdom Data Protection Act (Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası)
v.	: versus
VKK	: Veri Koruma Kanunu
Vol.	: Volume
Yapı İşleri Yön.	: Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği
Yay.	: Yayın / Yayını
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....	V
ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR	VII
KISALTMALAR.....	IX
İÇİNDEKİLER.....	XV

§1. GİRİŞ	1
I.KONUNUN ÖNEMİ	1
I.KONUNUN SINIRLANMASI.....	3
III.KONUNUN SUNULMASI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAM KAVRAMI VE ÖZEL YAŞAM HAKKI

§2. ÖZEL YAŞAM KAVRAMI.....	7
I. Kişinin Yaşam Alanı (Üç Alan Kuramı).....	7
1. Kişinin Kamuya Mal Olmuş/Kamuya Açık Yaşamı (Ortak Yaşam)	8
2. Kişinin Özel Yaşamı (Özel Alan).....	8
3. Gizlilik Alanı (Gizli Yaşam)	8
II.Özel Yaşam ile Diğer Yaşam Alanları Arasındaki İlişki: Özel Yaşam Kavramının Göreli Karakteri	9
III. Bazı Yaşam Çevreleri ve Özel Yaşam.....	11
1. Aile Yaşamı.....	12
2. Konut.....	12
3. Haberleşme.....	13
4. İş Yaşamı.....	14
IV. Özel Yaşama Müdahale	16
§3. ÖZEL YAŞAM HAKKI.....	18
I.Özel Yaşam Hakkının Tanımı.....	18
II. Özel Yaşam Hakkının Önemi	20
III. Özel Yaşam Hakkının Niteliği	23
1. İnsan Hakkı/Temel Hak Olarak Özel Yaşam Hakkı	24
2. Kişilik Hakkının Görünümü Olarak Özel Yaşam Hakkı	27
3. Özel Yaşam Hakkının Diğer Bazı Kişilik Hakkı Görünümleriyle Arasındaki İlişki	29
a. Onur ve Saygınlık ve Özel Yaşam.....	31
b. Ad, Görüntü, Ses ve Özel Yaşam	32
aa. Ad	32
bb. Görüntü ve Ses	32
c. Yaşam, Beden Bütünlüğü, Sağlık ve Özel Yaşam	33

Ş4. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL YAŞAM HAKKI VE ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASI	34
I. Genel Olarak	34
II. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (BM)	36
III. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (BM).....	37
IV. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AK).....	38
V. Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi (AB)	42
VI. Temel Haklar Şartı (AB).....	42
VII. Avrupa Anayasası (AB).....	44
Ş5. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL YAŞAM HAKKI VE ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASI	45
I. Özel Yaşam Hakkına İlişkin Anayasa Hükümleri ve Etki Alanı	45
1. Özel Yaşam Hakkına İlişkin Anayasa Hükümleri	45
2. Anayasa Hükümlerinin Kişiler Arası (İşçi-İşveren) İlişkilere Etkisi	45
II. Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Özel Yaşamın Korunması	49
1. Türk Ceza Kanunu'ndaki Özel Yaşamın Korunmasına Yönelik Düzenlemeler	49
2. Ceza Usul Hukuku Bakımından Özel Yaşama Müdahale	52
a. Ceza Muhakemesi Kanunundaki Özel Yaşama Müdahale Niteliği Taşıyan İşlemler ...	52
b. Özel Yaşama Müdahale Yetkisi Veren Diğer Bazı Düzenlemeler	54
aa. Suçun Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler.....	54
aaa. Önleme Araması.....	54
bbb. Önleme Amaçlı İletişim Tespiti ve Teknik Araçlarla İzleme.....	55
bb. Özel Güvenlik Görevlilerinin Arama Yetkisi	56
c. Ceza Usul Hukuku Bakımından Özel Yaşama Saldırı Yoluyla Elde Edilen Delil	56
3. Ceza ve Ceza Usul Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özel Hukuk	59
III. Özel Hukukta Özel Yaşamın Korunması	60
1. Genel Olarak.....	60
2. Özel Yaşamın Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı Korunması (MK m.23).....	61
3. Özel Yaşamın Saldırısı Karşı Korunması (MK m.24).....	64
a. Saldırısı Karşı Koruma Talep Etme Yetkisi.....	64
b. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Nedenler (Hukuka Uygunluk Nedenleri).....	64
aa. Özel Yaşamına Saldırılan Kimsenin (Mağdurun) Rızası	65
bb. Üstün Nitelikte Özel Yarar	66
cc. Üstün Nitelikte Kamu Yararı	67
dd. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması	68
c. Mağdurun Açabileceği Davalar(MK m.25)	69
aa. Genel Olarak	69
bb. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi	71
cc. Sürmekte Olan Saldırısı Son Verilmesi.....	72
dd. Etkileri Devam Eden Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti	72

ee. Maddi Tazminat, Manevi Tazminat, Elde Edilen Kazancın Verilmesi (MK m.25/III).....	73
aaa. Maddi Tazminat	73
bbb. Manevi Tazminat	74
ccc. Elde Edilen Kazancın Verilmesi.....	75
4. Özel Yaşama Saldırı Halinde Birden Çok Sorumluluk Sebebinin Bulunması (Hakların Yarışması)	75
5. Açılacak Davada Yetkili Mahkeme	77

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAM HAKKI BAĞLAMINDA İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİSİ

§6. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAM HAKKI BAKIMINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURLARI VE İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE BORÇLAR	80
I. İşçinin İşverene Bağımlılığı	81
II. İşverenin Yönetim Hakkı – İşçinin Uyma (İtaat) Borcu: Kişisel Bağımlılığın Somutlaşması	82
III. İşverenin Eşit Davranma Borcu (İlkesi)	86
IV. İşverenin İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu - İşçinin Sadakat Borcu	89
§7. İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN NEDENLERE BAKIŞ	95
I. Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi	95
II. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İşverenin Dayanabileceği Yarar	103
III. İşçi-İşveren İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması	106
§8. DEĞERLENDİRME VE İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMININ KORUNMASINDA HAKİM OLMASI GEREKEN İLKELER (DE LEGE FERANDA)	107
I. İşçinin Rızası Üzerindeki Kuşkunun Dikkate Alınması	108
II. Özel Yaşam Hakkının Ancak Belirli Nedenlerle Sınırlanabilirliği	109
III. Özel Yaşam Hakkını En Az Düzeyde Zedeleyecek Yöntemin Seçilmesi (Ölçülülük).....	110
IV. Müdahalenin Bireyselleştirilmiş Nitelik Taşınması	110
V. Müdahalenin Ulaşılmak İstenen Amaca Özgü Olması	111
VI. Saydamlık /Açıklık.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA İŞVEREN TARAFINDAN MÜDAHALENİN BAZI GÖRÜNÜMLERİ

§9. İŞÇİYE İLİŞKİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI	113
I. Kişisel Verilerin Korunması Konusundaki Düzenlemeler	113

1. Kişisel Verilerin Korunması Konusunda Özel Düzenleme Gereği.....	113
2. Uluslararası ve Yabancı Ülkelerdeki Düzenlemelere Genel Bakış	114
3. Yasal Düzenleme Bakımından Ülkemizdeki Durum	117
a. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı....	117
b. İş Mevzuatındaki Mevcut Hükümler	117
II. Veri Koruma Hukukuna İlişkin Kavramlar	119
III. Veri Koruma Hukuku Düzenlemelerinin İş İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi.....	121
1. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu.....	122
a. Bir Sözleşmenin Kurulması ve Edimlerinin Yerine Getirilmesi	123
b. Yasal Yükümlülük Bulunması	123
c. Üstün Özel Yarar	124
d. İlgili Kişinin (İşçinin) Yaşamının Korunması	124
e. Kamu Yararıyla İlgili Bir Görevin Yerine Getirilmesi ve Yetkinin Kullanılması ...	125
f. İlgili Kişinin (İşçinin) Rızası.....	125
g. Duyarlı Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk	127
2. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Diğer Ölçütler.....	131
a. Verinin ve Veri İşleme Yönteminin Taşınması Gereken Nitelikler	132
b. Veri kütüğü Sistemi Sahibinin (İşverenin) Yükümlülükleri ve İlgili Kişinin (İşçinin) Hakları.....	134
aa. Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü	134
bb. Veriye Ulaşma Hakkı	136
cc. İlgili Kişinin (İşçinin) İtiraz Hakkı.....	139
dd. Verilerin Gizliliğinin Korunması ve Güvenliğinden Sorumluluk	139
ee. Otomatik Veri İşleme Sonuçlarıyla Karar Alma	141
3. Veri Koruma Hukuku Kurallarına Aykırılığın Sonucu.....	142
IV. Borçlar Kanunu Tasarısı m.423.....	143
V. Veri Koruma Hukuku Düzenlemelerinin Özündeki İlkeler ve İşçi-İşveren İlişkisi	144

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

I. Bilgi Toplamaya Yönelik Uygulamalar Bakımından Aday ve İşçinin Konumunun Karşılaştırılması	146
II. Adaya/ İşçiye Yöneltilen Soruların Sınırı.....	151
III. Aday/İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme	158
IV. Adaylara/İşçilere Uygulanan Testler.....	161
1. Genel Olarak.....	161
2. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Alınmasına İlişkin Türk Hukukundaki Yasal Düzenlemeler.....	162
3. Alkol ve Uyuşturucu Testleri.....	163
4. HIV/ AIDS Testleri	172
5. Genetik Testler	182

6. Adayın/İşçinin Kişilik Özelliklerinin Öğrenilmesine Yönelik (Psikolojik) Testler	189
a. Kişilik Testleri	190
b. Dürüstlük Testleri	193
aa. Yazılı Dürüstlük Testleri	193
bb. Mekanik Dürüstlük Testleri	194

Ş11. İŞÇİLERİN İZLENMESİ VE GÖZETLENMESİ

I. İletişimin İzlenmesi	197
1. İşçinin İletişiminin İzlenmesi Uygulamasının Dayanacağı Neden	199
2. Gereklilik	200
3. İzleme Uygulamasının Özel Yaşama Müdahale Düzeyi	201
4. Gizli İzleme	203
5. Bilgilendirme	206
II. Görsel İzleme ve Gözetleme	208

Ş12. İŞÇİNİN ÜSTÜNÜN VE EŞYALARININ ARANMASI

I. İşyerine Giriş-Çıkışta Yapılan Aramalar	211
II. İşyerinde Yapılan Aramalar	214
III. Arama Yapılırken Uyulması Gereken İlkeler	218
IV. Aramada Zor Kullanılması	221
V. Özel Güvenlik Görevlileri ve İşçilerin Aranması	223

Ş13. İŞÇİNİN YAŞAM TARZI VE DAVRANIŞLARINA MÜDAHALE

I. İşçinin İşyerindeki Davranışlarına Müdahale	225
1. İşçinin Diğer İşçilerle Birlikte ve/veya Müşterilerle Temas Halinde Olunan Alan ve Zamanlardaki Davranışlarının İşverence Düzenlenmesi	225
a. İşyerindeki Tütün Yasağı	226
b. İşçinin İşyerindeki Giyim Tarzı ve Dış Görünüşü	231
2. İşyerinde İşçiye Özgülenen Alandaki Davranışlara Müdahale	237
3. İşçinin İşyerindeki Diğer İşçilerle İlişisine Müdahale	237
4. İşyerindeki Davranışlara Müdahaleye İlişkin İşçinin Rızasının Alınması	239
II. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale	240
1. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarının İşverence Düzenlenmesi	240
2. İşçinin İşyeri Dışındaki Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahaleye Rıza Göstermesi	244

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALENİN OLASI HUKUKİ SONUÇLARI

Ş14. GENEL KORUMA YOLLARINDAN İŞÇİNİN YARARLANMASI

I. İşçi Tarafından MK m.25 Davalarının Açılması	247
1. Genel Olarak	247
2. Korumacı Davalar Bakımından	248

3. Tazminat ve Kazancın Verilmesi Davaları Bakımından.....	250
4. İşçinin İşverene Karşı Açacağı MK m.25 Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme	253
II. İşçinin Ceza Kanunu Hükümleri Aracılığıyla Korunması	256

§15. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALE VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	257
I. İşçi Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi	257
1. İşveren Tarafından (İşverenin Talimatı Üzerine) İşçinin Özel Yaşamına Hukuka Aykırı Müdahale Bakımından.....	257
2. Başka Bir İşçinin (Üçüncü Kişinin) İşçinin Özel Yaşamına Hukuka Aykırı Müdahalesi Bakımından	259
3. İşçinin Fesih Hakkı ve Tazminat Talebi	261
II. İşveren Tarafından İş Sözleşmesinin Feshi.....	264
1. İşverenin Müdahalesine İşçinin Karşı Koyması ve İş Sözleşmesinin Feshi	264
a. Genel Olarak.....	264
b. İşverenin Hukuka Uygun Müdahalesine İşçinin Karşı Koyması Durumunda	265
aa. Müdahalenin “Üstün Yarar” Temelinde Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda... 265	
bb. Müdahalenin “Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması” Temelinde Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda.....	266
cc. Müdahalenin İşçinin Rıza Göstermesi Nedeniyle Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda.....	271
c. İşverenin Hukuka Aykırı Müdahalesine İşçinin Karşı Koyması Durumunda	273
2. İşverenin Fesih Nedeni Oluşturan Bulguya İşçinin Özel Yaşamına Hukuka Aykırı Müdahaleyle Ulaşması (Hukuka Aykırı Delil Sorunu).....	277
§16. SONUÇ	282
KAYNAKÇA	287

§1. GİRİŞ

I.KONUNUN ÖNEMİ

“Hak”, en öz anlatımla, hukuk sistemi tarafından korunmaya değer görülen çıkar, anlamına gelir. Hukuk sisteminin kişiye tanıdığı haklar ve bunlara sağladığı koruma düzeyi, onun, kişiye (bireye) verdiği değerle doğru orantılıdır. Hakkın tanınmasına ve korunmasına ilişkin bu tutum, sistemin demokratiklik düzeyini de belirler. Demokratik düzenin “çoğulculuk” niteliğini içinde barındırması ise, yirmibirinci yüzyılın başlangıcını yaşadığımız bu günlerin hukuk anlayışı için, olmazsa olmaz bir gerektir. Başka bir anlatımla, çoğulculuk niteliği taşımayan bir hukuk sisteminin demokratikliğinden de söz edilemez.

Özel yaşam hakkı, demokrasinin farklılıkların bir arada barış içinde yaşamasını sağlayan çoğulcu niteliğinin somutlaşmasında kilit konumda olan hakların, en önemlilerinden biridir. Kişilerin her boyutuyla farklı yönlerini keşfetmeleri ve bu yönlerini -diledikleri ölçüde- toplumsal yaşama aktarmaları, özel yaşama sağlanan koruma sayesinde mümkün hale gelir. Özel yaşam hakkının Kamu Hukuku bakımından İnsan Hakları/Temel Haklar; Özel Hukuk bakımından Kişilik Hakkının bir görünümü olarak yer edinmesinin temelinde, bu gerçekler yatar¹.

Özel yaşama müdahale edebilme yetisi, ekonomik, sosyal ve entelektüel anlamda güçlü konumda olanın, söz konusu konumunu daha da ileri götürür. Müdahale, devlet, toplum, basın gibi odaklardan kaynaklanabileceği gibi, işçi karşısında işveren de, bu anlamda bir müdahale odağı olmak noktasında, gerekli güce sahiptir. İşçinin tuvalette geçirdiği sürenin kayıt altına alınması, oturduğu sandalyeye alıcı yerleştirilerek ne kadar kıpırdadığının izlenmesi, iş arkadaşlarıyla gönül ilişkisinin yasaklanması, işçinin diğer işçilerin önünde soyularak aranması vb. uygulamalar², işverenin söz konusu gücünün işçinin özel yaşamına müdahale edebilme düzeyinin nereye varabileceğine ilişkin, en uç örnekleri gözler önüne serer. Müdahale olanak ve biçimleri, teknolojik ge-

¹ Ayrıntılı açıklama için Bkz.:aş. § 3, II vd.

² Bu tür yaşanmış uygulamalara örnekler için Bkz.: **Corey A. Ciocchetti**, “Monitoring Employee E-Mail: Efficient Workplaces vs. Employee Privacy”, 25.7.2001, (Çevrimiçi)

http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001_dltr0026.html (26 Kasım 2005), para.2 vd.; **ILO**, Workers’ Privacy Part II: Monitoring and Surveillance in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol.12, No.1, Geneva, International Labour Office,1993, s.134-135; **Laura B. Pincus, Clayton Trotter**, “The Disparity Between Public and Private Sector Employee Privacy Protections: A Call for Legitimate Privacy Rights for Private Sector Workers”, American Business Law Journal, Vol.33, 1995, s.56.

İşmelere koşut biçimde her geçen gün artmakta ve farklılaşmaktadır. İşçinin özel yaşamının işveren müdahalelerine karşı korunması gereksinimi yukarıda verdiğimiz örneklere bakıldığında tüm çıplaklığıyla ortadadır. Bu, *işçinin kişiliğinin korunması* olarak anılan, İş Hukukunun temel ilkelerinden birinin de gereğidir.

Buna karşın, işverenin işçinin özel yaşamına belli ölçüde müdahale etmekte, haklı çıkarı da bulunabilir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işverenin ticari sırlarının korunması, adam çalıştırmanın hukuki sorumluluğunu gerektiren durumların ortaya çıkmasının önlenmesi, işverenin korunmaya değer çıkarlarına birkaç örnektir. İşverenin haklı çıkarının korunması amacına ulaşmak, kimi durumlarda, işçinin özel yaşamına çeşitli düzey ve biçimlerde müdahalede bulunulmaksızın, mümkün olmayabilir.

Gelinen nokta, özel yaşam konusunda, işçi ve işverenin çıkarları arasında adil bir denge kurulmasının; işçi, işveren ve toplum açısından ne derece önemli olduğunun kavranmasını sağlayacaktır. Söz konusu dengenin önemi, özellikle batı öğretisinde, doğrudan işçinin özel yaşamının korunmasına özgülenmiş şekilde verilen eserler ve yargı kararlarının zenginliğinden de anlaşılabilir.

Öte yandan, ülkemiz bakımından, işçinin özel yaşamına müdahale olgusunun sosyal taraflarca *henüz* ciddi bir problem olarak algılanmadığı ileri sürülebilir. Batı toplumlarıyla aramızdaki bu farkın toplumun evrimiyle bağlantısı sıklıdır. Toplumun evrimi ve özellikle de teknolojik gelişmeler, özel yaşamın korunması noktasında farkındalığın ve gereksinimin ortaya çıkmasına neden olur. Sözümlü ettiğimiz algılayış eksikliğinde, toplumdaki işçi ve işveren nüfusunun ekonomik ve entelektüel düzeyi rol oynar. Özellikle işçinin ekonomik refah düzeyinin yükselmesi, özel yaşamının korunması noktasındaki gereksinimini fark etmesi ve bu doğrultuda talepte bulunmasını kolaylaştırır³. Giderek, Ulusumuzun daha demokratik bir refah toplumu haline gelebilmek şeklinde özetlenebilecek ortak ereğinin ve bu erekle ilişkisi yadsınamaz düzeyde olan AB uyum sürecinin, pek yakın bir gelecekte konunun öneminin daha iyi kavranmasını sağlayacağını ileri sürmek, **kanımızca**, tahminden öte, bir öngörüdür.

Dahası, iş güvencesinin yeterli düzeyde sağlanamadığı toplumlarda işçinin işini kaybetme korkusu, sorunun yargısal düzeye taşınmaması ve dolay-

³ Başta psikoloji, sosyoloji, işletme ve insan kaynakları olmak üzere pek çok bilim dalınca sıkça başvurulan, insanın gereksinimlerinin sıralamasına ilişkin teori için Bkz. **A. H. Maslow**, "A Theory of Human Motivation", Psychological Review, Vol.50, 1943, s.370-396.

siyla dikkat çekmemesine neden olur⁴. Görece yakın zamanda, hukuk sistemi-mize giren iş güvencesi kurumunun⁵, yukarıda ortaya koyduğumuz öngörünün gerçekleşmesindeki etkisi, bu süreç içinde gözlemlenecektir.

Öte yandan, ekonomik, ticari, sosyal ve siyasi boyutlarıyla yaşamakta olduğumuz dünyayla bütünleşme süreci, işçinin özel yaşamının korunması konusundaki ulusal düzenlemelerin birbiriyle uyumlu hale gelmesini gerektirmekte; uluslararası kuruluşlarca bu konuda uyulması gereken ya da en azından tavsiye edilen hukuki belgeler üretilmektedir. Türkiye'nin bu düzenlemelerin çoğunluğuna halen ya da gelecekte uymak zorunda olması, konunun öneminin diğer bir boyutunu oluşturur⁶.

Tüm bu açıklamalar, işçinin özel yaşamına müdahale olgusunun, işçi-işveren ilişkisinin kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurularak, hukuki boyutlarıyla incelenmesinin gerek ve önemini ortaya koyar.

I. KONUNUN SINIRLANMASI

Bu doktora tez çalışması, karşılaştırmalı hukuk araştırması olmak iddiasını taşımamakla birlikte; konuya ilişkin yabancı ve uluslararası kitap, makale, belge ve kararlardan da yararlanılarak ortaya çıkarılmıştır. Bu, işçinin özel yaşamına müdahale konusunun Türk Hukuku için görece yeni olmasının bir sonucudur. Yabancı hukuk sistemlerindeki çözümlene ve hukuki sonuçlar, uygun oldukları ölçüde, Türk Hukukundaki sorunların çözümünde kullanılmaya çalışılmış; ancak, tez çalışması sürecinde incelenen bu yabancı hukuk sistemleri için ayrı başlık açılması yoluna gidilmemiştir.

Her insanın olduğu gibi, işçinin özel yaşamına müdahale, devlet, basın, toplum vb. birçok odaktan kaynaklanabilir. Bu tez çalışması ise, işveren tarafından yapılan müdahaleleri incelemeyi amaçlar. Bu bağlamda, sendika, konfederasyon, Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye İş Kurumu, özel istihdam büroları ve benzerlerinden kaynaklanan müdahaleler, kural olarak tez çalışmasının kapsamını aşar. Yine de, yeri geldikçe, özellikle toplu iş sözleşmesi bağlatmak yoluyla gündeme gelebilecek müdahalelere değinilmeye çalışılmıştır.

⁴ Patrick Boyd, "Tipping the Balance of Power: Employer Intrusion on Employee Privacy Through Technological Innovation", St. John's Journal of Legal Commentary, Vol.14, 1999-2000, s.186-187.

⁵ İş güvencesi kurumu, hukuk sistemimize, kamuoyunda İş Güvencesi Yasası olarak bilinen "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la (RG 15.8.2002/24847) girmiş ve 4857 sayılı yeni İş Kanununda (RG, 10.6.2003/25143) da iş güvencesine ilişkin bu düzenlemeler -bazı değişiklikler dışında- korunmuştur.

⁶ Ayrıntılı açıklama için Bkz.:aş. § 4; § 9; § 10, IV, 4 vd.

Çalışmanın diğer bir sınırını ise, özel yaşamına müdahalede bulunan kişi, yani “işçi” çizer. Başka bir anlatımla, memurların ya da bağımsız çalışanların özel yaşamlarına yönelen müdahaleler tez konusunun kapsamı dışında tutulmuştur. Henüz işçilik niteliğini kazanmamış olmakla birlikte, iş başvurusunda bulunanların (adayların) durumu ise, yine, olası işverenlerinden kaynaklanan müdahaleler boyutuyla ele alınmıştır.

III. KONUNUN SUNULMASI

“İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları” başlıklı bu doktora tez çalışması, giriş ve sonuç bölümleri dışında dört bölümden oluşmaktadır. “Özel Yaşam Kavramı ve Özel Yaşam Hakkı” başlıklı ilk bölümde öncelikle, “özel yaşam kavramı” ve bunu koruyan hak olan “özel yaşam hakkı” ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu çaba doğrultusunda, izleyen alt başlıklarda, uluslararası kuruluşlarca hazırlanan temel belgelerde özel yaşam hakkının yeri ve bu kuruluşlarca özel yaşama sağlanan koruma sistemi, ana hatlarıyla, ortaya konmuş; sonrasında ise, Türk Hukukunda özel yaşam hakkının düzenlenişi ve sağlanan genel koruma, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve Özel Hukuk boyutlarıyla incelenmiştir.

İkinci bölümün başlığı, “Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”dir. Bu bölümün ilk alt başlığında, işçinin özel yaşam hakkı bakımından iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar üzerinde durulmuştur. Burada amaçlanan, işçi-işveren arasındaki hukuki ilişkinin, işçinin özel yaşamına olumlu veya olumsuz etki edebilecek ne tür dinamikleri içinde barındırdığının ortaya konmasıdır. İzleyen alt başlık ise, özel yaşama müdahaleyi hukuka uygun kılacak genel hukuka uygunluk nedenlerinin, sözünü ettiğimiz dinamikler hesaba katıldığında, nasıl kavranması gerektiği sorusuna yanıt olacak çerçeveyi çizmeyi hedefler.

“İşçinin Özel Yaşamına İşveren Tarafından Müdahalenin Bazı Görünümleri ve Sınırları” başlıklı üçüncü bölümde, bir önceki başlık altında ortaya konmaya çalışılan çerçevenin, ülkemizde ve dünyada en çok görülen işveren müdahalesi türlerine uyarlanması amaçlanmaktadır. Ayrıca, Türk Hukuku bakımından görece yeni sayılabilecek müdahale yöntemleri mümkün olduğunca ayrıntılı biçimde açıklanmış; geleneksel yöntemlere ise, hukukun yaşamın değişen koşullarına ayak uydurma kaygısına uygun yorumlar getirilmeye çalışılmıştır. Başka bir anlatımla, bu bölümde işverenin hangi uygulamalarının işçinin özel yaşamına müdahale içerdiği ve bunların hangi sınırlar içinde kaldığında hukuka uygun kabul edilebileceği, her müdahalenin özellikleri göz önünde bulundurularak açıklanmaya çalışılmıştır.

Son bölüm ise müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek hukuki sonuçların öngörülmesi ve çözümlenmesi çabasının ortaya konmasıdır. Bu bağlamda öncelikle, işçinin Türk Hukukundaki genel koruma yollarına başvurma olasılığı değerlendirilmiş ve işverenin sorumluluğunun boyutları üzerinde durulmuştur. “İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Olası Hukuki Sonuçları” başlıklı bu bölümün son alt başlığı, işçinin özel yaşamına müdahale söz konusu olduğunda, iş sözleşmesinin feshinin, sözleşmenin her iki tarafınca da gündeme getirilebileceği düşüncesine dayanır. Müdahalenin hukuka uygun olup olmaması, feshin türü ve hukuki sonuçlarını da farklı kılacaktır. Bu alt başlık altında, çeşitli olasılıklar göz önünde bulundurularak, değerlendirme yapılmaya ve hukuki sonuçlara varılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAM KAVRAMI VE ÖZEL YAŞAM HAKKI

Ş2. ÖZEL YAŞAM KAVRAMI

Özel yaşam, tüketici nitelikte kesin (*exhaustive*) bir tanım vermenin imkansız olduğu geniş bir kavramdır¹. Her olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak özel yaşamın tanımlamasını tekrar yapmak gerekir. Bu, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere ayak uydurmak ve sağlanacak korumanın dinamik tutulması bakımından yerinde olmakla birlikte, özel yaşam için sınıflandırılmış bir tanım vermeyi de güçleştirir².

Bu belirleme sonrasında, özel yaşam kavramının, mutlak ve kesin çizgilerle olmasa da, ortaya konması gereği varlığını sürdürmektedir. Bu çaba doğrultusunda öncelikle, Türk Hukukunda öğreti tarafından kullanılan üç alan kuramı üzerinde durulacak, daha sonra özel yaşam kavramının aile yaşamı, kişinin konutu ve haberleşmesi gibi alt unsurları ve iş yaşamı ile özel yaşam arasındaki ilişki ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır. Söz konusu çabanın, eksiksiz ve sınırları belirgin tanıma ulaşmasını beklemek, kavramın özündeki kesin tanım kabul etmezlik nedeniyle, yersiz olur. Ancak, özel yaşamın nasıl kavranması gerektiğine ilişkin ipuçlarının göz önüne serilmesi mümkündür.

I. Kişinin Yaşam Alanı (Üç Alan Kuramı)

Kişinin yaşam alanı, öğretilerde üçe ayrılarak incelenmekte ve buna üç alan kuramı³ adı verilmektedir: Bu kuram uyarınca kişinin yaşamı, *kamuya mal*

¹ *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 89/1991/341/414, 23.2.1993, para.36 (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=49799&skin=hudoc-en&action=request>, (1 Eylül 2004); *Niemietz v. Germany*, 72/1991/324/396, 23.11.1992, para.29 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc1doc/HEJUD/sift/472.txt> (1 Eylül 2004); Ayr. Bkz.: **Jeremy deBeer**, "Employee Privacy: The Need for Comprehensive Protection", *Satchewan Law Review*, Vol.66, 2003, s.385-386; **Douglas Isbister**, "Justifying Employee Drug Testing: Privacy Rights Versus Business Interests", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol.5, 1996, s.257.

² **Ursula Kilkelly**, *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No.1, Germany, Council of Europe, 2001, s.10-11.

³ Kuram, Prof. Heinrich Hubmann tarafından ortaya atılmış ve Türk öğretilerinde baskın şekilde benimsenmiştir. Bkz.: **Serap Helvacı**, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2001, s.60 ve a.y. dn.218-219; **Zahit İmre**, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", *İÜHFİM: Ord.Prof.Dr. Sıdık Sami Onar Hatıra Sayısı, C.XXXIX, Sayı.1-4, 1974, s.148 ve a.y. dn.4*; **Mustafa Dural**, **Tufan Ögüz**, *Türk Özel Hukuku:Cilt II Kişiler Hukuku*, 7.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.125 ve a.y. dn.384; **Haluk Tandoğan**, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı

olmuş / kamuya açık/ortak yaşam, özel yaşam ve gizlilik alanı/gizli yaşam olmak üzere üç alandan oluşur.

Üç Alan kuramı, kişisel verilerin açık edilmeksizin toplanması ve depolanması şeklindeki müdahalelere karşı yeterli korumayı sağlamadığı için eleştirilmektedir⁴. Ayrıca, günümüzün uluslararası belgeleri ve yargı kararlarındaki özel yaşam kavrayışıyla tam olarak örtüşüğünü ileri sürmek de güçtür⁵. Yine de, Kuram, yaşam alanlarının kapsamının kesin şekilde saptanmadığı ve her olayın özelliğine göre bu sınırların değişebileceği göz önünde bulundurulurak ele alındığında, kavramın tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi çabasında yol gösterici niteliktedir.

1. Kişinin Kamuya Mal Olmuş/Kamuya Açık Yaşamı (Ortak Yaşam)

Kişinin toplum içindeki herkese açık şekilde gerçekleştirdiği eylemler, kurduğu ilişkiler ve dahil olduğu olaylar bu yaşam alanını oluşturmaktadır.

2. Kişinin Özel Yaşamı (Özel Alan)

Kişinin, ailesi, arkadaşları, iş çevresi gibi belirli kişilerle, çeşitli nedenlerle birlikte bulunması nedeniyle, bu kişiler tarafından bilinen eylemleri, kendine ilişkin bilgiler ve olaylar, özel yaşam alanını oluşturur. Bu alandaki yaşam olayları, belirli kişilerce bilinmekle birlikte kamuya açık değildir.

3. Gizlilik Alanı (Gizli Yaşam)

Kısaca, kişinin sırlarıdır. Kişinin tüm üçüncü kişilerden gizleyerek kendisine sakladığı eylemleri, kendisine ilişkin bilgiler ve olaylar gizli yaşam alanını oluşturur. Bu alana ilişkin bilgileri, kişinin kendi rızasıyla güven duyduğu belirli şahıslara aktarması, başka bir anlatımla sırlarını paylaşması olasıdır. Görüleceği üzere, özel yaşamdan farklı olarak, bu alana ilişkin bilgilerin aile dost ve iş çevresindeki üçüncü kişilerce dahi öğrenilmesi, hemen her zaman kişinin bunu paylaşmasıyla olanaklı hale gelir; meğer ki, bu sırların öğrenilmesi için özel bir çaba harcanmış olsun⁶.

Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", AÜHFD, C.XX, Sayı:1-4, 1963, s.26 ve a.y. dn.89; **Ergun Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları (No.2610), 1979, s.126 ve a.y. dn.67.

⁴ **Helvacı**, Davalar, s.61 ve a.y. dn.221.

⁵ Bkz. ve Karş.: §2, III; § 3, I; § 4.

⁶ **Süheyl Donay**, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay. No.2378, 1978, s.21-22; **Çetin Özek**, Türk Basın Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay.2381, 1978, s.260; **Helvacı**, Davalar, s.62.

II. Özel Yaşam ile Diğer Yaşam Alanları Arasındaki İlişki: Özel Yaşam Kavramının Görelî Karakteri

Özel alan ve gizlilik alanı, her ikisinin de kamuya açık olmaması olgusu göz önünde tutulduğunda, nitelik bakımından değil, nicelik bakımından farklıdır⁷. Giderek, özel yaşam alanının gizli yaşam alanını da kapsadığını ileri sürmek yanlış olmaz. Nitekim hukuk düzeni tarafından korunan bu iki alandır⁸. Bu yaklaşım, özel yaşamı, her bireyin genelden sakındığı ve topluma açık etmediği yönleri şeklinde ortaya koyan görüşle de uyumludur⁹. Çalışmamızda özel yaşam deyimini her iki alanı da kapsar şekilde kullanmaktayız.

Üç alanın da birbirinden kesin çizgilerle ayrılması güçtür. Nelerin özel yaşam alanına, nelerin kamuya açık alana dahil olduğunun belirlenmesi çabası bu değerlerin kesin olarak isimlendirilmesinden çok, mahremiyet düzeyinin belirlenmesine ilişkindir¹⁰. Öncelikle oyuncu, sporcu, politikacı gibi kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşam alanlarının diğer kişilere göre daha dar olduğu belirtilmelidir¹¹. Diğer taraftan, bu daralma, kişinin kamuya mal olduğu zaman dilimine özgüdür¹². Özel yaşam kişiye (kişinin mesleğine) ve zamana bağlı şekilde, daralabilmektedir.

Sosyal faaliyetlerin bir bölümü de özel yaşama dahildir¹³. Kişinin, sinema, tiyatro, eğlence yerleri, doktor vb. bulunduğu yerler ve görüştüğü kişiler de özel yaşamı kapsamına girebilir. Buralardaki kişilerin gözü önünde gerçekleştirmekle birlikte bu tür eylemler, özel yaşamı söz konusu olan kişiyi tanımayanlar için sıradan ve gayri şahsi niteliktedir. Kişinin kamuya açık alanlarda yaptığı sözünü ettiğimiz türdeki faaliyetlerini, örmeğin, iş arkadaşlarının bilmesini istememesi durumunda, bunlar da özel yaşam kapsamında değerlendirilmelidir¹⁴.

⁷ Donay, Meslek Sırrı, s.22; Ayr. Bkz.: İmre, Meseleler, s.151.

⁸ Helvacı, Davalar, s.62-63; Özsunay, Gerçek Kişiler, s.129; Kapsamlarını farklı ortaya koymakla birlikte aynı yönde Dural/Öğüz, Kişiler, s.126; İmre, Meseleler, s.153; Hukuk tarafından korunan alanın kişinin gizli yaşamı olduğu yönünde Özek, Basın Hukuku, s.260; Ayr.Bkz.: Ersan Şen, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., 1996, s.229-230.

⁹ Blanca R. Ruiz, "The Right to Privacy: A Discourse – Theoretical Approach", Ratio Juris, Vol.11, No.2, Blackwell Publishers Ltd., June 1998, s.157.

¹⁰ Ruiz, The Right to Privacy, s.165.

¹¹ Donay, Meslek Sırrı, s.21-22; Helvacı, Davalar, s.65; Dural/Öğüz, Kişiler, s.127; Şen, Özel Hayat, s.237-245.

¹² Helvacı, Davalar, s.66.

¹³ Kilkelly, Guide, s.13.

¹⁴ Şen, Özel Hayat, s.215; P.G. and J.H. v. UK, Application no. 44787/98, 4.9.2001, para.56-57, (Çevrimiçi)http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=1703966&skin=hudoc-en&action=request (30 Mart 2005); Ayr. Bkz.: Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.28-29.

Görülebileceği üzere, özel yaşamın sınırlarının çizilmesinde, kişinin yaşamındaki olayların hangilerini, ne ölçüde ve kimlere karşı açık edilmesini istemediği önemlidir¹⁵. Özel yaşam, kişinin inzivası (dış etkiye bağıksıklığı; *seclusion*) ve gizleri (*secrecy*) üzerindeki kontrolü şeklinde de açıklanmaktadır. Gizler üzerindeki kontrol, kişinin çeşitli konuları kamuoyundan sakınmasını ya da bunların ne kadarının kamuoyuna sunulacağına karar vermesini sağlar: ne kadarının kamuoyuna sunulacağı noktasındaki yelpaze, aile bireylerinden, belirli arkadaş çevresi, aynı problemden şikâyetçi olan kişiler ya da toplumun tamamına dek uzanabilir¹⁶. Başka bir anlatımla, özel yaşama ilişkin bilginin öğrenilmesi kadar, kimin tarafından öğrenildiği de önemlidir¹⁷. Kişinin bu konudaki iradesinin ne yönde olduğunu bilmeyen bu alanı paylaştığı kişilerin, ortalama dürüst bir insan gibi davranıp durumun tüm gereklerini değerlendirerek bu konuda karar vermesi beklenir. Sıralanan eylemlerin kamuya açık alanlarda yapılması, kişinin rızası olmaksızın, bunların yayınlanabilir ya da aktarılabilir olduğu anlamına gelmez¹⁸.

Belirtmek gerekir ki, özel yaşamın tanımlanması çabasında üç alan kuramı, Türk Hukuk öğretisinde en çok başvurulan kuram olmakla birlikte, tek ve alternatifsiz bir kuram olarak algılanamaz. Örneğin, dikkat çekici bulduğumuz ve özel yaşamın sınırlarının kavranmasında yararlı olabilecek diğer bir yaklaşım şöyle özetlenebilir. Kanada Yüksek Mahkeme yargıçlarından *LaForest* tarafından ortaya konan yaklaşım, yine alansaldır. Ancak üç alan kuramından farkı, özel yaşamın kendi içinde alanlara ayrılarak tanımlanmasıdır. Bu yaklaşım uyarınca özel yaşam, mekansal, bedensel ve kişisel bilgilere ilişkin alanlarda kendini gösterir¹⁹. Mekansal olarak, kişinin konutu, işyerindeki kendine özgülenmiş dolap, oda ve bunlar haricinde temizlik ve soyunma odalarında özel yaşam alanı oluşmaktadır. Kişinin bedeni üzerindeki mahremiyet de bu

¹⁵ Dural/Öğüz, *Kişiler*, s.126.

¹⁶ Ruiz, *The Right to Privacy*, s.157, 163.

¹⁷ Michael Cranford, "Drug Testing and the Right to Privacy: Arguing the Ethics of Workplace Drug Testing", *Journal of Business Ethics*, Vol.17, Kluwer Academic Publishers, 1998, s.1806-1807; Deborah L. Jacobs, "Are You Guilty of Electronic Trespassing?", *Management Review*, Vol.83, Iss.4, New York, April 1994, s.25.

¹⁸ Pierre Tercier, *Le Nouveau Droit de la Personnalité*, Zürih 1984, s.67, 86'dan aktaran Helvacı, Davalar, s.62; Şen, *Özel Hayat*, s.234; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, 5. bs., İstanbul, Afa Yay., 1999, s.189.

¹⁹ *R. v. Dymnt* [1988] 2 S.C.R., s.428-429 (Çevrimiçi) <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/cgi-bin/srch.pl?database=en%2Fjug&query=Dymnt&language=en&method=all&x=14&y=11> (29 Eylül 2004); Ayr. Bkz.: deBeer, *Comprehensive Protection*, s.386; Isbister, *Justifying Drug Testing*, s.258; John D.R. Craig, *Privacy and Employment Law*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, s.90 dn.18.

yaklaşım ile tanınmakta, özellikle zorunlu bedensel testler bakımından özel yaşam hakkının ihlali olasılığı üzerinde durulmaktadır. Kişinin iletişiminin de özel yaşamının bir parçası olduğu noktasında duraksama bulunmaz. Bu üç alana, bir dördüncü olarak, “kişinin sahip olduğu ya da zilyetliğindeki eşya üzerindeki mahremiyet” de eklenmektedir²⁰. Kişinin çantası, cüzdanı, giysileri vb. eşyası bu alanda değerlendirilir²¹.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, üç alan kavramı, özel yaşam kavramını tanımlama amaçlı girişimlerden biri olarak algılanmak ve değişen koşullara ayak uydurmak üzere her gün tekrar yorumlanmak zorundadır. Alanlar arasındaki sınırın silikliği ve her üç alanın da genişleyip daralabileceği saptamasının, bu çabada, öncelikle akılda tutulması gerekir. Aksi tutum, özel yaşam kavramının özündeki kesin tanım götürmezliğe ve giderek yaşamın ve ona koşut şekilde hukukun geliştiği gerçeğine aykırı düşer.

III. Bazı Yaşam Çevreleri ve Özel Yaşam

Özellikle, Anayasa ve uluslararası belgelerde özel yaşamın, kişinin aile yaşamı, konutu ve haberleşmesiyle birlikte anıldığı görülür. Örneğin, Anayasamız *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* başlığı altında özel yaşamın yanı sıra, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğini güvence altına almaktadır (m.20-22). Yine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” başlıklı 8. maddesinde özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme, saygı gösterilmesi gereken unsurlar olarak sıralanmıştır.

Bu sıralamada özel olarak belirtilmese de, kişinin iş yaşamının özel yaşamının neresinde konumlandığının ortaya konması, çalışmamız açısından gereklidir.

Öncelikle, aile yaşamı, konut ve haberleşmenin, esasen bir bütün oluşturan özel yaşamın unsurları olduğu ve birisi için yapılan açıklamaların, *mutatis mutandis* (gerekli uyarlamalar ile) diğeri için de geçerli sayılması gerektiği belirtilmelidir²². Bu kavramların kesin şekilde birbirinden ayrılması da

²⁰ Michael G. Sherrard, “Workplace Searches and Surveillance Versus the Employee’s Right to Privacy”, University of New Brunswick Law Journal, Vol.48, 1999, s.286

²¹ Craig, Privacy and Employment Law, s.16-19; Ayr. Bkz.: Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.191.

²² Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa insan hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.331,333; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.190; Aksi Görüşte Şen, Özel Hayat, s.224-226.

gerekli değildir. Yapılan bu sıralama, özel yaşamın, genel olarak, kapsamının belirlenmesine yardımcıdır. Başka bir anlatımla, sıralamanın amacı, bu alt unsurların özel yaşam kavramına dahil olduğu noktasında olası duraksamaya meydan vermemektir. Giderek, AİHM kararlarında, konut, haberleşme gibi alt unsurların hangisinin ihlal edildiğine işaret etmek zorunluluğu duyulmaksızın, genel olarak özel yaşam hakkının ihlalinin bulunup bulunmadığı araştırılmakta olduğu görülür²³.

1. Aile Yaşamı

Öncelikle belirtilmelidir ki, aile yaşamının özel yaşam hakkını düzenleyen hükümlerde anılması, bunun da özel yaşamın bir alt unsuru olduğu ve müdahaleden uzak tutulmaya değer görüldüğüne işaret eder. Yoksa, aile kurmaya, çocuk sahibi olmaya ve ailenin korunmasına ilişkin haklar ayrı düzenlemelerin (AİHS m.12; AY m.41) konusudur²⁴.

Özelikle AİHM kararları ışığında bakıldığında, aileden anlaşılması gereken, öncelikle, resmi nikahla kurulan evlilik birliği olmakla birlikte; resmi evlilik birliği halini alamamış birliktelikler de -özel yaşamın alt unsuru olarak - aile kavramına dahildir²⁵.

Tüm önemine rağmen, birlikte yaşama, aile kavramının zorunlu ve vazgeçilmez unsuru değildir. Aile yaşamının boşanma sonucu, bireyler arasındaki ilişkinin devam etmesi halinde sona ermediği kabul edilir. Kısaca, aileden söz edebilmek için, bireyler arasındaki ilişkinin yeter düzeyde gerçek ve yakın olması gerek ve yeterlidir²⁶.

2. Konut

Konut, genel olarak yerleşme temelinde, özel yaşamın sürdürüldüğü yerdir ve bireye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturur. Bununla birlikte, kişi konut olarak benimsediği yerden uzun süre uzak kaldığında, söz konusu yeri

²³ **Sultan Üzeltürk**, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta Yay., 2004, s.169; Örn. Bkz.: *Klass v. Germany*, 4.6.1978, para.41 (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=49790&skin=hudoc-en&action=request> (1 Eylül 2004).

²⁴ **Kilkelly**, Guide, s.16; Bkz. ve Karş.: **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.190.

²⁵ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.336; **Kilkelly**, Guide, s.16; Ayr. Bkz.: **Şen**, Özel Hayat, s.223-224.

²⁶ **Kilkelly**, Guide, s.16; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.337.

konutu olarak benimsemeye devam ediyor ve konutla arasındaki bağı yeterli düzeyde devam ettiriyor ise, burası da konut olarak kabul görecektir²⁷.

Konut kavramı, mesleki faaliyetin sürdürüldüğü yeri de kapsayabilir. Bu anlamda, özel yaşam bakımından, konut ve işyeri arasında kesin çizgilerle ayırım yapmak olası değildir. Mesleki faaliyetin yürütüldüğü mekanlarda bunla ilgili olmayan faaliyetlerin de devam ettiği durumlar bakımından, söz konusu ayırımın silikliği daha iyi anlaşılır²⁸.

Belirtmek gerekir ki, sadece mesleki amaçla kullanılan yerlerin “konut” kavramına dahil edilemeyeceği de ileri sürülmektedir²⁹. Ancak bu, sadece işyerinin “konut” kavramı içine sokulamayacağı anlamına gelir; yoksa işyerinde özel yaşamın korunmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır³⁰.

3. Haberleşme

Haberleşme kavramı içine, mektup, telgraf, telefon, e-posta vb. her türlü iletişim aracıyla yapılan iletişim girer. Kavram, gelişen teknolojiyle değişen tüm iletişim yöntemlerine ayak uyduracak tarzda yorumlanmalıdır^{31,32}.

Kural olarak, haberleşmenin içeriği ve nerden yapıldığı bu kavramın özel yaşam kapsamında sayılıp sayılmaması bakımından önemli değildir.

²⁷ **Richard Clayton, Hugh Tomlinson**, The Law of Human Rights, Bath, Oxford University Press, 2000, s.816; **David Harris, Michael O’Boyle, Chris Warbrick**, Law of European Convention on Human Rights, London Dublin Edinburgh, Butterwoths, 1995, s.318; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.191 vd.; *Gillow v. UK*, 13/1984/85/132, 23.10.1986, para.46, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=462044&skin=hudoc-en&action=request> (29 Eylül 2004).

²⁸ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.340; **Harris/O’Boyle/Warbrick**, Law of ECHR, s.318; **Kilkelly**, Guide, s.19; *Niemietz v. Germany*, para.30; **United Nations (UN)**, General Comments Adopted by the Human Rights Committee, Compilation Of General Comments And General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies, International Human Rights Instruments (HRI), Distr. General, RI/GEN/1/ Rev.7, 12 May 2004, s.142-143, para.5.

²⁹ **Clayton/Tomlinson**, The Law of Human Rights, s.816.

³⁰ **Harris/O’Boyle/Warbrick**, Law of ECHR, s.318-319.

³¹ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.190; **Kilkelly**, Guide, s.20; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.341.

³² AİHS’nin İngilizce metindeki “correspondence” sözcüğünün Türkçe karşılığı mektuplaşmadır. Teknolojik gelişmelere uygun şekilde geliştirilen AİHM içtihatları uyarınca, haberleşme kavramına mektuplaşma, telefon, telex ve e-posta vb. girecektir. Örn. Bkz.: *Klass v. Germany*, para.41; *Schenk v. Switzerland*, 8/1987/131/182, 24.6.1988, para.43-44, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=465833&skin=hudoc-en&action=request> (29 Eylül 2004). Nitekim, AB Temel Haklar Şartında, “iletişim” (communication) sözcüğü tercih edilmiştir. Bkz.: aş. § 4, VI.

Özellikle, işyerinden yapılan haberleşme bakımından bu belirleme önem taşır³³. Haberleşmenin içeriğinin özel yaşamın kapsamının belirlenmesinde etkili olmadığı, "...Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama ... saldırı teşkil eder..."³⁴, diyen bir Yargıtay kararında da açık anlatımını bulmuştur.

Haberleşme ürününün, örneğin mektubun ya da e-posta metninin muhatap tarafından açıklanması halinde gönderenin, muhataba ulaşmadan ya da ulaşıktan sonra elde edilmesi ve açıklanması durumunda ise her iki tarafın özel yaşamına saldırı söz konusu olacaktır³⁵.

4. İş Yaşamı

Kişinin iş yaşamı, iş çevresine (iş arkadaşları işvereni vb.) açık olmakla birlikte, yapılan işin niteliğiyle ilintili olarak görece şekilde, kamuya açık değildir³⁶. Dolayısıyla, iş yaşamının kamuya mal olmamış bölümü, özel yaşam alanının bir parçasıdır³⁷ ve iş ilişkileri de özel yaşama dahildir³⁸. Hangi yöntemle olursa olsun, işveren tarafından, işçi hakkında tutulan kayıtların özel yaşam hakkı bakımından önemi, bu belirlemeyle açık şekilde ortaya çıkmaktadır.

Anımsatalım ki, kişinin iş çevresiyle paylaşmadığı yaşam alanı, örneğin, aile yaşamı, konutu, işyerindeki odası ve ona özgülenen dolap vb. eşyası³⁹, işyerinden yaptığı haberleşme⁴⁰ de iş çevresinden gelebilecek müdahalelere, kural olarak, kapalıdır.

³³ EU, **Art.29-DPWP**, "Article 29 Working Party Working Document on Surveillance Of Electronic Communications In The Workplace" 5401/01/EN/Final WP 55, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf (9 Kasım 2004), s.20; *Halford v. UK*, 73/1996/692/884, 25.6.1997, para.44, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sif/626.txt> (12 Temmuz 2004).

³⁴ Yarg. 4. HD, 31.10.2000, 6487/ 9467, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

³⁵ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.342; Ayr. Bkz.: **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3.bs., İstanbul, Beta Yay., 2004 s.272.

³⁶ İş ilişkisiyle çalışan tanınmış bir sahne sanatçısıyla üretim bandında çalışan bir işçinin özel yaşam alanı farklıdır. Bkz.: yuk. § 2, II.

³⁷ **Şen**, Özel Hayat, s.216, 220, 229; **Donay**, Meslek Sırrı, s.21:

³⁸ **Kilkelly**, Guide, s.13;

³⁹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.15-17.

⁴⁰ *Halford v. UK*, para.44.

Özel yaşam kavramının görece karakteri, iş yaşamıyla ilgili yaptığımız bu açıklamalardan sonra daha da belirginleşmektedir. Bu bağlamda, AIHM'nin *Niemeitz* kararındaki “*Özel yaşam kavramını, bireyin kendi seçimi doğrultusunda kişisel yaşamını sürdürdüğü ‘içkin çember’le sınırlamak ve bu çembere dahil olmayan dış dünyayı tamamen bu kavramın dışında bırakmak aşırı kısıtlayıcı olacaktır. Özel yaşama saygı, belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsamalıdır*”⁴¹ anlatımı, kişinin mesleki (profesyonel) yaşamında da özel yaşam alanının varlığını ortaya koymaktadır⁴². Benzer şekilde MSHS İnsan Hakları Komitesi'nin *Coeriel and Aurik* kararındaki⁴³ “*...mahremiyet kavramı (nosyonu), başkalarıyla ilişkiye girerek ya da tek başına, kişinin kimliğini özgürce ortaya koyduğu yaşam alanını da içerir...*” anlatımı da aynı noktaya vurgu yapmaktadır⁴⁴. Ayrıca bu yaklaşım, Avrupa Konseyi'nin İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R(89)2 sayılı Tavsiye Kararının⁴⁵ 2. maddesinin “*İşçinin özel yaşamına ve insanlık onuruna, özellikle de, işyerinde sosyal ve bireysel ilişkileri devam ettirme olanağına saygı ... korunacaktır*” anlatımında da açıkça görülür.

ABD Anayasa Mahkemesi yargıçlarından Blackmun'ın *O'Connor*⁴⁶ kararına yazdığı karşıoy yazısındaki, “*...çalışan Amerikalıların bir çoğu için işyeri ikinci konut konumuna gelmiştir ... Bunun sonucu olarak, bir tarafta işyeri ve mesleki ilişkilerin diğer tarafta kişiye özgü alanın ve özel faaliyetlerin bulunduğu kabul edilen sıkı ayırım, gerçek yaşamda bulunmamaktadır*” anlatımı, konunun ortaya konması bakımından oldukça açıklayıcıdır.

⁴¹ *Niemeitz v. Germany*, para.29; Ayr. Bkz.: *Burghartz v. Switzerland*, 49/1992/394/472, para.36, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/HudocIdoc/HEJUD/sift/450.txt>, (13 Temmuz 2004).

⁴² **Pieter van Dijk, G.J.H van Hoof**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, London - Boston, The Hague - Kluwer Law International 1998, s.525; **Üzeltürk**, *Özel Hayat*, s.222; **Michael Ford**, “Two Conceptions of Worker Privacy”, *The Industrial Law Journal*, June 2002; Vol.31, 2, ABI/INFORM Global, s.138.

⁴³ *Coeriel and Aurik v. The Netherlands*, CCPR/C/52/D/453/1991,para.10.2, (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/cecf9858510e49f9802566e2003ac432?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/cecf9858510e49f9802566e2003ac432?Opendocument) (13.Nisan 2005).

⁴⁴ **Lee A. Bygrave**, “Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties”, *International Journal of Law and Information Technology*, Autumn 1998, Vol.8, No.3, s.254.

⁴⁵ 18 Ocak 1989 tarihinde AK Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için Bkz.: Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes, (Çevrimiçi) <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=710373&Lang=en> (18 Kasım 2004).

⁴⁶ *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), (Çevrimiçi) http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/480/709.html (29 Eylül 2004).

Bu başlık altında değinilmesi gereken, diğere bir kavram ise “meslek sırrıdır”. Kişi, mesleği nedeniyle öğrendiği sırları açıklamama yükümü altındadır ve aksine davranış suç oluşturabilir⁴⁷ (TCK m.239). Avukatlık, hekimlik gibi bazı meslekler için bu yükümlülük özel olarak düzenlenmiştir⁴⁸. Bu yükümlülük, mesleğini hukuki anlamda işçi olarak yapan, örneğin, iş ilişkisiyle özel bir sağlık kurumunda çalışan bir doktor için de aynıdır. Bu kişiden hastasından öğrendiği sırları açıklaması, kural olarak, istenemez. Ne var ki burada söz konusu olanın, doktorun/işçinin özel yaşamından çok, hastanındaki olduğu görülmektedir⁴⁹.

IV. Özel Yaşama Müdahale

Özel yaşama müdahale, öncelikle bu yaşam alanındaki bilgi ve olayların öğrenilmesi, her hangi bir şekilde depolanması, kullanılması, başkalarına aktarılması veya kamuya açıklanması şeklinde ortaya çıkacaktır. Görüleceği üzere; bu tür bilgilerin salt açıklanması değil, araştırılıp bulunarak öğrenilmesi de, özel yaşam müdahale oluşturur⁵⁰. Özel yaşama ilişkin bilginin tesadüfen öğrenilmesi halinde ise, bunun açık edilmesiyle saldırı oluşacaktır⁵¹.

Özel yaşama müdahale çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Gelişen teknoloji, özel yaşama müdahaleyi her geçen gün daha kolay hale getirmektedir. Kişinin gizlice evine ya da odasına girilmesi, özel yerlerinin aranması, mektuplarının açılması, kişinin kimliğine, sağlık durumuna, cinsel hayatına, yaşam tarzına ilişkin bilgilerin öğrenilip aktarılması, teknolojik imkanlarla kişinin gözetlenmesi, dinlenmesi ve her türlü haberleşmesinin denetlenmesi özel yaşama müdahaleye verilebilecek örneklerden sadece birkaçıdır⁵².

⁴⁷ Bkz.: aş. § 5, II, 1.

⁴⁸ Örneğin Avukatlık Kanunu m.36/I uyarınca “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya ... avukatlık görevi ... dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır”. ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4 uyarınca “Tabip ve diğere tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez” Meslek nedeniyle öğrenilen sırların açıklanmasını yasaklayan hükümlere örnekler ve aksine davranışın suç oluşturması hakkında Bkz.: **Donay**, Meslek Sırrı, s.46-50, 80 vd.

⁴⁹ Bkz.: **Donay**, Meslek Sırrı, s.11 vd., 72-79; **Şen**, Özel Hayat, s.221-223; Ayr. Bkz.: §9, III, 1, g.

⁵⁰ **İmre**, Meseleler, s.154; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.128; **Şen**, Özel Hayat, s.231-232.

⁵¹ **Jale G. Akipek**, **Turgut Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2002, s.365.

⁵² Özel yaşama müdahaleye örnekler için Bkz.: **Özsunay**, Gerçek Kişiler, s.130-137; **Kilkelly**, Guide, s.13; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.335; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.127; **Helvacı**, Davalar, s.58-59; **İmre**, Meseleler, s.153.

Kişinin özel yaşamına ilişkin olay ve bilgileri paylaştığı kişilerin, mesleki bir yasaklama⁵³ olmasa dahi, bunları açık etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁴. Bu yükümlülük, paylaşılan bilginin hiç kimseye aktarılması şeklinde kendini gösterebileceği gibi; özel yaşamına ilişkin bilgiyi açıklayan, bunun sadece belirli bir çevreyle sınırlı da tutmuş olabilir. Bu durumda, kişinin belirlediği sınırın aşılması açıklama yapılmaması gerekir⁵⁵. Yükümlülüğün sınırı ne olursa olsun aksine hareket, özel yaşama müdahale niteliği taşıyacaktır⁵⁶.

Paylaşılan bilginin, kamuya açık olup olmadığı ya da hangi çevreyle sınırlı olduğu noktasında duraksama söz konusu ise ve özel yaşamı söz konusu olan kişinin iradesinin de ne yönde olduğu bilinmiyorsa, bu alanı paylaştığı kişilerin, ortalama dürüst bir insan gibi davranıp durumun tüm gereklerini değerlendirecek bu konuda karar vermesi beklenir⁵⁷. Asıl olan, açıklama yapmayı haklı kılacak geçerli bir neden olmadıkça, bunların açıklanmamasıdır⁵⁸.

Müdahale, geniş anlaşılmalı, sadece gizli bilgilerin öğrenilmesi ve açıklanması değil, özel yaşam alanındaki özgürlüğü kısıtlayıcı tüm eylem ve düzenlemeler de kavram içinde değerlendirilmelidir. Örneğin, haberleşmenin izlenmesi kadar engellenmesi de özel yaşama müdahale oluşturacaktır⁵⁹. Benzer şekilde, işverenin işçiden özel yaşantısında belli kişilerle görüşmemesini istemesi de bu anlamda müdahaledir. Dahası, AİHM, kişisel bilgilerin elde edilmesi ve açıklanması ya da özel yaşam alanında kişinin özgürce davranmasının engellenmesinden başka, bu alanda ses, koku vb. şekillerde meydana gelen rahatsızlıkları da, müdahale olarak kabul eder⁶⁰.

⁵³ Bkz.: yuk. §2, III, 4.

⁵⁴ Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.27.

⁵⁵ Dural/Öğüz, Kişiler, s.129; Ayr. Bkz.: Şen, Özel Hayat, s.234-235.

⁵⁶ İmre, Meseleler, s.156; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2.bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2000, s.141; Şen, Özel Hayat, 230; Özsunay, Gerçek Kişiler, s.129; Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.26-27; Özek, Basın Hukuku, s.259; Dural/Öğüz, Kişiler, s.126; Şen, Özel Hayat, s.234; Ayr. Bkz.: M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s.146-147.

⁵⁷ Dural/Öğüz, Kişiler, s.126.

⁵⁸ Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.26-27.

⁵⁹ Frank Hendrickx, "Privacy and Employment Law: General Principles and Application to Electronic Monitoring", Bulletin of Comparative Labour Relations, 28 February 2002, s.46-47; Gölcüklü/Gözbüyük, Uygulama, s.342; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.190.

⁶⁰ van Dijk/van Hoof, Theory and Practice, s.526-528; Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights, s.815, 817-818; Üzeltürk, Özel Hayat, s.184-187.

Özel yaşama her müdahale, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça, hukuka aykırı; başka bir anlatımla, *saldırı* niteliğindedir⁶¹.

§3. ÖZEL YAŞAM HAKKI

I. Özel Yaşam Hakkının Tanımı

Özel yaşam hakkı; öncelikle, bireyin özel yaşam alanının gizli ve hangi odaktan gelirse gelsin meşru olmayan müdahaleden uzak tutulması noktasında, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülen bir yararın varlığının tanınması anlamına gelir. Başka bir anlatımla, özel yaşam hakkı, politik bağlamda siyasi iktidara; sivil bağlamda ise topluma ve onu oluşturan bireylere (kişilere) karşı özel yaşam değerlerine dokunulmaması noktasında talep hakkını anlatır⁶².

Korunan, özel yaşama ilişkin bilgilerin gizliliğinin yanı sıra, kişinin bu alandaki özgürlüğüdür⁶³. Daha da ileri gidilerek, korunmaya değer olanın, özel yaşamın kendisi değil, kişinin özel yaşamında sürdürdüğü eylemler ve bu alandaki özgürlüğü olduğu da ileri sürülür⁶⁴.

Özel yaşam hakkının tanımları arasında en bilineni ve özet olanı, 1928 yılında, ABD Anayasa Mahkemesi yargıç Louise D. Brandeis'in Olmstead davası karşısındaki yazısındaki "*yalnız kalabilme hakkı (right to be left alone)*" tanımıdır⁶⁵. Esasen bu tanım, Brandeis'in Warren ile birlikte yazdıkları 1890 tarihli "Özel Yaşam Hakkı" başlıklı makalede açık şekilde ortaya konmuş⁶⁶; Brandeis, daha sonra bu tanımı kararda kullanmıştır. Genelde kabul gören bu tanıma, "*kişinin yaşamını en az derecede müdahaleyle yaşama hakkı*" da eklenmektedir⁶⁷. Özel yaşam hakkına ilişkin üzerinde uzlaşmaya varılan diğer bir

⁶¹ Bkz.: aş. § 5, III, 3, a.

⁶² **Ruiz**, The Right to Privacy, s.156.

⁶³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.20; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.189; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.137; **Helvacı**, Davalar, s.59; **Donay**, Meslek Sırrı, s.21.

⁶⁴ **Ruiz**, The Right to Privacy, s.156-158.

⁶⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) (Çevrimiçi) http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/277/438.html; Dava ve Yargıç Brandies hakkında bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.oyez.org/oyez/resource/case/288/>

⁶⁶ **Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis**, "The Right to Privacy", Harvard Law Review, Vol.IV, No.5, 15.12.1890, s.193-220, özellikle, 195 ve 213 vd.; Ayr. Bkz. **Jay P. Kesan**, "A 'First Principles' Examination of Electronic Privacy in the Workplace", Bulletin of Comparative Labour Relations, No.40, Ed. Roger Blampain, London, Kluwer law International, 2002, s.257; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1806.

⁶⁷ L. Doswald-Beck'ten aktaran Michele Jankanish, "Privacy Issues in an International Perspective", **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.10 dn.5.

tanım ise “bireylerin ... kendileri hakkındaki bilgilerin, ne zaman, nasıl ve hangi sınırlar dahilinde diğerlerine aktarılabilirliğine karar verme yetkisi” şeklindedir⁶⁸. Daha kapsamlı başka bir tanıma göreyse; özel yaşam hakkı, “özel, aile ve konut yaşamını, maddi ve manevi bütünlüğü, onur ve saygınlığı, yanlış şekilde tanıtılmamayı, ilgisiz ve utanç kaynağı olabilecek gerçeklerin açık edilmemesini, özel fotoğrafların yetkisiz şekilde basılıp ve dağıtılmamasını, bireyin gizli şekilde alıp verdiği bilgilerin açıklanmamasını kapsar”⁶⁹.

Özel yaşam kavramının görece karakteri göz önüne alındığında, özel yaşam hakkı için de mutlak bir tanım vermenin güçlüğü ortadadır. Tanım bolluğunun bir nedeni de, mutlak nitelikli bir tanımın, özel yaşama yönelik saldırıların çeşitliliği karşısında sağlanacak hukuki korumanın sınırlanmasına neden olabileceği endişesidir⁷⁰.

Bu bağlamda, özellikle AİHM’nin özel yaşam hakkını yorumlayışının oldukça geniş olduğu belirtilmelidir. Mahkeme, bu başlık altında ortaya koymaya çalıştığımız kapsamı kabul etmekle kalmayıp; kişinin kendini algılama biçimini ortaya koymak ve kimliğini seçme eylemlerinin dışavurumlarını da özel yaşam hakkı içinde kabul etmektedir. Başka bir anlatımla, kişinin kendini toplumsal yaşamda ortaya koyuş şekli de, özel yaşam hakkıyla korunmalıdır⁷¹. Örneğin, kişinin toplum içinde nasıl giyineceğine salt karar vermesi değil; bunun eyleme dökülmesi de, hakkın koruduğu alana dahildir⁷². Özel yaşam hakkı,

⁶⁸ Alan Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, s.39’dan aktaran **Pincus/Trotter**, *The Disparity*, s.51 dn.2; Ayr. Bkz.: Jankanish, *Privacy Issues*, s. 10 dn.4; **Isbister**, *Justifying Drug Testing*, s.258.

⁶⁹ Consultative Assembly (Parliamentary Assembly) of the Council Of Europe, Twenty-First Ordinary Session (Third Part), Text Adopted, Resolution 428 (1970) Containing a Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, m.C.1, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta70/BRES428.pdf> (2 eylül 2004).

⁷⁰ **Craig**, *Privacy and Employment Law*, s.12-13; **Üzeltürk**, *Özel Hayat*, s.168-169.

⁷¹ “...madde 8 kendi kimliğini belirleme ve kişisel gelişim hakkını ve diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da korur.... Bu nedenle, bir kişinin kamuya paylaşılan yaşam bağlamından dahi ‘özel yaşam’ kapsamı içinde değerlendirilebilecek diğerleriyle etkileşim alanı mevcuttur.” P.G. and J.H. v. UK, para.56; “...özel yaşama saygı, belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsamalıdır” Niemietz v. Germany, para.29; Ayr. Bkz.: **M. Semih Gemalmaz**, *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, (Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset), AİHK ve AİHM Kararları ve Değerlendirmesi, İstanbul, Legal Yay., 2005, s.1317.

⁷² **Harris/O’Boyle/Warbrick**, *Law of ECHR*, s.307; **Clayton/Tomlinson**, *The Law of Human Rights*, s.812; **Üzeltürk**, *Özel Hayat*, s.172-174, 182.

Kişini giyim tarzı konusundaki tercihinin özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirileceği, AİHK’nun McFeeley tarafından yapılan başvurunun kabul edilebilirlik değerlendirmesinde açık şekilde anlatım bulmuştur. Bkz.: *McFeeley et al.v.UK*, Application No.8317/78, 15.5.1980, para.

görülebileceği üzere, AIHM tarafından özel yaşam alanındaki özgürlüğün ve dokunulmazlığın kamuya mal olmuş alandaki yansımaları da kapsar şekilde anlaşılmakta; özel yaşam hakkıyla anlatım özgürlüğü arasında bağlantı kurulmaktadır⁷³. Hakkın koruduğu alana ilişkin bu tutum, Anglo-Sakson Hukukunun, hakkın kişisel bilgilerin gizliliği ve kişinin yalnız kalabilmesi (inziva; *seclusion*) boyutuna yaptığı vurgudan ve Türk öğretisince benimsene gelmiş olan üç alan kuramı uyarınca korunmaya layık görülen özel alandan⁷⁴, çok daha kapsamlı bir algılayışı göz önüne sermektedir⁷⁵. Mahkemenin geniş yorumunun bir diğer boyutu da, müdahale olgusunu algılayışında görülür⁷⁶. Belirtmek gerekir ki; AIHS sistemiyle bütünleşmiş olan ulusal hukukumuz bakımından, AIHM'nin özel yaşam hakkını yorumlayışının göz ardı edilmesi mümkün değildir⁷⁷. Ayrıca, BM MSHS uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi kararlarında da benzer bir hak kavrayışı yaklaşımının sergilendiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır⁷⁸.

Hakkın, ortaya koymaya çalıştığımız bu geniş çerçevesi göz önünde tutularak, Anayasadaki “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığının⁷⁹ etkisiyle kullanılan “Özel Yaşamın Gizliliği ve Korunması Hakkı” yerine, çalışmamızda, *özel yaşam hakkı* ve *özel yaşama saygı hakkı* deyimleri, bu hakkı belirtmek üzere tercih edilmiştir⁸⁰.

II. Özel Yaşam Hakkının Önemi

Özerklik, bireyin amaç ve ilişkilerini serbestçe belirleyebilme yetisi olarak tanımlanır. Özel yaşam (mahremiyet; *privacy*) ise, dış etkiden arınmış

83; **European Commission of Human Rights**, Decisions and Reports, 20, December 1980, Germany, COE, 1995, s.91; Ayr. Bkz.: *Kara v. UK*, Application No.36528/97, 22.10.1998, The law, 1, para.2, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=2102664&skin=hudoc-n&action=request> (23 Nisan 2005).

⁷³ **van Dijk/ van Hoof**, Theory and Practice, s.490; Ayr. Bkz. **Gemalmaz**, Kıyafet Hukuku, s.1315-1316.

⁷⁴ Bkz.ve Karş. §2, II.

⁷⁵ **Clayton/Tomlinson**, The Law of Human Rights, s.811; Söz konusu kavrayış değişikliğinin Birleşik Krallık'taki etkileri için Bkz.: **Ford**, Two Conceptions, s.147-149.

⁷⁶ Bkz.: yuk. §2, IV.

⁷⁷ Bkz.: aş. § 4, IV.

⁷⁸ **Bygrave**, Data Protection Pursuant to the Treaties, s.254; Örn. Bkz. *Coeriel and Aurik v. The Netherlands*, para.10.2.

⁷⁹ Anayasa'nın İkinci Kısmının İkinci Bölümündeki, 20-22. maddeleri kapsayan IV. numaralı alt başlık.

⁸⁰ Bkz. ve Karş. **Üzeltürk**, Özel Hayat, s.2-3.

bir alan sağlayarak, sosyal baskıya karşı yalıtımı, mümkün kılar⁸¹. Bireyin özerk ve bağımsız şekilde hareket edebilmesi için, dışsal kontrol ve baskılara direnç gösterebilmesi, ilk koşuldur. Bu kontrol ve baskı devletten ya da toplumdan gelebileceği gibi; çalışma konumuz bakımından diğer bir dikkate değer kontrol odağı da, işveren olarak karşımıza çıkar. Dahası, kimi yazarlarca, işveren otoritesinin işçi üzerindeki etkisinin devletinkinden daha olumsuz sonuçlar doğurma olasılığı üzerinde durulur. Bu görüş ortaya konurken, alkol ya da uyuşturucu kullandığından kuşku edilen bir işçiye işveren tarafından uygulanacak yaptırımın -iş sözleşmesinin feshedilmesinin-, devletin bu kişiye uygulayacağı yaptırıma oranla, ekonomik sonuçlarının çok daha yıkıcı olabileceği ve devlete oranla işverenin işçilerin günlük yaşamlarının düzenlenmesi yönündeki gücünün, daha yoğun olduğu belirtilir⁸².

Bu noktada, hangi odaktan kaynaklanırsa kaynaklansın, kontrol ve baskıya karşı direnci sağlayan dayanak olarak, özel yaşam hakkının önemi belirlenir. Özel yaşam hakkının yokluğu, güçsüzün güçlü tarafından ezilmesi sonucunu doğurur⁸³. Her ne kadar, kişinin yaşamındaki eylemlerinin tamamı özel yaşam alanı içinde gerçekleşirse de, kamuya açık alandaki eylemlerin kararının verilmesi aşamasında özel yaşam hakkının sağladığı korumadan yararlanabildiği ölçüde, bireyin özerk şekilde hareket ettiği kabul edilebilir⁸⁴. Dahası, başta AIHM olmak üzere uluslararası yargı ve denetim organlarının özel yaşam hakkıyla korunan alanı algılayışının, kişinin kimliğini kamuya açık alanda nasıl ortaya koyacağına ilişkin salt karar verme aşamasını değil; bunun eyleme dönüştürülmesini de içerdiği unutulmamalıdır⁸⁵. Özel yaşam hakkı sayesinde kişi, toplumsal ve siyasal yaşama katılıp katılmama, katıldığı durumlarda da bunun düzeyini belirleme seçeneğine sahip olur⁸⁶. Aksi halde, "... toplumun çehresinin değişmesi ve bunun ürkek, korkak, ve esir insanların toplum hayatına dönmesi ihtimali meydana gelebilir"⁸⁷.

⁸¹ Hendrickx, General Principles, s.46; Craig, Privacy and Employment Law, s.20; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.189.

⁸² Pincus/Trotter, The Disparity, s.57, 82; Ruiz, The Right to Privacy, s.165; Craig, Privacy and Employment Law, s.151 ve a.y. dn.33.

⁸³ Durmuş Tezcan, "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Yargısı – 8, Ankara 1991, s.386.

⁸⁴ Craig, Privacy and Employment Law, s.22.

⁸⁵ Bkz.: yuk. § 3, I; aş. § 4, III-IV.

⁸⁶ Ruiz, The Right to Privacy, s.163

⁸⁷ İmre, Meseleler, s.150.

Kişinin saygınlığı ve düşünsel sağlığı için de, özel yaşam hakkı vazgeçilmez konumdadır. Toplu yaşamdan ayrı bir dünyanın varlığı sayesinde ki, kişi kendini ifade etme konusunda çıkış noktaları, farklı yaşam tarzlarını keşfetme ve uygitsinci (*conformist*) baskılara direnme; yani, kişiliğini geliştirme olanağı bulur⁸⁸. Kişinin sürekli olarak gözetim altında tutulduğu yerlerde, kişiliğinin pek az geliştiği ve yaratıcı düşünme yeteneğinin köreldiği bir gerçektir⁸⁹. Giderek, AY m.17/I hükmüyle herkese tanınan maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının kullanılabilirliğinin, özel yaşam hakkına bağlı olduğu görülür⁹⁰. Korumanın yeterli olmadığı durumlarda strese bağlı ciddi sorunlar ve hatta intihar vakalarıyla karşılaşılması, özel yaşama saygı gösterilmesi konusundaki kritik sosyal ihtiyacın göstergesidir⁹¹.

Uygitsinci baskıya direnç gösterilmesinde önemli yere sahip olduğunu belirttiğimiz özel yaşam hakkının, giderek, düşünce ve anlatım özgürlüğünün ve demokratik toplumlarda olmazsa olmaz unsur olan, *çoğulculuğun* sağlanması için önkoşul olduğu anlaşılır⁹². Ancak özel yaşam hakkı ile özgürlük arasındaki bu yakın bağın tanınması sayesinde, özel yaşama sağlanacak korumanın düzeyi konusundaki duraksama giderilebilir ve bu korumanın önemi anlaşılır⁹³.

Özel yaşam (mahremiyet) kavramının, saygı, sevgi, dostluk ve karşılıklı güven kavramlarını içinde barındırdığı; dolayısıyla, sağlıklı insani ilişkilerin ancak, bireylerin birbirlerine belli oranda mahremiyet tanınması sayesinde mümkün olduğu ileri sürülür⁹⁴. Türk Hukuku dahil birçok hukuk sisteminde İş Hukukunun, bu tür bir ilişkiyi ve karşılıklı güvenin önemini, iş sözleşmesinde iyiniyet (dürüstlük) kuralının (MK m.2) geçerliliğini kabul eden tutumuyla,

⁸⁸ Jourard, 'Some Psychological Aspects of Privacy', Law and Contemporary Problems, Vol.31, s.309-310'dan aktaran **Craig**, Privacy and Employment Law, s.23; Ayr. Bkz.: **Özsunay**, Gerçek Kişiler, s.127; **Nonnie L. Shivers**, "Firing 'Immoral' Public Employees: If Article 8 of the European Convention on Human Rights Protects Employee Privacy Rights, Then Why Can't We?", Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol.21, No.2, 2004, s.641-642.

⁸⁹ **Özsunay**, Gerçek Kişiler, s.128.

⁹⁰ Bkz.: **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.189.

⁹¹ **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.22; **A.Westin**, Privacy and Freedom, London, Bodley Head, 1967 s.33'den aktaran **Craig**, Privacy and Employment Law, s.23; **Don A. Cozzetto, Theodore B. Pedeliski**, "Privacy and the Workplace: Technology and Public Employment", Public Personnel Management, Vol.26, No.4, Winter 1997, s.524.

⁹² **Craig**, Privacy and Employment Law, s.25.

⁹³ **Ruiz**, The Right to Privacy, s.159.

⁹⁴ **Fried**, 'Privacy', Yale Law Journal, S.77, s.477'den aktaran **Craig**, Privacy and Employment Law, s.24.

tanıldığı da bir gerçektir⁹⁵. Özel yaşama müdahale içeren uygulamalar, işçilerde, işverenlerinin kendilerine güvenmediği kanısı oluşturarak; bu tür uygulamaların, saygınlıklarına yapılan bir saldırı olarak algılanmasına neden olur. Bu da işçilerin, işverene olan bağlılıklarına, iş motivasyonlarına, günümüz iş yaşamında önem kazanan yaratıcı düşünme yetenekleri ve giderek, verimliliklerine olumsuz etki yapar⁹⁶. Görüleceği üzere, özellikle makul bir nedene dayanmayan özel yaşama müdahaleye yönelik uygulamalar, çalışma barışının bozulmasında önemli nedenlerden birini oluşturma olasılığını barındırır⁹⁷.

Ortaya koymaya çalıştığımız bu açıklamalar sonucunda, özel yaşam hakkının kişinin, düşünce ve anlatım özgürlüğü başta olmak üzere kişi özgürlüğü, katılım ve çoğulculuk, kendini geliştirme gibi önemli hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi için kilit konumu; dahası, kişisel ve sosyal düzen ve huzurun, çalışma konumuz özelinde ise, çalışma barışının sağlanmasında, bu hakka gösterilecek saygının öneminin de yadsınamaz boyutta olduğu, anlaşılacaktır.

III. Özel Yaşam Hakkının Niteliği

Özel yaşam hakkı, Kamu Hukuku bakımından insan hakları (temel haklar) arasında yer alır. Bu hakkı, Özel Hukukun kavrayışı ise, özel yaşam hakkının kişilik hakkının görünülerinden biri olarak kabulüdür. Öğretide, Kamu Hukukundaki temel hakların Özel Hukuktaki izdüşümünün kişilik hakkı olduğu belirtilmekle birlikte⁹⁸, kişilik hakkının temel haklara dayanılarak düzenlendiği ve daha dar kapsamlı olduğu da ileri sürülmektedir⁹⁹.

⁹⁵ Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.24 dn.117.

⁹⁶ **Kesan**, First Principles, s. 255, 266; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.24-25; **Eamonn Sheehy**, "Monitoring and Control of Use of E-mail and the Internet by Employee. Management's Point of View", Bulletin of Comparative Labour Relations, No.40, Ed. Roger Blampain, London, Kluwer law International, 2002, s.34; **Michele Colucci**, The Impact of the Internet and New Technologies on the Workplace: A Legal Analysis from a Comparative Point of View, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, s.16-17; **Cozzetto/Pedeliski**, Privacy and the Workplace, s516; Ayr. Bkz. **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.299.

⁹⁷ **Robert J. Mignin**, **Bart A. Lazar**, **Josh M. Friedman**, "Privacy Issues in the Workplace: A Post-September 11 Perspective", Employee Relations Law Journal, Vol.28, No.1, Summer 2002, s.15 (Bu makalenin Türkçe çevirisi için Bkz.: "İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar: 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı", Çev. K. Ahmet Sevimli, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal Yay.,2005, s.361-383); **P.J. Connolly**, "Activity Monitors Raise Ethical and Legal Questions Regarding Employee Privacy", InfoWorld, Volume:23, Iss.7, Framingham, Feb 12 2001, s.57.

⁹⁸ **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.15; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.94.

⁹⁹ **Ufuk Aydın**, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları n.175, 2002, s.8.

1. İnsan Hakkı/Temel Hak Olarak Özel Yaşam Hakkı

“İnsan Hakları”, “Kamu Özgürlükleri”, “Temel Haklar”, “Kişi Hakları ve Özgürlükleri” ve “Kamusal Haklar” kavramları, çoğu zaman, birbirinin yerine kullanılan, yakın kavramlardır. Kavramların birbirine yakınlığı, bir terim birliği sağlanmasını da güçleştirir¹⁰⁰. Ayrıca, insan hakları kavramının, birçok disiplinin ilgi odağı olması, bu kavramla ilgilenen odakların konumu, hakkın içeriğinin insanlığın gelişimiyle doğru orantılı olması ve insana ilişkin her olgunun bu kavramla ilişkilendirilmesi yönündeki eğilim, kavramın net şekilde tanımlanmasını güçleştiren diğer etkenler olarak karşımıza çıkar¹⁰¹. Yine de, İnsan Hakları, sıralananlar arasında, anlam bakımından en geniştir ve bu özelliğiyle diğerlerinden ayrılır¹⁰².

Çalışmamız açısından, İnsan Hakları ve Temel Haklar arasındaki ilişkinin ortaya konması, sıralanan diğerlerine göre özellikle bu iki kavramın birbirine çok daha yakın görülmesi nedeniyle, önemlidir¹⁰³. İnsan Hakları için, insanlığın ulaşmayı hedeflediği değerleri tanımladığı, bu bakımdan “olması gereken” (*lex feranda, de lege feranda*) nitelikte olduğu ileri sürülmekte; İnsan Haklarının pozitif hukuka aktarılmış hali için ise, Temel Haklar deyimini kullanılmaktadır¹⁰⁴. Başka bir anlatımla, Temel Hakların çıkış noktasını İnsan Hakları oluşturmaktadır¹⁰⁵. “İnsan Hakları”, “Temel Haklar”, “Kamu Özgürlükleri” deyimlerinin çoğu zaman eş anlamlı kullanımına karşı, İnsan Hakları kavramının ulaşılması gereken ideal boyutu için “soyut anlamda insan hakları”; pozitif hukuka aktarılmış bölümü için ise “somut insan hakları” deyimleri de önerilmektedir¹⁰⁶. Bu açıklamalar sonrasında, İnsan Hakları, tüm insanların salt insan

¹⁰⁰ **Münci Kapani**, Kamu Hürriyetleri, Ankara, Yetkin Yay., 1993, s.13-14; **Mümtaz Soysal**, Anayasaya Giriş, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969, s.237; Tarihsel süreçte Türkiye’de tercih edilen kavramlar ve nedenleri için Bkz.: **Bülent Tanör**, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, Özal Matbaası, 1990, s.17-19

¹⁰¹ İnsan Hakları kavramının içeriğinin belirlenmesini güçleştiren başlıca sorunlar hakkında açıklama için **M. Semih Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. bs., İstanbul, Legal Yay., 2005, s.979 vd.; Ayr. Bkz.: **Tanör**, Sorun, s.21-22.

¹⁰² **Tanör**, Sorun, s.15-17; **Gemalmaz**, Teori, s.995.

¹⁰³ Sıralanan diğer kavramlara ilişkin açıklamalar için Bkz.: **Tanör**, Sorun, s.15-16; **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s.14.

¹⁰⁴ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s.14; ; **Tanör**, Sorun, s.15; **Mümtaz Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1990, s.83; **Rona Aybay**, **Aydın Aybay**, Hukuka Giriş, İstanbul, Aybay Yay., 1998, s.52; **Şükran Ertürk**, İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s.25; Ayr. Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.991-992.

¹⁰⁵ **Hendrickx**, General Principles, s.48.

¹⁰⁶ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.3.

olmaları nedeniyle, her zaman her koşulda ve her yerde sahip oldukları ve insana yarasır bir yaşam ve insanın kendini gerçekleştirebilmesi için vazgeçilmez nitelikteki, dinamik haklardır, şeklinde bir tanım vermek olanaklıdır¹⁰⁷.

Özel yaşam hakkı, insan haklarını (temel hakları) koruma altına alan uluslararası belgelerde ve anayasalarda yer alır. Bunun temelinde özel yaşam hakkının insanın salt insan olmasından kaynaklanan haklardan biri; başka bir anlatımla insan hakkı olduğu yönündeki genel kabul bulunur. Bu kabulde, Doğal Hukuk öğretisinin etkisi yadsınmaz¹⁰⁸.

Özel yaşam hakkının insan hakları/ temel haklar arasındaki yeri, onun, kural olarak, dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemez nitelikte olduğuna; ve ancak yasayla sınırlanabileceğine ve bu sınırlamanın da hakkın özüne dokunulamayacak -başka bir anlatımla tümüyle işlevsiz kılınamayacak- şekilde yapılması gerektiğine işaret eder¹⁰⁹ (AY m.12/I, 13). Bunun yanı sıra, özel yaşam hakkının Anayasada bir temel hak olarak düzenlenmiş olması, Devlete, üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı özel yaşamın korunması yönünde görev (pozitif yükümlülük) yüklediği gibi¹¹⁰; kişiler arası ilişkilere de dolaylı ya da doğrudan etki eder¹¹¹.

Burada kısaca üzerinde durmakta yarar gördüğümüz önemli bir farkı belirtilmeden geçemeyeceğiz. ABD Anayasası'nda özel yaşamı garanti altına alan açık bir hak yoktur. ABD Anayasasının Dördüncü Değişikliği (*The Fourth Amendment*), "... insanların, makul olmayan aranma ve elkoyma karşısında, kişiliklerinin, konutlarının, evraklarının ve eşyalarının güvende olma hakkı"nı korur¹¹². Anglo-Sakson Hukukunda özel yaşam hakkının kökeninde mülkiyet hakkı yatar. ABD Anayasasının 4. Değişikliğinde düzenlenen hak da, esasen, kamu otoritelerinin özel mülkiyete giriş vb. müdahalelerine karşı koruma sağlamayı hedefler. Zaman içinde, yargı kararları ve öğretisi yorumuyla, ABD'de bugünkü özel yaşam hakkı algılayışına ulaşılmıştır¹¹³. Giderek, ABD'de

¹⁰⁷ İnsan Hakları kavramı için öğretilerde verilen çeşitli tanımlar için Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.996-1003.

¹⁰⁸ **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.7.

¹⁰⁹ **Hendrickx**, General Principles, s.48-49; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.3; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.384; Ayr. Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.1025-1026.

¹¹⁰ **Ertürk**, Temel Haklar, s.40-41; **Detlev W. Belling**, "Grundrechte im Privatrecht", Yasa Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2004, Yıl:27, Sayı:255, s.28-29; Ayr. Bkz.: aş. § 4, IV.

¹¹¹ Bkz.: aş. § 5, I, 2.

¹¹² Dördüncü değişiklik metni ve açıklamalar için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/> (13 Şubat 2005).

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.62-63; **Ersan Şen**, "Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması",MHAD, Yıl:15, No.18, İ.Ü. Mukaye-

Anayasadaki bu hükmün, devletin *kamu çalışanlarının* özel yaşamlarını makul olmayan bir şekilde ihlal ettiği durumlara karşı koruma sağlayacağı kabul edilir; özel sektör çalışanlarının özel yaşamının korunması ise, sadece içtihat hukuku ve federe yasalarla sağlanır¹¹⁴. Özel yaşam hakkını açık şekilde anayasasında düzenlemiş olan çok az sayıda Eyalet bulunmaktadır ve bu anayasalardaki özel yaşamın korunmasına yönelik hükümler arasında sadece Kaliforniya Anayasasındaki (Art.I §1) kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanabilecek niteliktedir¹¹⁵. Dolayısıyla ABD’de, özellikle federal düzeyde, anayasa hükmünün kişiler arası ilişkilerde uygulanmasından¹¹⁶ da söz edilemez¹¹⁷. Hakkın bu şekilde farklı algılanmasında, bireyi, nereden gelecek tehlikeye karşı korumak amacıyla kabul edildiği, önemli rol oynar. “... *Birleşik Devletler Anayasasından farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin birincil amacı, bireyin özgürlüğünü, kutsallığı abartılmış devlete karşı korumak değil; insan onurunu korumaktır. II. Dünya Savaşının tecrübelerinden; özellikle de Nazilerin milyonlarca sıradan insanın işbirliğiyle desteklenen, azınlıklara ve muhaliflere uyguladığı acımasız baskı ve imhadan, doğmuştur*”¹¹⁸.

seli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 1990, s.84-86; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.10-11; **Ford**, Two Conceptions, s.137-138; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.386-387; **Sherrard**, Workplace Searches and Surveillance, s.295; **Isbister**, Justifying Drug Testing, s.258; **Patrick Boyd**, “Tipping the Balance of Power: Employer Intrusion on Employee Privacy Through Technological Innovation”, St. John’s Journal of Legal Commentary, Vol.14, 1999-2000, s.182; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.43; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.3; **Michael F. Rosenblum**, “The Expanding Scope of Workplace Security and Employee Privacy Issues, DePaul Business Law Journal, Vol.3, 1990-1991, s.78-79.

¹¹⁴ **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.53-55; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.10; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.183; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.43; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.58 vd.; **Rosenblum**, Workplace Security, s.81, 90, 97; Ayr. Bkz.: **Warren/Brandeis**, The Right to Privacy, s.193 vd.; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.9; **Jacobs**, Electronic Trespassing, s.22; (Çevrimiçi) <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#4> (13 Şubat 2005).

¹¹⁵ Bkz.: **Michele Patterson Ahrens**, “Liability Waiting to Strike: Violation of an Employee’s Privacy through Disclosure of Records”, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol.14, 1980-1981, s.385 vd., özellikle 399; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.77-80; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.44; **Ciocchetti**, Monitoring Employee E-Mail, para.10.

¹¹⁶ Bkz.: aş. § 5, I, 2; § 4, IV.

¹¹⁷ **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1806; **Keir Starmer**, “Positive Obligations Under the Convention”, Understanding Human Rights Principles, Ed: by Jeffrey QC Jowell, Jonathan Cooper, Oregon, Hart Publishing 2001, s.140-145; **ILO**, Workers’ Privacy Part III: Testing in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol.12, No.2, Geneva, International Labour Office, 1993, s.32; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.43.

¹¹⁸ **Starmer**, Positive Obligations, s.144-145.

Özel yaşama müdahaleyle ilgili sorunların çözümünde ABD içtihat hukukunun geliştirdiği ölçüt, “özel yaşama/mahremiyete saygı beklentisidir”¹¹⁹. Mağdurun özel yaşamına saygı bekleme sinin makul görülüp görülemeyeceği noktasından hareketle geliştirilen bu ölçütün, özel yaşam hakkının anayasada düzenlenmiş bir temel hak olarak kabulüne göre daha düşük düzeyde koruma sağladığı açıktır¹²⁰. Dolayısıyla, kimi yazarlarca, “özel yaşama saygı beklentisi” ölçütünün ABD Hukukunda anlaşıldığı şekliyle¹²¹, Türk Hukuku için de kullanılmasının önerilmesi¹²², hakkın, kamu çalışanları bakımından açıkça düzenlenmiş değil, yorum yoluyla kabul edilmiş bir hak düzeyine indirilmesi ve özel kişiler arası ilişkilerde uygulanma kabiliyeti olan bir temel hak olduğunun göz ardı edilmesi tehlikelerini, beraberinde getirecektir. Bu noktada, çalışmamızda yer verdiğimiz ABD federal ve federe mahkeme kararlarının, -Kaliforniya Eyaleti kararları hariç- özel yaşam hakkının anayasada açıkça düzenlenmiş ve özel kişiler arası ilişkilerde uygulanabilir bir temel hak olarak algılanmamasına rağmen ulaşılan sonuçlar oldukları kaydıyla okunması gereğine, önemle işaret etmek isteriz.

2. Kişilik Hakkının Görünümü Olarak Özel Yaşam Hakkı

Özel Hukuk Öğretisinde, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı tanımlamak üzere “kişilik hakkı” deyimini kullanılmaktadır¹²³. Türk ve

¹¹⁹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.73-77; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.11-12.

¹²⁰ Birleşik Krallık İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act) öncesindeki benzer algılamaya ve sonuçları için Bkz.: **Ford**, Two Conceptions, s.148-149.

¹²¹ Belirtmek gerekir ki “özel yaşama saygı beklentisi” AİHM kararlarında da kullanılan bir ölçüt olarak karşımıza çıkabilmektedir. Ne var ki, kavramın AİHM kararlarındaki işlevinin, ABD Hukukunun kavrayışının aksine, hakkın korunmasında bir araç olarak kullanılması olduğunu iddia etmenin yanlış olmayacağı, kanısındayız. Bkz. ve Karş.: *P.G. and J.H. v. UK*, para.56-57; *Halford v. UK*, para.45 ve *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987), (Çevrimiçi) http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/480/709.html (29 Eylül 2004); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), (Çevrimiçi) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=389&invol=347> (30 Eylül 2004). Ayr. Bkz.: **Üzeltürk**, Özel Hayat, s.10-11.

¹²² Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.221; **Fuat Bayram**, “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, s.289.

¹²³ **W. Siebert**, “Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler”, Çev. Bilge Öztan, AÜHFHD, C.XXXVI, Sayı:1-2, 1969, s.223-229; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.124, dn.378; **Helvacı**, Davalar, s.41; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.92-93; **Arpacı**, Kişiler, s.108; **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.359; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.12-14; Öğretideki birden fazla kişilik hakkının varlığını savunan görüşler ve dayanakları için Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s. 42-43 ve a.y. dn.135-140; **Siebert**, Meseleler, s.222-223; **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.360; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.12.

İsviçre Hukukunda, kişiliği oluşturan değerlerin *numerus clausus* sayımından kaçınılarak çerçeve nitelikte genel bir kişilik hakkının tercih edilmesinin ve içeriğinin doldurulmasının yargıca bırakılmasının temelinde, yaşamın akışına koşut şekilde değişen ve çeşitlenen kişisel değerler ve teknolojinin ilerlemesiyle bunlara yönelen saldırı şekillerinin başkalaşması yatar¹²⁴. Bu tutum, aynı zamanda kişiliği oluşturan değerlerin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının mümkün olmamasıyla da ilişkilidir¹²⁵.

Kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere **genel kişilik hakkı**, bu hakkın somut, münferit görünümleri için ise **münferit kişilik hakları** deyimi kullanılmaktadır¹²⁶. Özel yaşamın, kişiliği oluşturan değerlerden ve giderek, özel yaşam hakkının da kişilik hakkının münferit görünümlelerinden biri olduğu tartışmasızdır¹²⁷. “*Kişisel değerler, Medeni Kanun'un 24. maddesinde genel olarak "şahsi menfaatler" sözcükleriyle anlatılmış ancak bunların neler olduğu teker teker sayılmamıştır. Hukuk öğretisinde ve uygulamada kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerleri ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam, isim, resim gibi manevi değerleri kişisel değerler olarak kabul edilmektedir.*”¹²⁸

Özel yaşam hakkının, Kişilik Hakkının bir görünümü olmasından kaynaklanan niteliklerinin başında **mutlak hak** olması gelir; özel yaşam hakkı herkese karşı ileri sürülebilir¹²⁹.

Özel yaşam hakkı, **kişiyeye sıkı sıkıya bağlı**¹³⁰ ve **tekelci (inhisari) nitelikte bir haktır**¹³¹. Hak üzerindeki hakimiyet sadece hakkın sahibine ait olabilir

¹²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.126-127; Siebert, Meseleler, s.229; Dural/Öğüz, Kişiler, s.93; Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.14; Helvacı, Davalar, s.44-45; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.10.

¹²⁵ Bkz.: Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.9-10.

¹²⁶ Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.124; Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.12.

¹²⁷ Siebert, Meseleler, s.221-229; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.136 ve a.y. dn.435; Arpacı, Kişiler, s.108; Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.12-14; Öğretideki farklı görüşler için Bkz.: Helvacı, Davalar, s. 42-43 ve a.y. dn.135-140; Ayr. Bkz.: Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.359-365.

¹²⁸ Yarg. HGK, 3.10.1990, 4-275/459, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası; Aynı Yönde, Yarg. HGK, 31.10.1990, 2-366/2-366, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

¹²⁹ Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.366; Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.125; Helvacı, Davalar, s.46; Ayr. Bkz. ve Karş.: Warren/Brandeis, The Right to Privacy, s.213.

¹³⁰ Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.366; Helvacı, Davalar, s.47; Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.125.

ve hak ancak sahibi tarafından kullanılabilir. Bu hakkın kendisinin devredilmesi veya bu haktan vazgeçilmesi mümkün değildir¹³². Bu niteliği onun mirasçılara geçmesine de engeldir¹³³. Bazı kişilik değerlerinin, örneğin adın, kullanımının devri (ya da feragat) mümkünse de özel yaşam hakkının kullanımının da devri, **kanımızca** mümkün olmamak gerekir¹³⁴.

Diğer yandan, özel yaşam hakkı, niteliği itibarıyla zamanaşımına uğraması ya da hak düşürücü süreye tabi olması mümkün olmayan haklardanır¹³⁵. Burada, özel yaşama saldırı nedeniyle doğacak alacakların zamanaşımına uğramasıyla, hakkın kendisinin ayırt edilmesi gerektiğini anımsatalım.

Özel yaşam hakkı, özünde savunma sağlayan bir haktr¹³⁶ ve parayla ölçülemeyen -mal varlığı haklarına dahil olmayan- bir kişilik değerini korur. Başka bir anlatımla, **şahısvarlığı haklarındandır**¹³⁷. Ancak, özel yaşama saldırı sonucunda doğan zararın maddi nitelikte olması mümkün olduğu gibi; doğan manevi zarar da, kural olarak, parasal olarak tazmin edilir (BK m.49).

3. Özel Yaşam Hakkının Diğer Bazı Kişilik Hakkı Görünümleriyle Arasındaki İlişki

Özel Hukukta, kişiliği oluşturan değerlerin, sayımından kaçınıldığına, bunun yerine genel bir kişilik hakkının tanınması yoluyla bu değerlerin korumaya alındığına, yukarıda değinmiştik¹³⁸. Anayasada Temel Haklar, maddeler halinde sıralanmış olmakla birlikte, bu tür bir genel kişilik hakkının tanındığının, “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” (m.17/I) hükmünden çıkarılabileceği de ileri sürülmektedir¹³⁹.

¹³¹ Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Helvacı, Davalar, s.47-48.

¹³² Helvacı, Davalar, s.48-49; Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.125.

¹³³ Özel yaşama saldırı nedeniyle açılan davaya mirasçılarn devam etmesi ve bu saldırının onlara ayrıca dava hakkı vermesi konusunda Bkz.: a.ş. § 5, III, 3, c.

¹³⁴ Aynı yönde Helvacı, Davalar, s.48.

¹³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.126; Helvacı, Davalar, s.48.

¹³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.126; Ayr. Bkz.: yuk. § 3, I.

¹³⁷ Dural/Öğüz, Kişiler, s.95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.125; Helvacı, Davalar, s.46-47.

¹³⁸ Bkz.: yuk. § 3, III, 2.

¹³⁹ Şen, Özel Hayat, s.11; Kemal Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, Ank.BD,1990/1, s.37.

Özel Hukukta kişilik, genel kişilik hakkıyla korunmakla birlikte öğretinin, kişiliği oluşturan değerlerin sıralanması ve sınıflanması eğiliminde olduğu da gözlenmektedir. Kişiliği oluşturan değerlere ilişkin, kurumun kavranmasına yönelik, pedagojik denebilecek kaygılarla yapılan bu sınıflanma ve sıralamalar, çeşitlilik göstermektedir¹⁴⁰. Çalışmamızın odaklandığı özel yaşamın yanı sıra, bedensel bütünlük, yaşam, sağlık, onur ve saygınlık, ad, görüntü (resim), ses ve ekonomik özgürlük kişiliği oluşturan değerler olarak sıralanmaktadır. Sözünü ettiğimiz eğilimin sonucu olarak ortaya konan sınıflama ve sıralamaların hiçbirinin *numerus clausus* (tüketici) nitelikte olmak iddiasının bulunmadığını¹⁴¹, ancak, sıralananların kişiliği oluşturan değerlerden sayıldığı noktasındaki görüş birliğini ortaya koyduğunu önemle anımsatalım.

Kişiliği oluşturan değerler birbirleriyle sıkı ilişki içinde olup çoğu zaman birbirlerinin içine girmiş görünümde ortaya çıkarlar¹⁴². Bu ilişki saldırının meydana gelmesi halinde daha açık şekilde anlaşılır. Çoğu zaman, saldırı, kişiliği oluşturan değerlerin salt birini ihlal edici nitelikte gerçekleşmez¹⁴³. Bununla birlikte, sözünü ettiğimiz sıkı bağ, özel yaşam hakkı başta olmak üzere, kişilik hakkının görünümünün salt birinin ihlalinin mümkün olmadığı ve giderek, ayrı ayrı korumaya değer olmadıkları anlamına gelmez.

Konuya Özel Hukuk Öğretisinin bakışı böyle olmakla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu başlık altındaki açıklamalar, özel yaşam hakkının diğer temel haklarla arasındaki ilişki bakımından da *mutatis mutandis* geçerlidir. Dahası, AİHM'nin özel yaşam hakkını düzenleyen AİHS m.8'e ilişkin geliştirdiği içtihatlardan çıkan yorumu, aşağıda kişilik hakkı görünümü olarak ele alınan değerlerin tamamına yakınının korunmasında, özel yaşam hakkının doğrudan ve tek başına kullanılabileceği yönündedir¹⁴⁴.

Aşağıda, gerçek kişilerin özel yaşam hakkıyla sıkı ilişki içinde olan bazı kişilik değerleri üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

¹⁴⁰ Örn. Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s.127-138; Dural/Öğüz, *Kişiler*, s.96-134; Helvacı, *Davalar*, s.50-78; Akipek/Akıntürk, *Kişiler*, s.363-365; Ayr. Bkz.: Şen, *Özel Hayat*, s.12.

¹⁴¹ Akipek/Akıntürk, *Kişiler*, s.365; Helvacı, *Davalar*, s.77-78; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s.126.

¹⁴² Tandoğan, *Özel Hayatın Korunması*, s.9-10.

¹⁴³ Şen, *Özel Hayat*, s.13-14.

¹⁴⁴ Bkz.: Clayton/Tomlinson, *The Law of Human Rights*, s. 810 vd.; Üzeltürk, *Özel Hayat*, s.168 vd.; Harris/O'Boyle/Warbrick, *Law of ECHR*, s.307 vd.; van Dijk/ van Hoof, *Theory and Practice*, s.491 vd.

a. Onur ve Saygınlık ve Özel Yaşam

Onur ve saygınlık, kişiliği oluşturan değerler arasında yer alır ve hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmıştır (AY m.17/II; TCK m.125-131; AİHS m.3). Kişisel bir değer olarak onur ve saygınlığın iki boyutlu olduğu kabul edilir. Kişinin kendisine duyduğu saygıyı belirtmek üzere *iç/içsel onur ve saygınlık*; kişinin sosyal, ekonomik ve mesleki yaşamında saygı görmesini sağlayan tüm özellikleri için ise, *dış/dışsal onur ve saygınlık* deyimleri kullanılmaktadır¹⁴⁵.

Kişinin insan olmak sıfatıyla sahip olduğu özelliklerinin bulunmadığı veya eksik olduğu yönünde kendisinde ya da başkalarında görüş uyandırmaya yönelik, absürt suçlamalar, yanlış söylentiler, küçük veya gülünç duruma düşürücü davranışlar, iftira ve hakaretler *gibi her türlü eylem*, onur ve saygınlığa yönelik saldırı niteliğini taşıyacaktır¹⁴⁶.

Özel yaşama saldırı, çoğu zaman, kişinin onur ve saygınlığını da zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Örneğin, kişinin cinsel yetersizliği ya da kültür düzeyinin düşüklüğü nedeniyle eşiyle arasının bozulduğunun ortaya atılması, bu değerlerin her ikisine de saldırı oluşturacaktır. Benzer biçimde, işyerlerindeki gözetleme ve izleme uygulamalarının da kişinin onur ve saygınlığını etkilediği ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Buna karşı, özel yaşama saldırı oluşturan bir eylem, onur ve saygınlığa etki etmeyebileceği gibi; kişinin onur ve saygınlığının özel yaşamına dokunulmaksızın zedelenmesi de olasıdır¹⁴⁸. Kişinin, rızası olmaksızın konutunda çalışırken görüntülenmesi ve mesleğinde başarısız olduğunun iddia edilmesi, sırasıyla, bu iki duruma örnek olarak verilebilir. Görüleceği üzere, kişinin kamuya açık yaşam alanına ilişkin bilgi ve olayların açıklanması, *kural olarak*, özel yaşama saldırı oluşturmaz. Ancak, bu açıklamanın tarzıyla bağlantılı olarak, onur ve saygınlığa saldırı oluşabilir¹⁴⁹. Dolayısıyla, bu değerlerin her ikisi de ayrı ayrı korunması gereken değerlerdir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Özsunay, Gerçek Kişiler, s.117; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.133.

¹⁴⁶ Helvacı, Davalar, s.69-70; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.133.

¹⁴⁷ Craig, Privacy and Employment Law, s.23.

¹⁴⁸ Americo Pla Rodriguez, "The Protection of Workers' Privacy: The Situation in the Americas", International, Labour Review, Vol.134, No.3,1995/3, Geneva, International Labour Office, 1995, s.298; Ayr. Bkz.: Warren/Brandeis, The Right to Privacy, s.197.

¹⁴⁹ Dural/Öğüz, Kişiler, s.126; Ayr. Bkz.: yuk. §2, II.

¹⁵⁰ Bu iki değer ayrı birer Temel Hak olarak Anayasal korumaya alınması (m.17/III, m.20-22) bu sonuca varmayı kolaylaştırır. Bkz.: Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.16.

b. Ad, Görüntü, Ses ve Özel Yaşam

Ad, görüntü, ses gibi değerler kişinin tanımlanmasına yaradığından ve ayrıca, kişi hakkındaki bilgi niteliği taşıdığından, aynı zamanda özel yaşamın parçası kabul edilir¹⁵¹. Veri Koruma Hukuku bakımından bunların birer kişisel veri olduğu noktasında duraksama yoktur¹⁵².

aa. Ad

Bir kişilik değeri olarak ada sağlanan koruma, sadece nüfus kütüğüne kayıtlı olan önad ve soyadı değil, takma ad, lakap, ad kısaltmaları ve e-posta adresleri ve benzerlerini de kapsar¹⁵³. MK m. 26 uyarınca, “*Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir*” (m.26/I). “*Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir*” (m.26/II). MK m.26 hükmüyle sağlanan koruma, görüleceği üzere, esasen adın çekişmeli olması ve gaspı hallerine karşıdır. Bunun dışındaki saldırılar için MK m.23-25 hükümleriyle, ad, genel kişilik hakkının bir görünümü olması itibarıyla korunacaktır¹⁵⁴. Çalışma konumuz açısından adın önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Özel yaşama ilişkin bir olayın aktarılması sırasında kişinin adının kullanılması her iki kişilik değerini etkileyecek niteliktedir¹⁵⁵. Örneğin, bir boşanma kararının aynen, adlar gizlenmeksizin yayınlanması özel yaşama saldırı oluşturabilir¹⁵⁶.

bb. Görüntü ve Ses

Öğretide, resim üzerindeki haktan bahsedilmekle birlikte, bunun sadece sabit resim değil, hareketli kayıtlar (video vb.) ve ressam ve karikatüristlerce çizilen görüntüsünü ve heykellerini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁷. Başka bir anlatımla, kişiyi başkaları için tanınabilir kılan her türlü dış görünümler, bu kavrama dahildir¹⁵⁸.

¹⁵¹ Kilkelly, Guide, s.13-14; Siebert, Meseleler, s.219.

¹⁵² Bkz.: aş. § 9, II.

¹⁵³ Özsunay, Gerçek Kişiler, s.205; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.127; Helvacı, Davalar, 75.

¹⁵⁴ Helvacı, Davalar, s.76; Ayr. Bkz.: Özsunay, Gerçek Kişiler, s.115.

¹⁵⁵ Şen, Özel Hayat, s.13.

¹⁵⁶ İmre, Meseleler, s.156-157 ve a.y. dn.18.

¹⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.135; Helvacı, Davalar, 72-73.

¹⁵⁸ Özsunay, Gerçek Kişiler, s.141-45.

Kişinin, görüntüsünün alınması, sesinin kaydedilmesi hem görüntü ve ses üzerindeki kişilik hakkını, hem de özel yaşam hakkını ihlal edici niteliktedir¹⁵⁹. Dahası, bu şekilde alınan görüntü ve sesin yayınlanması halinde özel yaşama dokunulmaksızın salt görüntü ve ses üzerindeki hakkın ihlalinin, nerdeyse mümkün olmadığı¹⁶⁰, görüntü ve ses üzerindeki hakkın onur ve saygınlık ve özel yaşam hakkı içinde erimekte olduğu¹⁶¹ ileri sürülür.

c. Yaşam, Beden Bütünlüğü, Sağlık ve Özel Yaşam

Yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık kişilik hakkının önemli görünümlelerini oluşturur. Beden bütünlüğüne yönelik, tedavi amaçlı olanların yanı sıra organ nakli, cinsiyet değişikliği, gebeliğin sona erdirilmesi gibi müdahaleler ise, özel düzenlemelere tabidir¹⁶². Bu yasal düzenlemelerin başında, tedavi amaçlı müdahaleyle ilgili 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun¹⁶³, Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁶⁴, insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına ilişkin olarak MK m.23/III, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁶⁵, İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik¹⁶⁶, cinsel durum ve üremeye ilgili 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁶⁷; cinsiyet değişikliğini düzenleyen MK m.40 gelmektedir.

Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı, fiziki bütünlüğün yanı sıra ruhsal bütünlüğünü de korumaya yönelir¹⁶⁸. Giderek, beden bütünlüğüne yönelik istenmeyen fiziki saldırıların ve zorunlu tıbbi müdahalelerin özel

¹⁵⁹ **İmre**, Meseleler, s.163; **Özsunay**, Gerçek Kişiler, s.145; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.189; **Fazıl Sağlam**, “Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, AÜSBFD, C.XXX, Mart- Aralık 1975, No.1-4, s.108.

¹⁶⁰ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.130; **İmre**, Meseleler, s.165; Ayr. Bkz. ve Karş.: **Warren/Brandeis**, The Right to Privacy, s.195-196.

¹⁶¹ **Helvacı**, Davalar, s.74.

¹⁶² Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.96-117; **Helvacı**, Davalar, s.50-58; **Özsunay**, Gerçek Kişiler, s.100-114.

¹⁶³ RG 14.4.1928/863.

¹⁶⁴ RG 1.8.1998/23420.

¹⁶⁵ RG 3.6.1979/16655.

¹⁶⁶ RG 17.6.1982/ 17727.

¹⁶⁷ RG 27.5.1983/18059.

¹⁶⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.129; **Helvacı**, Davalar, s.56.

yaşam hakkını da zedelediği kabul edilir¹⁶⁹. Beden bütünlüğü üzerindeki hak ile özel yaşam hakkı arasındaki bağ, bu noktada iyice güçlenir. Özel yaşam hakkının bu boyutu, öğretide “bedensel özel alan” olarak da isimlendirilmektedir¹⁷⁰. Kişinin başkalarından gizlediği hastalığı da, kural olarak, özel yaşam kavramı içinde değerlendirilir¹⁷¹. Ayrıca, kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgilerin duyarlı kişisel veri niteliği taşıdığı da tartışmasızdır¹⁷².

Çalışmamız açısından, beden bütünlüğüne yapılacak müdahalelerden, özellikle işe girişte ya da iş sözleşmesi devam ederken yapılmak istenen testler üzerinde durulacaktır¹⁷³. Bu tür testler işçinin özel yaşamına müdahale oluşturacaktır. Bu sonuca, kişinin bedeninin yanı sıra, beden sınırları üzerinde de, özel yaşam hakkı olduğu yönündeki görüşle ulaşırlı¹⁷⁴.

Ş4. ULUSLARARASI BELGELERDE ÖZEL YAŞAM HAKKI VE ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASI

I. Genel Olarak

Özel yaşam hakkı, uluslararası alanda, bildiri, sözleşme, şart gibi çeşitli formlarda oluşturulan ve insan hakları/temel haklar ve özgürlükleri tanıyan ve koruma altına alan belgelerin çoğunluğunda¹⁷⁵ açık şekilde yer almaktadır. Bu

¹⁶⁹ **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.190; **ILO**, AIDS Implementing the ILO Code of Practice on HIV/AIDS And The World Of Work: An Education And Training Manual, Geneva, International Labour Organization, 2002, Module2, s.13; **Kilkelly**, Guide, s.14-15.

¹⁷⁰ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.15.

¹⁷¹ **Donay**, Meslek Sırrı, s.22; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1806; **Bryn Perrins, Ian Smith, Brian Napier, Christopher Osman, Andrew E. Thompson**, Harvey on Industrial Relations and Employment Law: Division A Contracts of Employment, Butterworths Direct Online Service (Çevrimiçi) http://lloydgeorgehtml.butterworths.co.uk/Law_Library_Online/index.htm (13 Temmuz 2004), para.521; **Şen**, Özel Hayat, s.229; **Savaş Taşkent**, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, İTÜ İşletme Mühendisliği Fakültesi, 1981, s.105-106.

¹⁷² Bkz.: aş. § 9, II.

¹⁷³ Bkz.: aş. § 10, IV.

¹⁷⁴ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.18; Ayr. Bkz.: **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.405.

¹⁷⁵ Örneğin, Afrika Birliği (Örgütü) Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda açık şekilde özel yaşamdan söz edilmemektedir. Bununla birlikte, 4. maddede “kişi bütünlüğü /kişilik hakkı” tanınmış ve 7. maddede de “... yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve geleneklerce tanınan ve güvence altına alınan temel hakların ihlali halinde yetkili ulusal organlara başvuru...” hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın İngilizce Metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.africa-union.org/home/Welcome.htm> (13 Temmuz 2004), Türkçe çeviri için Bkz.: **M. Semih Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri: C.III, Amerikan Devletleri Örgütü: Amerikalılar-Arası Sistemde Temel İnsan Hakları Belgeleri ve Afrika Birliği

durum, özel yaşam hakkının, uluslararası ve ulusüstü alanda önemli ve korunmaya değer bir hak olarak algılandığı gerçeğini, gözler önüne serer¹⁷⁶.

*Birleşmiş Milletler (BM/UN) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*¹⁷⁷ m.12 ve *Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*¹⁷⁸ m.17; *Avrupa Konseyi (AK/COE) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*¹⁷⁹ m.8; *Avrupa Birliği (AB/EU) Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi*¹⁸⁰ m.6 ve *Temel Haklar Şartı*¹⁸¹ m.7, 8; *Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ/OAS) Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*¹⁸² m.5 ve *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*¹⁸³ m.11/II; *Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT/OSCE) İnsan Boyutu Konferansı Moskova Toplantısı Belgesi*¹⁸⁴ m.24, özel yaşam hakkının düzenlendiği önde gelen temel uluslararası hükümlerdir. Bunun yanı sıra, AB, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ/ILO), Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (EİKÖ/OECD) ve AGİT tarafından oluşturulan ve oluşturulma aşamasında olan diğer bazı yazılı hukuk kaynaklarında da özel yaşam hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Sözü geçen

Örgütü Sisteminde Temel İnsan Hakları Belgeleri, Boğaziçi Üniversitesi Yayın Evi, İstanbul 2003,s.229-251.

¹⁷⁶ **deBeer**, *Comprehensive Protection*, s.392; Bkz.: § 3, II.

¹⁷⁷ Bildirinin İngilizce ve Fransızca orijinal metinleri için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/IMG/NR004388.pdf?OpenElement> (13 Mart 2004). Resmi çeviri ve 6.4.1949 tarih ve 3/9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı için Bkz.:RG 27.5.1949/7217; Orijinal metne daha sadık çeviri için Bkz.: **Gemalmaz**, *Teori*, s.349-354.

¹⁷⁸ Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm> (20 Temmuz 2004). Türkçe çeviri için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.un.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf (20 Temmuz 2004), Resmi Çeviri için Bkz.: RG 21.7.2003/25175.

¹⁷⁹ Sözleşmenin, 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokolle değişik, Türkçe ve İngilizce metinleri için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.echr.coe.int/Eng/BasicTexts.htm> (8 Temmuz 2004); Ayr. Bkz.: **M. Semih Gemalmaz**, *İnsan Hakları Belgeleri: C.I, Avrupa Konseyi Birinci Bölüm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokolleri ve İlgili Diğer Belgeler*, Boğaziçi Üniversitesi Yayın Evi, İstanbul 2003,s.35-59.

¹⁸⁰ Bildirinin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi), http://www.europarl.eu.int/charter/docs/pdf/a2_0003_89_en_en.pdf (25 Temmuz 2004).

¹⁸¹ Şartın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_en.pdf (25 Temmuz 2004).

¹⁸² Bildirinin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.cidh.org/Basicos/basic2.htm> (27 Temmuz 2004), Türkçe çeviri için Bkz.: **Gemalmaz**, *Belgeler III*, s.5-13.

¹⁸³ Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.cidh.org/Basicos/basic3.htm> (27 Temmuz 2004), Türkçe çeviri için Bkz.: **Gemalmaz**, *Belgeler III*, s.23-58.

¹⁸⁴ Belgenin İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/mosc91e.htm> (26. Temmuz 2004).

bu düzenlemelerin bir bölümünde doğrudan özel yaşam hakkı düzenlenirken¹⁸⁵, bazılarında ise yukarıda sıralanan BM ve AK tarafından oluşturulmuş hukuk kaynaklarına atıfta bulunmaktadır¹⁸⁶. Uygulama kodu, yönerge, tavsiye kararı gibi formlarda yapılan bazı düzenlemeler ise, özel yaşam hakkının, kişilere ait verilerin korunması ve izleme gibi, çeşitli görünümüne ilişkindir.

Bu bölümde, BM, AK ve AB tarafından oluşturulan bildiri, şart ve sözleşmelerdeki özel yaşam hakkını düzenleyen hükümler üzerinde durulacak; sıralanan örgütlerin yanı sıra UÇÖ ve EİKÖ tarafından oluşturulan uygulama kodu, yönerge, tavsiye kararı vb. hukuk kaynaklarındaki hükümler ise ilgili konu başlıkları altında incelenecektir.

II. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (BM)

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesi uyarınca, "*Hiç kimsenin, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da haberleşmesi keyfi müdahaleye; onuru ve şöhreti saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukun korumasından yararlanma hakkı vardır*".

Her ne kadar, Bildiriyi kabul ve ilan eden BM Genel Kurulunun bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmasa da¹⁸⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Baskın görüşe göre, Bildiri, manevi ağırlığı şüphe götürmese de yol gösterici niteliktedir ve hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır¹⁸⁸. Buna karşı, Bildirinin, BM Şartındaki insan haklarına vurgu yapan hükümlerin (m.1/3, 13/I/b, 55/c, 56) anlamını ortaya koyduğu ve geçerli yorumunu yaptığı ve giderek uluslararası gelenek hukukunun temel bir ögesi haline geldiği ileri sürülmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Örn. Avrupa Anayasası (*Treaty Establishing a Constitution for Europe*) m. II-67 ve II-68 (Çevrimiçi) http://www.eu.int/constitution/download/part_II_EN.pdf (6 Kasım 2004).

¹⁸⁶ Örn. AGİT Helsinki Son Senedi VII. bölüm BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisine ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine atıfta bulunmaktadır. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/helfa75e.htm#Anchor-41656> (26 Temmuz 2004); İlgili Bölümün Türkçe çevirisi için Bkz.: **M. Semih Gemalmaz**, Temel Belgelerde İnsan Hakları, İHD Yay., t.y., y.y., s.79-80.

¹⁸⁷ BM Şartı m.10 uyarınca Genel Kurul kararları tavsiye niteliğindedir. BM Şartı'nın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.un.org/aboutun/charter/> (26 Nisan 2004), Türkçe çevirisi için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.un.org.tr/doc_pdf/chart_turkce.pdf (26 Nisan 2004); Resmi Çeviri ve 4801 sayılı onama Kanunu için Bkz.: RG 24.8.1945/6092.

¹⁸⁸ **Gölcüklü/ Gözübüyük**, Uygulama, s.5-7; **Gemalmaz**, Teori, s.355-56 ve a.y. dn.21.

¹⁸⁹ Bu konudaki tartışma ve görüşler için Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.355-358; **Şen**, Özel Hayat, s.59-61.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin özel yaşam hakkını düzenleyen 12. maddesi, bu hakkın dünya ölçeğinde benimsendiğine¹⁹⁰ işaret etmesi bakımından, ayrıca önemlidir.

III. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (BM)

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde sıralanan hakların sözleşme şekline dönüştürülmesi çabalarının ürünlerinden biri¹⁹¹ olan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 19.6.1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23.3.1976'da yürürlüğe girmiştir¹⁹².

Özel yaşam hakkı Sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır: *"Hiç kimsenin, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da haberleşmesi keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye; onuru ve şöhreti hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz"* (m.17/I). *"Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı hukukun korumasından yararlanma hakkı vardır"* (m.17/II).

Sözleşmeye taraf olmakla, Devletler iç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirme yükümü altına girmiş olurlar. Sözleşmeyle kurulan denetim mekanizması iki boyutludur. MSHS m.28 uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi, Taraf Devletlerin Sözleşmede tanınan -özel yaşam hakkının da aralarında bulunduğu- hakları uygulamaya geçirmek ve bu hakların kullanılmasında ilerleme sağlanmak için aldıkları tedbirler hakkında sunmakla yükümlü oldukları (m.40/I/a,b) raporlar hakkında değerlendirme ve ayrıca gerekli gördüğü durumlarda sözleşmeyle ilgili genel yorum yapar ve bunları Taraf Devletlere iletir (m.40/IV). Değerlendirme ve genel yorumlar, özünde, Taraf Devletlere tavsiye niteliğinde olmakla birlikte; giderek işlevlerinin arttığı gözlenmektedir¹⁹³. Komitenin, Birleşmiş Milletler'in Mayıs 2004 tarihli derlemesinde yer

¹⁹⁰ Bildiri, 48 olumlu ve 8 çekimser oyla kabul edilmiş –Türkiye olumlu oy vermiştir-, daha sonra çekimser oy veren ülkelerin de bildiride düzenlenen hakları tanıdıkları gözlemlenmiştir. Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.348-349, 355.

¹⁹¹ Bu çabanın ürünü olan BM sözleşmeleri ve bu sözleşmeler bakımından Türkiye'nin durumu hakkında bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/index.htm> (20 Nisan 2005); Sözleşmelerin Türkçe metinleri için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.un.org.tr/unic_tur/belgeler.asp (20 Nisan 2005).

¹⁹² Türkiye Sözleşmeyi 15.8.2000'de imzalamıştır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 4868 sayılı Kanun 18.6.2003 tarih ve 25142 sayılı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Karar ise 21.7.2003, 25175 Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Türkiye 23.9.2003 tarihinde Sözleşmenin tarafı olmuştur. 9.11.2004 tarihi itibarıyla Sözleşmeyi 154 Devlet onaylamış bulunmaktadır. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm> (20 Nisan 2005).

¹⁹³ Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.379-387.

alan genel yorumu¹⁹⁴ uyarınca, özel yaşama saldırının kaynaklandığı odağın önemi yoktur. Saldırı kamu makamlarından kaynaklanabileceği gibi -gerçek ya da tüzel- özel kişilerden de gelebilir. 17. maddenin Devletlere yüklediği görev, bu saldırıların tümü için etkili koruma sağlamaktır¹⁹⁵.

MSSH denetim mekanizmasının diğer bir boyutu ise, İnsan Hakları Komitesine yapılabilecek devletlerarası ve bireysel şikâyet başvurularıdır. Ne var ki, devletlerarası başvuru için Komitenin bu yetkisinin şikâyet başvurusunu yapan ve hakkında şikâyette bulunulan Taraf Devletlerce ayrıca tanınmış olması (m.41/I); bireysel başvuru için ise, Taraf Devletlerin MSSH'nin Seçmeli İlk Protokolüne¹⁹⁶ de taraf olması gerekmektedir¹⁹⁷ (MSSH IPro. m.1).

MSSH ve Protokolleriyle kurulan mekanizmanın etkin olmadığı yolundaki eleştirilere¹⁹⁸ rağmen, BM gibi Dünya ölçeğinde bir örgüt tarafından oluşturulan ve 26 Şubat 2006 itibariyle 155 Devletin taraf olduğu¹⁹⁹ bir sözleşmeyle, özel yaşam hakkının korumaya alınmış olması, anlamlıdır. Unutulmamasıdır ki; Sözleşmeye taraf olmakla, Devletler iç hukuklarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirme yükümü altına girmiş olurlar (m.2). İnsan Hakları Komitesinin şikâyet başvurularını değerlendirme yetkisinin tanınmaması halinde dahi, Komitenin hazırlayacağı ve Taraf Devletlere ileteceği değerlendirme ve yorumların, Sözleşme hükümlerine uyum sağlayamayan devletleri bu konuda harekete geçirmesi olasıdır.

IV. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AK)

4.11.1950 tarihinde imzalanan ve 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe giren *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi* (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), taraf Devletlerin yargı yetki alanındaki²⁰⁰

¹⁹⁴ UN, Compilation of General Comments 2004, s.124 vd. Bkz. ve Karş.: aş. § 4, IV.

¹⁹⁵ UN, Compilation Of General Comments 2004, s.142, para.1-4.

¹⁹⁶ MSSH'yle aynı tarihte imzaya açılan ve yürürlüğe giren Seçmeli Protokolün İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://ods-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement> (26 Temmuz 2004); Türkçe çeviri için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.un.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf (26 Temmuz 2004).

¹⁹⁷ Türkiye, Kasım 2005 itibariyle İnsan Hakları Komitesinin Devletlerarası şikâyetleri değerlendirme yetkisini ayrı bir bildirimle tanımadığı gibi, MSSH'nin ilk Seçmeli Protokolüne de taraf değildir. Ayr. Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.388, 392-394

¹⁹⁸ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.6-7; **Şen**, Özel Hayat, s.74-75 ve a.y. dn.100.

¹⁹⁹ (Çevrimiçi <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm> (13 Mart 2006).

²⁰⁰ Sözleşmeye Taraf Devletlerin sorumluluğu ülke topraklarıyla sınırlı değildir. İctihatlarla tanımlanan "yargı yetki alanı" kavramı hakkında bilgi ve ilgili içtihatlar için Bkz.: **Gemalmaz**, Teori, s.707-708 ve a.y. dn.53-54; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.52-53.

bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında, oluşturduğu bireysel başvuru mekanizmasıyla özgün²⁰¹ bir karaktere sahiptir. Türkiye, Avrupa Konseyi üyesi ve Sözleşmenin de tarafıdır²⁰². Türkiye'nin yargı yetki alanında bulunan bireylerin, özel yaşamlarına saldırıda bulunulması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakları bulunmaktadır²⁰³.

“Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” başlıklı 8. madde uyarınca, “Herkes özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” (m.8/I) ve “Bu hakkın kullanımına, bir kamu otoritesince, ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya ülkenin ekonomik refahının sağlanması, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, hukuka²⁰⁴ uygun ve demokratik bir toplum ölçütlerine göre zorunlu olanlar dışında, hiçbir müdahalede bulunulamaz²⁰⁵” (m.8/II).

Madde metnine bakıldığında, ilkin, özel yaşama kamu otoritelerinden gelebilecek saldırılara karşı koruma sağladığı görülür²⁰⁶. Dolayısıyla, işçi işveren (özel hukuk kişileri) arasındaki ilişkideki özel yaşama yönelen saldırılar bakımında Sözleşmeyle kurulan koruma mekanizmasının işletilemeyeceği düşünülebilir.

Oysa ki, AİHM, verdiği kararlarda, en öz anlatımıyla, Taraf Devletlerin, yargı yetki alanlarında, bir kişinin (bireyin) diğer birinin özel yaşamına

²⁰¹ AİHS, bireysel başvuru hakkının tanınması anlamında II. Dünya Savaşı sonrasında ilk örneğidir. **Gemalmaz**, Teori, s.696, 699; Ayr. Bkz.: **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.33.

²⁰² Türkiye, Avrupa Konseyine 13.4.1950 tarihinde katılmıştır. AİHS'ne ise 4.11.1950 tarihinde imza koymuş; 18.5.1954 tarihinde onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle üstlenilen yükümlülükler işlerlik kazanmıştır. **Gemalmaz**, Teori, s.687, 691; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.8, 18.

²⁰³ 11 No.lu Protokolle değiştirilmezden önceki halinde, Sözleşmeye Taraf Devletlerin bireysel başvuru hakkını ayrıca tanımaları gerekmektedir (Türkiye, bireysel başvuru hakkını tanıma işlemini 28.1.1987 tarihinde gerçekleştirmiştir). 11 No.lu Protokolle yapılan değişiklik sonrasında AİHS tarafı devletler bakımından bireysel başvuru hakkının işlerliği zorunlu hale gelmiştir. **Gemalmaz**, Teori, s.699-700, 706; **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.35.

²⁰⁴ Sözleşmede “yasa” yerine “hukuk” sözcüğünün kullanılmasının nedeninin Kara Avrupası Hukukundan farklı olarak yasalardan çok yargı kararlarıyla şekillenen Anglo-Sakson Hukukunun da göz önünde bulundurulması olduğu yolunda Bkz.: **Şen**, Özel Hayat, 67.

²⁰⁵ Maddenin resmi çevirisi için Bkz.: RG 13.3.1954/8662. AİHS m.59 uyarınca aynı derecede geçerli olan İngilizce ve Fransızca metinlere, resmi çeviriye göre daha sağlıklı olan çeviriler için sırasıyla Bkz.: **Gemalmaz**, Belgeler I, s.41; **Helvacı**, Davalar, s. 36.

²⁰⁶ “... Madde 8'in başat amacı, bireyleri kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı korumaktır. Buna ek olarak, aile yaşamına etkin 'saygı'nın özünden kaynaklanan pozitif yükümlülükler de bulunabilir...” Kroon v. the Netherlands, 29/1993/424/503, 20.9.1994, para.31, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/489.txt> (12 Temmuz 2004).

yönelen saldırısına karşı gerekli korumanın da sağlanmasıyla yükümlü oldukları sonucuna varabilmekte ve bu nedenle devletlerin sorumluluğuna gitmektedir. Sözleşmenin, Taraf Devletler için sadece bireylerin haklarını ihlalden kaçınma değil, aynı zamanda -özel yaşama saygı hakkının da aralarında bulunduğu- bu hakların -kamusal ya da özel hangi odaktan gelirse gelsin saldırılara karşı- korunması için *etkili* yasal düzenlemelerin yapılması²⁰⁷ ve yasal düzenlemeyle oluşturulan koruma mekanizmasının bireyler tarafından ulaşılabilir ve işletilebilir olmasının sağlanması²⁰⁸; bireyler arasındaki hak ihlallerinin önlenmesi²⁰⁹; bireylerin haklarının ihlal edildiğinden haberdar olabilmesinin ve buna karşı tavsiye alabilmelerinin sağlanması²¹⁰ ve ağır hak ihlallerinin ceza yaptırımına tabi olması²¹¹ gibi **pozitif yükümlülükler**²¹² (*positive obligations*) de öngörüldüğüne işaret edilmektedir^{213,214}. Bu sonuca varılırken, m.8/I hükmünün

²⁰⁷ *X and Y v. the Netherlands*, 16/1983/72/110, 27.2.1985, para.23, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/188.tt> (12 Temmuz 2004); *Young, James, Webster v. U.K.*, 1.10.1982, para.55 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/193.txt> (12 Temmuz 2004).

²⁰⁸ *Airey v. Ireland*, 11.9.1979, para.25-26 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/5.txt> (12 Temmuz 2004).

²⁰⁹ *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, 5/1987/128/179, 25.5.1988, para.32, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/143.txt> (12 Temmuz 2004).

²¹⁰ *Lopez Ostra v. Spain*, 41/1993/436/515, 23.11.1994, para.46 vd., (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/490.txt> (12 Temmuz 2004).

²¹¹ *X and Y v. the Netherlands*, para.24.

²¹² Devletin pozitif yükümlüğünden söz edildiğinde ilk akla gelen ekonomik ve sosyal haklar olsa da medeni ve siyasi haklar için de bu tür bir yükümlülük söz konusudur. AIHS'nde düzenlenen haklar bakımından pozitif yükümlülük, bazı haklar için Sözleşmenin metninden doğrudan; özel yaşama saygı hakkının da aralarında bulunduğu bazıları için, maddelerin yorumundan çıkmaktadır. Bkz.: **Harris/O'Boyle/Warbrick**, *Law of ECHR*, s.19; **Kilkelly**, *Guide*, s.20-21.

²¹³ **Starmer**, *Positive Obligations*, s.139, 147-157; **Harris/O'Boyle/Warbrick**, *Law of ECHR*, s.20-21; **Andrew Clapham**, "The 'Drittwirkung' of the Convention", *The European System for the Protection of Human Rights*, Eds: R.St.J. MacO'vald, F. Matscher, H. Petzold, Dordrecht - Boston - London, Martinus N. Publishers, 1993, s.166-167, 181-187; **Hendrickx**, *General Principles*, s.50-51; **Clayton/Tomlinson**, *The Law of Human Rights*, s.308-310; **Kaboğlu**, *Özgürlükler Hukuku*, s.193; **H. Burak Gemalmaz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul, Legal Yay., 2005, s.92-105; **Üzeltürk**, *Özel Hayat*, s 160-165; Ayr. Bkz.: **Gemalmaz**, *Teori*, 1032-1033.

²¹⁴ Bir ihlal iddiasıyla karşılaşıldığında, pozitif yükümlülüğün bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin gözetilmesi Sözleşmenin tamamına egemen ilkedir. Bu yapılırken de AIHS m.8/II'deki sınırlama ölçütlerinden yararlanılabilir. Bkz.: **van Dijk/van Hoof**, *Theory and Practice*, s.535-536; **Kilkelly**, *Guide*, s.21-22; **Clapham**, *Drittwirkung*, s.183-185; **Hendrickx**, *General Principles*, s.51; **Gölcüklü/Gözübüyük**, *Uygulama*, s.332; **Clayton/Tomlinson**, *The Law of Human Rights*, s.823; Ayr. Bkz.: *Powell and Rayner v. U.K.*, 3/1989/163/219, 24.1.1990;

yanı sıra, m.1'deki "Yüksek sözleşmeciler taraflar, bu sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır." hükmü, önemli dayanaklardan bir diğerini oluşturmaktadır²¹⁵. Burada anımsanması gereken nokta, AİHM'ne yapılacak başvuruda davalı tarafın özel yaşama saldırıda bulunan kişi değil, bu saldırıya karşı koruma sağlamaması nedeniyle, devlet olacaktır²¹⁶. Sonuç olarak, Taraf Devletlerin, kendi yargı yetki alanlarındaki kamu ya da özel sektör işverenleri tarafından işçilerinin özel yaşamına hukuka aykırı şekilde müdahale edilmesi nedeniyle, AİHM'de davalı konuma gelmesi mümkündür²¹⁷.

AİHM içtihatlarının diğer bir önemi de, özel yaşam kavramının tanımlanması ve sınırlarının çizilmesi çabasında oynadığı yadsınamaz roldür ki, Mahkemenin hakkın kapsamına ilişkin yorumu klasik kavrayışına göre oldukça geniştir²¹⁸. Taraf Devletlerin ulusal yargı organları, devletin Sözleşmeye taraf olmakla üstlendiği yükümlülükler de göz önüne alındığında, önlerine gelen olaylarda, AİHS normlarına ve AİHM'nin bu normlara getirdiği yoruma kayıtsız kalamazlar²¹⁹. Başka bir anlatımla, AİHM'nin özel yaşam ve özel yaşama saldırı tanımlamasıyla, ulusal yargı organlarındaki çelişmemelidir.

para.41, 45, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/207.txt> (12 Temmuz 2004); *Kroon v. the Netherlands*, para.31.

²¹⁵ **Starmer**, Positive Obligations, s.149; **Harris/O'Boyle/Warbrick**, Law of ECHR, s.19, 21-22; **Gemalmaz**, Bedensel Ceza, s.98-102.

²¹⁶ **Clapham**, Drittwirkung, s.164-165; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.152; **Gemalmaz**, Bedensel Ceza, s.96.

Bu nedenle, Alman Hukuku kökenli ve anayasal bir hakkın devlet dışındaki kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde doğrudan Anayasaya dayanarak bu kişilerin sorumluluğa gidilebilmesi şeklinde özetlenebilecek "Drittwirkung (Üçüncü kişilere etki)" kavramının AİHS için kullanımının yanlış olduğu yönünde Bkz.: **Harris/O'Boyle/Warbrick**, Law of ECHR, s.21.

²¹⁷ **Colucci**, The Impact, s.52; ; Bkz. ve Karş.: **Shivers**, Firing 'Immoral' Public Employees, s.634-635; **Isbister**, Justifying Drug Testing, s.261-262.

²¹⁸ **Clayton/Tomlinson**, The Law of Human Rights, s.811; Ayr. Bkz.: yuk. § 3, I.

²¹⁹ "AİHS'nde (dolayısıyla Protokollerinde de) düzenlenen haklar ve özgürlükler, sadece uluslararası değil, ama ulusal düzlemde de uygulanmak durumundadır. Esasen AİHS, Taraf Devletlerin pek çoğunda iç hukukun parçası durumundadır. Türkiye de bu guruba dahildir ... ulusal mahkemeler, nasıl ki hüküm tesis ederken ulusal mevzuata dayanıyorlarsa, benzeri şekilde, AİHS'ni de dikkate alarak karar verebilirler, hatta vermelidirler." **Gemalmaz**, Teori, 695-696, 721, 1061; Ayr. Bkz.: **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.21-22; **van Dijk/ van Hoof**, Theory and Practice, s.494; **Starmer**, Positive Obligations, s.159; Bkz. ve Karş.: **Hamdi Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, 2.Bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s.66-67.

AY m.90/son uyarınca "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuz-

Mahkemenin, AİHS m.8'le ilgili başvurular üzerine verdiği kararlarda²²⁰ ortaya koyduğu ölçütlerin, yapılan bu açıklamalar doğrultusunda göz önünde bulundurulması gerekecektir²²¹. Her ne kadar, pozitif yükümlülükler konusunda AİHM'nin genel tavrı bir teori oluşturmaktan kaçınmak olsa da²²², önüne gelen davaların dayandığı olaylara getirdiği yorumlardan, söz konusu ölçütlerin belirlenmesi mümkündür²²³. Çalışmamızda, yeri geldikçe bu kararlara değinilmektedir.

V. Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi (AB)

Avrupa Parlamentosu tarafından 12.4.1989 tarihinde kabul edilen Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi²²⁴ m.6/2 uyarınca, “Özel yaşama ve aile yaşamına, şöhrete, konut ve özel haberleşmeye saygı güvence altına alınmalıdır”. Bildiri, Topluluk Hukuku kapsamındaki herkes için koruma sağlamayı hedeflemektedir (m.25/I). Topluluk Vatandaşlarına özgülenen bazı haklar için, herkese uygulanması yolunda karar alma olasılığı da açık bırakılmıştır (m.25/II).

Bildiri, hukuki nitelik tartışmasına girilmeksizin, AB Temel Haklar Şartının oluşumundaki dayanaklardan biri olması²²⁵ ve özel yaşam hakkını açık şekilde içermesi nedeniyle önemlidir.

VI. Temel Haklar Şartı (AB)

Avrupa Topluluğu ve dolayısıyla, Avrupa Birliğinin hukuki temellerinde, özel yaşam hakkının da aralarında bulunduğu temel haklar ve özgürlük-

lıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme niteliğindeki AİHS'in yorumu ise AİHM tarafından yapılmaktadır. Bu gerçekten hareket eden yasakoyucu, ulusal mahkemelerde verilen hükümlerin, AİHS'nin ihlali suretiyle verildiğinin, AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halini, 4793 sayılı Kanunla (RG 4.2.2003/25014) hem hukuk hem de ceza usulü bakımından (HUMK m.445/bent:11; CMK m.311/bent:f) yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

²²⁰ Örn. *Halford v. U.K.; Niemietz v. Germany; Valenzuela Contreras v. Spain*, 58/1997/842/1048, 30.6.1998, (Çevrimiçi)[http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/199902/valenzuela%20contreras%20batj doc \(13 Temmuz 2004\).](http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/199902/valenzuela%20contreras%20batj doc (13 Temmuz 2004).)

²²¹ **Hendrickx**, General Principles, s.48.

²²² **Starmer**, Positive Obligations, s.139; Örn Bkz.: *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria*, para.31.

²²³ **Hendrickx**, General Principles, s.51-52, 56-57; **Ford**, Two Conceptions, s.139-153.

²²⁴ Bildirinin İngilizce metni için Bkz.: O.J. No. C.120/51-57, 16.5.1989; (Çevrimiçi) [http://www.europarl.eu.int/charter/docs/pdf/a2_0003_89_en_en.pdf \(1 Ağustos2004\).](http://www.europarl.eu.int/charter/docs/pdf/a2_0003_89_en_en.pdf (1 Ağustos2004).)

²²⁵ The Charter of Fundamental Rights of the European Union, Reference texts, (Çevrimiçi) [http://www.europarl.eu.int/charter/docs/text3_en.htm \(1 Ağustos 2004\).](http://www.europarl.eu.int/charter/docs/text3_en.htm (1 Ağustos 2004).)

lere saygı, her zaman önemli yer tutmuştur²²⁶. AB'nin siyasi bir bütün olma ereği doğrultusunda, AB Avrupa Konseyi'nin 1999 yılında aldığı kararla kurulan ve *ad hoc* nitelikteki bir kurul olan Avrupa Konvansiyonu'na (European Convention)²²⁷ AB Temel haklar Şartının hazırlanması görevi verilmiştir. Şart, AB Avrupa Komisyonu, AB Avrupa Konseyi ve AP tarafından imzalanarak, Aralık 2000'de ilan edilmiştir²²⁸.

Şartın, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı başlıklı 7. maddesi uyarınca "*Herkes özel hayatına ve aile hayatına, konutuna ve iletişimine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*". 8. madde ise, özel yaşam hakkının görünüşlerinden biri olan kişisel verilerin korunması hakkını düzenlemektedir. Madde uyarınca "*Herkes, kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir*" (m.8/I), "*Bu tür veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca/hukuk tarafından öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere ulaşım ve düzeltme hakkına sahiptir.*" (m.8/II)²²⁹.

Şartın hukuki niteliği tartışmalara neden olmuş²³⁰, AP ve Konsey tarafından AB'ni kuran Sözleşmeye (Maastricht Sözleşmesi)²³¹, temel haklar başlıklı bir bölüm ya da ayrı bir protokol olarak entegre edilmesi planlanmış-

²²⁶ The EU and Fundamental Rights- The Wider Context (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/en/rights.html (2 Ağustos 2004); **R. Alonso Garcia**, "The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Law Journal*, Vol.8, No.4, December 2002, Blackwell Publishers Ltd., 2002 Oxford UK, s.493; Ayr. Bkz.: AB'ni Kuran Maastricht Sözleşmesi m.6, 7, 46, 49.

²²⁷ Konvansiyon'un oluşum aşamaları ve yapısı hakkında bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/en/conventions-one-to-another.html (1 Ağustos 2004).

²²⁸ Şartın İngilizce metni için Bkz.: O.J., C.364/1, 18.12.2000; (Çevrimiçi) http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_en.pdf (1. Ağustos 2004).

²²⁹ Şartın m.52/3 hükmü, Şartta düzenlenen hakların AİHS'yle güvence altına alınan hakları karşıladığı; kapsamının da AİHS'yle aynı olduğu ve bu hükmün Birlik Hukukunca daha kapsamlı koruma sağlanmasına engel oluşturmayacağını ortaya koymaktadır. Ayrıca, Şartın 7. maddesinin AİHS m.8'e karşılık geldiği ancak AİHS m.8'deki "haberleşme" deyimini yerine teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak "iletişim" (communications) deyiminin tercih edildiği; şartın 8. maddesinin temelinde de AİHS m.8'in etkisi belirtilmektedir. Bkz.: EU, **Presidium of the Convention**, Full Text of the Explanations, Document, CONVENT 49 of 11.10.2000 (Çevrimiçi) http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/04473_en.pdf (1. Ağustos 2004).

²³⁰ **Olivier de Schutter**, The Questions to be Decided- Protecting Fundamental Rights, an Issue in the Convention on the Future of Europe, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/en/questions.html (1 Ağustos 2004) ; **Garcia**, General Provisions, s.493 dn.1.

²³¹ AB'ni kuran Sözleşmenin değişiklikler işlenmiş son hali için Bkz.: (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/treaties_en.pdf (13 Temmuz 2004).

tır²³². Şartı önemli kılan diğer bir unsur ise, AB'nin AİHS'ne taraf olması ve giderek Birlik Hukukunun AİHM tarafından denetlenmesine ilişkin tartışmaları hararetlendirmiş olmasıdır²³³.

VII. Avrupa Anayasası (AB)

Konvansiyon tarafından taslak²³⁴ halinde hazırlanan ve 20 Haziran 2003 tarihinde Selanik'te toplanan AB Avrupa Konseyine sunulan Avrupa Anayasası, AT ve AB temel anlaşmalarının tamamının yerine geçmesi planlanan bir anlaşma²³⁵ ve AB'nin siyasal anlamada birlik olması yolunda atılacak önemli bir adımdır. Anlaşma (*Treaty Establishing a Constitution for Europe*), 29 Ekim 2004 tarihinde 25 üye ve 3 aday Devletin, devlet ve hükümet başkanları tarafından imzalanmıştır²³⁶. Anlaşmanın yürürlüğe girmesi için üye devletlerin her birinin anayasal prosedüründen geçerek onaylanması gerekmektedir²³⁷.

Anayasa'nın II. Bölümünü, AB Temel Haklar Şartı oluşturmaktadır²³⁸. Şartın özel yaşam hakkını düzenleyen 7 ve 8. maddeleri Anayasanın II-67 ve II-68 maddelerini karşılar. Böylece, özel yaşam hakkı Avrupa Anayasasında açık şekilde yer bulmuş olmaktadır. Ayrıca, Anayasanın I. Bölümünün 9. maddesinde aralarında özel yaşam hakkının da bulunduğu Şartla düzenlenen hak, özgürlük ve ilkelerin Birlik tarafından tanıdığı (m.9/I); Birliğin AİHS'ne taraf olmaya çalışacağı (m.9/II) ve AİHS'nde güvence altına alınan temel hakların Birlik Hukukunun genel ilkelerini oluşturduğu (m.9/III) duraksamaya yer bırakmayacak şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır.

²³² (Çevrimiçi) <http://www.hrcr.org/hottopics/eucharter.html> (2 Ağustos 2004).

²³³ **de Schutter**, Questions, II, 1-3; **Garcia**, General Provisions, 499-507.

²³⁴ Taslağın İngilizce metni için Bkz.: O.J., C169/3, 18.7.2003, (Çevrimiçi) <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>; Türkçe çeviri için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.hukukdevleti.com/article.php?sid=44> (2 Ağustos 2004).

²³⁵ Bkz.: Avrupa Anayasası Bölüm IV, m.IV-2.

²³⁶ İmzalanan metnin İngilizce versiyonu için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.eu.int/constitution/download/part_I_EN.pdf (6 Kasım 2004).

²³⁷ Bkz.: (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/futurum/referendum_en.htm (6 Kasım 2004).

Ne var ki, Avrupa Anayasası, 27.5.2005 tarihinde Fransa'da ve 1.6.2005 tarihinde Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmiştir. Bu sonuçlar sonrasında diğer üye devletlerdeki onay sürecinin bir süre ertelenmesine karar verilmiştir. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.eu2005.lu/en/actualites/communiques/2005/06/16jclj-ratif/index.html> (17 Haziran 2005).

²³⁸ Böylece AT ve AB temel anlaşmalarına Şartın ne şekilde entegre edileceği sorusu da cevaplanmış olmaktadır. Bkz.: yuk. § 4, VI.

§5. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL YAŞAM HAKKI VE ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASI

I. Özel Yaşam Hakkına İlişkin Anayasa Hükümleri ve Etki Alanı

1. Özel Yaşam Hakkına İlişkin Anayasa Hükümleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı İkinci Bölümündeki IV numaralı alt başlık, özel hayatın gizliliği ve korunmasına ayrılmıştır. Sözünü ettiğimiz başlık altındaki maddeler uyarınca, “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” (m.20/I); “*Kimsenin konutuna dokunulamaz...*” (m.21) ve “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*” (m.22/I).

Sıralanan maddelerin her üçünün devamındaki hükümler, hakkın sınırlanma ölçütlerini ortaya koymaktadır. Bu hükümler uyarınca, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça...*” kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz, konutuna girilemez, arama yapılamaz ve bu aramalarda bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (m.20/II, 21, 22/II). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki genel kural ise, m.13’te “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” şeklinde anlatım bulmuştur.²³⁹

2. Anayasa Hükümlerinin Kişiler Arası (İşçi-İşveren) İlişkilerine Etkisi

Çalışmamız açısından önemli olan nokta, özel yaşamın korunmasına ilişkin bu Anayasa kurallarının, Özel Hukuk ilişkilerine, giderek işçi işveren arasındaki ilişkiye nasıl etki ettiği. Tarihsel kökenlerine bakıldığında Anaya-

²³⁹ Ayr. Bkz.: aş. § 7, 2.

saların öncelikle birey-devlet arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi hedefledikleri görülür. Anayasaları, bu kökenden kaynaklanan paradigmayla kavrayan klasik görüş uyarınca, anayasal kuralların Özel Hukuk ilişkilerine uygulanması mümkün değildir²⁴⁰. Ancak, çağdaş hukuk algılaması artık bu görüşü, büyük ölçüde, terk etmiş durumdadır. Birey ile devlet arasındaki güç ilişkisi, Batı toplumlarındaki bu türdeki tek güç ilişkisi değildir. Bu tür ilişkilere özel kişiler arasında da rastlanır ve güç ilişkisinde üstün konumda olan özel kişilerin, astlarının özel yaşamları hakkında edindikleri bilgiler, astlarının özgürlüğünü ciddi şekilde engelleyecek sonuçlar doğurabilir. Bu tür ilişkiye örnek olarak akla gelebilecek ilk örneklerden biri, işçi işveren ilişkisidir. Kamu gücü, kişi özgürlüklerini zedelemesi noktasında temel hakların koruma sağladığı ilk müdahale odağıdır, ancak bu belirleme, onun, bu güce sahip tek odak olduğu anlamına gelmez. Bu gerçek, anayasal (temel) hakların bireyler/özel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından da geçerli olması gereğini ortaya koyar²⁴¹. Anayasal korumayla sınırlandırılmamış işveren gücünün, hak ihlalleri konusunda en az kamu gücü kadar olumsuz sonuçlar doğurması olasıdır²⁴².

Anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerine de uygulanabileceği, özellikle Türk Hukuku bakımından, günümüzün genel kabulünü oluşturur²⁴³. Anayasamızın m.11/I hükmü, bu görüşün açık anlatımıdır^{244,245} : “Anayasa

²⁴⁰ Klasik görüş ve varılan bu sonuç hakkında bilgi için Bkz.: **Ernst E. Hirsch**, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler, Barolar Birliği Yayınları:2, Ankara 1972, s.6-8 ve a.y. dn.8; **M. Polat Soyer**, Genel İş Koşulları, İstanbul, BASİ-SEN Yay.11, 1987, s.164 ve a.y. dn.193; **Helvacı**, Davalar, s.28; **Fevzi Şahlanan**, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerle Uygunluğu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.29; **Ömer Ekmekçi**, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s.46; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.15; **Ertürk**, Temel Haklar, s.34; **Mehmet Tefvik Gülsoy**, “Türkiye’de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı”, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1994, s.142; Ayr. Bkz.: yuk. § 3, III.

²⁴¹ **Ruiz**, The Right to Privacy, s.165-166, **Hendrickx**, General Principles, s.51; Ayr. Bkz. ve Karş.: **deBeer**, Comprehensive Protection, s.403-405; **Patterson Ahrens**, Liability Waiting to Strike, s.387-392.

²⁴² Bkz.: yuk. § 3, II.

²⁴³ **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.15; **Şahlanan**, Demokratik İlkeler, s.30-31; **Hirsch**, Etkiler, s.10-12; **Bülent Tanör**, **Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık ve Sanayi A.Ş., 2001, s.117-120; **Soyer**, Genel İş Koşulları, s.164-165; **Ekmekçi**, Düzenleme Yetkisi, s.46-47; **Bilge Öztan**, Şahsın Hukuku:Hakiki Şahıslar, 7. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997 s.115; **Ertürk**, Temel Haklar, s.43-44; **Şen**, Özel Hayat, s.10; **Gülsoy**, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.143-145; **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 18. bs., İstanbul, Beta Yay., 2005, s.355; **Kenan Tunçomağ**, **Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 4. bs., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2005, s.4.

²⁴⁴ “... Anayasa sadece Devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır ...” Anayasa m. 11 gerekçesi, **Attila Özer**, Gerekçeli ve 1961 Anayasası İle Mukayeseli 1982 Ana-

hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır". Anayasanın bu etkisi için , "Anayasanın yatay ilişkilere etkisi", "Anayasanın özel hukuk kurallarına/alanına etkisi", "Üçüncü kişilere etki" (Drittwirkung; third party effect), "Anayasanın kişiler arası ilişkilere uygulanması" deyimleri kullanılmaktadır²⁴⁶. AY m.11/I hükmünün açık anlatımı karşısında, sadece temel haklar ve özgürlüklere ilişkin olanlar değil, tüm Anayasa hükümlerinin özel hukuk kişilerini de bağladığı sonucuna varılır²⁴⁷. Doğaldır ki, bu belirleme bakımından da, kişiler arasında uygulama alanı bulabilecek nitelikte olan tüm Anayasa hükümleri anlaşılmalı gerekir. Örneğin, TBMM ile hükümet arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükmün, kişiler arasında uygulama alanı bulmasından söz edilemez²⁴⁸.

Özel yaşam hakkını düzenleyen Anayasa hükümlerinin, özel hukuk ilişkilerine etkisi, çeşitli görünümde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, bu konudaki Anayasa kurallarının yasalarda somutlaştığı belirtilmelidir. Özel Hukuk alanını düzenleyen yasalarla (Özellikle MK m.23-25; BK m.49) korunan kişilik hakkının, görünümünden biri de özel yaşam hakkıdır²⁴⁹. Ayrıca, Anayasanın üstünlüğü prensibi uyarınca, yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı (AY m.11/II); Anayasadaki özel yaşam hakkına ilişkin düzenlemelere aykırı nite-

yasası, Ankara, Kamu-İş Yay., 1996, s.63; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Hukuku, s.117; **Hirsch**, Etkiler, s.3; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.15-16; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.93; **Öztan**, Şahsın Hukuku, s.115; **Arpacı**, Kişiler, s.107-106; **Gülsoy**, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.144; **Şen**, Özel Hayat, s.11; **Helvacı**, Davalar, s.29.

²⁴⁵ "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir ... Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükümlerini içeren AY m.12'nin, haklar, özgürlükler, ödev ve sorumluluklar bakımından Anayasa kurallarının kişileri bağladığına ilişkin ayrıca kanıt oluşturduğu yolunda Bkz.: **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Hukuku, s.118.

²⁴⁶ Bkz.: **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Hukuku, s.118; **Clapham**, Drittwirkung, s.165; **Gülsoy**, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.142 dn.4-6; **Şahlanan**, Demokratik İlkeler, s.28 dn.54-55; **Dural/Öğüz**, Kişiler, İstanbul, s.93.

²⁴⁷Bkz.: **Hirsch**, Etkiler, s.12; **A. Can Tuncay**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1982, s.69 ve a.y. dn.160.

²⁴⁸1961 Anayasasında, 1982 Anayasasının 11 maddesini karşılayan 8. maddesi üzerinde Temsilciler Meclisinde yapılan tartışmalarda verilen örnek ve açıklamalar için Bkz.: **Kazım Öztürk**, İzahlı, Gerekeçeli, Anabelgeli, ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara, Türkiye İş Bankası Yay., 1966, s. 160 vd.; **Gülsoy**, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.144-145.

²⁴⁹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Hukuku, s.119, 165; **Selim Kaneti**, "Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanına Etkileri", Anayasa Yargısı 6, Anayasa Mahkemesinin 27. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 1989, Ankara, Anayasa Mahkemesi yay., 1989, s.19; Ayr. Bkz.: yuk. § 3, III, 2.

likteki özel hukuk ilişkilerini düzenleyen yasa hükümlerinin iptal yaptırımıyla karşılaşacağı unutulmamalıdır²⁵⁰ (AY m.150-153).

İkinci olarak, dolaylı etkiden (dolaylı uygulama) söz etmek gerekir. Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen yasaların yorumlanması ve yasa boşluklarının doldurulmasında Anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulması zorunludur²⁵¹. Bu zorunluluk, yargıçların, Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak hüküm vereceklerini düzenleyen AY m.138/I hükmünden kaynaklanır. Yasanın yorumunun anayasaya uygun yapılması gerektiği gibi, yasadaki kavramların somutlaştırılması için de, Anayasa hükümleri öncelikli rehber kabul edilir. Giderek, “*Medeni Kanunun tanımlamamış olduğu kişilik haklarının içeriğinin belirlenmesinde anayasal hak ve hürriyetlerin, ... değerlendirilmesi ...*” gerektiği gibi²⁵² “*Kişiliğin sözleşme ve sözleşme dışı ihlallere karşı korunması, Anayasa ışığı altında yorumlanmalıdır*”²⁵³. Bu şekilde yapılacak bir yorum sayesinde, Özel Hukuktaki kişilik hakkının görünümünden birinin de özel yaşam hakkı olduğu noktasında duraksama kalmaz. Dahası, AY m.20-22’de düzenlenen özel yaşam hakkına ilişkin hükümlerin, “... *bu şahsi varlığın şeref ve haysiyet varlığından ayrı olarak korunması hususunda hakime direktif verici mahiyette ...*” algılanması gerekir²⁵⁴.

Üçüncü etkileme yolu ise, Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine **doğrudan uygulanabilme** (doğrudan etki) olanağıdır²⁵⁵. Özel Hukuk alanında özel yaşamın korunmasına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmasa bile, AY m.20-22’nin de aralarında bulunduğu Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmasıyla, bu hakkın korunması mümkün olacaktır²⁵⁶. Anayasanın doğrudan

²⁵⁰ Ertürk, Temel Haklar, s.44-45, 47-48; Ayr. Bkz.: Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.64-65.

²⁵¹ Kaneti, Etkiler, s.20-24, 32-34; Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, s.120; Hirsch, Etkiler, s.7; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.70; Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.33-34; Ertürk, Temel Haklar, s.45-47, 48-49; Helvacı, Davalar, s.29; Dural/Öğüz, Kişiler, s.93; Öztan, Şahsın Hukuku, s.115-116; Gülsoy, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.147-149.

²⁵² Kaneti, Etkiler, s.33-34; Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K.65 Kuralı), İstanbul, İ.Ü. Yay No.2059, 1976, s.53.

²⁵³ Dural/Öğüz, Kişiler, s.94.

²⁵⁴ Tandoğan, Özel Hayatın Korunması, s.16.

²⁵⁵ Hirsch, Etkiler, s.6-7; Şahlanan, Demokratik İlkeler, s.32-33; Kaneti, Etkiler, s.34-35; Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, s.118-120; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.15; Gülsoy, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.146; Öztan, Şahsın Hukuku, s.115; Arpacı, Kişiler, s.108; Ertürk, Temel Haklar, s.48; Helvacı, Davalar, s.29; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.9, 22; AY m.11 Aksî görüşte Soyler, Genel İş Koşulları, s.171-175; Belling, Grundrechte im Privatrecht, s.28; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.37-38.

²⁵⁶ Kaneti, Etkiler, s.34; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, s.48 dn.20; Gülsoy, Bağlayıcılık ve Üstünlük, s.147; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.23; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.48.

etkisinin diğer bir sonucu ise, özel hukuk kişilerinin, çalışma konumuz açısından özellikle işverenin, özel yaşam hakkını düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırı hukuki işlemlerinin, BK m.19-20 uyarınca geçersiz sayılmasıdır²⁵⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki; toplu iş sözleşmeleri de, Anayasaya uygun olmak zorundadır²⁵⁸. Anayasanın doğrudan etkisinin kabulü, toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmenin normatif bölüm hükümlerini düzenlerken üyelerinin, özel yaşam hakkının da aralarında bulunduğu, temel haklarıyla bağlı oldukları sonucuna varmayı kolaylaştırır²⁵⁹.

II. Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Özel Yaşamın Korunması

1. Türk Ceza Kanunu'ndaki Özel Yaşamın Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

26.9.2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5237 sayılı Kanunla²⁶⁰, 1.3.1926 kabul tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁶¹ yerini yeni Türk Ceza Kanunu'na bırakmıştır²⁶².

ABD Kaliforniya Anayasasındaki özel yaşamın korunmasına ilişkin hükmün (Art.I §1) de kişiler arası ilişkilerde uygulama alanı bulabileceği kabul edilir. İşçi işveren ilişkisi bakımında söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin bilgi için Bkz: **Patterson Ahrens**, Liability Waiting to Strike, s.392-396; 402-404.

²⁵⁷ **Hirsch**, Etkiler, s.7, 13; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.70; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Hukuku, s.119; Ayr. Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.48.

²⁵⁸ **Ünal Narmanhoğlu**, İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2001, s.356; **Ekmekçi**, Düzenleme Yetkisi, s.45.

²⁵⁹ **Ekmekçi**, Düzenleme Yetkisi, s.47 Ayr. Bkz.:48-52; **Fevzi Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık A.Ş., 1992, s.7; **Ertürk**, Temel Haklar, s. 157.

²⁶⁰ RG 12.10.2004/25611

²⁶¹ RG 13.3.1926/320

²⁶² Yeni Türk Ceza Kanununun yürürlük tarihi 181, 182 ve 184. maddeleri haricinde, önce, 1.4.2005 olarak belirlenmiş (Yeni TCK m.344); 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun da (RG 13.11.2004/25642) 1.4.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girerek 765 sayılı eski Ceza Kanununu yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür (5252 sK. m.12, 13). Ancak, Yeni TCK'nun yürürlüğe girmesine bir gün kala, 5328 sayılı Kanunla (RG 31.3.2005/ 5772, 1.Mükerrer) hem Yeni TCK'nda birtakım değişikliklere gidilmiş; hem de, yürürlük tarihi 1.6.2005 olarak değiştirilmiştir. 5328 sayılı Kanun, başta 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanununun olmak üzere, Yeni TCK ile birlikte yürürlüğe girmesi öngörülen, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin

“Kuşkusuz ki, bireyin mahremiyetinin, (özel hukukun yanı sıra) Ceza Hukukunun ek korumasından yaralanması arzu edilen bir durumdur; fakat bunun için, yasal hüküm bulunması gereklidir”²⁶³ 765 sayılı eski TCK’ndaki, konumuz bakımından en büyük eksiklik bu noktada ortaya çıkmakta; özel yaşama saldırıyı doğrudan suç olarak kabul eden hüküm bulunmamakta²⁶⁴ ve bu nedenle, koruma, dolaylı yoldan sağlanmaya çalışılmakta idi²⁶⁵. 765 s.TCK döneminde özel yaşama yönelen saldırılara karşı yeterli korumanın sağlanamadığı gerçeğinden hareket eden Yasa koyucu, 5237 sayılı yeni TCK’nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında 765 s.TCK’nda bulunmayan suç tipleri ortaya koymuştur²⁶⁶ (5237 sK. m.132-140).

Yeni TCK m.134 uyarınca “Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz” [m.134/(1)] ve “Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde,

Kanun, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu, 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ve 5311 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun da yürürlük tarihini 1.6.2005’e ertelemiştir (Bkz.: 5328 sK. Geçici m.1). 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni TCK’da yapılmak istenen bazı diğer değişiklikler, Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderilmiş, sonrasında 5377 sayılı Kanunla (RG 8.7.2005/25869) aynen kabul edilerek 8.7.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁶³ Warren/Brandeis, The Right to Privacy, s.219. Parantez içindeki anlatım tarafımızdan eklenmiştir.

²⁶⁴ Şen, Özel Hayat, s.109, 123-124; Ahmet Danışman, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, 1991, Selçuk Üniversitesi Basım Evi, Konya, s.106-107.

²⁶⁵ 765 s.TCK’nda özel yaşama yönelen saldırılara karşı dolaylı koruma sağlayan maddeler, kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzelkişiye zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunmayı suç olarak kabul eden m.192, konut dokunulmazlığını ihlâl suçunu düzenleyen m.193-194, sırrın masuniyetini ihlâl suçlarını düzenleyen m.195-200, hakaret ve sövme suçlarının düzenleyen m.480 ve bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçirmeyi suç sayan m.525/a olarak sıralanmaktadır. Bu maddelerle özel yaşam hakkının korunması hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Şen, Özel Hayat, s.109-135.

²⁶⁶ Ersan Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Özel Hayata Karşı Suçlar”, İBD, C.79, S.2005/3, Mayıs-Haziran, s.711; Ne var ki, yazar, bu başlık altında düzenlenen suç tiplerinin çoğunda suçta kanunilik ilkesine aykırılık bulunduğu görüşündedir. Bkz.: s.712, 716, 717-718.

ceza yarı oranında artırılır” [m.134/(2)]. Ayrıca, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl, bunların kaydedilmesi ve açık edilmesi; kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın açık etmesi suç sayıldığı gibi (m.132), kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya bunların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi, kişinin kendisinin de bulunduğu bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kaydetmesi, bu şekilde elde edilen bilgilerden yarar sağlanması veya bunları başkalarına verilmesi veya diğer kişilerin bilgi edinmelerinin sağlanması da (m.133) yeni TCK ile hukukumuzda giren suçlar olarak ortaya çıkmaktadır.

Yeni TCK ile kişisel verilerin kaydedilmesi, aktarılması, ele geçirilmesi ve yok edilmemesi eylemlerine karşı da koruma sağlanmaktadır. TCK m.135/(1) uyarınca, “*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*”. Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi de aynı şekilde cezalandırılacaktır²⁶⁷ [m.135/(2)]. Bundan başka, kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı (m.136) gibi, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın kişisel verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların görevlerini yerine getirmemelerinin yaptırımını, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir (m.138).

Yasa koyucunun, kişisel verilerin korunmasına özel önem verdiği görülmektedir²⁶⁸. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlıklı bölümdeki, kısaca ortaya koymaya çalıştığımız diğer suçlar şikayete bağlı suç olarak düzenlenmişken; kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmemeye ilişkin suçlar için, Cumhuriyet Savcılığının doğrudan harekete geçmesi gerekmektedir (m.139).

Belirtmek gerekir ki, eser niteliği taşımayan resim, portre, mektup ve benzeri yazıların yayınlanmasına ilişkin kurallara aykırı davranılması halinde eski TCK m.197 ve 199 hükümlerinin uygulanacağını öngören FSEK m.85 ve

²⁶⁷Duyarlı veri olarak adlandırılan bu tür bilgilerin kaydedilmesi halinde ceza ağırlaştırılmamakla birlikte, failin kusurluluğunun belirlenmesinde eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilerek davranıp davranmadığına bakılmayacaktır. Bkz.: aş. § 5, II, 4; § 9, II; Bkz. ve Karş.: Şen, Suçlar, s.717-718.

²⁶⁸ Ayr. Bkz.: Tezcan, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.390-396.

86 hükümlerindeki göndermenin, yeni TCK m.132 vd. hükümlerine yapıldığı-
nın kabul edilmesi yerinde olur²⁶⁹.

TCK’undaki özel yaşama koruma sağlayan düzenlemeler m.132 vd. hükümleriyle de sınırlı değildir. Kamu görevlileri tarafından hukuka aykırı şekilde bir kimsenin üstünün veya eşyalarının aranmasını (m.120); kişinin konutuna rızası dışında girilmesini veya burada çıkılmamasını (m.116); kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesini (m.124); sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürlütü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulmasını (m.123); sıfat veya görev, meslek veya sanat gereği öğrenilen ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere vermeyi veya açık etmeyi (m.239) suç olarak düzenleyen hükümler bunlara örnek oluşturur.

2. Ceza Usul Hukuku Bakımından Özel Yaşama Müdahale

a. Ceza Muhakemesi Kanunundaki Özel Yaşama Müdahale Niteliği Taşıyan İşlemler

Ceza Muhakemesi Kanununda^{270,271} (5271 sK.) özel yaşam hakkına müdahale karakterli işlemler düzenlenmiştir. Adli arama²⁷², elkoyma, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve teknik araçlarla izleme, bedenden örnek alınması (CMK m.75, 116 vd.), özel yaşama müdahale içeren bu işlemlere örnektir. Bunların uygulanabilmesi, kural olarak, yargıç kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde²⁷³ Cumhuriyet Savcısının yazılı emri

²⁶⁹ Bkz.: aş. § 5, III, 1.

²⁷⁰ RG 17.12.2004/ 25673

²⁷¹ CMK’nun yürürlüğü 5328 sayılı Kanunla 1.6.2005 tarihine alınmış; yürürlüğe gireceği gün Resmi Gazetede yayınlanan 5353 sayılı Kanunla (RG 1.6.2005/25832) yapılan değişikliklerle birlikte hukuk sistemimizdeki yerini almıştır.

²⁷² “Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir” (Arama Yön. m.5).

²⁷³ Gecikmesinde sakınca bulunan hal, CMK kapsamında yapılacak adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması olarak tanımlanmaktadır (Bkz.: Arama Yön. m.4/VLa).

gerekir. Arama ve elkoyma, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle de yapılabilir. Ancak konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak arama için kolluk amiri emir veremez. [Bkz.: CMK m.119(1), 127(1), 129(1), 135(1), 140(2)]. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir. Elkoyma, teknik araçlarla izleme ve bedenden örnek alınmasına ilişkin emirler, yirmidört saat içinde; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin emir ise, derhal yargıç onayına sunulmak zorundadır [m.75 (1), 127(3), 135(1), 140(2)]. CMK, yargıcın, yazılı emir üzerine yapılan işlemlerle ilgili kararını, bazı işlemler için yirmidört; bazıları için ise kırksekiz saat içinde vermesini, hükme bağlamış durumdadır [CMK m.75(1), 127(3), 135(1), 140(2)]. Bazı işlemler ise, ancak yargıç kararıyla yapılabilecektir [CMK m.128(9), 130(1), 134(1)].

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve teknik araçlarla izleme gibi özel yaşam hakkına gizli şekilde müdahale içeren koruma tedbirlerine başvurulabilmesi; sadece ilgili maddelerde sıralanan suçların soruşturulmasına yönelik olabilir [CMK m.135(6), 140(1)]. Bu tarzdaki tedbirlerin uygulanması için ayrıca, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması da gereklidir. Kanun, başka türlü delil elde etmenin mümkün olduğu durumlarda bu tür tedbirlere başvurulmaması gerektiğine işaret eder nitelikte kaleme alınmıştır [CMK m.135(1), 140(1), 134(1)]. Bu koruma tedbirleri, ancak belirli sürelerle sınırlı şekilde uygulanabilir²⁷⁴ [CMK m.135(3)(4), 140(3)].

CMK'ndaki Koruma tedbirlerini uygulayacak olan kolluk güçleridir [CMK m.119(1), 127 (1), 129(2)]. Bu kuralın, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması bakımından, CMK m.135(7) hükmündeki "*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz*" anlatımı göz önüne alındığında, daha sıkı esaslara bağlandığı görülür. Dahası, CMK m.135'te sıralanan işlemlerin yürütüm yetkisi, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurulan, "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adlı tek bir merkeze özgülenmiş bulunmaktadır (PVSK Ek m.7/X).

²⁷⁴ İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin bu esaslar AİHM'nin telefon dinlemeyle ilgili kararlarında da açık şekilde ortaya konmuştur. **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.341-343; Örn. Bkz.: *Valenzuela Contreras v. Spain*, para.59-61.

b. Özel Yaşama Müdahale Yetkisi Veren Diğer Bazı Düzenlemeler

aa. Suçun Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler

aaa. Önleme Araması

Özel yaşama müdahale oluşturan eylemlerden en önemlilerinden biri, aramadır. Adli aramanın, esasları Ceza Muhakemesi Kanununun başta olmak üzere, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde²⁷⁵ belirlenmiştir.

Bundan başka, önleme araması söz konusu olabilir. Önleme araması, makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla kişinin üstünde, üzerinde bulunan özel kâğıtlar ve diğer eşya ile aracında yapılan arama olarak tanımlanabilir (Arama Yön.19/I). Önleme araması da yargıç kararına bağlıdır; ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde²⁷⁶, mahallin en büyük mülki amirinin²⁷⁷ yazılı emriyle önleme araması yapılabilir (PVSK m.9/I; Arama Yön.m.19/I, 20/I,II).

Önleme araması, ancak Yönetmelikte sıralanan yerlerde yapılabilir ve konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı, özellikle belirtilmiştir (Arama Yön.m.19/II,III; 20/I).

Yönetmelikte, yargıç kararı ya da yetkili merciin yazılı emir gereksiz yapılılabilecek adli ve önleme amaçlı aramalar, sıralanmıştır (Arama Yön m.8, 9/I, 18, 25). Bu düzenlemelerin, “... *usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ...*” şeklindeki AY m.20/II hükmüne uygunluğu, **kanımızca** tartışmaya açıktır.

²⁷⁵ RG 1.6.2005/25832

²⁷⁶ Gecikmesinde sakınca bulunan hal, önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenmemesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması şeklinde tanımlanmaktadır (Arama Yön. m.4/VI,a).

²⁷⁷ 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için Cumhuriyet savcısı da bu emri verebilir.

bbb. Önleme Amaçlı İletişim Tespiti ve Teknik Araçlarla İzleme

5379 sayılı Kanunla²⁷⁸, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda yapılan değişiklikler, kolluk güçleri ve MİT'nin, suçun önlenmesi amacıyla yönelik, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, kayda alınması ve ayrıca teknik araçlarla izleme işlemlerine ilişkin kurallar içermektedir.

Sıralanan bu işlemler, sınırlı sayıda suçun önlenmesi amacıyla yönelik olarak yapılabilecektir. Başka bir anlatımla, her suçun önlenmesi için söz konusu yöntemlere başvurulamaz. Önleme amacıyla yapılacak, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması için, kural olarak, yargıç kararı gereklidir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili amirin yazılı emriyle, sıralanan işlemler yapılabilir. 5379 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, kolluk kuvvetleri ve MİT bünyesinde hangi amirlerin bu emri verebileceği açık şekilde belirtilmiştir²⁷⁹. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen bu yazılı emirlerin, yirmidört saat içinde yargıç onayına sunulması ve yargıcın, kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerekir. Sürenin dolması veya yargıç tarafından aksine karar verilmesi halinde işlem derhal sonlandırılmak ve kayıtlar on gün içinde yok edilmek zorundadır (PVSK Ek m.7/II, VI; Jan. K. Ek m.5/I, VII; MİT K. m.6/II, VI).

Önleme amaçlı bu yöntemlere, ancak belirli sürelerle sınırlı şekilde başvurulabilir (PVSK Ek m.7/IV; Jan. K. Ek m.5/III; MİT K. m.6/VI) ve bu sürenin sonunda suç bulgusuna rastlanmazsa kayıtlar yok edilmelidir (PVSK Ek m.7/V; Jan. K. Ek m.5/IV; MİT K. m.6/V).

Yargıç kararları ve yazılı emirler, ilgili teşkilatın istihbarat görevlilerince yerine getirilecek olmakla birlikte (PVSK Ek m.7/VIII; Jan. K. Ek m.5/VII; MİT K. m.6/VII); bu işlemlerin yürütümünü, Telekomünikasyon Kurumu bünyesindeki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adlı merkez gerçekleştirecektir. (PVSK Ek m.7/X; Jan. K. Ek m.5/I; MİT K. m.6/II).

²⁷⁸ RG 23.7.2005/25884

²⁷⁹ Önleme amaçlı iletişimin tespiti, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yönünde, yazılı emir verebilecek amirler, Emniyet Teşkilatı için Emniyet Genel Müdürü veya istihbarat dairesi başkanı, Jandarma Teşkilatı için Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanı, MİT için ise, MİT Müsteşarı veya yardımcısıdır.

Önleme amaçlı teknik araçlarla izleme için ise, yargıç kararı şarttır (PVSK Ek m.7/VI; Jan. K. Ek m.5/V).

bb. Özel Güvenlik Görevlilerinin Arama Yetkisi

Kolluk dışında arama yapmak konusunda yetkilendirilmiş kişiler, özel güvenlik görevlileri olarak karşımıza çıkar²⁸⁰. ÖGHK m.7/a uyarınca özel güvenlik görevlilerinin arama yetkisi koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara –çalışma konumuz bakımından işyerlerine- girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini detektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmek şeklinde tanımlanmaktadır. Bu yetki, Arama Yön. m.25/son hükmünde, kamuya açık veya açık olmayan özel işletmeler, kurumlar veya teşebbüsler gibi yerlerin girişlerindeki aramanın, özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirileceği şeklinde anlatım bulunmaktadır.

Özel güvenlik görevlilerinin istisnai durumlarda, kolluk görevlisi gibi yakalama ve arama yetkisi bulunmakla birlikte (ÖGHK m.7/c,d,j; ÖGH Yön.14), olağan yetkinin yoklama suretiyle kontrol yapmaksızın, teknik araçlarla yapılan aramaya dair olduğu anlaşılmaktadır. ÖGH Yön.14/I hükmündeki “Görev alanında, ... detektörle, x-ray cihazından geçirerek veya Kanunda belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması yapılabilir.” anlatımı bu **kaniyi** güçlendirir²⁸¹.

Ayrıca, kamuya açık alanlarda özel güvenlik görevlilerince yapılacak üst araması genel kolluğun gözetim ve denetiminde yapılmak zorundadır (ÖGH Yön.m.14/II; Arama Yön.23/II). Son olarak, özel güvenlik görevlilerinin ÖGHK m.7’de sıralanan arama ve zor kullanma yetkilerinin bir bölümünün, Anayasa ve CMK düzenlemeleri karşısında tartışmaya açık olduğu da belirtilmelidir.

c. Ceza Usul Hukuku Bakımından Özel Yaşama Saldırı Yoluyla Elde Edilen Delil

CMK’nun özel yaşam hakkına müdahale içeren koruma tedbirleri hakkındaki bu açıklamalardan sonra, bunların AY m.20-22 ve AİHS m.8/II hü-

²⁸⁰ Bkz.: Ömer Ekmekçi, “5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanması”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2005, Yıl:10, S.38, s.37-38.

²⁸¹ Nitekim, “Özel güvenlik görevlilerinin kontrol yetkileri” başlığını taşıyan Arama Yön. m.21 hükmü incelendiğinde de, yetkinin, kimlik sormak, duyarlı kapıdan geçirmek, kişilerin üstlerini detektörle kontrol etmek, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmek, şeklinde belirlendiği görülür.

kümleri doğrultusunda sıkı kurallara bağlandığı görülecektir. CMK m.288(2), hukuka aykırılığı, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla, ortaya koymaya çalıştığımız bu kurallara aykırı şekilde elde edilen delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmedikleri konusunda duraksama olmaması gerekir.

Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin değerlendirmeye alınarak karar verilmesi ise, mümkün değildir. Bu ilke, AY m.38/VI hükmünde “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” şeklinde açık şekilde anlatım bulmuştur.²⁸² CMK m.217(2) uyarınca, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*”. CMK m.289(i)’de ise, “*Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*” kesin temyiz nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak, CMK öncesinde yürürlükte olan CMUK m.254/2’deki “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hukme esas alınmaz*” hükmü üzerine yapılan tartışmaların, CMK döneminde, son bulmayacağı **kanısında** olduğumuzu belirtmek gerekir. Bu tartışmada özetle, bir görüşe göre hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınmaması gerektiği yolundaki sözünü ettiğimiz maddenin mutlak yorumlanmaması gerektiği, delil toplanırken yaşamın gizli alanına yapılan müdahaleler gibi ağır ihlaller söz konusu değilse delillerin değerlendirmeye alınması önerilmekte; sanık kadar mağdurun, dolayısıyla toplumun da korunması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş, her olay bakımından, ihlalin ağır nitelikte olup olmadığına ayrıca değerlendirilmesini gerektirir. Diğer görüş ise, AY m.38/VI ve CMUK m.254/2’deki anlatımın açık ve yasağın mutlak olduğunu ve hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hükmünde esas alınmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığını, ileri sürmektedir.²⁸³

Belirtmek gerekir ki, yeni CMK ve TCK’nun yürürlüğü sonrasında bu tartışmanın alanı oldukça daralacaktır. Bunda en önemli etken, Yeni TCK m.132 ve devamında düzenlenen özel yaşama karşı suçlar olacak; delilin elde edilme yönteminin suç oluşturması halinde kullanımının savunulması oldukça güçleşecektir. Ayrıca, 5379 sayılı Kanunla, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda yapılan değişikliklerle, kolluk güçleri ve

²⁸² Anayasa metnindeki “kanuna aykırı” anlatımı “hukuka aykırı” şeklinde anlaşılmalıdır. Bkz.: **Ali Kemal Yıldız**, “Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi”, yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2002, s.187.

²⁸³ Bu tartışmalar hakkında bilgi için Bkz.: **Bahri Öztürk, M.Ruhan Erdem, V.Özer Özbe, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2000, s.474 vd.; **Yıldız**, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s.188 vd.; **Serap Keskin**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul, y.y., 1997, s.173 vd.; **Sağlam**, *Gizli Ses Kaydı*, s.107 vd.

MİT'in önleme amaçlı dinlemelerinde, ilgili maddelerdeki usul ve esaslara aykırı hareket edilmiş olması durumunda delilin hukuken geçerli sayılmayacağı, kanun hükmü halini almış (PVSK Ek m.7/XI; Jan. K. Ek m.5/IX; MİT K. m.6/IX) ve **kanımızca**, en azından bu boyutuyla, ortaya koymaya çalıştığımız tartışmayı sona erdirmiştir.

Son olarak, AİHM'nin meseleye yaklaşımı üzerinde durmak yerinde olur. Hukuka aykırı gizli dinleme yoluyla elde edilen delililerin karara esas alınması nedeniyle, AİHS'nin adil (*fair*, düzgün) yargılanma hakkının düzenleyen 6. maddesine aykırılık iddiasıyla açılan davalarda, Mahkeme öncelikle, görevinin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delililerin ulusal yargılamada kabul edilebilirliğini tartışmayı kapsamadığını belirtmekte; ancak yargılama sürecinin bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır²⁸⁴. Bu nedenle, AİHM'nin bu konudaki kararlarında özel yaşama saygı hakkına (m.8) aykırılık bulunduğu halde, adil yargılama hakkının (m.6) ihlal edilemediği sonucuna varılabilmektedir²⁸⁵. Bu tutum karşısında, AİHM'nin hukuka aykırı delil elde edilmesi yoluyla kişinin hak ve özgürlüğüne verilen zararlar, bu delilin kullanılmasındaki kamu yararının karşılaştırıldığı ve üstün tutulması gereken değere göre karar verdiği yorumu yapılmaktadır²⁸⁶. Buna karşı, özel yaşam hakkının ihlal edilmiş olmasına rağmen adil yargılama hakkının ihlalinin söz konusu olmadığı yolunda verilen bu tür kararlarla, hukuka aykırı delil kullanımına izin verilmesinin, özel yaşama saygı hakkına etkili koruma sağlamak amacına aykırılık oluşturduğu; bunun "... *hukukun hakim kılınması için hukukun çiğnenmesi gibi çelişkili ve absürd bir mantık önerisinin ...*" kabulü anlamına geleceği belirtilerek, kararlardaki yaklaşım, ilk elden, karşı oy yazılarında, mahkemenin yargıçlarınca eleştirilmektedir²⁸⁷.

²⁸⁴ **Gölcüklü/Gözübüyük**, Uygulama, s.298-299; *Khan v. UK*, Application no. 35394/97, 12.5.2000, para.34, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=70324&skin=hudoc-en&action=request>, (13 Aralık 2004); *Schenk v. Switserland*, para.46; *Teixeira de Castro v. Portugal*, 44/1997/828/1034, 9.6.1998, para.34, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=1686166&skin=hudoc-en&action=request> (13 Aralık 2004); Ayr. Bkz.: *Saïdi v. France*, 3/1992/378/452, 23.8.1993, para.43, (Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=3001308&skin=hudoc-en&action=request> (13 Aralık 2004).

²⁸⁵ Bkz. ve Karş.: *Khan v. UK*, para.27-28 ve para.38-40.

²⁸⁶ **Doğan Soyaslan**, "Hukuka Aykırı Deliller", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, Erzincan, Aralık 2003, s.23.

²⁸⁷ Bkz.: Yargıç Loucaides'in *Khan* Kararındaki karşı oy yazısı, *Khan v. UK*, s.15-17; Ayr. Bkz.: Yargıç Pettiti, Spielmann, De Meyer ve Carrillo Salcedo'nun *Schenk* Kararındaki karşı oy yazıları.

3. Ceza ve Ceza Usul Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özel Hukuk

Ceza ve Ceza Usul Hukukuna ilişkin mevzuattaki, kısaca üzerinde durduğumuz, bu hükümlerin, konumuz bakımından iki önemli yansımından söz etmek gerekir. Birincisi, Hukuk (İş) yargıcının, işçinin kişilik hakkına (özel yaşamına) saldırıda bulunulup bulunulmadığına karar verirken, TCK hükümlerini de göz önünde bulundurması; bunlardan esinlenerek sonuca varması gereğidir²⁸⁸. Ceza Kanununun 132-139. maddelerinde açık şekilde suç olarak düzenlenmiş eylemlerin, Özel Hukuk bakımından kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verecek olan Hukuk Yargıcına, değerlendirme yaparken, yol göstereceği açıktır. Benzer şekilde, CMK'ndaki özel yaşama müdahale niteliği taşıyan hükümler de, özellikle müdahale gerekçesi ve yöntemi bakımından Hukuk yargıcına hukuka uygunluk denetiminde ipucu verebilecek niteliktedir.

İkinci olarak, hukuk yargıcının ceza mahkemesince verilen beraat kararıyla bağlı olmadığını anımsatalım²⁸⁹ (BK m.53). Ancak, Ceza mahkemesince işverenin işçiye karşı TCK m.132-139 suçların birini işlediğine karar verildiği takdirde, hukuk yargıcının fiilin hukuka aykırı olmadığına karar vermemesi gerekir²⁹⁰. Başka bir anlatımla, eylemin ceza mahkemesince hukuka aykırı bulunması meselenin, Özel Hukuk / İş Hukuku boyutuna da etkilidir. Bu da, çalışmamızın temel sorusunu oluşturan, işçinin özel yaşamına etki eden işveren uygulamalarının hangi sınırlar içinde hukuka uygun kabul edilebileceği noktasındaki tartışmalarımızın Ceza Hukuku bakımından ne anlama geldiği üzerinde kısaca durmayı gerektir.

Ceza Hukukunda, suçun unsurlarından biri de eylemin hukuka aykırı olmasıdır²⁹¹. Hâttâ, TCK m.135 ve 136 hükümlerindeki gibi, madde metninde hukuka aykırılığın özel olarak belirtilip belirtilmemesi bu esası değiştiren bir

²⁸⁸ **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.16; **İmre**, Meseleler, s.162; **Arpacı**, Kişiler, s.107; **Helvacı**, Davalar, s.30.

²⁸⁹ Yarg. 9. HD, 15.5.1997, 5328/9066, **Cevdet İlhan Günay**, İş Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yay., 2005, s.956.

²⁹⁰ **Selahattin Sulhi Tekinay**, **Sermet Akman**, **Haluk Burcuoğlu**, **Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.714; **M. Kemal Oğuzman**, **Turgut Öz**, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s.550-551; **Sarper Süzek**, İş Hukuku: Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2005, s.511 ve a.y. dn.32.

²⁹¹ **Sulhi Dönmezer / Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku : Genel Kısım, 10. bs., C.II, İstanbul, Beta Yay., 1994, s.1-7; **Nur Centel**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, Beta Yay., 2001, s.221-222.

anlam taşımaz²⁹². Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin, salt TCK m.24-27 hükümlerinde sıralanan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerle sınırlı olmadığı; Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda²⁹³ ve hatta pozitif hukuk dışında hukuka uygunluk nedenlerinin bulunabileceği belirtilir²⁹⁴. Giderek, işçi işveren ilişkisinde sıkça başvurulması gereken ve “üstün yarar” şeklinde ortaya konan hukuka uygunluk kurumunun, Ceza Hukukuna yabancı olmadığı anlaşılır²⁹⁵.

Bu açıklamalar sonrasında, örneğin, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısının yasalaşması halinde buradaki hukuka uygunluk nedenlerinin (KVKK Tsr. m.5-6) ve ilerleyen bölümlerde ortaya koymaya çalışacağımız diğer nedenlerin²⁹⁶ de, Ceza Yargıcı tarafından göz ardı edilmemesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Yapılması gerekenin, TCK maddelerindeki suç yaratan hükümlerin konuluş amacı (*ratio legis*) ile Ceza Hukuku dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinin birlikte değerlendirilmesi olduğu belirtilir²⁹⁷. Ayrıca, işçinin özel yaşamına etki eden bazı işveren uygulamaları için, Ceza Kanununda düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” [TCK m.26 (1)] hükmünün geniş yorumlanması düşünülebilir²⁹⁸.

III. Özel Hukukta Özel Yaşamın Korunması

1. Genel Olarak

Medeni Kanunda, doğrudan özel yaşamı korumaya yönelik düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri (MK m.23-25; BK m.19/II, 49), özel yaşamın kişilik hakkının özel bir görünümü olarak kabul edilmesi²⁹⁹ nedeniyle, uygu-

²⁹² Söz konusu hükümlerde “hukuka aykırı şekilde” deyiminin kullanılmış olması, failin kusurluluğunun belirlenmesinde etkilidir. Suçun oluşması için fail, eyleminin hukuka aykırı olduğunu da bilmeli ve buna rağmen eylemi gerçekleştirmeye yönelmelidir. Bkz.: **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.227; **Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.18-20.

²⁹³ “...hukuka aykırılığı kaldıran sebebin girdiği hukuk alanının Ceza hukuku olmamasının önemi yoktur...” **Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.10.

²⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz.:**Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.7, 11-17.

²⁹⁵ **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.223.

²⁹⁶ Bkz.: aş. § 9.

²⁹⁷ **Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.18; **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.224.

²⁹⁸ Ayrıntılı Bilgi için Bkz.:**Dönmezer/Erman**, Ceza Genel II, s.28 vd. özellikle, 41-44; **Centel**, Ceza Hukukuna Giriş, s.236 vd.

²⁹⁹ Bkz.: yuk. § 3, III, 2.

lama alanı bulur. MK m.23 ve BK m.19/II, 20/I, kişinin, kendi hukuki işlemleriyle özel yaşamını başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken; MK m.24, 25 ve BK m.49 hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Özel yaşama yönelen saldırılar, hemen her zaman, haksız fiil niteliğini taşır. Diğer bir olasılık, müdahalede bulunanın hakkını kötüye kullanarak MK m.2'ye aykırı davranmasıdır. Sözleşme tarafları –çalışma konumuz bakımından iş sözleşmesi tarafları-arasında da, bu tür saldırıların meydana gelmesi olasıdır³⁰⁰.

Sözü geçen MK ve BK hükümlerine ilişkin açıklamalara geçmezden önce, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki konuya ilişkin hükümler üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser niteliği taşınabilirler bile, kişinin resim, portre, mektup, hatıra ve benzer nitelikteki yazılarının izni olmadan yayınlanmasına karşı korumaya yönelen hükümler barındırır (FSEK m.85-86). Bu hükümler uyarınca, eser niteliği taşınabilirler bile, resim ve portreler, tasvir edilenin; mektup, hatıra ve buna benzer yazılar, bunları yazarların ve muhataplarının ve bu kişiler ölmüş ise FSEK m.19/I'de sıralananların, rızası olmadan yayınlanmaz. Resim ve portrede tasvir edilenin, mektup ve benzeri yazılar bakımında yazar ve muhatapın, ölümünden 10 yıl geçmişse, bunların yayınlanması için m.19/I'de sıralananların rızasına gerek yoktur. Ne var ki, hem bu hükümlerde düzenlenen yayın yasağına aykırı davranılması durumunda, hem de buradaki yayın yasağına ilişkin aykırılık bulunmasa bile, yine de kişilik hakkına saldırıdan söz edilebiliyor ise, koruma, MK. m.23-25 ve BK m.49 hükümleriyle sağlanacaktır³⁰¹. Giderek, resim, portre, mektup ve benzerlerinin eser niteliği taşıması halinde, FSEK'nun, bunların eser niteliğinin gerektirdiği korumayı sağladığı; ancak, aynı zamanda özel yaşamın parçası olmaları nedeniyle sağlanacak korumanın, kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel düzenlemeleri içeren MK ve BK hükümleriyle sağlanacağı görülür^{302,303}.

2. Özel Yaşamın Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı Korunması (MK m.23)

Medeni Kanununun 23. maddesi, "*Kimse, hak ve fil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez.*" (MK m.23/I) "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez*

³⁰⁰ Helvacı, Davalar, s.84-86; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.166; Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku Dersleri, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.89.

³⁰¹ Yayın yasağına aykırı davranışın Ceza yaptırımını konusunda Bkz.: yuk. § 5, II, 1.

³⁰² Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 9, 106, 272-274; Eser niteliği taşıyan resim, portre, mektup vb. yazılara ilişkin FSEK uyarınca açılacak hukuk ve ceza davaları için Bkz.: s.286 vd.

³⁰³ Ayr. Bkz. ve Karş.: Warren/Brandeis, The Right to Privacy, s.200-201.

veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” (MK m.23/II) hükümlerini içermektedir³⁰⁴. Bu hükümler, kişinin özgür iradesiyle, özel yaşamına ne dereceye kadar müdahaleye izin verebileceğinin sınırını çizmektedir.

Maddenin ilk fıkrası, kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini; başka bir anlatımla, hak ve fiil ehliyetini kendi rızasıyla sınırlamaya dahi tabi tutamayacağına işaret etmektedir. Özel Yaşam hakkı, hak ve fiil ehliyeti çerçevesinden ele alındığında; kişinin, özel yaşamına dahil olan sınırların tümünden ya da özel yaşamına ileride yapılacak her türlü müdahaleye karşı hukuki yollara başvurmadan vazgeçtiğini beyan etmesi, bir bakıma hak sujesi (kişi) olmaktan vazgeçmek anlamına gelecektir³⁰⁵ ki, hukuken bu mümkün ve geçerli değildir. Hatırda tutulmalıdır ki, *hak ehliyetinden önceden vazgeçilmesi yasaktır. Ancak doğmuş olan haktan*³⁰⁶ vazgeçmek mümkündür³⁰⁷.

MK m.23/II uyarınca kişi özgürlüğünden de vazgeçemez; ancak bunun kullanımını hukuka ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla sınırlandırılabilir. Böylece, özel yaşamdaki faaliyet özgürlüğüne getirilecek sınırlama ölçütünü Medeni Kanun, hukuka ve ahlaka aykırı olmamak, başka bir anlatımla, aşırı olmamak³⁰⁸ olarak ortaya koymuş bulunmaktadır. Kişinin özgürlüğünün kullanımını kendi rızasıyla sınırlamasına tipik örneklerden biri, bir iş sözleşmesine özgür iradesiyle taraf olarak işyerinde çalışan işçidir³⁰⁹. Günün belli bir bölümünde ve yasal iş sürelerine uygun olarak işyerinde bulunmak zorunluluğu,

³⁰⁴ Maddenin son fıkrası “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” şeklindedir. Bu fıkra , birinci ve ikinci fıkradan farklı olarak kişilik hakkının görünümünden beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin özel bir düzenleme niteliğindedir. Kişilik hakkının çeşitli görünümleri birbirinden kesin çizgilerle ayırlamayacağı gibi, aksine sıkı bağ içindedir. Özel yaşamın korunmasıyla da dolaylı şekilde ilişki içindeki bu hükmeye ve ilgili mevzuata aşağıda değinilmiştir. Bkz.: § 10, IV, 2.

³⁰⁵ Öztan, Şahsın Hukuku, s.142; Dural/Öğüz, Kişiler,s.137; Bilge Öztan, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Ankara 2002, s.257; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.387, 390-391.

³⁰⁶ Buradaki “doğmuş olan hak” anlatımından, kişilik hakkının, saldırıda bulunulmamasını istemek yetkisi olarak kendisini gösteren ve özel yaşama müdahale olasılığının ciddi ve yakın şekilde belirmesiyle kullanılabilir hale gelen, etkisinin anlaşılması gerektiği kanısındayız.

³⁰⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.140; Dural/Öğüz, Kişiler, s.136; Arpacı, Kişiler, s.144.

³⁰⁸ Öztan, Şahsın Hukuku, s.143-145; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.393-395; Öztan, Temel Kavramlar, s.258.

³⁰⁹ M. Kemal Oğuzman, “İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü sayı 11-1974 Kubilay’a Armağan’dan ayrı basım, İstanbul 1975, s.534; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.391; Ayr. Bkz.: Hendrickx, General Principles, s.49.

işçinin kendi iradesiyle özgürlüğünün kullanımına getirdiği bir sınırlama olmakla birlikte hukuka ve ahlaka aykırılık oluşturmaz; dolayısıyla geçerlidir³¹⁰.

Medeni Kanun 23. maddesinin I. ve II. fıkraları sıkı bir bağ içindedir. Özgürlüğün kullanımının aşırı sınırlanması çoğu zaman, özellikle fiil ehliyetinden kısmen vazgeçmek anlamına geleceği gibi; hak ve fiil ehliyetinden vazgeçilmesi de özgürlüğün kullanımının aşırı sınırlanması anlamındadır³¹¹. Hakkı, özgürlüğün temeli ve konusu, özgürlüğü ise hakkın gerçekleşme aracı olarak ortaya koyan tanımlama³¹² göz önünde bulundurulduğunda; hak ve fiil ehliyeti ile özgürlük arasındaki bağ ve MK m.23'teki yasak ve sınırlama daha kolay kavranabilmektedir.

Kişinin kendi iradesiyle özgürlüğüne getireceği sınırlamayı Borçlar Kanununun "... şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." hükmünü içeren 19. maddesi II. fıkrasından ayrı düşünmek de mümkün değildir. Bu hükümdeki "*şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir*" anlatımıyla, öncelikle, MK m.23/I,II hükümlerinin kastedildiğinden kuşku duymamak gerekir. BK m.20/I'deki sözleşmenin konusunun hukuka aykırı (gayri muhik) olması halinde geçersiz sayılacağını hükme bağlayan düzenleme karşısında da, özel yaşam hakkının zedelenmesi bakımında hukuka aykırılığı belirlemede öncelikle MK m.23'ün göz önünde bulundurulması gereği açıktır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun kişiliği, dolayısıyla özel yaşamı korumaya yönelik bu hükümleri arasındaki sınırı çizmek zor olmakla birlikte, kişinin sözleşme yapma özgürlüğünün genel sınırlarını çizen BK m.19, 20 karşısında MK m.23'ün, özgürlüğün kullanımı bakımından bu sınırı belirginleştirdiğini söylemek yanlış olmaz³¹³. Söz konusu maddeler başka bir bakımdan değerlendirildiğinde, MK m.23'ün yasaklama

³¹⁰ "Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebilir." (BK m.343) ve "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart ilmiş ise muteberdir" (BK m.349) gibi hükümler iş ilişkisinde özgürlüğün kullanımının aşırı sınırlanmasına cevaz vermeyen özel hükümlere örnek oluşturmaktadır. (Özgürlüğün kullanımına aşırı sınırlama getirilmesine izin vermeyen diğer özel hüküm örnekleri için Bkz.: MK m.64, 66, 119/I, 341, 797 ; BK m.34, 139, 161, 343, 396).

³¹¹ Öztan, Şahsın Hukuku, s.142.

³¹² Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Esra Matbaacılık, İstanbul, 1965, s.252'den aktaran Gemalmaz, Teori, s.986.

³¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.141; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.374, 378; Öztan, Şahsın Hukuku, s.143.

hükmü olduğu; BK m.19, 20’de ise bu yasağa aykırı davranışın yaptırımının düzenlendiği görülür³¹⁴.

3. Özel Yaşamın Saldırıya Karşı Korunması (MK m.24)

a. Saldırıya Karşı Koruma Talep Etme Yetkisi

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” (MK m.24/I). Bu hüküm, kişilik hakkının münferit görünülerinden biri olarak kabul gören özel yaşam hakkına karşı saldırı söz konusu olduğunda, hakkın sahibine koruma talep etme yetkisi vermektedir³¹⁵. Kişilik hakkı, esasen tam bu noktada, saldırıda bulunulmamasını istemek yetkisi olarak, etkisini gösterir³¹⁶.

Özel yaşam hakkının mutlak karakteri göz önünde tutulduğunda, kural olarak, özel yaşama yönelecek her müdahalenin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır³¹⁷. “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” (MK m.24/II) anlatımındaki sıralanan hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, genel kuralın istisnalarını oluşturur.

b. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Nedenler (Hukuka Uygunluk Nedenleri)

MK m. 24/II’de hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, kişilik hakkı zedelenen kimsenin saldırıya rıza göstermesi, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar ve saldırganın kanunun verdiği yetkiyi kullanması şeklinde sıralanmıştır³¹⁸.

³¹⁴ Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.378; Arpacı, Kişiler, s.145.

³¹⁵ Helvacı, Davalar, s.46; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.132.

³¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.126, 143.

³¹⁷ Öztan, Temel Kavramlar, s.260; Helvacı, Davalar, s.98; Dural/Öğüz, Kişiler, s.138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.143.

³¹⁸ Öğretideki hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin sınıflandırılması, içeriği ve hukuki sonuçları hakkındaki farklı görüşler için Bkz.: Helvacı, Davalar, s.99-103. Çalışmamızda, MK m.24/II sınıflaması esas alınmıştır.

aa. Özel Yaşamına Saldırılan Kimsenin (Mağdurun) Rızası³¹⁹

Öncelikle belirtmek gerekir ki; mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldırıcı etki gösterebilmesi için, MK m.23 ve BK m.19,20/I hükümlerine uygun olması ilk koşuldur^{320, 321}.

Rıza verilmesiyle meydana gelebilecek sonuçların, mağdur tarafından değerlendirilebilecek şekilde ortaya konmuş olması gerekir. Özel yaşama müdahale edecek olan tarafından mağdurun rızası talep ediliyorsa, saldırısı, rızayla hukuka uygun hale gelecek olan bu kişinin mesleği, uzmanlık alanı ya da konumu gereği mağdura oranla daha kolay öngörebileceği sonuçları, açıklaması; mağdurun sonuçlar konusunda doğru ve yeterli şekilde bilgilendirilmesi gerekir³²².

Rıza açık veya örtülü şekilde verilebilir³²³; yeter ki, verilen rızanın özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olsun³²⁴. Verilen rızanın sınırlarını aşan müdahale hukuka aykırıdır³²⁵. Rıza belirli bir müdahaleye karşı verilebileceği gibi, özel yaşama müdahale riski taşıyan bir faaliyete katılma durumunda, öngörülebilir müdahalelere karşı da rıza verilmiş sayılır³²⁶. Dikkat edilmesi gereken, faaliyetin doğasında bulunan öngörülebilir riskler dışındaki müdahalelerin hukuka aykırı olmaya devam edeceğidir. Bir muhabire, konutunda söylesi yapılmasına izin veren kişinin, konutundaki özel eşyalarının -ayrıca rızası olmaksızın- karıştırılması bu duruma örnek oluşturabilir.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi, rıza içeren irade açıklamasının geçerli olmasına bağlıdır. MK m.23, BK m.19,20/I hükümlerine uygun olmayan rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği

³¹⁹ Öğretide rızanın, hukuka aykırılığı kaldırıcı neden mi yoksa sadece BK m.44/I uyarınca tazminattan indirim nedeni mi olduğu tartışmalıdır. Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.103-104 ve a.y. dn.370-371.

³²⁰ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.139; **Öztaş**, Şahsın Hukuku, s.148; **Öztaş**, Temel Kavramlar, s.261; **Hatemi**, Kişiler, s.92; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.144; **Helvacı**, Davalar, s.99-100,103.

³²¹ MK m.23 sınırlarını aşan rıza ancak BK m.44/I uyarınca tazminattan indirim nedeni olabilir. **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.139; **Hatemi**, Kişiler, s.93; **Öztaş**, Şahsın Hukuku, s.148-149; **Helvacı**, Davalar, s.104; **Öztaş**, Temel Kavramlar, s.261.

³²² **Helvacı**, Davalar, s.107; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.144-146.

³²³ **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.421; **Öztaş**, Temel Kavramlar, s.261; **Öztaş**, Şahsın Hukuku, s.147; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.147; **Helvacı**, Davalar, s.105.

³²⁴ **Helvacı**, Davalar, s.109; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.147; Ayr. Bkz.: **İmre**, Meseleler, s.167-168.

³²⁵ **Arpacı**, Kişiler, s.142; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.146-147.

³²⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.147; **Helvacı**, Davalar, s.104.

bu başlık altında öncelikle belirtilmişti. Bundan başka, ayırt etme gücü bulunmayanca rıza verilmesi ya da geçerliliği belirli bir şekle bağlanmış rızanın, bu şekle uyulmaksızın verilmesi gibi durumlarda da, müdahale hukuka aykırı olacaktır³²⁷.

Rıza, müdahale öncesinde veya müdahale devam ederken verilmelidir. Rızanın geri alınması mümkündür. MK m.23 hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, rızanın geri alınmasından vazgeçmek de mümkün değildir³²⁸. Rızanın geri alınması hukuki sonuçlarını ileriye etkili (*ex-nunc*) doğuracağından, en geç müdahale sırasında geri alındığına ilişkin irade açıklaması karşı tarafa ulaştırılmalıdır³²⁹. Müdahale sonrasında geri alınan rıza, sona ermiş müdahaleyi hukuka aykırı saldırı haline getirmez.

bb. Üstün Nitelikte Özel Yarar

MK m.24/II uyarınca mağdurun özel yaşam hakkına oranla daha üstün tutulabilecek bir özel yararın bulunması halinde, müdahale, hukuka aykırı bir saldırı olmaktan çıkacaktır. Üstün özel yarar mağdura, müdahalede bulunana (fail) ya da üçüncü kişiye ait olabilir³³⁰. Müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için üstün tutulabilecek yararın, kişilik hakkıyla bağlantı içinde bulunan bir yarar olması gerektiğinin kabulü yerinde olur³³¹.

Üstün özel yararın müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi ilkesinin bazı görünüşleri, ayrıca yasalarda düzenlemiştir³³². Bunlar için, “üstün özel yarardan” öte, çoğunlukla -MK m.24/II’de ayrıca anlatım bulan- “kanunun

³²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Öztan, Şahsın Hukuku, s.148; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.421.

³²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.147; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149.

³²⁹ Helvacı, Davalar, s.109; Öztan, Şahsın Hukuku, s.148.

³³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.148-149; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Dural/Öğüz, Kişiler, s.140.

³³¹ Dural/Öğüz, Kişiler, s.140-141; Helvacı, Davalar, s.127.

³³² BK m.52/I’ ve III’de düzenlenen haklı savunma (meşru müdafaa) ve hakkın bizzat korunması ve AY m.36’da düzenlenmiş bulunan hak arama özgürlüğünün kullanılması gibi durumlarda failin ve/veya üçüncü kişinin üstün özel yararı söz konusuyken; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.24’ gibi hastanın rızasının alınmasına imkan olmayan durumlarda hekime müdahale olanağı veren düzenlemelerde mağdurun üstün özel yararının bulunduğu önkabulü hakim görünmektedir. BK m.410 vd.da düzenlenen vekaletsiz iş görme sırasında, iş yapmanın iş sahibinin özel yaşamına müdahale ettiği hallerde mağdurun (iş sahibinin) üstün özel yararının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu konularda ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.148-149; Öztan, Şahsın Hukuku, s.149; Hatemi, Kişiler, s.93-94; Dural/Öğüz, Kişiler, s.140; Helvacı, Davalar, s.126-128, 110-117.

verdiği yetkinin kullanılması”, hukuka uygunluk nedeni olarak öne çıkar³³³. Sözü edilen bu hükümlerin kapsamı dışındaki hallerde yargıcın, her olay için, müdahaleyle korunmak istenen yararın üstün tutulup tutulamayacağını takdir edeceğini kabul etmek yerinde olur^{334,335}. Örneğin, zorda kalma (ıztırar) halinde, tehlikeden kaçarken üçüncü kişinin evinin kapısının kırılarak içeri girilmesi durumunda olduğu gibi, malla birlikte özel yaşama müdahale edilmesi de kaçınılmaz olabilir. Bu nedenle, **kanımızca**, özel yaşama müdahale nedeniyle açılacak tazminat davalarında, yargıcın eşdeğer olan kişilik değerleri arasında yarar değerlendirmesi yapmasına olanak verilmesi gerekir³³⁶.

cc. Üstün Nitelikte Kamu Yararı

Hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerden biri de, üstün nitelikte kamu yararadır (MK m.24/II). Özel yaşama kamu adına yapılan veya kamu yararına sonuç doğuran müdahaleler, hukuka uygun sayılır.

Kamu otoritelerinin özel yaşama müdahalelerinin çoğu, MK m.24/II’de belirtilen diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” kapsamına gireceği için, hukuka uygundur³³⁷; yeter ki müdahale, yetkiyi veren hükmün öngördüğü usul ve koşullara uyularak yapılsın. Konuya diğer bir açıdan bakıldığında, özel yaşama müdahale yetkisi veren bu yasal düzenlemelerin altında yatan gerekçenin, bu tür müdahalelerde üstün kamu yararı bulunduğu düşüncesi olduğu görülür³³⁸.

“Kanunun verdiği yetkinin kullanılması” niteliği taşımasa dahi, müdahalede özel yaşama göre üstün tutulabilecek nitelikte kamu yararının bulunması durumunda, müdahale hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Bu ilke, özel ya-

³³³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.149; Helvacı, Davalar, s.126.

³³⁴ Üstün özel yararın sadece yasalardaki özel hükümler (yasal savunma vb.) çerçevesinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığını düşünmek, MK m.24/II hükmünü anlamsız kılacaktır.

“Üstün özel yarar” ifadesinin MK m.24/II metninde yer almasına yönelik eleştiriler için Bkz.: Helvacı, Davalar, s. 100-103.

³³⁵ Hakimin bu noktada takdir yetkisini hangi esaslara göre kullanması gerektiği konusunda Bkz.: Helvacı, Davalar, s.99.

³³⁶ BK m.52/II hükmünün “...başkasının mallarına halel iras eden...” anlatımı karşısında, ıztırar halinin mal dışındaki değerlere saldırı halinde müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği yönündeki görüşe (Oğuzman/Öz, Borçlar, s.508; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, Borçlar, s.487-488; Karş. Hatemi, Kişiler, s.94) katılıyoruz. Dikkat edilmesi gereken nokta, ileri sürdüğümüz görüşte dayanağın, BK m.52/II değil; MK.24/II olduğudur. Bkz. ve Karş.: Helvacı, Davalar, s.113-114.

³³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.149.

³³⁸ Helvacı, Davalar, s.119.

şama kitle iletişim araçları yoluyla yapılan müdahaleler açısından önemlidir³³⁹. Özellikle belirtmek gerekir ki; “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” söz konusu olmadığı hallerde, “üstün kamu yararının” hukuka uygunluk nedeni olarak algılanabilmesi bakımından, müdahalede bulunanın konumu ve müdahaleyle güttüğü amaç, ayrıca duyarlılıkla değerlendirilmek zorundadır³⁴⁰.

dd. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Yasa koyucu, müdahalede özel yaşama göre üstün özel ya da kamu yararı gördüğü bazı durumlar için faile, müdahalede bulunma yetkisi verebilir. Bu yetkinin düzenlendiği norm, Kamu Hukuku ya da Özel Hukuk karakterli olabilir³⁴¹. Yasa tarafından özel yaşama müdahale noktasında yetkilendirilmiş olan failin davranışı, verilen yetkinin çerçevesinde kalınarak hareket edildiği sürece, hukuka uygun olarak kabul görecektir³⁴².

Özel yaşama kamu otoritelerince yapılacak müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarını, öncelikle, AY m.20/II, 21/c.2, 22/II çizer^{343,344}. Bu Anayasal

³³⁹ Kitle iletişim araçları yoluyla özel yaşama müdahalenin hukuka uygun olarak kabul görmesi için, özel yaşamın bu yolla açık edilmesinde kamu yararı bulunmasının yanı sıra; haberin güncelliği ve gerçeğe uygunluğu, mağdurun kamuya mal olmuşluk derecesi (toplumsal ilgi), konuyla anlatım arasındaki düşünsel bağlılık bulunması gibi ölçütlerin varlığı yargıç tarafından duyarlılıkla değerlendirilecektir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Şen**, *Özel Hayat*, s. 236-245, 153 vd.; **Özek**, *Basın Hukuku*, s.261-265; **Gürsel Öngören**, “Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel yaşamın Gizliliği ve Türkiye”, *KÜHFD*, Yıl:1, Sayı:1, Kasım 1997, Kocaeli 1997, s.1473-1481; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler*, s.149-154; **Helvacı**, *Davalar*, s.119-125; **Öztaş**, *Şahsın Hukuku*, s.150; **Dural/Öğüz**, *Kişiler*, s.141, 120 vd; *Ayr. Bkz.: Warren/Brandeis*, *The Right to Privacy*, s.214-216, 218.

“...temel ölçüt, kamu yararadır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır ... Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasının, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır...” Yarg. HGK, 24.3.2004, 4-155/157, Kazancı Hukuk Otomasyon 2.0, İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴⁰ Bkz.: aş. § 7, II.

³⁴¹ **Öztaş**, *Şahsın Hukuku*, s.150; **Akıpek/Akıntürk**, *Kişiler*, s.422; *Ayr. Bkz.:* yuk. § 5, III, 3, b, bb ve cc’deki açıklamalar.

³⁴² **Dural/Öğüz**, *Kişiler*, s.141; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler*, s.154-155.

³⁴³ Bu hükümlerde işaret edilen neden, koşul ve usullere uygun olmayan yasa maddeleri Anayasaya aykırıdır. Bkz.: yuk. § 5, I.

³⁴⁴ **Helvacı**, *Davalar*, s.117-118; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, *Kişiler*, s.154; **Dural/Öğüz**, *Kişiler*, s.141

hükümlere ve dayanak oluşturduğu yasal düzenlemelerdeki³⁴⁵ koşul ve usullere uyulmaksızın yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır³⁴⁶.

Haklı savunma (meşru müdafaa; BK m.52/I) ise, yasa tarafından özel-kamu ayrımı olmaksızın tüm hukuk sujelere tanınmış müdahale yetkisine örnektir³⁴⁷. Haklı savunmadan söz edebilmek için -kamu otoritelerinin müdahalelerindeki benzer şekilde- gerekli koşulların birinin dahi eksik olmaması gerekir³⁴⁸. Aksi halde müdahale hukuka aykırı olacaktır.

c. Mağdurun Açabileceği Davalar(MK m.25)

aa. Genel Olarak

“Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir” (MK m. 25/I). “Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir”³⁴⁹ (MK m. 25/II). Ayrıca davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı da saklıdır³⁵⁰ (MK m. 25/III).

Davacı, 25. maddenin birinci fıkrasında sıralanan kişilik hakkını koruyucu davaların³⁵¹ (savunma davaları) herhangi biriyle birlikte kararın üçüncü

³⁴⁵ Örn. Bkz.: İİK.m.80/III, IV; CMUK m.86-103; PVSK m.9,20, ÖGHK m.7; Arama Yön. m.7, 13- 23, 25; Ayr. Bkz.: yuk. § 5, II.

³⁴⁶ Dural/Öğüz, Kişiler, s.141; Helvacı, Davalar, s.117-118.

³⁴⁷ Diğer örnekler için Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.154-156; Öztan, Şahsın Hukuku, s.150-151.

³⁴⁸ Haklı savunmadan söz edebilmek için gerekli koşullar için Bkz.: Oğuzman/Öz, Borçlar, s.505-506; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.486-487.

³⁴⁹ Cevap ve düzeltme hakkı (AY m.32/I, Basın K. m.14, RTKYK m.28; TRTK m.27) ve MK m.25/II ile karşılaştırması için Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.164 ve a.y. dn.552; Öztan, Şahsın Hukuku, s.157-158; Helvacı, Davalar, s.144-147; Dural/Öğüz, Kişiler, s.153-154; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.433-434.

³⁵⁰ Buna karşı, özel yaşama saldırı durumunda sebepsiz zenginleşme davasının söz konusu olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.156 dn.515; Oğuzman/Öz, Borçlar, s.745-746; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.735-736; Ayr. Bkz.: Selahattin Sulhi Tekinay, “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.59; Dural/Öğüz, Kişiler, s.141; Arpacı, Kişiler, s.162-163; Elde edilen kazancın geri verilmesi davasını sebepsiz zenginleşmeyle ilişkilendiren görüş için Bkz.: Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.432.

³⁵¹ Kişilik hakkını koruyucu davalar (kısaca koruyucu davalar) deyimi öğretide, MK.m25/I’de düzenlenen “saldırı tehlikesinin önlenmesi”, “sürmekte olan saldırıya son verilmesi” ve “etkileri

kişilere bildirimini ya da yayımlanmasını da talep edebilecektir³⁵². İkinci fıkradaki “*Bunlarla birlikte...*” anlatımı ve Yasanın madde gerekçesi³⁵³ karşısında bu sonuca varmak gerekmektedir. MK m.25/II hükmünden, kararın bildirim/yayımı isteminin sadece MK m.25/I davalarına özgülendiği anlamını çıkarmak da yerinde olmaz. Tazminat veya kazancın verilmesi davalarında, saldırının hukuka aykırılığını tespit eden bölümünün bildirim/yayımı saldırının devam eden etkilerini ortadan kaldırılması için gerekliyse, bu da birlikte talep edilebilir³⁵⁴. Yayım ya da üçüncü kişilere bildirme kararı verilmesi halinde, bunun nasıl yapılacağıнын yanı sıra, masrafı karşılayacak tarafın da kararda belirlenmesi gerekir³⁵⁵.

Açılacak koruyucu davada özel yaşamına saldırılan kişi davacı sıfatına sahip olacaktır. Saldırı, birden fazla kişinin özel yaşamına yönelmişse, her biri ayrı ayrı dava açabilir. Ancak, birinin davayı kaybetmesi, diğerlerinin dava hakkını ortadan kaldırmaz³⁵⁶. Maddi tazminat ve kazancın geri verilmesi davası dışında, mirasçılar, kural olarak, mirasbırakanın dava haklarına sahip değildir³⁵⁷. Ancak mirasbırakanın ölümü öncesi açtığı davaya devam edebilecekleri gibi³⁵⁸, mirasbırakanın özel yaşamına yapılan saldırı kendi kişilik haklarına da saldırı oluşturmaktaysa, dava haklarının bulunduğunu belirtmek gerekir³⁵⁹. Manevi tazminat talebinin mirasçılar tarafından ileri sürülebilmesi için ise, mağdurun ölümü öncesinde bunu ileri sürmüş olması yeterlidir. Bunun, mağdur tarafından mutlaka dava yoluyla talep edilmiş olması gerekmez³⁶⁰.

devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti” için açılacak davaları belirtmek üzere kullanılmaktadır. Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.79 ve a.y. dn.293.

³⁵² **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.145; **Helvacı**, Davalar, s.140-141; **Öztañ**, Temel Kavramlar, s.264, 265; Ayr. Bkz.: **Öztañ**, Şahsın Hukuku, s.153, 156; **Akıpek/Akıntürk**, Kişiler, s.420.

³⁵³ Hükmün madde gerekçesinde “*Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yer alan davalarla birlikte davacıya, mahkemece verilen ... kararın ‘üçüncü kişilere bildirilmesi’ veya ‘kararın yayımını’ isteme hakkı tanınmıştır.*” anlatımı yer almaktadır.

³⁵⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.175; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.164; Aksi görüşte **Öztañ**, Şahsın Hukuku, s.155-156.

³⁵⁵ Bu yayım kitle iletişim araçlarında olabileceği gibi bazı yerlere afiş yapıştırılması vb. şekilde de olabilir. Saldırının etkilerinin sınırlı bir çevrede görülmesi halinde kararın üçüncü kişilere mektup , e-posta vb. ile bildirilmesi yolu tutulabilir. Bkz.: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.165; **Helvacı**, Davalar, s.143; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.145.

³⁵⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.161.

³⁵⁷ A.e., s.167.

³⁵⁸ Aksi görüşte, **Helvacı**, Davalar, s.153-154.

³⁵⁹ **Helvacı**, Davalar, s.153; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.157-158.

³⁶⁰ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.152; **Öztañ**, Temel Kavramlar, s.268.

Koruyucu davalarda davalı, özel yaşama saldırıda bulunan kişi/kişiler³⁶¹ ve saldırı veya etkilerinin ölüm sonrasında devam etmesi koşuluyla³⁶², mirasçıları olacaktır³⁶³. Bu davalarda saldırganın kusurlu olması koşulu yoktur, saldırının hukuka aykırı olması yeterlidir³⁶⁴. Eylemli şekilde özel yaşama saldırıda bulunan kişilerden başka, davranışın saldırı oluşturduğunu bilerek ya da bilmeyerek, işbirliği yapan, cesaretlendiren, izin veren vb. kişiler de MK m.25/I'deki koruyucu davalarda davalı olabilirler. Başka bir anlatımla, istem, saldırıyı durdurabilecek kişilere yöneltilmelidir³⁶⁵. Davanın koşulları arasında kusur aranmaması bu sonuca varmayı kolaylaştırmaktadır³⁶⁶.

Bu ilkenin kabulü, çalışma konumuz açısından özellikle önemlidir. İşveren, işçisinin özel yaşamına saldırıda bulunulmasına bilerek ya da bilmeyen katkıda bulunması veya bunu önleyebilecek konumda olması, MK m. 25/I davaları bakımından davalı olmasına neden olabilecektir³⁶⁷.

bb. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi

Saldırı tehlikesinin ciddi ve yakın olası koşuluyla³⁶⁸, olası saldırı sonucunda özel yaşam hakkı zedelenecek olan kişi, davalının saldırı oluşturacak davranıştan kaçınmaya mahkum edilmesi istemiyle dava açabilecektir. Önleme davası devam ederken saldırı meydana gelirse, dava konusuz kalır³⁶⁹.

³⁶¹ Saldırıda birden fazla kişinin payı bulunuyorsa ayrı ayrı ya da birlikte dava edilebilir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.161.

³⁶² Tazminat ve kazancın geri verilmesi yükümlülüğü, bu koşullar aranmaksızın mirasçılara geçer. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.539.

³⁶³ **Helvacı**, Davalar, s.156; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.158-159.

³⁶⁴ **Arpacı**, Kişiler, s.151,152,161; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.159, 161, 164, 174; **Akıpek/Akıntürk**, Kişiler, s.422-423 **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.142, 143, 144; **Öztan**, Şahsın Hukuku, s.152, 154; **Helvacı**, Davalar, s.155; **Siebert**, Meseleler, s.220.

³⁶⁵ **M. Kemal Oğuzman**, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatırasına Armağan, 1990,s.23.

³⁶⁶ **Helvacı**, Davalar, s.153-154. Yazar, bu sonuca MK m.24/I'deki "... saldırıda bulunanlar ..." anlatımından varmaktadır.

³⁶⁷ Tazminat sorumluluğu açısından, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılığın yanı sıra BK m.55, 100 uyarınca kusursuz sorumluluğu da düşünülebilir. Bkz.: aş. § 5, III, 4; § 14, I, 2.

³⁶⁸ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.143; **Öztan**, Şahsın Hukuku, s.154; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.161-162 ve a.y. dn.540; **Helvacı**, Davalar, s.129; **Arpacı**, Kişiler, s.152; **Akıpek/Akıntürk**, Kişiler, s.417.

³⁶⁹ Bu durum için, saldırının durdurulması istemini de içeren kademeli (terditli) dava açma olanağı verilmesi yönündeki görüş için Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.81.

Kesinleşmiş önleme kararına rağmen saldırı meydana gelirse, MK m.25'te düzenlenen diğer davaların açılması gündeme gelecek; özellikle tazminat davaları açısından failin kusurlu sayılması olasılığı oldukça güçlenecektir³⁷⁰.

cc. Sürmekte Olan Saldırıya Son Verilmesi

Mağdur (davacı), özel yaşama saldırı devamlılık gösteren bir nitelikteyse (saldırı durumu), saldırganın devam eden saldırıya son vermeye mahkum edilmesi^{371,372} istemiyle dava açabilecektir. Kişinin, ulaşımına açık bir veri kütüğünde tutulan, kendisine ilişkin verilerin silinmesi istemiyle dava açması buna örnektir. Saldırının sona erdirilmesi istemi saldırı sürüdüğü sürece yapılabileceğinden, dava için zamanaşımı ya da hak düşümü süresinden söz edilemez³⁷³.

Saldırının sona erdirildikten sonra etkileri devam edecekse, saldırının sona erdirilmesi istemiyle birlikte kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunulabilir³⁷⁴.

Tekrarlanan davranışlarla meydan gelen bir saldırı söz konusu olduğunda, saldırı tehlikesinin önlenmesi istemi, saldırı durumuna son verilmesi niteliğindedir³⁷⁵. Saldırının devam eden saldırıya son vermeye mahkum edilmesi, yeni saldırı tehlikesini engellemeyebilir. Bu durumda hem saldırı durumuna son verilmesi; hem de saldırı tehlikesinin önlenmesi istemleri, bir arada ileri sürülmelidir³⁷⁶.

dd. Etkileri Devam Eden Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti

Sona eren ya da mahkeme kararıyla durdurulan bir saldırının etkileri devam edecekse mağdur, saldırının hukuka aykırılığının tespiti istemiyle dava

³⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.163.

³⁷¹ Davalının kesinleşen karara uymaması halinde ilamın icraya konulması (İİK m.30) ve İİK m.343 uyarınca hapisle karara uymaya zorlanabileceği görüşü için Bkz.: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.161. ve. a.y. dn.537; Ayr. Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.172-173.

³⁷² Son verme davasında saldırının tekrarının men'ine de karar verileceği görüşü için Bkz.: **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.415-416.

³⁷³ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.142; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler s.160; Ayr. Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.162-163.

³⁷⁴ Dava sürerken saldırının sona ermesi, saldırıya son verilmesi istemi bakımından davayı konusuz bırakırsa da, hukuka aykırılığın tespiti ve yayını istemi bakımından davaya devam olunmak gerektiği kanısındayız.

³⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.160.

³⁷⁶ **Arpacı**, Kişiler, s.152; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.143; **Helvacı**, Davalar, s.81-82; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.160.

açacaktır³⁷⁷. MK m.25/I'deki tespit davası, genel nitelikteki tespit davasının, kişilik hakkının -giderek özel yaşamın- korunması bakımından özel olarak düzenlenmesidir³⁷⁸. Tazminat ve/veya kazancın geri verilmesi istemi söz konusu olduğunda yargıç, öncelikle saldırının hukuka aykırılığını tespit edeceğinden ayrıca tespit istemine yer yoktur³⁷⁹. Ancak mağdurun tazminat istemini tercih etmediği hallerde ve özellikle üçüncü kişilerce bilinen saldırılarda bu davanın işlevinin, saldırın sona erdirilmesi davasına yaklaştığı da göz ardı edilmemelidir³⁸⁰.

ee. Maddi Tazminat, Manevi Tazminat, Elde Edilen Kazancın Verilmesi(MK m.25/III)

aaa. Maddi Tazminat

Özel yaşama saldırı nedeniyle maddi zarar meydana gelmesi durumunda, maddi tazminat isteminde bulunulabilir. Medeni Kanunun 25/III hükmü, kişilik hakkına saldırıda maddi tazminatın özel olarak düzenlenmediği haller için genel hüküm niteliğindedir³⁸¹. Kaldı ki, bu hüküm bulunmasa bile, BK m.41 vd. hükümleri uyarınca maddi tazminat istenmesi mümkündür³⁸².

Yukarıda açıklanan³⁸³ istemlerden (davalardan) farklı olarak maddi tazminat isteminde bulunabilmek için saldırının hukuka aykırı olması yetmez; aynı zamanda saldırı nedeniyle maddi zararın meydana gelmiş olması, saldırı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve failin kusuru ya da kusursuz sorumluluk hallerinden birinin bulunması gerekir^{384,385}.

³⁷⁷ Dural/Öğüz, Kişiler, s.144; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.163; Öztan, Şahsın Hukuku, s.154; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.419; Saldırının sona ermesini beklemenin ve saldırının etkilerinin devamının mutlak koşullar olarak algılanmaması gerektiği yönündeki görüşler için Bkz.: Tekinay, Eleştiriler, s. 58-59; Helvacı, Davalar, s.132-133.

³⁷⁸ Dural/Öğüz, Kişiler, s.144; Helvacı, Davalar, s.131; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.163.

³⁷⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.164, 175.

³⁸⁰ Helvacı, Davalar, s.132.

³⁸¹ MK m.26/II,120,158,174,304; BK m.45,46; TTK m.58 kişilik hakkına saldırıda maddi tazminatın özel olarak düzenlendiği hallerdir örnekler.

³⁸² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.166.

³⁸³ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, c, bb - dd.

³⁸⁴ Maddi tazminat isteminin koşulları hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Oğuzman/Öz, Borçlar, s.491 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s.474 vd.; Akipek/Akıntürk, Kişiler, s.425-427.

³⁸⁵ İşverenin, işçisinin diğer bir işçinin özel yaşamına saldırıda bulunmasından sorumluluğu BK m.55, 100 hükümleri çerçevesinde kusursuz sorumluluğa örnek oluşturabilir. Bkz.: Rona

Özel yaşama saldırı aynı zamanda borca aykırılık oluşturmaktaysa, bu durumu düzenleyen hükümler uyarınca da istemde bulunmak mümkün olacaktır. İşçi işveren ilişkileri bakımında genellikle bu söz konusudur³⁸⁶.

Maddi tazminat istemi, saldırıya son verilmesi, hukuka aykırılığın tespiti ve kararın yayınlanması, manevi tazminat ve kazancın verilmesi istemiyle birlikte ileri sürülebilir³⁸⁷ Maddi tazminat davasının önleme davasıyla birlikte açılması söz konusu olamaz³⁸⁸.

bbb. Manevi Tazminat

Özel yaşamına saldırılan kişi, saldırı nedeniyle çektiği acı ve duyduğu üzüntünün karşılığında manevi tazminat isteminde bulunabilir³⁸⁹ (MK m.25/III; BK m.49). Kural, acı ve üzüntünün davacıya bir miktar para verilmesiyle hafifletilmesi olmakla birlikte; yargıç parayla birlikte veya para yerine, başka bir giderim yoluna karar verebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yoluyla ilanına hükmedebilir (BK m.49/III) . İstem, kural olarak, parayla giderime yönelik olacaktır (BK m.49/I). Ancak, bir miktar paraya ek olarak BK m.49/III uyarınca saldırıyı kınayan bir karar alınması ve yayınlanmasını talep konusunda engel olmadığı gibi³⁹⁰; MK m.25/II uyarınca, bildirim/yayım istemek de mümkündür³⁹¹.

Yargıç, tazminatın miktarını takdir ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacaktır (BK m.49/II). Madde metninde her ne kadar kusurdan söz edilmemiş olsa da, ma-

Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", Prof.Dr. Haluk Tandoğan Hatıra-sına Armağan, Ankara, 1990, s.93.

³⁸⁶ Bkz.: aş. § 5, III, 4.

³⁸⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.167, 175.

³⁸⁸ Sona ermiş saldırının yakın gelecekte tekrar etme tehlikesi söz konusuysa önleme ve tazminat davasının birlikte açılabilceği görüşü için Bkz.: **Helvacı**, Davalar, s.182-183.

³⁸⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.167. Manevi tazminatın neyin karşılığı olduğu konusunda farklı görüş için Bkz.: **Serozan**, Değişik Yaklaşım, s.67-101; **Arpacı**, Kişiler, s.157; Ayr. Bkz. **Warren/Brandeis**, The Right to Privacy, s.219.

³⁹⁰ **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.690; **Öztan**, Şahsın Hukuku, s.156; Aksi görüşte **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.159; Para istenmeksizin sadece diğer giderim yollarının isteme konu edilebileceği yönünde, **Arpacı**, Kişiler, s.160-161; Bu yayının manevi tazminat niteliği üzerinde ki tartışmalar ve MK m.25/II - BK m.49/III karşılaştırması için Bkz.: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.163-164; **Helvacı**, Davalar, s.139; **Öztan**, Şahsın Hukuku, s.155; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.144-145.

³⁹¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.175.

nevi tazminat için, diğer koşulların³⁹² yanı sıra, failin kusuru da (kusursuz sorumluluk halleri hariç) aranacaktır³⁹³.

ccc. Elde Edilen Kazancın Verilmesi

Özel yaşama saldırı sonucunda, mağdurun kendisinin elde etmesi olanak dahilinde olan kazançtan yoksun kalması halinde (kâr mahrumiyeti), bunu maddi tazminat istemine konu etmesi gerekir. MK m. 25/III ise, mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı, saldırı sayesinde failin elde etmiş olması halinde, vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca isteme konu edilmesi olanağını sağlamaktadır³⁹⁴. Bu istemin maddi tazminat isteminin yanı sıra ileri sürülmesi mümkün olmak gerekir³⁹⁵. Kazancın verilmesinin istenmesi için failin kusurlu olmasının şart olmadığı belirtilmektedir³⁹⁶.

Elde edilen kazancın ne kadarının özel yaşama saldırı sayesinde elde edildiğinin tespitinde, BK m.42/II, örnekseme (kıyas; analogi) yoluyla uygulanabilir³⁹⁷.

4. Özel Yaşama Saldırı Halinde Birden Çok Sorumluluk Sebebinin Bulunması (Hakların Yarışması)

Özel yaşama yapılan müdahalenin, hem genel davranış kurallarına aykırılık (haksız fiil) hem de borca aykırılık oluşturması olasıdır. Bunun yanı sıra, yapılan bu müdahaleden doğacak sorumluluk, kusur aranan ve kusursuz sorumluluk kuralları içinde değerlendirilebilecek şekilde ortaya çıkmış olabilir.

Birinci duruma örnek olarak, işverenin bizzat işçinin özel yaşamına saldırıda bulunması durumu verilebilir. İşverenin bu saldırısı, iş ilişkisinden kaynaklan işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturmakla birlikte, haksız fiil niteliği de taşımaktadır³⁹⁸.

³⁹² Bu koşullar (Hukuka aykırı saldırı, manevi zarar, illiyet bağı, kusur) için Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.681-687; **Akipek/Akıntürk**, Kişiler, s.430-432.

³⁹³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.171; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.148; Aksi görüşte **Özta**n, Şahsın Hukuku, s.161.

³⁹⁴ **Özta**n, Temel Kavramlar, s.269; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.173-174; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.145-146; Aksi görüşte **Arpacı**, Kişiler, s.162.

³⁹⁵ **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.146; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.167, 173-174.

³⁹⁶ **Özta**n, Şahsın Hukuku, s.162; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.174; **Helvacı**, Davalar, s.155.

³⁹⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.174; **Özta**n, Şahsın Hukuku, s.162.

³⁹⁸ Ayr. Bkz.: **Perrins** et. al., Harvey on Employment Law, para.519; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.78-79.

İkinci durum için ise işçinin özel yaşamına diğer bir işçi tarafından, işverenin işinin görülmesi sırasında saldırıda bulunulmasına işverenin göz yumması örnek gösterilebilir. Bu durumda da, işveren hem işçiyi gözetme borcuna aykırı davranmakta hem de BK m.55 uyarınca kendisi hakkında “adam çalıştırmanın sorumluluğu”na³⁹⁹ gitme olanağı doğmaktadır. Olayın oluş biçimine göre, burada, işverenin işçiye karşı olan gözetme borcunun ifasında “yardımcı şahsın fiilinden BK m.100 uyarınca sorumluluğu”⁴⁰⁰ da düşünülebilir⁴⁰¹. Buna, işçilere ilişkin kişisel verilerin bu konuda yetkilendirilmiş bir diğer işçi tarafından tutulması ve bu işçi tarafından kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde açık edilmesi örnek gösterilebilir. Dahası, bu örnekteki benzer durumlarda, BK m.55 ve BK m.100 sorumluluğunun aynı anda doğduğundan da söz edilebilir⁴⁰².

Özel yaşama saldırı halinde birden çok sorumluluk sebebinin bulunması, sorumluluk hukuku, başka bir anlatımla m.25/III uyarınca açılacak maddi tazminat, manevi tazminat ve elde edilen kazancın verilmesi davaları bakımından önemlidir. Özel yaşama saldırı halinde iki sorumluluk sebebinin birden ortaya çıkması halinde mağdurun bu sebeplerden istediğine dayanabileceği görüşü, genel kabul görmektedir⁴⁰³. Ancak, failin sorumluluğuna her iki sorumluluk sebebine dayanarak iki kez gitmek mümkün olmadığı gibi; açılacak davada da tek bir esasa dayanılması gerekir⁴⁰⁴. Ne var ki, dayanılan sorumluluk sebebinin şartlarının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde, davanın hukuki

³⁹⁹ BK m.55'te düzenlenen kusursuz sorumluluk hakkında bilgi için Bkz.: **Haluk Tandoğan**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, Turhan Kitapevi, 1981, s.53 vd.; **Andreas Von Tuhr**, Borçlar Hukuku, C.1-2, Ankara, Yargıtay Yay. No.15, 1983, s.391 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar, s.503 vd.; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.590 vd.; **Mustafa Reşit Karahasan**, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İkinci Kitap: Kusura dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, Beta Yay., 1995, s.491 vd.

⁴⁰⁰ BK m.100'de düzenlenen kusursuz sorumluluk hakkında bilgi için Bkz.: **Von Tuhr**, Borçlar, s.589 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar, s.891 vd.; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.363 vd.; **Mustafa Reşit Karahasan**, Sorumluluk Hukuku, Birinci Kitap: Sözleşmeler, İkinci Kitap: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul, Beta Yay., 1996, s.1132 vd.

⁴⁰¹ **Serozan**, Değişik Yaklaşım, s.93; BK m100'ün "...istihdam edenin amelesi tarafından emellerini icra sırasında istihdam eyleyenin akdi bir rabita ile bağlandığı diğer bir şahsa, bu arada diğer amele ve müstahdemlere karşı ikâ ettikleri.." zararı da kapsadığı yolunda Yarg. İBK, 18.3.1940, 14/27, **Karahasan**, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s.1144-1145.

⁴⁰² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar, s.902-903.

⁴⁰³ A.e., s. 981; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.379, 702.

⁴⁰⁴ **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.702; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar, s. 983.

nedeni yargıcın takdir edeceği kuralından⁴⁰⁵ yararlanılarak, diğer sorumluluk sebebine göre karar verilebileceği; ayrıca, meydana gelen zararın dayanılan sorumluluk sebebiyle karşılanamayan bölümünün diğer sorumluluk sebebine dayanılarak giderilebileceği ileri sürülmektedir⁴⁰⁶.

Diğer bir görüş ise, davacının özel yaşama saldırı oluşturan olayları mahkeme önüne getirmek ve kanıtlamakla yükümlü olduğu, bundan sonra durumun hukuki nitelemesinin yargıç tarafından yapılacağı; yargıcın dayanılan hukuki sebeple bağlı olmadığıdır⁴⁰⁷. Bu görüş uyarınca, haksız fiil ve borca aykırılığa birlikte de dayanılabileceği gibi, sözleşme olgusunun yargıcın önüne getirilmemesi yoluyla, salt haksız fiil sorumluluğuna gitmek de olasıdır⁴⁰⁸.

Kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk sebeplerinin birlikte gerçekleşmesi halinde ise, kusursuz sorumluluk esasının, özel hüküm olarak değerlendirilerek, öne alındığı; bununla birlikte kusurun ise munzam kusur⁴⁰⁹ olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁴¹⁰.

5. Açılacak Davada Yetkili Mahkeme

MK m.25/V uyarınca, “*Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir*”. Hüküm, kesin yetki kuralı niteliğinde olmayıp⁴¹¹; davacıya, HUMK uyarınca yetkili kılınan mahkemelerin yanı sıra, kendi yerleşim yerinde de dava açma olanağı verir niteliktedir. Örneğin, özel yaşama saldırı, hemen her zaman, haksız fiil niteliğini de taşıyacağından, dava saldırının meydana geldiği yer mahkemesinde de açılabilir (HUMK m.21).

MK m.25/V ile getirilen kural aslen, ilk fıkrada düzenlenen saldırıya son verme, saldırı tehlikesinin önlenmesi ve etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davaları için getirilmiştir. Ancak, saldırıya son verme

⁴⁰⁵ “*Hakim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir.*” (HUMK m.76); Hükümün nasıl yorumlanması gerektiği üzerindeki tartışmalar için Bkz.: **M. Kemal Oğuzman**, Medeni Hukuk Dersleri: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.196 ve a.y. dn.43.

⁴⁰⁶ **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.703.

⁴⁰⁷ **Sema Çağa**, Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi, Seminer Yarışması 1972-1973, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay.No.108, Ankara 1973, s.26-27, 32-33.

⁴⁰⁸ **Çağa**, Sorumlulukların Birleşmesi, s.33 vd.

⁴⁰⁹ Munzam kusur kavramı için Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.526, 600.

⁴¹⁰ A.e., s.703.

⁴¹¹ **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü: Altıncı Baskı, demir demir, İstanbul 2001, s.487; **Dural/Öğüz**, Kişiler, s.152; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Kişiler, s.175.

ve tespit davasıyla birlikte tazminat ve/veya elde edilen kazancın geri verilmesi davaları da açılacaksa, davacının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu kabul edilmelidir⁴¹². Yargıtay daha da ileri giderek kişilik hakkına saldırı nedeniyle, son verme ya da tespit istemleri içermeksizin açılan tazminat ve kazancın verilmesi davaları için davalının yerleşim yeri mahkemesini de yetkili görmüştür⁴¹³.

Saldırının haksız fiilin yanı sıra borca aykırı davranış niteliği de taşıdığı durumlarda, davacı, sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanacak ise, sözleşmenin yerine getirileceği ya da davalı ya da vekilinin dava anında orada bulunması şartıyla sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesinin (HUMK m.10) davacının ve davalının yerleşim yeri mahkemelerinin (HUMK m.9; MK m.25/V) yanında yetkili kabul edilmesi gerekir⁴¹⁴.

⁴¹² Kuru, Usul, s.487; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.175.

⁴¹³ Bkz.: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s.175 dn.580; "MK 25/V genel kural olup, MK 25'de sayılan tüm davalar için geçerlidir." Dural/Öğüz, Kişiler, s.152.

⁴¹⁴ Dural/Öğüz, Kişiler, s.153.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAM HAKKI BAĞLAMINDA İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİSİ

İşveren karşısında işçi, ilişkinin zayıf tarafını oluşturur. Bu durum, Illinois Yüksek Mahkemesinin 1981 tarihli bir kararında¹, “İşveren ve işçi aynı basamakta bulunmazlar ... denetlenmeyen işveren yetkilerinin toplumun tamamını ilgilendiren ve toplum tarafından oluşturulan kamu politikasına tehdit oluşturduğu görülmüştür...” anlatımıyla açık şekilde ortaya konmuştur. Bu dengesizliğin nedeni, büyük ölçüde, ekonomiktir². İşçi-İşveren ilişkisinin, bu dengesizliğini görelî ihmal eden Liberal Bireyci anlayışla kavranmasının yansımaları olan Borçlar Hukuku hükümleri yerine, Liberal Devletin Sosyal Devlete evrilmesiyle koşut, kendine özgü kuralları olan İş Yasalarıyla düzenlenme zorunluluğu da buradan doğmuştur³. İş Hukukunun tarihsel süreçte geldiği yer ise, iş sözleşmesinin, diğer Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farkının, yani işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme olduğunun kabulü ve işçinin kişilik değerlerinin güvencelenmesi gereğinin tanınmasıdır⁴.

Öte yandan, çalışma konumuz açısından bakıldığında, MK m.23-25 ve BK m.49 gibi özel yaşam hakkına koruma sağlayan hükümlerin ekonomik ya da başka bakımdan güçlü olanlara karşı koruma sağladığı⁵; giderek, İş Hukukunun ilk temel taşlarını döşedikleri belirtilmektedir⁶. Bu anlatımdan da anlaşılacağı gibi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri, günümüz İş Hukukunun işçi-işveren ilişkisini kavrayışı karşısında, ancak tarihsel süreç içindeki öncüller olarak algılanabilir. İş Hukukunun, işçinin korunması ve kişiliğinin tanınması gibi ilkeleri⁷ düşünüldüğünde, sağladıkları koruma yetersiz

¹ *Palmeter v. International Harvester Co.*, 421 NE 2d 876 (III. SC,1981), **Craig**, Privacy and Employment Law, s.71 dn.98.

² **Çelik**, Dersler, s.4; **Ünal Narmanhoğlu**, İş Hukuku I: Ferdi İş İlişkileri, 3. bs., İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1998, s.6; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.186.

³ **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.9; **Münir Ekonomi**, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No.18, 1987, s.4-5; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.7; **Ferit Hakkı Saymen**, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası,1954, s.3-4; **Çelik**, Dersler, s.5, 17; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.5-8.

⁴ **Tankut Centel**, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul, Beta yay., 1994, s.10-11; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.15.

⁵ **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.5; **Arpacı**, Kişiler, s.148-149.

⁶ **Serozan**, Değişik Yaklaşım, s.72.

⁷ İş Hukukuna hakim olan ilkeler hakkında bilgi için Bkz.: **Çelik**, Dersler, s. 17-24; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.9-13; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.9-21.

kalır. Bu noktadan hareket edildiğinde, işçinin özel yaşamı konusunda da aynı yaklaşımın sergilenmesi gerekir.

Bu bölümde öncelikle, işçinin özel yaşam hakkı bakımından iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar incelenecektir. Bu çabada, iş sözleşmesinin tüm unsurları ve içerdiği tüm edimler yerine, işçinin özel yaşamıyla yakın ilişki içinde bulunanlar üzerinde durulmuştur. Sonrasında, özel yaşama müdahale durumunda hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin, bu ilişki bakımından nasıl algılanması gerektiği sorgulanmaya çalışılacaktır.

Ş6. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAM HAKKI BAKIMINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU ve İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK ve BORÇLAR

Karşılıklı (sinallagmatik) sözleşme niteliği taşıyan iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı değişime konu edimleri, işçinin işverenin işini görmesi ve işverenin de bunun karşılığında işçiye ücret ödemesidir. Ancak, iş sözleşmesinde edimler bunlarla kalmaz. Sözleşmenin, işçinin işverene kişisel (hukuki) bağımlılığını öngörmesi, birtakım başka hak ve borçları da beraberinde getirir. Bunlar işçi için, *işi özenle yapma, işverene bağlılık (sadakat), işverenin talimatlarına uyma (itaat) borcu* olarak ortaya çıkarken, işveren için *eşit davranma, işçiyi gözetme borcu ve yönetim hakkı* olarak sıralanır⁸.

Bunlar arasında, işçinin özel yaşam hakkıyla yakın ilişki içinde bulunanlar, işverenin yönetim hakkı ve karşısında yer alan işçinin uyma borcu, işverenin eşit davranma borcu ve işverenin işçiyi gözetme borcu ve karşısında yer alan işçinin sadakat borcudur. Söz konusu hak ve borçların açıklanması öncesinde, iş sözleşmesinin, diğer iş görme sözleşmelerinden büyük ölçüde ayırt edici unsuru: “bağımlılık” üzerinde durmak gerekecektir⁹.

⁸ İş ilişkisinde işçi ve işverenin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.91-142; **Çelik**, Dersler, s.119-171; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.113-168; **Centel**, İş Hukuku, s.124-168; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.195-249; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.349-448.

⁹ İş sözleşmesinin unsurları, bir başkasının işinin görülmesi, bunun bir karşılık (ücret) uğruna ve işi görülene (işverene) kişisel bağımlılık içinde yapılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.66-67; **Çelik**, Dersler, s.72-78; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.73-74; **Centel**, İş Hukuku, s.79-82; **Süzek**, İş Hukuku, s.189-196; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.133-140; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.205-218.

I. İşçinin İşverene Bağımlılığı

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin tanımlanmasında, kilit kavramlardan birini, işçinin işverene bağımlılığı oluşturur. 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesini, "... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" (İŞK m.8/I) şeklinde tanımlamaktadır. Giderek, "...(B)ir kişinin işçi olarak kabul edilmesi için, işverenle kişisel bağımlılık içinde bulunması, yani işverenin buyruklarına uygun biçimde ve onun gözetim-denetim ve yönetiminde işini yapması zorunludur"¹⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi de; 1967 tarihli bir kararında, işçilik niteliğinin kazanılması konusunda bağımlılık unsurunun önemini, "Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar" anlatımıyla ortaya koymuştur¹¹.

İş sözleşmesinin bağımlılık unsurundan söz edildiğinde, işçinin işverene ekonomik bağımlılığı değil, kişisel (hukuki) bağımlılığı -işverenin emir ve buyruklarına uygun şekilde işini görmesi- anlaşılır. Bu, iş sözleşmelerinin çok büyük bir çoğunluğunda, işçinin işverene ekonomik olarak da bağımlı olduğu gerçeğinin yadsındığı anlamına gelmez. Ancak, ekonomik bağımlılık, işçi niteliğinin belirlenmesinde kullanılabilen hukuki bir ölçüt değildir¹².

Her iki bağımlılık türü de, işçinin özel yaşamı bakımından tehlike yaratabilecek niteliktedir. İş Hukukunun varlık nedenlerinden en önemlisi, söz konusu ekonomik bağımlılığın yarattığı olumsuz sonuçların önlenmesidir¹³. İş Hukuku, işçiyi koruma hukuku olarak da algılanabilir¹⁴. Giderek, çalışmamızın geneli de, işçinin özel yaşamı bağlamında, bu konuya odaklanmıştır.

İş sözleşmesinin unsuru olan kişisel (hukuki) bağımlılıktan kaynaklanabilecek işçinin özel yaşamına yönelebilecek tehlikeler, iş sözleşmesinin işçi ve işveren için öngördüğü bazı hak ve borçlar göz önüne alındığında belirginle-

¹⁰ Centel, İş Hukuku, s.58; Ayr. Bkz.:Çelik, Dersler, s.73-74; Ekonomi, İş Hukuku, s.73-74; Saymen, İş Hukuku, s.395; Süzek, İş Hukuku, s.191; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.211-215.

¹¹ AY Mah., 26-27. 09. 1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG 19.10.1968/13031; Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-29.htm> (13 Temmuz 2005)

¹² Centel, İş Hukuku, s.58; Saymen, İş Hukuku, s.397; Ali Güzel, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.104-105; E. Murat Engin, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, y.y., Basisen Eğitim ve Kültür Yay. No.25, 1993, s.62-63; Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.136; Süzek, İş Hukuku, s.191; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.213.

¹³ Ekonomi, İş Hukuku, s.13-15; Çelik, Dersler, s.17.

¹⁴ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s.104.

şir. Bunlar, bağımlılık unsurunun açıklanmasında; başka bir anlatımla, işçinin uymakla yükümlü olduğu emir ve buyrukların kapsam ve sınırının belirlenmesinde yol göstericidir.

II. İşverenin Yönetim Hakkı – İşçinin Uyma (İtaat) Borcu: Kişisel Bağımlılığın Somutlaşması

Genelde, iş sözleşmelerinde işçinin yapacağı iş ve uyması gereken kurallar, ana hatlarıyla gösterilmekte, ayrıntılar ise doldurulması gereken bir alan olarak kalmaktadır. İş Sözleşmesinin, kural olarak, belirli bir şekle bağlı olmadığı (İşK m.8/I, BK m.314/I); dolayısıyla, iş koşullarının sözleşmelerin çok büyük bir çoğunluğunda yazılı olarak ortaya konmadığı düşünüldüğünde, söz konusu boşluk, çok daha iyi anlaşılacaktır. Bu boş alanın doldurulmasında, işverenin iş ilişkisi kaynaklı¹⁵ yönetim hakkının ve bu hakka dayanarak vereceği talimatların devreye girdiği kabul edilir¹⁶. İşverenin yönetim hakkı karşısında, işçinin, işverenin vereceği emir ve talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır¹⁷.

Yönetim hakkı, öncelikle işin yürütümüne (işin nasıl görüleceğine) yönelik işveren talimatlarıyla somutlaşır. Bu tür talimatlar karşısında, işçinin uyma borcu, iş görme borcuyla yakından ilişki içinde olup, onun bütünüleyicisi niteliğindedir¹⁸. Bunun yanı sıra, işyerinde düzen ve güvenlik sağlanmasına yönelik olmak kaydıyla, işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da söz konusu

¹⁵ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32; **Engin**, İşveren, s.70; **Çelik**, Dersler, s.104; **Sarper Süzek**, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof.Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara, TUHİS Yay., 1998, s.225-226; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.62; Yönetim hakkının kaynağı hakkındaki görüşler için Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.29-37; **Saymen**, İş Hukuku, s.199-202.

¹⁶ **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.225; **Çelik**, Dersler, s.104; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.199; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.93; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.61.

¹⁷ **Çelik**, Dersler, s.122; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.124; **Centel**, İş Hukuku, s.139; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.199; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.357.

¹⁸ **Centel**, İş Hukuku, s.139; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.125; Ayr. Bkz.: **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.357-358.

olabilecektir^{19,20}. İşçinin uyma borcu bu noktada, iş görme borcundan bağımsız bir borç niteliği alır²¹.

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de doğal olarak beraberinde getirir. Giderek, öğretide, işverenin yönetim hakkının karşısında yer alan talimata uyma borcunun bu boyutunun, işverenin işçiyi **denetim hakkı** ve bunun karşısında işçinin de **denetime katlanma borcu** şeklinde, ayrı başlık altında incelendiği de görülür²². İşverenin işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimatları ve denetimi, yönetim hakkının işçinin özel yaşamına saldırı niteliği alma tehlikesini içinde barındıran boyutunu oluşturur. Bu bakımdan, yönetim hakkının sınırlarının üzerinde durmak gerekir.

İşverenin yönetim hakkı, sınırsız değildir²³. Yönetim hakkı, iş koşullarının düzenleyen kaynaklar arasında Anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinden sonra gelmektedir^{24,25}. Hiyerarşide üst basamakta bulunan bu kaynaklardaki işçinin özel yaşamını koruyucu hükümler, yönetim hakkını sınırlar.

Yönetim hakkı, iş sözleşmesinde düzenlenmiş olan hususlara ilişkin olarak, sınırlanmış kabul edilir. İş sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı düzenleme

¹⁹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.13, 68-69; **Ertürk**, Temel Haklar, s.95; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.226-227; **Kadir Arıcı**, “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası” **Yargıtay Dergisi**, C.9, Ocak-Nisan 1983 S.1-2, s.163.

²⁰ Yönetim hakkının sözünü ettiğimiz iki boyutu Borçlar Kanunu Tasarısında açıkça anlatılmaktadır. BK Tsr. m. 403 uyarınca, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir”.

²¹ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.125; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.44-45; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.227; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.358.

²² **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100-101.

²³ Yönetim hakkının sınırlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.82 vd.

²⁴ İş Koşullarını düzenleyen kurallar hiyerarşisi hakkında bilgi için Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.14-18; **Çelik**, Dersler, s.98-105; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.162-163; **Süzek**, İş Hukuku, s.67-68.

²⁵ Anayasanın, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklindeki m.90/son hükmü ve özellikle AİHS bakımından, HUMK m.445/bent:11; CMK m.311/bent:f düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda, özel yaşam hakkına ilişkin hüküm içeren uluslararası sözleşmelerin de hiyerarşide, en azından, anayasa düzeyinde olduğunun kabulü gerektiği kanısındayız.

yapılırsa, yönetim hakkı da o ölçüde kısıtlanmış olur²⁶. Bu bakımdan, işverenin yönetim hakkı ile işçinin uyma borcunun içeriği arasında ters orantı bulunduğunu ileri sürmek yanlış olmaz. İşverenin yönetim hakkına getirilen sınırlamanın kapsamının genişlemesi, aynı ölçüde, işçinin uyma borcunun içeriğini daraltacaktır²⁷.

Yasa ve toplu iş sözleşmesi de, yönetim hakkının sınırını oluşturur²⁸. Yönetim hakkı, hiyerarşide, iş sözleşmesinden daha üst düzeydeki bu kaynakların öngördüğü kurallara aykırı kullanılamaz²⁹. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesiyle getirilen bir sınırlama olmasa bile, yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümleri sınırı oluşturur.

Çalışmamız açısından, AY m.20-22, MK m.23-24, BK m.19-20 hükümleri, işverenin yönetim hakkına ilişkin yasal sınırlara somut örnektir³⁰. Bu hükümlere aykırılık oluşturan iş sözleşmesi düzenlemelerinin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı kuşkusuzdur. İş sözleşmesi hükümlerini geçersiz kılabilen sıralanan bu hükümlerin, sözleşme hükümlerine göre daha alt düzeydeki yönetim hakkına da aynı etkiyi yapması doğaldır³¹. Ayrıca, yönetim hakkının, her hak gibi, MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına da uygun kullanılması gereği açıktır^{32,33}.

Toplu iş sözleşmesinin, TİSGLK m.6/1'deki "*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akidinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır*" hükmüyle somutlaşan doğrudan ve emredici

²⁶ **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.230; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32; **Engin**, İşveren, s.70; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.139.

²⁷ **Centel**, İş Hukuku, s.139.

²⁸ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.82-138; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.229; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32.

²⁹ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.230.

³⁰ **Ertürk**, Temel Haklar, s.96; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.121-123.

³¹ Ayr. Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.123.

³² **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.231; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.118-119; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.101; **Narmanlıoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.200; **Arıcı**, Yönetim Hakkı, s.176; **Engin**, İşveren, s.71.

³³ Bu nokta BK Tsr. m.403'te, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği yönündeki hükümden sonra yer alan "*İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.*" düzenlemesiyle açık anlatım bulmaktadır.

etkisi³⁴ yönetim hakkı için de geçerlidir. Toplu iş sözleşmesinin etkisi, kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından tıpkı yasa gibidir³⁵. Yönetim hakkına yasanın getirdiği sınırlama bakımından yapılan açıklamalar, *mutatis mutandis* toplu iş sözleşmesi için de geçerlidir. Anımsatalım ki, işçiye yararlılık ilkesini³⁶ somutlaştıran “*Toplu iş sözleşmesinde hizmet akıtlarına aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir*” şeklindeki TİSGLK m.6/II düzenlemesi, iş sözleşmesinde işçinin özel yaşamını, toplu iş sözleşmesindekine göre daha kapsamlı şekilde koruyan bir hüküm bulunduğu, iş sözleşmesi hükmünün uygulanmasını gerektirir. Bu durumda, yönetim hakkının sınırı çizen kaynak, iş sözleşmesi olarak belirecektir.

Öğretide, yönetim hakkının, belirtilen hukuk kaynaklarından başka işyerinin ihtiyaçları ve işin adetine uygun olarak yapılması gereğiyle sınırlı olduğu da belirtilir³⁷. Bu ölçütlerin, iş koşullarını düzenleyen hukuk kaynaklarına ek sınırlamalar olarak algılanması yerinde olur. Benzer şekilde, işverenin eşit davranma ve işçiyi gözetme borcu da bu tür sınırlardır³⁸.

Bu açıklamalar sonrasında, yönetim hakkı, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılmamış bile olsa, özel yaşama müdahale niteliği taşıyan işçinin işyerindeki davranışlarına ve denetimine ilişkin işveren istemlerinin, uyulması gerekli “talimatlar” olarak değer bulması için, işçinin rızası dışındaki bir hukuka uygunluk nedenine dayanmaları gerektiği sonucuna varılacaktır. İşçinin rızasından söz edildiğinde bunun yönetim hakkından çok, işçi ve işveren arasındaki sözleşmenin hükmü olarak algılanması gerekir³⁹. İşçini işyeri dışındaki davranışlarının yönetim hakkı kapsamında işveren talimatlarıyla düzenlenmesi üzerinde ayrıca durulacağından⁴⁰ şimdilik bu konunun tartışılması gerektiğini belirtmekle yetinelim.

³⁴ Toplu iş sözleşmesinin doğrudan ve emredici etkisi hakkında bilgi için Bkz.: Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.108-113; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.88-98; Narmanhoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.443-444, 446.

³⁵ Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.89; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.12-13; Narmanhoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.303, 306; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.138.

³⁶ İşçiye yararlılık ilkesi hakkında bilgi için Bkz.: Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s.113-115; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s.98-107; Narmanhoğlu, Toplu İş İlişkileri, s.445.

³⁷ Çelik, Dersler, s.122; Ayr. Bkz.: Taşkent, Yönetim Hakkı, s.101-102; Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.201.

³⁸ Bkz.: aş. § 6, III-IV.

³⁹ Bkz.: aş. § 7, I.

⁴⁰ Bkz.: aş. § 13, II, 1.

Yönetim hakkının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle genişletilmesi de, bunlara konulan hükümler sayesinde, olasıdır⁴¹. İşçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan talimatlar bakımından böyle bir genişlemenin hukuka uygunluk nedeni olarak, işçinin rızası akla gelecektir⁴². Ayrıca, yönetim hakkının genişleten sözleşme hükümlerinin, özel yaşam hakkı bakımından AY m.20-22, MK.m.23 ve BK m.19-20 ile çizilen sınırlar dahilinde hüküm doğurabileceği de unutulmamalıdır.

III. İşverenin Eşit Davranma Borcu (İlkesi)

Eşit davranma borcu (ayrımcılık yasağı), en yalın anlatımla, işverenin, bir işyerinde çalışan işçilere, akla uygun (rasyonel) ve haklı bir nedensiz farklı davranamayacağını ifade eder⁴³. Eşit davranma borcunun temelinde Anayasadaki eşitlik ilkesinin (AY m.10) bulunduğu kabul edilmekle⁴⁴ birlikte, bu borcun çeşitli görünümünün İşK m.5, 12, 13 ve Sen K. m.31'deki düzenlemelerde somutlaştığı görülür. İş Kanununun Eşit davranma İlkesi başlıklı 5. maddesi uyarınca, "*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*"⁴⁵ (İşK.m.5/I).

Eşit davranma borcu, bir işyerinde çalışan işçiler arasında her alanda mutlak bir eşitliği dayatmaz; gerçekten eşit durumda olan işçiler arasında ayırım

⁴¹ Taşkent, Yönetim Hakkı, s.21-28; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.32; **Süzek**, Yönetim Hakkı, s.230.

⁴² Bkz.: aş. § 7, I.

⁴³ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.5; **Tankut Centel**, İş Hukukunda Ücret, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi 9, 1986, s.137; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.134; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.429-430.

⁴⁴ **Çelik**, Dersler, s.166 ve a.y. dn.109'da anılan yazarlar; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.82-83; **Süzek**, İş Hukuku, s.362; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.432; Eşit Davranma borcunun nereden kaynaklandığı konusundaki görüşler için Bkz.: **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.12-119; **Ertürk**, Temel Haklar, s.98-101.

⁴⁵ Aynı madde, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli - kısmî süreli veya belirsiz süreli - belirli süreli çalışan işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağını (İşK.m.5/II) hükme bağladığı gibi; 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 yapmayı yasaklamaktadır (İşK.m.5/III). Ayrıca, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacak (İşK.m.5/IV) ve işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacaktır (İşK.m.5/V). İş ilişkisinde veya sona ermesinde bu düzenlemelere aykırı davranıldığında işçi, Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir (İşK.m.5/VI). Sen K. m.31 ise, sendika üyeliği ve sendikal faaliyete katılma nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Ayr. Bkz.: İşK.m. 12-13.

yapılmasını engellemeyi amaçlar⁴⁶. İşveren, ancak aynı işyerine mensup bir işçi topluluğuna dahil ve iş sözleşmeleri hali hazırda devam etmekte olan işçilerine, onların tümünü ilgilendiren konularda eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Sıraladığımız bu koşulların varlığı halinde, eşit davranma borcundan söz edilebilir⁴⁷.

Önemle belirtmek gerekir ki, Türk Hukukundaki bugüne dek gelen baskın görüş⁴⁸, eşit davranma borcunun iş sözleşmesi kurulmadan önce (işe alımda) söz konusu olmadığı yönündedir. Ne var ki, İşK.m.5/III, Sen.K. m.31/I'de anlatım bulan işe alımda cinsiyet temelinde ve sendikal nedenlerle ayrımcılık yasaklarına aykırılığın, *culpa in contrahendo* çerçevesinde değerlendirilmesi gereği de belirtilmektedir⁴⁹. Dahası, özellikle yeni TCK m.122 uyarınca işe alımda ayrımcılığın açık şekilde suç olarak düzenlenmiş olması karşısında, ayrımcılık halinde devreye girecek *culpa in contrahendo* sorumluluğunun, sadece cinsiyet temelinde ve sendikal nedenlerle yapılan ayrımcılıkla sınırlı kalmaksızın, hem ayrımcılık nedenleri hem de tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli koşullar bakımından daha geniş yorumlanması yerinde olacaktır. Kanımızca, İşK.m.5'te yapılacak, işe alımda her türlü ayrımcılığın hukuki sorumluluk gerektireceğini açık şekilde işaret eden bir düzenleme, bu konudaki duraksamayı ortadan kaldıracığı gibi; UÇÖ, BM ve AB düzenlemelerine de uygun düşecektir⁵⁰.

Eşit davranma borcunun, işçinin özel yaşamı bakımından önemi, işverenin, işçinin davranışlarına ilişkin vereceği talimatlar ve kontroller konusunda ortaya çıkar. İşveren, yönetim hakkını kullanırken de, eşit davranma borcuna

⁴⁶ Centel, Ücret, s.137-138; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.6; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.430; Süzek, İş Hukuku, s.362; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.248.

⁴⁷ Eşit Davranma İlkesinin uygulanma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.148-152; Çelik, Dersler, s.167-171; Centel, Ücret, s.139-141; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.135; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.433 vd.; Ayr. Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.362-367.

⁴⁸ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.141 vd., 155; Centel, Ücret, s.140; Süzek, İş Hukuku, s.363; Ertürk, Temel Haklar, s.64 ve özellikle 79-83; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2.bs., İstanbul, Legal yay., 2005, s.135-136; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.6, S.4, 2002, s. 47-48; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.247.

⁴⁹ Öner Eyrenci, "4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004 Ocak-Şubat-Mart, S.1, s.23; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.136; Süzek, İş Hukuku, s.363.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı açıklama için Bkz.: a.ş. § 10, I ve IV.

uygun şekilde davranmalıdır⁵¹. Bu şekilde, yönetim hakkının sınırlarından birinin de eşit davranma borcu olduğu anlaşılır⁵².

Akla uygun ve haklı bir neden bulunmaksızın, işyerinde aynı durumda olan bazı işçilerin üstlerinin aranması ya da e-postalarının izlenmesi gibi uygulamalar, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur⁵³. Giderek, bu tür bir uygulama, işçinin özel yaşamına saldırı olarak da kabul edilebilir. Bu durumda, eşit davranma borcuna aykırılık, özel yaşama müdahaleyi haklı kıldığı ileri sürülen nedenin de sorgulanmasına yol açar.

Buna karşın, özel yaşama müdahaleyi gerektiren neden, işçi topluluğunun tamamını ilgilendirmiyorsa, söz konusu nedenle ilişki içinde bulunan işçiler için eşit davranma yükümlülüğü devam ederken⁵⁴, diğerlerinin özel yaşamlarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü öne çıkar. Örneğin, taşımacılık yapan bir kuruluşta alkol testi yapılması söz konusu olduğunda, araçları kullanan işçiler için eşit davranma yükümlülüğüne uyularak hepsine test yapılmalı; ancak, diğerleri için testten kaçınılmalıdır⁵⁵.

Eşit davranma borcu ile özel yaşam hakkı arasındaki diğer bir bağ ise, işverenin, işçinin özel yaşamına ilişkin bilgileri elde etmek için dayanacağı bir hukuka uygunluk nedeni bulunmayan durumlarda ortaya çıkar. Bu bilgilerin elde edilmesi zaten özel yaşam hakkının ihlali anlamına gelir. Giderek, bu tür bilgilere dayanılarak işçi aleyhine alınan kararlar, hemen her zaman, ayrımcılık yasağına da aykırılık oluşturacaktır. Başka bir anlatımla, özel yaşama hukuk sistemi tarafından sağlanan koruma, ayrımcılık temelini oluşturabilecek bilgiye ulaşılmasının önüne geçerek hukuka aykırı şekilde ayrımcılık yapılmasını engeller: İşverenin, ırkı, etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefî ve dini inancı hakkında bilgi sahibi olmadığı işçiye/adaya karşı sıralanan ve benzeri nedenlerle farklı davranması da söz konusu olamaz⁵⁶.

⁵¹ Çelik, Dersler, s.170; Ertürk, Temel Haklar, s.111; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.158; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.84, 88; Süzek, İş Hukuku, s.365; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.137; Ertürk, Temel Haklar, s.110.

⁵² Taşkent, Yönetim Hakkı, s.82; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.158.

⁵³ Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.9.

⁵⁴ Bkz.: Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.137; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s.164; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.430; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.88; Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.102.

⁵⁵ Craig, Privacy and Employment Law, s.165-166; Bkz.: § 10, IV, 3.

⁵⁶ Pla Rodriguez, The Situation in the Americas, s.298; Pauline T. Kim, "Genetic Discrimination, Genetic Privacy: Rethinking Employee Protections for a Brave New World", Northwestern University Law Review, Vol.96, No.4, 2002, s.1510, 1537; Bkz.: aş. §10; § 9, III, 1, g.

IV. İşverenin İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu - İşçinin Sadakat Borcu

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konur ve işçinin bağlılık (sadakat) borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir⁵⁷. Tanımlamada, borcun kapsam ve içeriğinin kesin şekilde belirlenmesinden, bilinçli şekilde kaçınılmaktadır. Bu tutumun arkasında, gözetme ve sadakat borçlarının iş sözleşmesi taraflarının tüm davranışlarıyla ilgili olması nedeniyle içeriğinin önceden sınırlı biçimde belirlenmesi noktasındaki güçlük yatar⁵⁸. Giderek, işverenin gözetme borcunun sadece işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumakla sınırlı olmadığı; kendisinden ekonomik ve entelektüel anlamda –hemen her zaman- güçsüz konumda olan işçiye bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için uygun çabayı göstermeyi de içerdiği belirtilmektedir⁵⁹. İşçinin sadakat (bağlılık) borcu ise, kısaca, işçinin işverenin haklı çıkarlarını koruması ve bunlara zarar verecek davranışlardan kaçınması gereği şeklinde ortaya konur^{60,61}. Bu anlamda işçiye düşen, işverene zarar verecek durumlarda harekete geçerek zararı engellemeye çalışmak ve durumu işverene haber vermek gibi olumlu davranışlarda bulunmanın yanı sıra; işverene zarar verecek hareketlerden de kaçınmaktır⁶².

İşverenin işçiyi gözetme borcunun, BK m.332 ve İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı Beşinci Bölüm hükümleri (m.77-89) gibi⁶³ yasa-

⁵⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s.312; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154; **Centel**, İş Hukuku, s.162-163; **İlhan Ulusan**, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., 1990, s.1; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.424-425; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.245.

⁵⁸ **Centel**, İş Hukuku, s.163; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.245; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154; **Süzek**, İş Hukuku, s.312; **Ertürk**, Temel Haklar, s.89.

⁵⁹ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154 ve a.y. dn.311; **Kadriye Bakırcı**, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, Yasa Yayıncılık A.Ş., 2000, s.155

⁶⁰ **Centel**, İş Hukuku, s.141; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128; **Süzek**, İş Hukuku, s.276-277; Ayr. Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.116-117.

⁶¹ BK Tsr. m.400/1 uyarınca "İşçi ... işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatla davranmak zorundadır."

⁶² **Çelik**, Dersler, s.124-126; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.98-99; **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.7-8; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.205-207; **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.364.

⁶³ İşverenin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki gözetme borcuna ilişkin yasa hükümlerinden başka, çok sayıda yönetmelik yürürlüktedir. Bkz.: İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 16.12.2003/25318), Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, Gürültü Yönetme-

liği, Titreşim Yönetmeliği, Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği (RG 23.12.2003/25325), Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik (RG 26.12.2003/25328), Kişisel Koruyucu Donanım Yönetmeliği (RG 9.2.2004/25368), İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik (RG 10.2.2004/25369), Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği, İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik (RG 11.2.2004/25370), Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği (RG 21.2.2004/25380), Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği (RG 22.2.2004/25381), İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik (RG 5.3.2004/2539), Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 6.4.2004/25425), Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 7.4.2004/25426), Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik (RG 15.4.2004/25434), Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik (RG 15.5.2004/25463), Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği (RG 16.6.2004/25494), Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik (RG 9.8.2004/25548).

Çalışmamızın hazırlandığı tarihlerde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerin bir bölümü iptal istemiyle idari yargıya intikal ettirilmiş bulunmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin (RG 9.12.2003/25311) yürütülmesi Danıştay kararıyla durdurulmuştur. "... 4857 sayılı Yasanın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi anılan kanun hükmüne aykırı bulunmaktadır... Açıklanan nedenle iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliğinin yürütülmesinin durdurulmasına..." (Danıştay 10.D., 25.4.2004, E.2004/1942, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5, 2005, s.409-411.)

Belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın bu kararı tartışmaya açık bir durum ortaya çıkarmıştır. Şöyle ki, İŞK. Geçici m.2 "*1475 sayılı Kanuna göre halen yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin bu Kanun hükümlerine aykırı olmayan hükümleri yeni yönetmelikler çıkarılıncaya kadar yürürlükte kalır*" hükmünü içermektedir. Hükmün zıt kavram kanıtı (mefhum-u muhalif; argumentum a contrario) yöntemiyle yorumundan, 1475 sayılı Kanun döneminde çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerin aynı alanı düzenleyen yeni yönetmelik çıktığı anda yürürlükten kalkacağı anlaşılmaktadır. Giderek, 4857 sayılı Kanun uyarınca İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin çıkarılmasıyla, İŞK. Geçici m.2 hükmü uyarınca, eski İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğünü yürürlükten kalkmıştır. Yönetmeliğinin Danıştay kararıyla yürürlüğünün durdurulması sonucunda ise bu alanı düzenleyen norm konusunda bir boşluk doğmuştur. Yürürlüğün durdurulmasıyla eski tüzük yeniden canlanmış kabul edilemez. Yargıç bu boşluğu doldururken -tıpkı 931 sayılı İş Kanununun iptal edildiği dönemde olduğu gibi- yeni normu, yani İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğini esas almalıdır.

Buna karşı, 12.6.2005 tarih ve 25843 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan tüzükle (Karar S.2005/8913) eski İş Kanunu uyarınca yürürlükte bulunan ve yerlerine yeni İş Kanunu uyarınca yönetmelik çıkarılan bazı tüzükler yürürlükten kaldırılırken, iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenleyen tüzüklerden söz edilmemiştir. Eski tüzüklerin bazılarını kaldıran 2005/8913 Karar sayılı Tüzük'teki bu durum karşısında, İŞK. Geçici m.2 hükmünün anlamı tartışılır hale gelmiştir. Tekrar belirtelim ki, kanımızca, üst norm olan kanun hükmü öncelikle gözetilmelidir. İŞK. Geçici

dan kaynaklanan yükümlülükler esas alınarak kavranması; bu borcun içeriğinin salt, işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının korunması şeklinde anlaşılmasına yol açabilir. Öğretide, özellikle BK m.332/I hükmünün işçinin kişiliğinin –giderek, özel yaşamının- korunması noktasında dayanak olarak kabulünde çekingen davranıldığı da bir gerçektir⁶⁴. Yasal yükümlülükler açısından BK m. 332/I hükmünün, “*İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.*” anlatımının işçinin özel yaşamına yönelecek tehlikeleri de kapsar şekilde geniş anlaşılması da olanaklıdır⁶⁵. Madde metnindeki “*çalışmak dolayısıyla maruz kalınan tehlikeler*” anlatımı, **kanımızca**, tehlikenin yöneleceği değer bakımından sınırlama getirir nitelikte değildir. Şöyle ki, iş kazası gibi, işçinin özel yaşam hakkının ihlali de, çalışmak dolayısıyla maruz kalınan bir tehlikedir⁶⁶. BK m.332/I gibi somut bir yasa hükmünün bu

m.2 hükmü yukarıda açıkladığımız etkiyi doğurmuş, Resmi Gazetede yayımlandığı 9.12.2003 tarihinden Yürütmesinin durdurulduğu 25.4.2004 tarihine kadar -İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü değil- İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği yürürlükte kalmıştır. Normlar hiyerarşisinde bir üst konumda olan tüzüğün yerine yönetmeliğin geçmesini sağlayan, her ikisinin de üstünde yer alan ve İşK. Geçici m.2’de somutlaşan kanun hükmüdür.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği başta olmak üzere bazı Yönetmeliklerdeki düzenlemelerin, tüzük olarak çıkarılması gündemdedir. [Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.calismahayati.net/> (12 Kasım 2004)]. Bu doğrultuda Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı kamuoyuna sunulmuştur. [Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.csgb.gov.tr/mevzuat/is_sagligi_tuzugu_taslak.htm , (15.8.2005)].

53 maddeden oluşan İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı incelendiğinde, baştaki maddelerinin, yürürlüğü durdurulan yönetmelik ile neredeyse birebir örtüştüğü görülmektedir. Devam eden hükümlerde ise, söz konusu tüzük uyarınca çıkarılacak yönetmelikler sıralanmaktadır. Ne var ki, bu yönetmelikler, İşK. Geçici m.2’ye dayanılarak zaten çıkarılmış durumdadır ve yürürlüktedir. (Bu konularda ayrıntılı bilgi ve açıklama için Bkz.: **Ömer Ekmekçi**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal yay., 2005, s.20-36.).

Burada ortaya koymaya çalıştığımız nedenlerle, çalışmamızda, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı ve sıralanan diğer yönetmeliklerdeki düzenlemeler esas alınmıştır.

⁶⁴ **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.20 vd.; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.103; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.84, 86-87, 126-127.

⁶⁵ “ ... BK 332 hükmü işçiyi somut tehlikeler karşısında koruduğu kadar, onun kişilik değerlerini de koruyan bir hükümdür...” **Emine Tuncay Kaplan**, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof.Dr. Kamil Turan’a Armağan, C.7, 2003, S.2, s.139-140; Ayr. Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.104; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.49.

⁶⁶ AB’nin iş güvenliğine ilişkin 89/391 sayılı çerçeve yönergesini 5. paragrafındaki, “işveren, işe bağlı tüm yönleri itibarıyla işçilerin sağlık ve güvenliklerini korumaya mecburdur” hükmünü

şekilde yorumlanması, kusura dayanan sorumluluk esasını içeren bu maddeye⁶⁷ aykırılık oluşturan özel yaşam ihlallerinin borca aykırılık hükümleriyle (BK m.96 vd.) değerlendirilmesini *kolaylaştıracaktır*. Bu da, işçinin özel yaşamına saldırı nedeniyle doğacak zararlarda, kusursuzluğunu kanıtlayarak yükümlünü işverene yükleyecek ve dava zaman aşımı bakımından da, işçi için daha elverişli bir konum yaratacaktır⁶⁸. Önemle anımsatalım ki, öğretide BK m.332/I hükmü, öncelikle, iş sağlığı ve güvenliğine özgü bir hüküm olarak yorumlanmaktadır⁶⁹.

Gözetme borcunun kapsamına işçinin kişiliğinin –giderek özel yaşamını- korunması dahil edilirken, BK.m.332/I hükmünden çok, borcun hukuki dayanaklarını⁷⁰ oluşturduğu kabul edilen, gözetme borcunun işçinin sadakat borcunun karşılığı olması, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurması, borç ilişkisi içinde yer alan koruma yükümlülüğü gibi ilke ve görüşlerden hareket edilmek-

“Buradaki ‘işe bağlı tüm yönler’ ifadesinden kastedilenin işçinin iş yaşamında risk altına giren tüm kişilik değerleri olduğu açıktır” şeklinde yorumlayan Bayram, yönerge hükmü bakımından benzer bir yorum yapmaktadır. Bkz.: **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.128-129.

⁶⁷ **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.127; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.675; **Levent Akın**, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, İstanbul, Yetkin Yay, 2001, s.97-98.

Gözetme borcunun ihlali durumunda ortaya çıkan işveren sorumluluğunun hukuki niteliği konusundaki görüşler öğretinin kendi içinde ve Yargıtay kararlarında farklılık göstermektedir. Bu sorumluluğu sözleşmeye dayanan kusur sorumluluğu (BK m.96 vd.), haksız fiilden kaynaklanan kusur sorumluluğu (BK m.41 vd.), kusursuz sorumluluk temelinde açıklayan görüşlerin yanı sıra risk (tehlike) teorisine dayanarak nitelendiği de görülür. Ayrıntılı bilgi için Bkz.:**Ulusan**, Gözetme Borcu, s.95-126; **Çelik**, Dersler, s.158-165, özellikle s.160-162 ve a.y. dn.94-96; **Süzek**, İş Hukuku, s.317-323; **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.670-675; **Akın**, İş Kazası, s.85-97.

⁶⁸ Sözleşmeye aykırılık temelinde şekillenen sorumluluğun mağdur açısından daha elverişli bir konum yarattığı görüşünün, Borçlar Kanunu Tasarısına bakıldığında yasakoyucu tarafından da kabul gördüğü anlaşılır. BK Tsr. m.421/son uyarınca, İşverenin işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin “... *fikra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyebilecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir.*” Madde gerekçesinde ise, “*Maddenin son fıkrasında, işverenin bu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda işçinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacaklarının, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmektedir. Fıkra, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız fiillerle ilişkin zaman aşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır.*” anlatımına yer verilmiştir.

⁶⁹ **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.126-127; **Çelik**, Dersler, s.154; **Narmanhoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.246-247; Ayr. Bkz.: **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.425-426.

⁷⁰ Gözetme borcunun hukuki dayanaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz.: **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.4-19; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.123-129; **Ertürk**, Temel Haklar, s.91-92.

tedir⁷¹. Sıralanan ilke ve görüşlerin hepsinde MK m.2'deki dürüstlük kuralının etkisi gözlemlenir⁷². Buna göre, iş sözleşmesi, sürekli ve işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir ilişki kurar. Bu tür sürekli ilişkilerde tarafların birbirlerine sadakat borcu içinde bulunduğu kabul edilir. Gözetme borcu ise özü bakımından, iş ilişkisinin beraberinde getirdiği karşılıklı sadakat yükümlülüğünün, sözleşmenin işveren tarafındaki görünümüdür⁷³. İşçinin sadakat borcunun kapsamı düşünüldüğünde, işverenin gözetme borcunun salt iş sağlığı ve güvenliği önlemleri çerçevesinde anlaşılması karşılıklı edimler bakımından da ciddi denge sızlık yaratır⁷⁴. Varılan sonuç, gözetme borcunun, sadece iş sağlığı ve güvenliği alanında değil, dürüstlük kuralı gibi, iş ilişkisinin tüm alanlarında var olduğudur⁷⁵. Dürüstlük kuralı, borcun varlık kazanmasında olduğu kadar, ifasında da etkilidir⁷⁶.

Kaynağı, ister BK m.332/I, ister iş sözleşmesinin özellikleri olarak kabul edilsin; işçinin özel yaşamına saygı yükümlülüğünün, işçiyi gözetme borcunun kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁷⁷. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işinin kişilik hakkının bir görünümü olan özel yaşam hakkına saygı göstermekten öte, bağımlı çalışma olgusu nedeniyle karşı karşıya kalacağı diğer işçiler dahil üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı da koruma sağlamayı gerektirir⁷⁸. Başka bir anlatımla, "... işveren; işçinin kişiliğini ilgilendiren alanı, kendisini etkileyebileceği kişinin müdahalelerine karşı da korumak zorundadır. *Hâtâ, söz konusu koruma ve gözetme yükümünün kapsamına, işyerindeki ya-*

⁷¹ Bkz.: **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.155; **Tuncay Kaplan**, Gözetme Borcunun Kapsamı, s.142; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.83; **Akın**, İş Kazası, s.58; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.62; **Ertürk**, Temel Haklar, s.91-92; **Çelik**, Dersler, s.165.

⁷² **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.4-6.

⁷³ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154; **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.7.

⁷⁴ Gözetme borcunun işçinin sadakat borcuna oranla daha kapsamlı olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz.: **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.8.

⁷⁵ **Centel**, İş Hukuku, s.162-163; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.154.

"...İş Hukukunun temel ilkelerinden biri işçinin korunma ilkesidir. Anılan ilke, sadece iş ilişkisinin maddi ve ekonomik yönleri yanında işçinin kişiliğinin, onurunun yaşamı ve beden bütünlüğünün de korunmasını gerektirmektedir..." Yarg. 9. HD, 29.01.2002, 2001/15948, 2002/1627, (Çevrimiçi) <http://www.tisk.org.tr/hukuk/ayrinti.asp?id=28> (13 Mayıs 2005).

⁷⁶ **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.18; **Narmanlıoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.247.

⁷⁷ **Süzek**, İş Hukuku, s.312; Ayr. Bkz.: **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.427.

⁷⁸ Bkz.: **Bakırcı**, İşyerinde Cinsel Taciz, s.155; **Ertürk**, Temel Haklar, s.89-91; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.308; Ayr. Bkz.: aş. § 9, III, 2, b, dd.

bancı kişilerin ve özellikle müşterilerin rahatsız edici davranışları da dahil olup, işverenin bunlara karşı önlem alması gerekir”⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki, BK.332/I hükmünü, kaynak (mehaz) İsviçre Borçlar Kanununda karşılayan madde (m.328), işçinin kişiliğinin korunması ve gözetilmesini açık şekilde kapsayacak şekilde değiştirilmiştir⁸⁰. Benzer bir değişiklik, Borçlar Kanunu Tasarısında da bulunmaktadır. Tasarının, 421. maddesinin ilk fıkrasında işverenin, iş ilişkisinde “işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek(le)”, yükümlü olduğu açık şekilde düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde ise, bu düzenlenmede, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328. maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Tasarının yasalaşması halinde yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız tartışmalar büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.

İşveren, işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturan talimatlar veremeyeceği gibi⁸¹, sadakat borcu konusunda işverenin yönetim hakkının bulunmadığı, işçinin sadakat borcuna uygun davranması yolunda verilecek talimatların ancak işçinin bu konuda uyarılması şeklinde algılanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Buna gerekçe olarak ise, sadakat borcunun içeriğinin nesnel etkenlere göre belirlenmesi⁸² ve işverenin öznel iradesiyle bu kapsamda değişiklik yapılmasının mümkün olmaması gösterilir⁸³. Bu şekilde, gözetme borcunun da yönetim hakkına sınır getirdiği görülür.

Son olarak belirtmek gerekir ki; kapsamı iş sözleşmesinin devamındaki kadar geniş olmasa da, gözetme borcu, iş sözleşmesinin kuruluş aşamalarında *bağımsız davranış yükümlülükleri*; sözleşmenin sona ermesinde ise *işçiye destek sağlama yükümlülüğü* boyutunda kendini göstermektedir. İş görüşmeleri aşamasında tarafların birbirlerine karşı edim yükümlülüğünden *bağımsız davranış yükümlülükleri* bulunduğu kabul edilir. Buradan yola çıkılarak, adayın özel yaşamına saldırı niteliğindeki davranışların, bağımsız davranış yükümlülüklerine aykırı davranış (sözleşme görüşmelerinde kusur; *culpa in*

⁷⁹ Centel, İş Hukuku, s.179; Ayr. Bkz. Sherrard, Workplace Searches and Surveillance, s.283.

⁸⁰ Bkz.: Ulusan, Gözetme Borcu, s.22-23; Emine Tuncay Kaplan, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, AÜSBFD: Prof.Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan, C.LII, No.1-4, Ocak-Aralık 1997, s.373; Aynı yazar, Gözetme Borcunun Kapsamı, s.141-142; Bakırcı; İşyerinde Cinsel Taciz, s.156.

⁸¹ Taşkent, Yönetim Hakkı, s.124; Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.200.

⁸² Bkz.ve Karş.: Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s.365.

⁸³ Süzek, Yönetim Hakkı, s.226-227; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.13, 55-56; Narmanhoğlu, uyma borcunun -dolayısıyla yönetim hakkının- sadakat borcu için de geçerli olduğunu ileri sürmekle birlikte; işverenin işçiyi gözetme borcunu uyma borcunun sınırı olarak kabul etmektedir. Bkz. ve Karş.: Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri, s.199 ve 200.

contrahendo) oluşturacağı ve tazminat istemine konu edilebileceği belirtilir⁸⁴. İş sözleşmesinin sona ermesinde ise, özellikle işçiye çalışma belgesi verilmesi (İşK.m.28) ve süreli fesihle iş arama izni (İşK.m.27), gözetme borcunun, işçiye destek sağlama boyutuyla sürdüğüne işaret eden düzenlemelerdir⁸⁵.

Ş7. İŞÇİ-İŞVEREN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN NEDENLERE BAKIŞ

I. Özel Yaşamına Müdahaleye İşçinin Rıza Göstermesi

Öğretide⁸⁶ bizim de isabetli bulduğumuz görüşün, işçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan işveren uygulamalarının hukuka uygunluğu meselesine bakışı; yapılan uygulama, işyerinin güvenliği ve korunması gibi işverenin ya da işyerindeki üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle sıkı bağlantı içinde olan bir nedene dayanıyorsa, işçinin rızasının alınmasına gerek olmadığı ve diğer uygulamalar bakımından ise, işçinin açık ya da örtülü rızasının bulunmasının gerekli olduğu şeklinde özetlenebilir⁸⁷. Güvenlik ve koruma, işçilerin, müşterilerin ve üçüncü kişilerin işyerinde doğabilecek ve dışarıdan gelebilecek tüm tehlikelere karşı yaşam ve sağlığı başta olmak üzere kişilik değerlerinin korunması şeklinde anlaşılmalıdır⁸⁸. Diğer görüş ise, uygulamanın dayandığı neden ayrımına girmeksizin işçinin rızasının alınması gereğine işaret eder⁸⁹.

İşyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelik uygulamalar bakımından işçinin rızasının alınmasına gerek bırakmayan neden, MK m.24/II'deki "üstün yarar"dır⁹⁰. Bu noktada, MK m.24'ün sözleşme dışı kişilik hakkı ihlalle-

⁸⁴ Bkz.: aş. § 10, I.

⁸⁵ **Ulusan**, Gözetme Borcu, s.25-28; **Centel**, İş Hukuku, s.187-188, 200; Bkz.: aş. §10, III.

⁸⁶ Türk İş Hukuku Öğretisinde işçinin özel yaşamına müdahale bağlamında üzerinde durulan ve görece en çok incelenmiş olan işveren uygulaması, işyerine giriş ve çıkışlarda arama yapılmasıdır. Kişinin üstünün aranması özel yaşam hakkına yönelik ağır saldırılardan biridir. Bu başlık altında ortaya konulan öğreti görüşleri, üst aramasına ilişkin olmakla birlikte, özel yaşama müdahale konusundaki kabul gören genel ilkelerin neler olduğu açısından ipucu niteliğindedir.

⁸⁷ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.107-112; **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Süzek**, İş Hukuku, s.275.

⁸⁸ İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ve İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağındaki "İşyerlerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin, işçilere, işyerine ve çevresine verebileceği zararların ve bunlara karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi amacıyla yapılması gerekli çalışmalar" şeklindeki risk değerlendirmesi tanımı da bu kanıtı destekleyici niteliktedir (İSG Yön.m.4/a; İSGT Tas. m.4/a).

⁸⁹ **Oğuzman**, Arama, s.533-536; **Ertürk**, Temel Haklar, s.129; **Çelik**, Dersler, s.123; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.100.

⁹⁰ Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.275, 313-314; Ayr. Bkz.: **Çelik**, Dersler, s.123.

rine ilişkin bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir. Buna karşı, öncelikle, MK m.24'ün madde başlığı dahil sadece kişilik hakkına saldırıdan söz etmekte olduğu anımsanmalıdır. Aralarında sözleşme ilişkisi bulunanların da, birbirlerinin kişilik hakkına saldırı oluşturan eylemlerde bulunmaları olasıdır. Bunun aynı zamanda borca aykırılık oluşturması ayrı bir husustur⁹¹. Güvenlik ve koruma sağlamak söz konusu olduğunda, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki özel yaşama müdahale gerektiren hükümler de, devreye girebilir. Bu noktada “üstün yararın” yanı sıra “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” da bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülmelidir⁹².

Belirttiğimiz gibi, işyerinin güvenliği ve korunmasını ilgilendirmeyen konularda ise, işçinin rızasının alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁹³. İşyerinde sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesi ya da üretim ve ticaret sırlarını içeren bilgilerin kayıtlı olduğu dosya, disket ve benzerlerinin kaçırılmamasının engellenmesi gibi işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle doğrudan ilişkilendirilmesi güç nedenler, özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulacak bir yarar oluşturmaya da⁹⁴, işçinin, sadakat borcu çerçevesinde, olayın özelliklerine göre (Örn . gerçekten böyle bir tehlike bulunmakta ve önlemek için başka bir yönetim başvurulması da mümkün gözükmemekteyse), özel yaşamına müdahale eden uygulamaya katlanmasını gerektirebilir. Başka bir anlatımla, işverenin dayanacağı neden, işçinin rıza göstermesini, sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenebilir kılabilir⁹⁵.

Dahası, öğretilerde, işçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamasının, “üstün yarar” şeklinde yorumlanmaması da *yeterli* bir nedene dayan-

⁹¹ Bkz.: yuk. § 5, III, 4.

⁹² Bkz.: aş. § 7, III.

⁹³ Bu noktada işçinin rızasının alınmasının MK m.23'e aykırılığı ortadan kaldıracığının ileri sürülmekte olduğu görülür (Bkz.: **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Çelik**, Dersler, s.123; Ayr. Bkz.: **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165). Ancak MK m.23, rıza dahil kişinin hukuki işlemleriyle özgürlüklerinden ne derce vazgeçebileceğinin sınırını çizen bir düzenlemedir (Bkz.: yuk. § 5, III, 2). Başka bir anlatımla, MK m.23, rızanın kendisinin hukuka uygunluğunu belirlemede kullanılacak bir hükümdür. Dolayısıyla, sözünü ettiğimiz görüşün makul bir neden dayanan arama taleplerine işçinin gösterdiği rızanın MK m.23'e aykırılık oluşturmayacağı şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır (Bkz.: **Oğuzman**, Arama, s.536; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127).

⁹⁴ İşyerinde sürekli tekrarlanan hırsızlıkların “üstün yarar” ölçütüne dayanılarak arama yapmayı haklı kılacağı yolundaki aksi görüş için Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.275; Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.133; İşyerindeki hırsızlık olaylarını iş sağlığı ve güvenliği kavramı içinde değerlendiren görüş için Bkz.: **Rosenblum**, Workplace Security, s.78 vd.

⁹⁵ **Oğuzman**, Arama, s.536; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128; Aksi Görüşte **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.110-111.

ması gereği, bir koşul olarak ileri sürülmektedir⁹⁶. **Kanımızca**, bu tür bir *yeterli* bir neden bulunmasa da, MK m.23 sınırları içinde kaldığı sürece, işçinin rızasının MK m.24/II anlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak algılanmasını engelleyecek bir koşuldan söz etmek güçtür⁹⁷. Ancak, yeterli neden bulunmadığı hallerde, işçiden, sadakat borcunun bir gereği olarak rıza göstermesi de beklenemez. Duraksama yaratan somut durumlarda, bir temel hak ve kişilik hakkı görünümü olan özel yaşam hakkına, sadakat borcu karşısında üstünlük tanımak gerekir⁹⁸.

İş yaşamında geleneklerin ve/veya dürüstlük kuralının (MK m.2) işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamalara olanak tanınması halinde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı da, öğretide ileri sürülen görüşlerdendir⁹⁹. Öte yandan, bu kavramların özel yaşama müdahaleyi haklı kılmaya yetmeyeceği gerekçesiyle, bu görüşe karşı çıkmaktadır¹⁰⁰. **Kanımızca**, hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülen bu kavramlar, ayrı ayrı incelenmelidir. İşyerinde ya da iş dalında bu yönde gelenek bulunması, bizce de, tek başına uygulamayı hukuka uygun kılmaya yetmez. Aksinin kabulü, işyerinin güvenliği ve korunması gibi üstün tutulabilecek bir yararın bulunmadığı durumlarda, “işyerinin girdiği iş dalındaki gelenek” gibi bir kavramın rıza alınmasına gerek bırakmadığı sonucunu doğurur ki; bunun kabulü mümkün değildir. İşyerinde gelenek haline gelmiş uygulamaya işçinin ses çıkarmaması, olsa olsa, buna örtülü şekilde rıza gösterdiğini düşündürür¹⁰¹. “Gelenek haline gelmiş uygulamaya, sadece gelenek olması nedeniyle rıza göstermesi, işçinin sadakat borcunun bir gereği midir?” sorusuna yanıtımız ise, olumsuzdur. Bu soruya olumlu yanıt, ancak geleneğin dürüstlük kuralı çerçevesinde makul sayılabilecek bir nedene dayandığının kabul edilebildiği durumlarda verilebilir. Dürüstlük kuralının devreye girdiği yer tam burasıdır. Dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirme yapıldığında işverenin dayandığı nedenin makul olduğu söylenebildiği ölçüde,

⁹⁶ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.111; **Çelik**, Dersler, s.123; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.166; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.359.

⁹⁷ Ayr. Bkz.: **Süzek**, İş Hukuku, s.275; **Ertürk**, Temel Haklar, s.129.

⁹⁸ “... tereddüt halinde işçi yararına hareket edilerek, temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanımak gerekir” **Ertürk**, Temel Haklar, s.118.

⁹⁹ **Oğuzman**, Arama, s.536; **Çelik**, Dersler, s.123; **Süzek**, İş Hukuku, s.275; **Centel**, İş Hukuku, s.140; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.165; **Tunçomağ/Centel**, Esaslar, s.101; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.127-128; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.359.

¹⁰⁰ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.110-111; **Ford**, Two Conceptions, s.141; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.130; **Bayram**, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, s.295;.

¹⁰¹ **Oğuzman**, Arama, s.536; **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.137; Ayr. Bkz.: **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1807.

işçinin sadakat borcu rıza göstermesini beklenebilir kılar. Geleneklerin çoğunlukla böyle makul nedenlerden doğmuş olduğu bir gerçektir. Ancak işyerinde, örneğin, arama yapılması yönünde bir gelenek olması, her zaman, kaynaklandığı makul bir neden bulunduğu anlamına da gelmez. Doğaldır ki, işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya ilişkin geleneğin dayandığı neden “üstün yarar” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteyse, hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızası üzerinde durmaya gerek kalmayacaktır.

Terminolojik açıdan bakıldığında, öğretide iş sözleşmesine bir hüküm olarak koyulan işçinin özel yaşamına yönelik uygulamayı olumlayan irade açıklamasının işçinin “rızası”¹⁰² şeklinde ortaya konmasının yanı sıra, işçinin “onayı”¹⁰³ ya da “muvafakati”¹⁰⁴ deyimlerinin de kullanıldığı görülür. Bu durum, duraksamaya neden olmamalıdır. İşverenin işçinin özel yaşamına müdahalede nedeninin “üstün yarar” kapsamında değerlendirilemeyeceği hallerde, işçinin bu uygulamayı olumlayan irade açıklaması, MK m.24/II anlamında “rıza”dan başka bir kurum değildir. Sözleşme koşullarının işçinin özel yaşamına müdahale içerebilecek nitelikte olması durumunda, işçinin bu koşulları kabul ederek sözleşmeye taraf olmasıyla, sözleşme ilişkisi içinde olmadığı bir kişiden gelen saldırıya rıza göstermesi arasında fark yoktur.¹⁰⁵ Rızanın alınışındaki hukuki biçim ya da yöntemin, rızanın özünde değişiklik yarattığı iddia edilmez. İşçinin sözleşmede bir koşul olarak özel yaşamına müdahaleyi kabul etmesi ya da sözleşme devam ederken bu tür bir işveren uygulaması karşısında suskun kalması olasıdır. Birinci durumda rıza, açık şekilde verilirken ikincisinde örtülü olarak ortaya konmaktadır.

Burada, örtülü rıza konusunda, özel yaşama müdahale karakterli tüm uygulamalardan işçinin haberdar edilmesi ve bu konuda bilgilendirilmesi gereği unutulmamalıdır; ancak bu şekilde verilen rızanın, özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği kuşkuya yer veremeyecek şekilde açık ve anlaşılabilir kabul edilebilecektir¹⁰⁶. Başka bir anlatımla, işçinin hakkında bilgi sahibi olmadığı bir uygulamaya rızasının bulunduğundan da söz edilmez. Dolayısıyla, ancak bu bilgilendirme sonrasında işçinin uygulama karşısında suskun kalma hali, rıza olarak değerlendirilebilir.

¹⁰² Taşkent, Yönetim Hakkı, s.109-110; Oğuzman, Arama, s.536; Süzek, İş Hukuku, s.275; Çelik, Dersler, s.123.

¹⁰³ Centel, İş Hukuku, s.140; Taşkent, Yönetim Hakkı, s.110.

¹⁰⁴ Ekonomi, İş Hukuku, s.127; Çelik, Dersler, s.123; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, s.130.

¹⁰⁵ Ayr. Bkz.: Craig, Privacy and Employment Law, s.258-259.

¹⁰⁶ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, aa; aş. § 8. Ayr. Bkz.: aş. § 9, III, 1, f; § 9, III, 2, b, aa.

Bu konu üzerinde durmamızın nedeni, işçinin irade açıklamasının MK m.24/II anlamında rıza olarak kabulünün birtakım sonuçları da beraberinde getirmesidir: Rıza her zaman geri alınabilir¹⁰⁷. İşçinin işveren uygulamalarına, ister iş sözleşmesindeki bir hükümlerle ister işveren uygulaması karşısında suskun kalarak rıza göstermesi halinde olsun, geri alınabilir olduğunun kabulü gerekir. Aksi halde, rızanın geri alınmasından vazgeçmek gibi bir durum ortaya çıkaracaktır ki bu, MK m.23'e aykırılık oluşturur¹⁰⁸. Başka bir anlatımla, işçinin özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya karşı verdiği rızasını geri alması ile diğer sözleşme koşullarına aykırı davranışı arasında fark olduğunun kabulü gerekir. İlk fark -BK m.52 (TCK m.25) kapsamındaki istisnai durumlar bir kenara bırakılırsa- rızanın geri alındığının işverene bildirildiği andan itibaren, müdahaleyi, hukuka aykırı kılmasıyla ilgilidir. İşçinin, özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamalarına en baştan rıza göstermemesi ya da sonradan rızasını geri alması halinde, işveren söz konusu uygulamaya devam etmemelidir. Aksine davranış, özel yaşam hakkına saldırı olacaktır. Rızanın geri alınmasının, işverenin müdahalesini hukuka uygun olmaktan çıkarmakla birlikte; işveren açısından bir fesih nedeni yaratıp yaratmadığı; yaratıldığının belirlenmesi sonrasında, fesih nedeninin niteliğinin haklı neden mi geçerli neden mi olduğu ise, ayrı bir tartışma konusudur. Bu noktada, uygulamanın dayandığı nedene bağlı olarak rızanın sadakat borcunun bir gereği olarak beklenilebilirliği önem kazanır¹⁰⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, rızanın geri alınması hakkının da, her hak gibi, kötüye kullanılmaması gerekir. Hakkın açık şekilde kötüye kullanıldığının belirlenebildiği durumlarda işverenin uygulamaya son vermesi gereğinden de söz edilemez. Hal böyle olmakla birlikte, arama ya da beden sıvısı alınmasını gerektiren testler gibi uygulamalar söz konusu olduğunda, rıza kötü niyetle geri alınsa bile, işverenin zor kullanma yetkisinin bulunmadığı akıldan tutulmalıdır¹¹⁰.

İşçinin rızanın yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda algılanması, İş Hukukunun genel ilkelerine de uygun düşer¹¹¹. İş Hukukunun doğumundaki

¹⁰⁷ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, aa; Ayr. Bkz.: aş. § 9, III, 1, f.

¹⁰⁸ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, aa

¹⁰⁹ Bkz.: aş. § 15, II, 1, b, cc.

¹¹⁰ Bkz.: aş. § 10, IV, 2 vd.; § 12, IV.

¹¹¹ Örn. İşK.m.41/VII uyarınca "Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir". FÇ Yön.m.9 ise işçinin onayının yazılı olarak alınmasını ve her yıl bu onayın tekrar alınarak işçinin özlük dosyasında saklanması hükme bağlamaktadır. Bu hükümler, bir arada değerlendirildiğinde fazla çalışmaya ilişkin onayın da geri alınabileceğinin kabulü gerekir. Aksi halde, her yıl yenilenmesine ilişkin hükmün anlamı kalmaz. Dolayısıyla, bu hükümler, işçinin rızası kurumuna, İş Hukukunun nasıl yaklaşmakta olduğu konusunda ipucu olabilecek niteliktedir.

önemli etken, sözleşme koşullarının, ekonomik, sosyal ve entelektüel bakımdan -hemen her zaman- üstün konumda olan işveren tarafından, kendi çıkarları doğrultusunda belirlenmesidir¹¹². İşsizliğin yoğun olarak yaşandığı toplumlar ve niteliksiz işçiler göz önüne alındığında, bu durumun, Endüstri Devrimi dönemine göre iyileşmekle beraber, özü itibarıyla değişmediği herkesçe bilinen bir gerçektir. İş sözleşmesinde işçi, çoğu zaman, işveren tarafından ortaya konan iş koşullarını kabul edip etmeme noktasında seçim yapmak zorunda kalmakta; iş koşullarını müzakere etmek gibi bir üçüncü seçeneği bulunmamaktadır¹¹³. Dolayısıyla, rızanın geri alınabileceğini kabul etmek, bu bakımdan *bir ölçüde* koruma sağlayacaktır.

Rızanın geri alınabilirlik özelliğine yaptığımız bu vurgunun nedeni, işçinin rıza gösterirken gerçekten özgür iradesiyle hareket edip etmediği noktasında iş sözleşmesindeki ekonomik ve kişisel bağılıktan kaynaklanan kuşku-dur^{114,115}. İş güvencesi korumasından yararlanmayan işçiler bakımından, rıza gösterilmemesi, hemen her zaman, işlerini kaybetmeleri anlamına gelecektir. Bu nedenle, özel yaşamına müdahale oluşturan uygulamaları meşru kılan başka nedenler olmadıkça, işçinin açık ya da örtülü rızasının hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olarak kabul edilmemesi ve bu ilişki bakımından sadece “üstün yarar” ölçütüne başvurulması gerektiği de, ileri sürülen görüşler arasındadır¹¹⁶. Belirtilmelidir ki, söz konusu özgür iradenin önündeki olası engel, irade sakatlığı boyutuna varmamakla birlikte¹¹⁷, işçiyi rıza göstermek zorunda bırakan etkenler; örneğin işini kaybetme korkusudur. Bu korkuyla verilen rızanın, MK m.23 anlamında aşırı sınırlama niteliği almadığı halde, işçinin özgür iradesinin sonucu olduğunu ileri sürmek güçtür. Bu gerçeğin kabulüyle sağlanacak ko-

¹¹² Çelik, Dersler, s.4, **Ekonomi**, İş Hukuku, s.5; **Narmanlıoğlu**, Ferdi İş İlişkileri, s.6-7; **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.7; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.186; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.150, 155; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.65; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.384, 390-391, 406-407.

¹¹³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.150, 155; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.65; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.384, 390-391, 406-407; **Boyd**, Tipping the Balance of Power, s.185-186.

¹¹⁴ **ILO**, Workers' Privacy Part II, s.45; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.63.

¹¹⁵ İşçi işveren ilişkisinde karşılıklı temel hakların söz konusu olduğu ve bu durumda irade özerkliğinin de ayrıca dikkate alınması gerektiği yönündeki farklı görüş ve açıklaması için Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.97.

¹¹⁶ Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s. 156-157, Ayr. Bkz.:74-76.

¹¹⁷ Bir irade sakatlığından söz edilebilmesi halinde BK m.23-31 hükümlerinin korumasının devreye gireceğini anımsatalım. Hata, hile ve tehditle iradenin sakatlanmasına ilişkin bu hükümler hakkında bilgi için Bkz.: **Oğuzman/Öz**, Borçlar, s.79 vd.; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, Borçlar, s.425 vd.

ruma ise İş Hukukunun işçinin kişiliğinin tanınması ve işçiyi koruma ilkeleriyle açıklanabilir. MK m.23 hükmüyle sağlanan özel yaşamla ilgili genel korumanın, işçi işveren ilişkileri bakımından yeterli görülmesi ise, çalışma konumuzu anlamsız kılar. Ancak unutulmamalıdır ki, “*Kanun koyucu ferdiyetçi-liberal görüşten hareket eden Borçlar Kanunu hükümlerini yeterli saymadığı için İş Kanunlarıyla ayrıca hizmet akdini ve bundan doğan ilişkiyi düzenlemek gereği duymuştur.*”¹¹⁸

Tüm bu açıklamalara rağmen, kural olarak, MK m.23-24 ve BK m.19 sınırları içinde kalan işçinin rızasının, müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmek gerekir. MK m.24/II hükmünün geçerli şekilde verilmiş rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi karşısında, işçinin özel yaşamının korunmasına yönelik, işveren karşısındaki konumunu dikkate alan, özel yasal düzenlemenin bulunmayışı, bu sonuca varmayı zorunlu kılar¹¹⁹. Dahası, iş güvencesi koruması kapsamındaki işçiler (İşK m.18-22, 116; Basın İşK. m.6) bakımından, özel yaşama müdahale niteliğindeki işveren uygulamalarına verilen rızanın, MK m.23 sınırlarını aşmayan türde bir iradeyle verilmiş olduğuna ikna olmak daha da kolaydır. Giderek, rızanın sadakat borcu kapsamında beklenebilirliğinin bir ölçüt olarak algılanması ve buna bağlı olarak verilmemesi veya geri alınması halinde işverenin özel yaşama müdahale oluşturan uygulamadan vazgeçmesi, dahası, olası feshin *ipso jure* haklı fesih sayılmayacağı kabulü, gereklerine işaret eden açıklamalarımızın temelinde, ortaya koymaya çalıştığımız yasal boşluk ve işveren karşısında sözleşmenin daha zayıf tarafını oluşturan işçiyi koruma kaygısı yatar. Başka bir anlatımla, işçinin rızası üzerindeki kuşkunun, mevcut yasal çerçevede bir parça ortadan kaldırılmasının, meselenin bu şekilde kavranmasıyla, olası hale geleceği, **kanısındayız**.

Kuşkunun tamamen ortadan kaldırılması için ise, işçinin rıza göstermemesi ya da geri alması durumunda hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağı söylenebildiği ölçüde, işçinin irade açıklamasının, “rıza” olarak kabul edilebileceği ileri sürülür¹²⁰. Avrupa Ülkeleri bakımından, Avrupa Birliğinin

¹¹⁸ **Ekonomi**, İş Hukuku, s.76; Ayr. Bkz. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.7.

¹¹⁹ Bu tür bir düzenlemenin ilk örneklerinden birini yasalaşması halinde BK Tsr. m.423 oluşturacaktır. Maddenin yasalaşması halinde işçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi boyutuyla işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği veya iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmadıkça işçinin rızası hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacaktır kanısındayız. Maddenin ortaya koyduğu kıstaslar işçiden sadakat borcu kapsamında rıza göstermesini beklenebilir kılan çerçeveyi ortaya koymaktadır. Bkz.: a.ş. § 9, IV.

¹²⁰ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.258; **Cordelia Thomas**, “Drug Testing in the Workplace”, New Zealand Journal of Industrial Relations, Vol.22, No.2, August 1997, s.165; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1812; EU, **Art.29-DPWP**, “Article 29 Working Party Opinion On The Processing Of Personal Data In The Employment Context”, Opinion 8/2001,

95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönergesinin rıza tanımından¹²¹ yola çıkılarak ortaya konan ve kabul gören bu görüş, iş ilişkisinde işçinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak tümünden reddetmemekle birlikte, uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. AB sürecinde, bu görüşün benimsenmesinin, Yönergenin bağlayıcılığı karşısında, Türk Hukuku için de, zorunlu hale geleceğine dikkat çekmek isteriz. Bu konuda daha da ileri giden bir diğer görüş ise, işçi açısından örtülü rızanın söz konusu olmaması gerektiğini savunmaktadır¹²².

Rızanın, toplu iş sözleşmesiyle alınabileceği¹²³ ve işçinin rızası üzerindeki sözünü ettiğimiz kuşkuğu kaldırmanın en etkin yollarından birinin de, bu olduğu ileri sürülür¹²⁴. **Kanımızca** da, toplu iş sözleşmesinin koruma ve düzen işlevleri¹²⁵ işçinin özel yaşamına ilişkin düzenlemeler bakımından da geçerlidir ve toplu iş görüşmesinde tarafların, bireysel iş sözleşmesindeki gibi ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan dengesiz konumda olmaması, rızanın gerçekten özgür iradeyle verilip verilmediği ve rızanın geri alınabilmesi konusundaki ortaya koyduğumuz tartışmaları *en aza* indirir. Ayrıca, toplu iş sözleşmesi taraflarının düzenleme yetkisi, özel yaşam hakkının da aralarında bulunduğu temel haklarla sınırlıdır¹²⁶. Başka bir anlatımla, AY m.20-23 ve giderek, MK.23-24 ve BK m.19 sınırlarını aşan hükümler geçerli olarak kabul görmez.

Ne var ki, özel yaşam hakkı söz konusu olduğunda toplu iş sözleşmesiyle alınan rıza sayesinde sözünü ettiğimiz tartışmaların *mutlak* şekilde son bulacağını iddia etmek de olanaklı görünmemektedir. Bu sonuca varmamızda, bağitlandığı üniteye *çoğunluğun* iradesinin toplu iş sözleşmesine yansiyaca-

5062/01/EN/Final WP 48, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf (9 Kasım 2004), s.23; **Perrins** et. al., *Harvey on Employment Law*, para.486, 522; **ILO**, *Workers' Privacy Part II*, s.45; **Ruth Nielsen**, *European Labour Law*, s.410.

¹²¹ 95/46/EC m.2(h) uyarınca rıza, kişinin özgürce ve verinin işleme amaç ve biçimine özgü (*specific*), öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış (*informed*) irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine oluru bildirmesidir. Bkz.: aş. § 9, III, 1, f.

¹²² **Craig**, *Privacy and Employment Law*, s.254-255, 258.

¹²³ **Oğuzman**, *Arama*, s.536; **Çelik**, *Dersler*, s.123; **Ertürk**, *Temel Haklar*, s. 129; **Taşkent**, *Yönetim Hakkı*, s.110; **Süzek**, *İş Hukuku*, s.275; **Ekonomi**, *İş Hukuku*, s.127; Ayr. Bkz.: **ILO**, *Workers' Privacy Part II*, s.190.

¹²⁴ **Ford**, *Two Conceptions*, s.153-155; **ILO**, *Protection of Workers' Personal Data*, An ILO Code of Practice, Geneva, International Labour Office, 1997, s.24; **Pincus/Trotter**, *The Disparity*, s.65; Bkz. ve Karş.: **deBeer**, *Comprehensive Protection*, s.405-406.

¹²⁵ Toplu iş sözleşmesinin bu işlevleri hakkında bilgi için Bkz.: **Ekmekçi**, *Düzenleme Yetkisi*, s.31-38; **A. Can Tuncay**, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul, Alfa Yay., 1999, s.110-112.

¹²⁶ **Ekmekçi**, *Düzenleme Yetkisi*, s.46 vd.; **Şahlanan**, *Toplu İş Sözleşmesi*, s.7; **Ertürk**, *Temel Haklar*, s. 157; Ayr. Bkz.: **Craig**, *Privacy and Employment Law*, s.148-149.

ğını; dolayısıyla, rıza göstermek niyetinde olmayan işçi (birey) bakımından, işveren tarafından hazırlanarak önüne konulan sözleşme hükümlerine benzer bir durumun doğabileceğini belirterek; özel yaşam hakkının bireysel hak olma niteliğine vurgu yapan ve bu nedenle rıza üzerindeki kuşkunun toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapılarak kaldırılamayacağını savunan aksi görüşün¹²⁷ etkisi yadsınmaz.

II. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İşverenin Dayanabileceği Yarar

İşyerinden içeri girerken, işçilerin özel yaşamlarını kapıda bırakmaları düşünülemez¹²⁸. Ancak, iş ilişkisi içinde olmak, özel yaşam hakkı ile işverenin hak ve çıkarlarının (yararlarının) dengelenmesini zorunlu kılar. Örneğin, işverenin işini verimli şekilde yürütmekteki yararı (ekonomik nitelikli yarar), tartışmaya açık olmakla birlikte, belirli bir dereceye kadar işçinin özel yaşam hakkıyla arasında bir şekilde denge kurulması gereken bir yarar olarak karşımıza çıkar. Dahası, işverenin işçilerinin davranışları nedeniyle sorumluluğuna gidilebilecek durumlar (Örn. BK m.55, 100) ya da işçilerin davranışlarının kendisine verebileceği zarar düşünüldüğünde, sözünü ettiğimiz dengeleme gereği ortadır¹²⁹.

Müdahaleyi hukuka uygun kılacak neden olarak üstün özel yarardan bahsedilirken, müdahaleye maruz kalanın özel yaşam hakkı karşısında, dayatılan yararın da kişilik hakkıyla bağlantı içinde olması gerektiğinin kabulü yerinde olur¹³⁰. İşyerinde güvenliğin sağlanmasına yönelik, işçinin özel yaşamına müdahale karakterli uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği savunulurken, özel yaşam hakkı karşısında değerlendirmeye alınarak üstün tutulan yararın, diğer işçilerin, müşterilerin (tüketicilerin) yaşam hakkından kaynaklanan yarar olduğu görülür¹³¹.

Özellikle üzerinde durulması gereken nokta ise işverenin salt ekonomik nitelikli yararının işçinin özel yaşam hakkı karşısında nasıl değerlendirilmesi

¹²⁷ Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.259; **Ilene Goldberg, Ira Sprotzer**, "Workplace Privacy: HIV Testing, Disclosure and Discrimination", The Health Care Supervisors, Aspen Publishers, Dec 1998, s.23.

¹²⁸ **Ford**, Two Conceptions, s.140.

¹²⁹ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.4; **Hendrickx**, General Principles, s.49; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.14; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s. 299, 301; **Colucci**, The Impact, s.13-14; .

¹³⁰ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, bb.

¹³¹ Bkz.: **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.111-112.

gerektiğidir. Özel yaşama müdahale içeren uygulamaların meşrulaştırılması çabasında bu tür uygulamalarla, sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesinden, işçinin eylemleri nedeniyle işverenin olası sorumluluğu, verimliliğin artırılması, üretim maliyetlerinin düşürülmesine dek geniş nedenler yelpazesine dayanıldığı görülür. Dahası, verimin artırılmasıyla daha düşük fiyatların oluştuğu, giderek, tüketicilerin ve toplumun yararının bulunduğu ileri sürülmektedir¹³². Özel yaşam hakkının bir temel hak oluşunun ve öneminin yanı sıra, İş Hukuku ilkeleri de dikkate alındığında, ekonomik temelli meşrulaştırmaların, genelde reddedilmesi gerektiği¹³³; ancak, ekonomik yararın *dikkate değer, açık ve kamu yararıyla ilişkilendirilebilir* olduğu ve işçinin özel yaşamına müdahalenin en az düzeyde tutulabildiği durumlar bakımından da iki yarar arasında değerlendirme/tartım yapmayı tümünden reddetmenin, hakkaniyete uygun sonuçlar yaratmayacağı belirtilir¹³⁴.

Kanımızca, bu meselenin çözümünde, hırsızlığın önlenmesinden verimliliğin arttırılmasına kadar geniş bir yelpaze oluşturan ve işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle ilişkilendirilemeyen salt ekonomik nitelikli yararın, özel yaşam hakkı karşısında doğrudan üstün tutulması yerine; sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işçiden özel yaşamına müdahale içeren uygulamaya rıza göstermesinin, olayın özelliklerine göre, beklenip beklenemeyeceği ölçütünün kullanılması yerinde olacaktır¹³⁵.

İşverenin, üstün kamu yararına dayanması konusunda ise duyarlı olunması gereken nokta, işverenin kendini kamu otoritesi yerine koyma eğilimidir. Örneğin, toplumun alkol ve uyuşturucudan temizlenmesi gibi bir amaçla ve başka hiçbir dayanak olmaksızın yapılacak testler; işyerinde güvenliğe yönelen bir tehlike ya da ekonomik bir yarar bulunmadığı halde üst araması yapılması gibi örneklerde¹³⁶, bu eğilim gözlemlenir. Devlet eliyle yapılacak arama, test vb. uygulamaların bile ciddi sınırlamalara tabi olduğu gerçeği karşısında¹³⁷, işverenin kendini kamu otoritesi yerine koyarak hareket etmesi, her şeyden önce, işyerinde alkol ve uyuşturucu kullanmayan ya da hırsızlık olayla-

¹³² **Craig**, Privacy and Employment Law, s.27-28, 31; **ILO**, Workers' Privacy Part III; s.21; **ILO**, Workers' Privacy Part II; s.17-19; **deBeer**, Comprehensive Protection, s.389-390; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.205-207.

¹³³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.163; Ayr. Bkz.: **Ertürk**, Temel Haklar, s.96-97

¹³⁴ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.164, 261; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.300.

¹³⁵ Bkz.: yuk. § 7, I.

¹³⁶ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.171-173.

¹³⁷ Bkz.: yuk. § 5, I, 1; § 5, II, 2.

rına karışmayan çoğunluğun, özel yaşam hakkını hiçe saymak anlamına gelecektir¹³⁸.

Anayasa hükümlerinin kişiler arası (işçi-işveren) ilişkilere de uygulanabileceğine değinilmişti¹³⁹. İşverenin kendini kamu otoritesi yerine koymak eğilimi ve dayanabileceği üstün yararın niteliğiyle bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken nokta ise, Anayasada kamu otoritesinin özel yaşama müdahaleleri için getirilen sınırlama ölçütlerinin işverenin müdahaleleri bakımından anlamıdır. Belirtmek gerekir ki, Anayasanın m.20/II, 21, 22/II düzenlemesindeki, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça...*” kimsenin özel yaşamına müdahale edilemeyeceğini öngören ölçütlerin, kişiler arasındaki özel yaşama müdahalelerin hukuka uygunluğunu belirlemede *doğrudan* kullanılacak ölçütler olarak algılanması, **kanımızca** doğru olmaz¹⁴⁰. Bu ölçütler, kamu otoritesinin müdahaleleri için getirilmiştir. Öte yandan, Anayasanın söz konusu maddelerinde sıralanan “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “genel sağlık ve genel ahlâkın korunması”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi ölçütlerin MK m.24/II anlamında “üstün kamu yararı” ile bağlantısı yadsınmaz. Ne var ki, bu ölçütlerin, kamu otoritesinin müdahalesi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak algılanabilmesi için, yargıç kararı veya yasayla yetkili kılınmış merciin emrinin arandığı unutulmamalıdır. “Üstün özel ya da kamu yararı” ölçütünün, Anayasadaki sınırlama ölçütlerinin özel hukuktaki yansımaları olduğu kabul edilse bile, işverene, yargıç kararıyla ve kolluk eliyle yapılacak müdahaleler kadar geniş bir hak ve yetki vermez. Dolayısıyla bu ölçütlerin, “Üstün özel ya da kamu yararı” kavramının içinin doldurulmasında kullanılması söz konusu olsa

¹³⁸ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, s.109-110; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.151, 165, 188, 261; **Ruiz**, The Right to Privacy, s.165; Bkz.: aş. § 10, IV, 3.

¹³⁹ Bkz.: yuk. § 5, I, 2.

¹⁴⁰ “*Bu hakkın kullanımına, bir kamu otoritesince, ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya ülkenin ekonomik refahının sağlanması, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, sağlık ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla, hukuka (yasaya) uygun ve demokratik bir toplum ölçütlerine göre zorunlu olanlar dışında, hiçbir müdahalede bulunulamaz*” hükmünü getiren AİHS m.8/II hakkında benzer yorum için Bkz.: **Clapham**, Drittwirkung, s.184-185; Ayr. Bkz.: **Shivers**, Firing ‘Immoral’ Public Employees, s.636.

Bu görüşün tüm Anayasa kurallarının özel kişiler için de uygulama alanı bulacağı yönündeki görüşle çeliştiği söylenemez. Anımsatalım ki, bu görüşte de, Anayasa hükümlerinin kişiler arası ilişkilere uygulanması mümkün olan tüm hükümler kastedilmektedir Bkz.: yuk. § 5, I, 2.

da; işveren uygulamaları öncesinde yargı kararı söz konusu olamayacağından, dar yorumlanmaları şarttır¹⁴¹.

III. İşçi-İşveren İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

İşK.m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli *her türlü* önlemi almak ve denetlemekle; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan *her türlü önleme uymakla* yükümlüdürler. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerde de işverenin bu yükümlülükleri ayrıntılarıyla yer almaktadır. Örneğin, Patlayıcı Ortam Yön m.7 uyarınca işveren, işçilerin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliği için tehlikeli patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde güvenli çalışma şartlarını sağlamak ve çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımları gözetim altında tutmakla yükümlüdür. Maden Yön. EK, m.4.1.2, 8.7, 9.2 hükümleri ise, iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek riskli alanlarda içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmaya yasaklamaktadır.

Benzer şekilde, Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.12, kanserojen ve mutajen maddelerle kirlenme olasılığı bulunan yerlerde çalışanların sigara içmeleri, yemeleri ve içmelerinin işveren tarafından önlemesini hükme bağlamaktadır.

Öte yandan, bazı işler ve işçiler için işverenlerin işçilerden sağlık raporu istemek ve bu raporları saklamak zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin Ağır Tİ Yön. m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporun belirli aralıklarla tekrarlanması zorunludur. Benzer şekilde işçilerin sağlık durumlarına ilişkin kayıtların tutulması ve belirli bir süre saklanması söz konusu diğer bazı yönetmeliklerin de emridir (Örn Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.14,16,17; İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.14; Asbest Yön. m.19-20).

Ortaya konmaya çalışılan bu hükümlerin hepsi, işçinin özel yaşam hakkına çeşitli şekillerde müdahale gerektirir. Bazı hükümler, işçilerin gözetim altında tutulmasını, bazıları işyeri içindeki davranışların şeklinin belirlenmesini, diğer bir bölümü ise, haklarındaki verilerin toplanmasını ve saklanmasını işverene bir görev, dolayısıyla yetki olarak öngörmektedir. Söz konusu düzenlemelerin bir bölümünde bu yükümlülük ve yetki, “sigara içilmesinin önlen-

¹⁴¹ Ayr. Bkz.: Ford, Two Conceptions, s.141-142.

mesi”; “raporların saklanması” gibi açıkça ortaya konmuşken, bir bölümünde işveren için öngörülen, “teknik yöntemlerle gözetim altında tutmak” gibi yükümlülüklerden dolayı işverenin işçinin özel yaşamına müdahale etmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

İşverenin ortaya koymaya çalıştığımız yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla yapacağı özel yaşama müdahale karakterli uygulamalar, **kanımızca**, MK m.24/II uyarınca “*kanunun verdiği yetkinin kullanılması*” kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olup; bu nedenle hukuka uygun sayılacaktır¹⁴². Müdahale gereğinin dolaylı olarak ortaya çıktığını belirttiğimiz düzenlemeler bakımından ise, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasından bahsedilemeyeceği bir itiraz olarak ortaya konsa bile, diğer işçiler ve müşteriler gibi üçüncü kişilerin yaşam ve sağlığının korunması üstünde şekillenen “üstün yarar” nedeni varlığını koruyacaktır¹⁴³.

Ş8. DEĞERLENDİRME ve İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMININ KORUNMASINDA HAKİM OLMASI GEREKEN İLKELER (DE LEGE FERANDA)

Buraya kadar yapmaya çalıştığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türk Hukuku bakımından şu an yürürlükte olan düzenlemelerden yola çıkıldığında, işçinin özel yaşamına işveren tarafından yapılan müdahalelere ilişkin adalet duygusunu doyurucu *mutlak* sonuçlara varmak mümkün görünmemektedir. Özellikle, işçinin rızası ve işverenin dayanabileceği üstün yarar ölçütleri konusunda mevcut yasal düzenlemelerin, işçi işveren ilişkisinin ekonomik ve kişisel bağımlılık arz ettiği gerçeği karşısında, doğrudan –iş ilişkisinin özellikleri göz ardı edilerek- uygulanma olasılığı duraksama yaratacak sonuçları beraberinde getirmektedir.

Öte yandan, küreselleşmenin getirdiği uluslararası yatırım ve ticaret olgusu karşısında işçinin özel yaşamı konusundaki hukuki ilkelerin birlik göstermesi gerekmektedir. Bu sadece işçi açısından değil, işverenlerin farklı ülkelerdeki yatırımlarında uymaları gereken kuralların birbirlerinden farklı olmasının getirdiği zorlukların giderilmesi açısından da olumlu sonuçlar doğurur. Ayrıca, bu çaba, özel yaşam hakkına saygı gösteren ülkelerden yatırımların

¹⁴² **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, s.359; İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler yabancı hukuk sistemlerinde de, işçinin özel yaşamına müdahale için hukuka uygunluk nedeni olarak algılanır Bkz.: **ILO**, Workers’ Privacy Part II, s.51-52; 274.

¹⁴³ Ayr. Bkz.: **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, s.129.

kaçarak haksız rekabet ortamı yaratmasına da engel olur. Örneğin, AB Veri Koruma Yönergesinin¹⁴⁴ (95/46/EC), amaçlarından biri de budur¹⁴⁵.

Sıralanan bu nedenlerle, işçinin özel yaşamı konusunda ABD, Kanada ve Fransa'daki durum ve aksaklıklardan yola çıkılarak öğretilerde ortaya konan ilkeler dikkate değer niteliktedir¹⁴⁶. Bu ilkeler *de lege feranda* nitelikte ve işçi ve işveren arasındaki ilişkinin barış ve düzen içinde sürdürülmesine yöneliktir. Bunlardan, Türk Hukukunca da kabul edilmesi gerektiğini düşündüklerimize, kısaca değinmeyi yararlı buluyoruz.

I. İşçinin Rızası Üzerindeki Kuşkunun Dikkate Alınması

İşçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılmalıdır¹⁴⁷. İşçinin özel yaşamının korunması konusunda asgari standartlar belirlenmeli, bu standartlarla sağlanan koruma işçinin rızasıyla ya da işverenin özel yaşama müdahale içeren uygulamayı önceden bildirmesiyle dahi aşılamamalıdır¹⁴⁸.

Türk Hukuku bakımından MK m.24/II'deki açık şekilde mağdurun rızasını hukuka uygunluk nedeni sayan düzenleme ve işçi-işçi işveren ilişkisi bakımından bu konuda özel bir hükmün bulunmadığı göz önüne alındığında, işçinin rızasının halen bir hukuka aykırılığı kaldıran neden olduğu açıktır. Bununla birlikte, ortaya koymaya çalıştığımız ilkeye yaklaşan görüşler de ileri sürülmektedir: Türk İş Hukuku öğretisinde, işçinin rızasının özel yaşamına işveren tarafından yapılan müdahaleyi hukuka uygun kıldığı kabul edilmekle birlikte, bazı yazarların bu durumda dahi işverenin "üstün yarar" şeklinde yorumlanamasa da *yeterli* bir nedene dayanması gerektiğini belirttiği görülür¹⁴⁹. Ne var ki, Türk Hukukunda, rızanın hangi nedenlere dayanılarak talep edilebileceği konusunda pozitif bir düzenlemeden söz etmek mümkün değildir. İşverenin yeterli bir nedene dayanmadığı halde, işçinin uygulamaya rıza göstermesinin, her zaman, MK m.23 sınırlamasına aykırılık oluşturacağını iddia etmek

¹⁴⁴ Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: OJ L 281 , 23/11/1995 P. 0031 – 0050, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31995L0046&model=guichett (13 Temmuz 2004); Ayr. Bkz.: OECD, OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (5 Temmuz 2004).

¹⁴⁵ Craig, Privacy and Employment Law, s.144-145; Ayr. Bkz.: Mignin/Lazar/Friedman, A Post-September 11 Perspective, s.13.

¹⁴⁶ Craig, Privacy and Employment Law, s.143 vd.

¹⁴⁷ Bkz.: yuk. § 7, I.

¹⁴⁸ Craig, Privacy and Employment Law, s.156-157.

¹⁴⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, s.111; Çelik, Dersler, s.123; Ekonomi, İş Hukuku, s.128.

de mümkün değildir. Giderek, bu görüşün, *de lege feranda* niteliğini taşıdığını söylemek yanlış olmaz.

Bu konuda, AB kurumlarının işçinin rızasına yaklaşımının da dikkate alınması yerinde olur: Başka hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayanma olasılığı araştırılmaksızın işçinin rızasına başvurmak, iş ilişkisinin her iki tarafı için olumsuz sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir¹⁵⁰.

II. Özel Yaşam Hakkının Ancak Belirli Nedenlerle Sınırlanabilirliği

Özel yaşam hakkı, ancak belirli ve meşru nedenlerle sınırlandırılabilir niteliktedir. Başka anlatımla, özel yaşama müdahalede mutlaka meşru kılabilen (hukuka aykırılığı kaldırarak) nitelikte bir nedene dayanılması gerekir¹⁵¹.

Örneğin hastanede çalışan ve hastalarla ve diğer çalışanlarla doğrudan temas halinde bulunan işçilerden kan testi istenebilmesi için hastalığın bulaşıcı olması, başka bir önlem almanın mümkün olamaması ve testin en az düzeyde özel yaşama müdahale içerecek şekilde yapılması halinde uygulamayı haklı kılacak nedenin varlığından söz edilebilecektir¹⁵².

İşçinin özel yaşamına müdahale içeren işveren uygulamaları yapılan işle ilgili ve hakiki (*substantial*) bir yarara dayandırılmalıdır. İşçi ve işverenin çıkarları arasındaki denge (*balance of interest*) gözetilirken esas alınması gereken kural budur. İşverenin iş ilişkisinden kaynaklanmayan nedenlere dayanması mümkün olmamalı; dolayısıyla, işverenin kendisini devlet yerine koyarak, toplumda alkol ve uyuşturucu kullanımının önlenmesi gibi, yapılan iş ve iş ilişkisiyle ilgili olmayan nedenlere dayanması, engellenmelidir. Toplumsal bir sorun, ancak iş ile ilişkilendirilebildiği oranda işveren için dayanak oluşturabilir. Aksinin kabulü, işverenin işçilerin özel yaşamlarına sonsuz ve ölçüsüz müdahale etmesine olanak sağlamak olacaktır¹⁵³.

Özellikle, diğer işçilerin, müşterilerin ve kamunun sağlık ve güvenliği- nin sağlanması amacına dayanan müdahalelerde, meşru ve hakiki yararın bulunduğu kabulü gerekecektir¹⁵⁴. Buna karşın, işverenin işyerinde verimin

¹⁵⁰ Bkz.: EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.16, 23; EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.21; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, I; § 9, III, 1, f.

¹⁵¹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.31; EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.16.

¹⁵² **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.93; **Craig**, Privacy and Employment Law, s.158-159; Bkz.: aş. § 10, IV, 4.

¹⁵³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.151, 157-162.

¹⁵⁴ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, bb-cc; § 7, II. Ayr. Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.163.

artması, kaybın önlenmesi vb. salt ekonomik nedenlere dayanması, ekonomik amaçların özel yaşam hakkı karşısında üstün tutulması anlamına geleceğinden, müdahaleyi *doğrudan* haklı kılacak bir dayanak oluşturmayacaktır¹⁵⁵.

III. Özel Yaşam Hakkını En Az Düzeyde Zedeleyecek Yöntemin Seçilmesi (Ölçülülük)

İşverenin işçinin özel yaşamına müdahalesini meşru kılacak nedenlere dayanabildiği durumlarda, müdahalenin yöneldiği amaca ulaşmaya yarayacak yöntem seçilirken, bunun özel yaşam hakkını en az düzeyde zedeleyecek nitelikte olması gerekir¹⁵⁶. Öncelikle özel yaşama müdahale olmaksızın amaca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁵⁷. Örneğin hastanede bulaşıcı hastalık riskine karşı çalışanlardan kan testi istenmesi öncesinde bu konuda eğitim verilmesi¹⁵⁸ ve önleyici ekipman kullanımı düşünülmelidir. Bu konuda başka bir örnek, üst araması konusundan detektör vb. araçlarla yapılacak arama yeterli ise elle üst aramasından kaçınılması gereği olarak ortaya konabilir.

IV. Müdahalenin Bireyselleştirilmiş Nitelik Taşınması

Özel yaşama müdahale bireyselleştirilmiş (*individualized*) nitelikte olmalıdır. Bu ilke, özel yaşama müdahale gerektiren neden hangi işçileri ilgilendirmekteyse, uygulamanın onlara yönelik olması, diğer işçilerin özel yaşamlarına müdahaleden kaçınılması gereğini ortaya koyar. Bu, işverenin eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil etmez. Yeter ki, özel yaşama müdahale gerektiren nedenle ilişki içinde olan işçilerin tamamına eşit şekilde uygulansın¹⁵⁹. Hastane örneğinden yola çıkıldığında, sadece beden sıvılarının temasıyla bulaşan bir hastalık için önlem alınması gereğiyle yapılacak kan testine hastalarla

¹⁵⁵ Bkz.: yuk. § 7, I - II. Ayr. Bkz.: **Craig**, Privacy and Employment Law, s.163-164.

¹⁵⁶ **Ertürk**, Temel Haklar, s.96; **ILO**, Workers' Privacy Part III, s.93; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.86; **Cranford**, Arguing the Ethics, s.1808; Örneğin kapı kontrolü yapılırken izlenecek yöntem onur kırıcı ve fazlaca zaman alıcı nitelikte olmamalıdır. Bkz.: **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, s.166; **Centel**, İş Hukuku, s.141; **Çelik**, Dersler, s.123; **Ekonomi**, İş Hukuku, s.128.

¹⁵⁷ Bkz.: **Information Commissioner (IC)**, Data Protection Act 1998 Codes Of Practice, The Employment Practices Data Protection Code: Part 3: Monitoring At Work, (Çevrimiçi) <http://www.informationcommissioner.gov.uk/eventual.aspx?id=437> (13 Kasım 2004), s.17; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.19.

¹⁵⁸ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.165.

¹⁵⁹ Bkz.: yuk. § 6, III.

yakın teması olmayan çalışanların tabii tutulmaması gerekecektir¹⁶⁰. Özel yaşama müdahale içeren uygulamanın, eşit durumda olan işçilerin tamamına uygulanmasının olanaksız olduğu durumlarda, yapılacak seçimin tarafsız ve adil olmasına azami özen gösterilmelidir¹⁶¹.

V. Müdahalenin Ulaşılmak İstenen Amaca Özgü Olması

Özel yaşama müdahale, bunu haklı kılan nedene/ulaşılmak istenen amaca özgülümlenmiş şekilde uygulanmalıdır. Yine, hastane örneğine döndüğümüzde; yapılan kan testi, sadece önlenmesi gereken hastalığa yönelik olmalı, çalışanların genel sağlık taraması şekline dönüşmemelidir¹⁶².

VI. Saydamlık /Açıklık

İşçinin özel yaşamına ilişkin önemli sorunlardan biri de özel yaşama müdahale oluşturan uygulamaların bir bölümünün, işçinin haberi olmadan yürütülmesinin mümkün olmasıdır. Örneğin, elektronik izleme, işçi bunun farkında olmadan da yapılabilir ya da yapılan testler bildirilen amaç dışında da kullanılabilir. Bu nedenle özel yaşama müdahale içeren uygulamalar saydam nitelikte olmalıdır.

İşçi, ancak, uygulamanın saydam olması halinde kendisini hukuka aykırı müdahalelerden koruyabilecektir. Saydamlık, bu şekilde toplanan ve iş sözleşmesine ilişkin karar alma sürecinde kullanılan verilerin doğruluğunun da sınanmasına olanak verecektir.

Saydamlık işçinin özel yaşamına müdahaleye yönelik uygulamalar bakımından, ancak, öncesinde işçinin bilgilendirilmesi ve elde edilen bilgiye ulaşma ve itiraz hakkını içeren belli bir prosedürün izlenmesi sayesinde yaşama geçirilebilecektir. Bu, özellikle işçiye ait verilerin işlenmesi noktasında önem kazanır¹⁶³.

¹⁶⁰ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.165; Bkz.: aş. § 10, IV, 4.

¹⁶¹ **Oğuzman**, Arama, s.533-537; ; **Tuncay**, Eşit davranma İlkesi, s.166; **Çelik**, Dersler, s.123; **Centel**, İş Hukuku, s.141; **Süzek**, İş Hukuku, s.275; Ayr. Bkz.: **Perrins et. al.**, Harvey on Employment, para.513.

¹⁶² **Craig**, Privacy and Employment Law, s.166-167; Bkz.: aş. IV, B, 4, d.

¹⁶³ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.168-169; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.87; **Colucci**, The Impact, s.38-39; Bkz.: aş. § 9, III, 2, b.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA İŞVEREN TARAFINDAN MÜDAHALENİN BAZI GÖRÜNÜMLERİ

§9. İŞÇİYE İLİŞKİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

I. Kişisel Verilerin Koruması Konusundaki Düzenlemeler

1. Kişisel Verilerin Korunması Konusunda Özel Düzenleme Gereği

Kişinin kendi hakkındaki bilgi (veri; malumat; data) üzerindeki hakkın, kişilik hakkının görünümlerinden biri ve söz konusu bilginin özel yaşamına (mahremiyetine) dahil olduğu noktasında kuşku yoktur¹. Kişisel verilerin, hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın, işlenmesi özel yaşama saldırı olacaktır. Nitekim, AB Temel haklar Şartı m.8 (Avrupa Anayasası m.II-68) uyarınca, “Herkes, kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir” (m.8/I). “Bu tür veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca/hukuk tarafından öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere ulaşım ve düzeltme hakkına sahiptir” (m.8/II).

Kişisel verilere yönelecek saldırılara karşı koruma için, MK m.24-25 hükümlerinin yargıca olanak sağladığı açıktır². Ancak, özellikle teknolojik gelişmeler ve bu gelişmenin beraberinde getirdiği yeni saldırı biçimleri karşısında, kişisel veriler konusunda özel yasal düzenlemelere gereksinim duyulduğu belirtilmektedir³. Böylece, yargıca bu konuda karar verirken, daha açık ve sağlam bir dayanak yaratılmış olacaktır⁴.

¹ Siebert, **Meseleler**, s.219; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler**, s.138; Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.195.

² **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.11; Kişisel verilere dönük olarak, Bu hükümlerin de güçlendirilmesi gerektiği yolunda **Tezcan**, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.390.

³ **Dural/Öğüz**, **Kişiler**, s.128; **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.2; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, **Kişiler**, s.138 ve a.y. dn.441d; Ayr. Bkz.: **ILO**, Workers' Privacy Part I: Protection of Personal Data, Conditions of Work Digest, Vol.10, No.2, Geneva, International Labour Office,1991, s.10-12. **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.385;

Ayrıca, bu alanda düzenleme yapmak, Türkiye'nin üye/aday olduğu uluslararası oluşumlarca meydana getirilen belgeler ve taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin de bir gereğidir⁵.

2. Uluslararası ve Yabancı Ülkelerdeki Düzenlemelere Genel Bakış

Kişisel verilerin korunması konusunda uluslararası kuruluşlar ve birçok ülke, bu alanı düzenleyen pozitif dayanaklar oluşturmuştur. Avrupa Konseyi'nin Bireylerin Kişisel Verilerinin Otomatik Olarak İşlenmesi Karşısında Korunmasına Dair ETS 108 sayılı Sözleşmesi⁶ bağlayıcılığı olan ilk uluslararası düzenlemedir^{7,8}. Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönergesi⁹ de önemli bir kaynaktır¹⁰. Yönergenin önemi, veri koruma konusunda üye ülkelerin uyum yükümlülüğü altında olmaları (m.4-5, 34)

Tezcan, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.386-387; **Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, s.195-196; Ayr. Bkz.: **Mollamahmutoglu**, İş Hukuku, s.427

⁴ **Tandoğan**, Özel Hayatın Korunması, s.11; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.313.

⁵ Bkz.: aş. § 9, 1, 2 ve oradaki dipnotlar; Ayr. Bkz.: **Tezcan**, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.392; **Colucci**, The Impact, s.48-50.

⁶ Türkiye Sözleşmeyi Konseye üye diğer devletlerle birlikte 28.1.1981 tarihinde imzalamış ancak taraf olabilmek için gerekli şartları henüz yerine getirmemiştir. Sözleşmeye imza koyan ve taraf olan devletler için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=8&DF=27/10/2005&CL=ENG>. Sözleşmenin İngilizce Metni için Bkz.: *Convention for The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/108.doc> (13 Temmuz 2004).

⁷ EU, **Art.29-DPWP**, Document on Surveillance, s.9.

⁸ AK'nin daha özel bir alanı düzenleyen, Tıbbi Verilerin Korunmasına Dair Tavsiye Kararı'nın İngilizce metni için Bkz.: *Recommendation no. R (97) 5 of the Committee of Ministers to Member states on the Protection of Medical Data*, (Çevrimiçi) <http://cm.coe.int/ta/rec/1997/97r5.html> (9 Kasım 2004).

⁹ Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: *Directive On The Protection Of Individuals With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data* OJ, L 281 , 23/11/1995; (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=31995L0046&model=guichett (13 Temmuz 2004).

¹⁰ AB'nin konuyla ilgili diğer bir düzenlemesi ise, 2002/58/EC sayılı Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Yaşamın Korunması Hakkındaki Yönerge'dir (*Directive Concerning The Processing of Personal Data and The Protection of Privacy in The Electronic Communications*) Aynı konudaki 97/66 sayılı yönergenin yerine geçen 2002/58 sayılı Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: OJ, L 2001/37, 31.7.2002, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_201/l_20120020731en00370047.pdf (9 Kasım 2004)

noktasında belirginleşir¹¹. Birleşmiş Milletler ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nce bu konuya ilişkin hazırlanan kılavuz hükümler içeren tavsiye kararları¹² AB Yönergeleriyle birlikte, devletlerin ulusal düzeyde yasal düzenlemeler yapmasında etkili olmuştur¹³. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komitesiince yapılan genel yorumlarda bu konuda yasal düzenlemeye gidilmesi gereğine vurgu yapılmaktadır¹⁴. Sıraladığımız uluslararası belgelerin bir bölümü, kişisel verilerin elektronik ya da otomatik şekilde işlenmesine özgülmüşken, 95/46/EC sayılı Yönerge, tüm formlardaki kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi konusunda uygulanabilecek hükümler içeren bir kaynak olması itibarıyla (95/46/EC m.3/1), ayrıca öneme sahiptir¹⁵.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, işçi-işveren ilişkisi için de uygulama alanı bulur. Ancak, iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri, veri koruma konusunda da ayrı ilkelerin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak, 95/46/EC sayılı Yönergenin 29. maddesi uyarınca oluşturulan Çalışma Grubu (Working Party), Yönerge düzenlemeleri-

¹¹ AB ülkelerindeki bu konudaki gelişmeler ve çıkarılan yasalar hakkında bilgi için Bkz.: (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law/implementation_en.htm (9 Kasım 2004).

¹² BM Kararının İngilizce metni için Bkz.: *UN Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files*, (Çevrimiçi) <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/71.htm> (1 Temmuz 2004); EİKÖ Kararının İngilizce metni için Bkz.: *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (5 Temmuz 2004).

¹³Yabancı Hukuklarda bu konudaki yasalar ve yasama çalışmaları için Bkz.: **OECD**, *Privacy Online: OECD Guidance on Policy and Practice*, OECD 2003, s.59 vd.; Ayr. Bkz.: **ILO**, *Workers' Privacy Part I*, s.71 vd.; **Colucci**, *The Impact*, s.73 vd.; **deBeer**, *Comprehensive Protection*, s.384, 395 vd.; **Aydın**, *İşçinin Kişilik Hakları*, s.228-237.

¹⁴ "... *Kişisel bilgilerin, kamu makamları ya da özel kişi ve kuruluşlarca toplanması ve bilgisayar, bilgi bankası ve diğer aygıtlarda tutulması yasayla düzenlenmelidir. Kişinin özel yaşamıyla ilgili bilgilerin, bunları toplamaya, işlemeye ve kullanmaya hukuken yetkili kılınmamış kişilerin eline geçmemesi ve asla Sözleşmeyle uyum içinde olmayan amaçlarla kullanılmaması için, Devletler tarafından, etkili önlemler alınmalıdır...*" UN, *Compilation Of General Comments* 2004, s.143-144, para.10.

¹⁵ Yönerge, kapsamını belirleyen 3. madde uyarınca, tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla kişisel veri işlemlerine ve işleme yöntemi otomatik olmamakla birlikte veri kütüğü sisteminin bir bölümünü oluşturan ya da oluşturması planlanan tüm kişisel veri işlemlerine uygulanacaktır. İşveren tarafından tutulan kayıtların çok büyük bir bölümü bu tanımlamanın kapsamı dahilindedir. Bkz.: EU, **Art.29-DPWP**, "Article 29 Working Party Opinion On The Processing Of Personal Data In The Employment Context", Opinion 8/2001, 5062/01/EN/Final WP 48, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf (9 Kasım 2004), s.13; Ayr. Bkz.: **Perrins** et. al., *Harvey on Employment Law*, para.509-510; **Colucci**, *The Impact*, s.61; **Nielsen**, *European Labour Law*, Copenhagen, 2000, s.410.

nin iş ilişkisinde nasıl uygulanacağına yönelik görüş ve belgeler oluşturmaktadır¹⁶. Ayrıca, UÇÖ tarafından oluşturulan İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu¹⁷ ve Avrupa Konseyi'nin İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R(89)2 sayılı Tavsiye Kararı¹⁸ da, bu bakımdan dikkat çekicidir.

Söz konusu yaklaşımın ulusal düzeydeki yansımalarına en iyi örneklerden birini ise, Birleşik Krallık'ın tutumu sergilemektedir. 1998 yılında çıkarılan ve veri koruma konusunda genel düzenleme olan yasa (Data Protection Act 1998)¹⁹ sonrasında, bu yasa ve Yönergenin gereği olarak kurulan denetim makamı: Enformasyon Komiserliğince yasanın iş ilişkisinde nasıl uygulanacağını gösteren ayrıntılı Uygulama Kodları çıkartılmış durumdadır²⁰.

Bu başlık altında son olarak ve önemle belirtilmesi gereken, izleme ve gözetleme, işçilere yöneltilen sorular, uygulanan testler ve benzerlerinin, kişisel

¹⁶ EU, **Art.29-DPWP**, "Article 29 Working Party Working Document On Surveillance Of Electronic Communications In The Workplace" 5401/01/EN/Final WP 55, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf (9 Kasım 2004); EU, **Art.29-DPWP**, "Article 29 Working Party Opinion on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance" Opinion 4/2004, 11750/02/EN WP 89, (Çevrimiçi) http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf (9 Kasım 2004); Ayr. Bkz.: yuk. dn.15

¹⁷ UÇÖ İşçilerin Özel Yaşamı Hakkında Uzmanlar Komitesi Toplantısı 1-7 Ekim 1996 tarihinde yapılmıştır. Toplantıda İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu ve UÇÖ'ün bu konudaki gelecekteki eylemleri hakkında tavsiyeler kabul edilmiştir. Toplantıda Uluslararası Çalışma Ofisince hazırlanan Uygulama Kodunun hükümlerini açıklayıcı nitelikteki metnin (şerh, *comentary*), kodla birlikte basılarak geniş şeklide dağıtımının yapılması da kararlaştırılmıştır. Uzmanlar Komitesi Raporunun 67-76. paragraflarında tarafların konuyla ilgili görüşlerini bulmak mümkündür (Bkz.: **ILO**, Report of the Meeting of Experts on Workers' Privacy, GB.267/6, 26th Session, Geneva, International Labour Office, 1996, s.1,12-13). Kodun bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Çıkarılma amacı, bu konudaki yasal düzenlemelerin, toplu sözleşme hükümlerinin, iş koşullarının, politikaların ve pratik önlemlerin geliştirilmesinde rehberlik etmektir (ILO DP Code para.2). Kod, elektronik, otomatik ya da bu formda olmayan tüm veri işleme faaliyetlerini kapsar [ILO DP Code para.4.1(b)]. Bkz. **ILO**, Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, Geneva, International Labour Office, 1997, s.1-7.

¹⁸ 18 Ocak 1989 tarihinde AK Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için Bkz.: Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes, (Çevrimiçi) <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=710373&Lang=en> (18 Kasım 2004).

¹⁹ Yasa metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1998/80029--k.htm> (1 Temmuz 2004).

²⁰ İşçi seçiminde ve alımında, işçiye ilişkin kayıtların tutulmasında, işyerindeki izleme ve gözleme uygulamalarında, kişisel verilerin korunması, Enformasyon Komiserliği tarafından ayrı ve ayrıntılı uygulama kodlarının yanı sıra, kılavuz dokümanlarla düzenlenmektedir. Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.informationcommissioner.gov.uk/eventual.aspx?id=437> (7 Kasım 2004).

veri elde etme yöntemleri olduğudur. Dolayısıyla, Veri Koruma Hukuku kuralları, bu tür uygulamalar için de uygulama alanı bulur²¹ (ILO DP Code para.3.3). Sıralanan bilgi toplama uygulamaları üzerinde ayrıca durulmuştur²².

3. Yasal Düzenleme Bakımından Ülkemizdeki Durum

a. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı

Ülkemizde, kişisel verilerin korumasına ilişkin yasal düzenleme hazırlıkları sürmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı”nın²³ son hali, 9.11.2005 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir²⁴. Tasarı hükümlerine, Veri Koruma Hukuku Düzenlemelerinin iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesinde değinilecektir²⁵.

Ayrıca, Şubat 2005’te Adalet Bakanı tarafından kamuoyuna bir basın toplantısıyla tanıtılan ve ilgili kuruluşlara görüşleri alınmak üzere gönderilen Borçlar Kanunu Tasarısında²⁶ işçiyeye ilişkin kişisel verilerle ilgili bir hüküm bulunmaktadır. BK Tsr. m.423 uyarınca, “İşveren, işyeri kayıt ve belgelerindeki işçiyeye ait kişisel verileri ancak işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği ve iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmaları hâlinde işleyebilir. Özel kanun hükümleri saklıdır”. Bu konudaki özel kanun, tasarı halindeki Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun olmak gerekir. Tasarının bu hükmü üzerinde, ayrı bir başlık altında durulacaktır²⁷.

b. İş Mevzuatındaki Mevcut Hükümler

Yürürlükteki hukuk bakımından işçilere ait kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenleme, İş Kanunu m.75 hükmü olarak karşımıza çıkar: “İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek

²¹ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.24-25; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.9-10.

²² Bkz.: aş. § 10.

²³ Tasarı metni için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselverilerin_korunmasikanunu.htm (26 Şubat 2006)

²⁴ Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanliktabulunanlar.htm> (26 Şubat 2006).

²⁵ Bkz.: aş. § 9, III vd.

²⁶ Borçlar Kanunu Tasarısının tam metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm> (26 Şubat 2005).

²⁷ Bkz.: aş. § 9, IV.

zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır” (İşK.m.75/I). Madde- nin devamında ise, özlük dosyasındaki bilgilerin hangi esaslarla kullanılması gerektiği ve korunmasına ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, “İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamakla yükümlüdür” (İşK.m.75/II).

Kanımızca, İşK.m.75 düzenlemesi, işçi hakkında dosya düzenlenmesini öngörmekle birlikte, bunun formunu dikte eder nitelikte bir hüküm değildir. Dolayısıyla işçi hakkında, ister elle tutulsun ister elektronik ortamda depolansın tüm verilerin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki korumadan yararlanması gerekir. Bu aynı zamanda işverenin gözetme borcunun da bir gereğidir.

Bundan başka, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerde, işçinin sağlık durumuna ilişkin verilerinin elde edilmesi, saklanması ve işçilerin bunlara ulaşım hakkına ilişkin hükümlere rastlanır. Örneğin, İşK.m. 85-86 ve Ağır Tı Yön. m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler ile genç işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporuyla belirlenmesi ve bu raporların, teftiş esnasında İş Müfettişlerine her istenildiğinde gösterilmek üzere işveren veya yetkilisi tarafından, *gizliliğine hanel gelmeyecek bir surette* işyerlerindeki özlük dosyalarının kişisel sağlık bölümünde saklanması gerekmektedir (m.5/I, IV). Ayrıca, işyerinden ayrılarak yeni bir işe giren işçilerin bu raporları veya örnekleri yeni işverenin isteği halinde o işyerine gönderilecektir (m.5/VI). Yönetmeliğin 7. maddesi ise işverene, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırdığı işçilerin nüfus cüzdanlarının onaylı örneklerini saklayarak, bunları İş Müfettişlerinin her isteyişinde gösterme yükümlülüğü getirmektedir.

İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.6’da çalışanlar ve temsilcilerinin, sağlık gözetiminde yürütülecek hizmetlerin amaç ve yöntemleri hususunda *önceden haberdar edilmeleri* ve sağlık gözetimi sonucunda elde edilen verilerin kullanılması ile ilgili *bilgilendirilmeleri* gerektiği hükme bağlanmıştır (m.6/III). İşçinin sağlık durumuna ait kişisel verilere ilişkin düzenlemeler içeren bu yönetmelik uyarınca, çalışanlar, sağlık muayenelerinin sonuçlarıyla ilgili olarak hatalı veya hataya yol açabilecek bilgiye itiraz hakkına sahip olup, bu işlemi nasıl yapacakları konusunda işveren tarafından bilgilendirilecektir (m.6/IV).

Asbest Yön m.20 ise, asbest veya asbestli malzeme ile çalışanların yaptıkları işleri, çalışma süresini ve maruziyet miktarını belirten kayıtları tutulmasının, işveren için bir yükümlülük olarak belirlemiştir. Doktor veya sağlık konusunda yetkili kişiler bu kayıtları inceleyebilirler. Ayrıca, İşçiler kendilerine ait kayıtların bir örneğini alabilirler. İşçiler ve/veya temsilcileri de kayıtlar hakkında isimsiz genel bilgileri alabilirler (m.20/a). Tutulan kayıtlar

maruziyetin sona ermesinden sonra en az 40 yıl süreyle saklanacaktır (m.20/b). Bu konuda Kanserojen Mutajen Madde Yön m.14,16,17, benzer hükümler içermektedir.

İş mevzuatındaki bu hükümler, Veri Koruma Hukukunun ilkelerinin bir bölümünü yansıtır niteliktedir. AB uyum sürecinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Yönergelere uyum kaygısıyla çıkartılan yönetmeliklerin bu esasları içermesi de doğaldır. Ancak, Veri Koruma Hukuku bakımından asıl uyum gerektiren kaynak, 95/46/EC sayılı Yönerge'dir. Başka bir anlatımla, işçi-işveren ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulan 95/46/EC sayılı Yönerge veri koruma konusundaki temel kuralları belirlemekte; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yönergeler ise, kendi düzenledikleri alanda bu kuralların nasıl uygulanacağını göstermektedir. Açıklamalarımız sonrasında, Türk Hukuku bakımından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir yasal düzenleme ve bunun işçi-işveren ilişkisinde nasıl uygulanacağına ilişkin görüş oluşturulmasına gereksinim, açıkça görülecektir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı m.423 hükmü bu belirlemeyi doğrular niteliktedir. Sözünü ettiğimiz gereksinim, Veri Koruma Hukuku düzenlemeleri hakkında yapacağımız açıklamalar sonrasında daha da iyi anlaşılacaktır.

II. Veri Koruma Hukukuna İlişkin Kavramlar

Yapacağımız açıklamaların gerektiği gibi anlaşılabilmesi için, veri koruma hukukuna ilişkin kavramların kısaca ortaya konmasında yarar bulunmaktadır. Tanımlarda, 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere, UÇÖ Uygulama Kodu (ILO Code of Practice on Personal Data) ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı esas alınmıştır.

- **Kişisel Veri:** Belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri anlatır. “Kimliği belirlenebilir kişi” anlatımından, özellikle kimlik numarasına ya da fiziki, fizyolojik, düşünsel (*mental*), ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğine özgü bir ya da birkaç etmene başvurularak kimliği, doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi anlaşılmalıdır.
- **Özel Niteliği Olan/Duyarlı Kişisel Veri:** Kişilerin, ırk ve etnik kökenleri, siyasi düşünceleri, felsefi, dini, veya diğer inançları; sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları²⁸ ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel verilerdir.

²⁸ KVKK Tsr. m. 6(1)'de özel niteliği olan kişisel veriler sıralanırken, 95/46/EC m.8/1'den farklı olarak, “cinsel yaşam” yerine çok daha kapsamlı bir kavram olan “özel yaşam” kavramının kullanılması; kavramın sınırlarının oldukça geniş ve yoruma açık olması nedeniyle, sorun yarata-

- *İlgili Kişi /Veri Öznesi*: Verinin ilişkili olduğu ve hakkında kişisel veri işlenen gerçek kişidir.
- *Kişisel Verilerin İşlenmesi (Processing)*: Otomatik araçlarla ya da bunlar kullanılmaksızın kişisel veri üzerinde yapılan işlem veya işlemler dizisidir. Bu kavrama, verinin toplanması (elde edilmesi), kaydedilmesi, sınıflanması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, üçüncü kişilere aktarılması, bloke edilmesi, silinmesi ve yok edilmesi gibi işlemler dahildir.
- *Anonim Hale Getirme*: Kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesidir.
- *Veri Kütüğü Sistemi / Kişisel Veri Dosyalama Sistemi*: Belirli bir kritere (Örneğin, kişinin ismi) göre ulaşılabilen, kişisel verilerin muhafaza edildiği bir bütün olarak tasarlanmış (*structured*) sistemdir. Sistemin coğrafi veya işlevsel temelde merkezi ya da dağınık durumda olması veri kütüğü sistemi olarak kabulünde değişiklik yaratmaz. Kişisel veri tanımı da dikkate alındığında veri kütüğü sisteminin elle tutulan (manual) dosyalardan da oluşabileceği sonucuna varılır. Ancak, bu dosyaların kendi içinde indeksleme ya da bölümlere ayrılmış olma gibi bir niteliğe sahip olması koşulunun, veri kütüğü sistemi olarak kabulü için aranıp aranmayacağı tartışmaya açıktır²⁹.
- *Veri Kütüğü Sistemi Sahibi*: Kişisel verileri kendi hesabına işleyen, yararlanan veya bu tür faaliyetler için üçüncü kişileri görevlendiren gerçek ya da tüzel kişilerdir.

bilecek niteliktedir. Ayrıca, AB'ne Üye Devletlerin, duyarlı veri sıralamasına ekleme ya da çıkarma yapma serbestisi bulunmadığını önemle belirtelim (Bkz.: EU, Art.29-DPWP, **Opinion on Processing**, s.16).

²⁹ Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesinin 8.12.2003 tarihli bir kararından (Bkz.: *Durant v. Financial Services Authority*, Case No. B2/2002/2636; Neutral Citation No: [2003] EWCA Civ. 1746, (Çevrimiçi) <http://www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j2136/durant-v-fsa.htm>) kişi hakkında elle tutulan bir dosyada, bilgiler sağlık, yıllık ücretli izin gibi belirli başlıklara ayrılmaksızın saklanmaktaysa, bunun veri kütüğü sistemi oluşturmayacağı sonucu çıkmaktadır. Bu karar, işverenlerin Veri Koruma Hukuku sorumluluklarından kaçmak için işçilere ilişkin dosya içeriklerini belirli bir düzene sokmaksızın saklamalarına neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: **Perrins et. al.**, *Harvey on Employment Law*, para.510; Ayr. Bkz.: **ILO**, *Code of Practice on Personal Data (Commentary)*, s.12.

KVKK Tsr. m.3(1)e'de Veri kütüğü sistemi, *belirli bir kritere göre kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde yapılandırılmış* herhangi bir kişisel veri grubu olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, sözü edilen eleştirisi, Tasarı hükmü için de geçerlidir.; Ayr. Bkz.: Pla Rodriguez, **The Situation in the Americas**, s.312; Tezcan, **Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması**, s.388.

- *İşleyici*: Veri kütüğü sahibi adına kişisel verileri işleyen gerçek ya da tüzel kişidir.
- *İlgili Kişinin Rızası*: Kişinin özgürce ve verinin işlenme amaç ve biçimine özgü (*specific*), öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış (*informed*) irade açıklamasıyla kendine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olurluğunu bildirmesi anlamına gelir.
- *Denetim Makamı*: Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin uygulanmasını denetlemek, düzenlemelerin nasıl uygulanması gerektiğine yönelik rehber niteliğinde belgeler oluşturmak, şikayetleri dinlemek, düzenlemelere aykırı davranılması durumunda bunu karara bağlamak ya da yargıya götürmek gibi görev ve yetkilerle donatılmış özerk kamu makamıdır³⁰.

III. Veri Koruma Hukuku Düzenlemelerinin İş İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi

İş Hukuku ve Veri Koruma Hukuku arasında etkileşimli bir ilişki söz konusudur. Bu etkileşim, iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişimiyle giderek artmaktadır. İşveren uygulamalarının büyük bölümü, gün geçtikçe veri işleme yöntemlerine dayanır hale gelmektedir. Nitekim, işverenler, yasaların öngördüğü yükümlülüklerle uymak, işçi seçiminde, eğitiminde ve yükseltmelerde (terfi) kullanmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, kalite kontrol, müşteri ilişkileri, işyeri güvenliğini sağlamak, üretim ve iş süreçlerini organize etmek gibi amaçlarla işçilere ve iş başvurusunda bulunanlara ait kişisel verileri işlemektedirler³¹.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, işverenin işçilere ait kişisel verileri işleme faaliyetleri için de uygulama alanı bulur. Buna karşın, bu konuda iş ilişkisinden kaynaklanan sorunların tamamı -işçiye ilişkin verinin işlenmesiyle ilintili olmakla birlikte-, salt veri koruma hukuku sorunu olarak nitelenmez³². Başka bir anlatımla, Veri Koruma Hukukunun uluslararası ve ulusal pozitif düzenlemelerinde yer alan/almaması gereken temel ilkelerin ve kuralların, iş ilişkisi için de uygulama alanı bulacakları noktasında duraksama

³⁰ KVKK Tsr. m.26 vd. maddelerinde, denetim makamı niteliğindeki Kişisel Verileri Koruma Kurumunun kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Ayr. Bkz.: **Tezcan**, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.390.

³¹ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.8.

³² EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.14.

yoktur³³. Ancak, bu ilke ve kuralların, iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri de göz önünde tutularak yorumlanması gerekmektedir³⁴.

Veri Koruma Hukuku kurallarının iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesi çabasında esas alacağımız pozitif düzenleme, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Yönergesi olacaktır³⁵. Diğer uluslararası belgelere ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı hükümlerinin yanı sıra yabancı ulusal düzenlemelere de yeri geldikçe değinilecektir. Bu inceleme yapılırken, Veri Koruma Hukukunun tüm kuralları değil, iş ilişkisi ve çalışma konumuzla yakın ilişki içindekiler üzerinde durulmuştur. Bu çaba doğrultusunda, İş mevzuatımızdaki hükümlerin de, ortaya koyacağımız düzenlemeler karşısındaki durumu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

1. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu

İşK.m.75/I, işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmakla yükümlü olduğunu belirtir. 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere dünyadaki düzenlemelerde ise, bilgilerin *elde edilme aşamasından başlayarak* işlenmesinin, hangi hallerde hukuka uygun olduğu ayrıntılı düzenlemelerle belirlenmiştir. Bu düzenlemelerde, hukuka uygunluk hallerinin özü bakımından MK m.24/II'de sayılanlardan farklı olmadıkları görülür. Ancak, aşağıda inceleyeceğimiz düzenlemelerde, MK m.24/II'den farklı olarak, hukuka uygunluk nedenleri, daha ayrıntılı olarak ortaya konmuş durumdadır. İşK.m.75 uyarınca tutulacak dosyanın ve iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yönetmelikler uyarınca toplanacak bilgilerin veri kütüğü sistemi niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmasına girilmeksizin³⁶, inceleyeceğimiz düzenlemelerdeki kurallar, işçiye ilişkin verinin toplanması ve kullanılmasında uyulması gereken *ilkeler* olarak algılandığında dahi, yol gösterici niteliktedirler. Kaldı ki, AB sürecinde, Türk Hukuku bakımından 95/46/EC başta olmak üzere, bu düzenlemelere uyum, bir gereklilik halini de alacaktır.

³³ A.e., s.3; Craig, Privacy and Employment Law, s.247.

³⁴ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.20.

³⁵ 95/46/EC sayılı AB Yönergesi ve Avrupa Konseyinin ETS 108 sayılı Sözleşmesi, Veri Koruma Hukukunun bizim ele alacağımız boyutları bakımından benzer hükümler içermekte olup; Yönerge'nin Sözleşme'ye göre daha yeni tarihli ve düzenlemelerinin de daha kapsamlı olması konunun incelenmesinde esas alınacak yasal düzenleme seçiminde Yönergeyi ön plana almamızda etkin olmuştur. Kaldı ki, 95/46/EC sayılı Yönergenin giriş bölümü 11. paragrafında, kişilerin hak ve özgürlüklerinin -özellikle de özel yaşam hakkının- korunması ilkeleri bakımından, AK Sözleşmesinin esas alındığı ve bu ilkelerin daha da ileri düzeye taşındığı anlatım bulmuş durumdadır. Bkz. ve Karş.: 95/46/EC m. 1-24 ve ETS No.108 m.1-9.

³⁶ Bkz.: yuk. § 9, II ve oradaki dipnotlar.

a. Bir Sözleşmenin Kurulması ve Edimlerinin Yerine Getirilmesi

Veri Koruma Hukukunun pozitif dayanaklarında, hangi durumlarda kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılacağı sıralanmıştır. Bunlardan iş ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulabilecek olanlardan ilki, verinin işlenmesinin ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gerekli olduğu durumlardır³⁷ [95/46/EC m.7 (b); ILO DP Code para.10.1.(c);]; KVKK Tsr. m.5(3)c]. İş ilişkisinde işveren, iş sözleşmesinden doğan bazı edimlerini yerine getirmek için işçiye ait kişisel verileri işleyecektir. Örneğin, işçiye ücret ödemesi yapılabilmesi için işverenin, vergi kimlik numarası, sigorta numarası vb. verileri işleme zorunluluğu bulunmaktadır³⁸. Öte yandan, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi ölçütünün, iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesinde, bu hükümlerin, hemen her zaman, işveren tarafından tek taraflı belirlenmekte olduğu gerçeği, göz önünde bulundurulmalı³⁹; iş ilişkisinde işveren tarafından ortaya konan koşullara işçinin rıza göstermesi konusundaki açıklamalarımız, unutulmamalıdır⁴⁰.

b. Yasal Yükümlülük Bulunması

Veri kütüğü sistemi sahibinin bu konuda yasal yükümlülük altında bulunması halinde de veri işlemesi hukuka uygun sayılacaktır [95/46/EC m.7 (c); KVKK Tsr.m.5(2)]. İş ilişkisinde veri kütüğü sistemi sahibi konumunda olan işverendir⁴¹. İşK.m.75/I uyarınca, işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenlemek ve bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. Örneğin iş teftişi sırasında bu dosyadaki bilgilerin müfettişlere gösterilmesi ve işçilere ilişkin vergilerin ve SSK primlerinin ödenmesi konusundaki yükümlülükleri yerine getirilmesi için, işçilere ait kişisel verilerin, ilgili kurumlara aktarılması, bu kapsamda değerlendirilecektir⁴².

³⁷ İsviçre Federal Veri Koruma Yasası m.13/II,a, verinin işlenmesiyle sözleşmenin kurulması veya edimlerin yerine getirilmesi arasında “doğrudan” bağ kurulabilmesini aramaktadır. Yasanın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.edsb.ch/e/gesetz/schweiz/act.pdf> (8 Ekim 2004); Ayr. Bkz.: Ertürk, Temel Haklar, s.129; Cranford, Arguing the Ethics, s.1807.

³⁸ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.15.

³⁹ Craig, Privacy and Employment Law, s.258-259.

⁴⁰ Bkz.: aş. § 9, III, 1, f; § 9, III, 1, f; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, I.

⁴¹ Hendrickx, General Principles, s.59.

⁴² ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.21; EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.15; Ayr. Bkz.: Nielsen, European Labour Law, s.411.

c. Üstün Özel Yarar

Veriyi işleyecek olanın, meşru bir hukuki yararının olması durumunda eylemi hukuka uygun sayılacaktır. Kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerden biri olan “üstün özel yarar” (MK m.24/II), görüleceği üzere, 95/46/EC sayılı Yönerge dahil, Veri Koruma Hukukunun pozitif dayanaklarında da yer bulmaktadır [95/46/EC m.7/(f)]. Ancak, Yönergenin bu konudaki hükmü; dayanılacak özel yararın, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinden, özellikle de özel yaşam hakkından kaynaklanan yararının daha üstün olduğu durumlarda uygulamayacağını da belirtmektedir⁴³. Başka bir anlatımla, önceki bölümlerde açıklamaya çalıştığımız⁴⁴, yararlar arası değerlendirme/tartım yapılarak çıkarlar arası dengenin gözetilmesi gereği, Veri Koruma Hukuku için de geçerlidir. İşverenin dayanacağı yarar ile işçinin özel yaşam hakkı arasındaki değerlendirme her olay için ayrıca yapılmalıdır. Örneğin işyerinde güvelik şefi olarak çalışan bir işçi ile temizlik işçisi arasında, haklarında toplanacak verinin sınır ve niteliği bakımından fark olması doğaldır⁴⁵.

Veri Koruma Hukukunda, idari bakımdan, bu değerlendirmeyi öncelikle, 95/46/EC sayılı Yönergenin 28. maddesi uyarınca her üye devlette kurulması zorunlu olan denetim makamı yapacaktır. Bu bakımdan işverenlerin dayanabileceği ve üstün tutulacak yararın belirlenmesinde, bu makamların üreteceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların nasıl uygulanması gerektiğine yönelik rehber niteliğindeki belgelerin önemi, belirginleşmektedir. Söz konusu belgeler yasal düzenlemeler değildir. Ancak, bu belgelerin denetim makamının bu konudaki görüşünü yansıtması, önüne gelen konularda nasıl karar verebileceği hakkında ipucu verecektir⁴⁶.

d. İlgili Kişinin (İşçinin) Yaşamının Korunması

95/46/EC sayılı Yönergenin 7(d) maddesi, rızasını açıklayamayacak bir halde olan ilgili kişinin yaşamsal çıkarlarının (*vital interests*) korunması için verinin işlenmesinin gerekli olduğu durumlarda, eylemin hukuka aykırı olma-

⁴³ Kanımızca, KVKK Tsr. m.5(3)e hükmünde “Veri kütüğü sistemi sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işlenmesinin zorunlu olması” şeklinde anlatım bulan hukuka uygunluk nedeni de, açıklamalarımız doğrultusunda değiştirilmelidir.

⁴⁴ Bkz.: yuk. § 5, III, 3, b, bb-cc; § 7, I.

⁴⁵ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.19; Ayr. Bkz. ve Karş.: Craig, Privacy and Employment Law, s.65-68.

⁴⁶ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.482.

yacağını belirtmektedir [KVKK Tsr.m.5(3)b]. Bu olasılık, iş ilişkisinde, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili önlemler konusunda söz konusu olabilir⁴⁷.

e. Kamu Yararıyla İlgili Bir Görevin Yerine Getirilmesi ve Yetkinin Kullanılması

95/46/EC sayılı Yönergenin 7(e) maddesi uyarınca, kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun kılabilecek dayanaklardan biri de kamu yararıyla ilgili bir görevin yerine getirilmesi ya da veri kütüğü sistemi sahibi ya da üçüncü kişinin sahip olduğu kamusal yetkinin kullanılmasıdır [KVKK Tsr. m.5(3)a]. Bu dayanağın iş ilişkisi bakımından uygulama alanının çok dar olduğu belirtilmelidir⁴⁸.

f. İlgili Kişinin (İşçinin) Rızası

İlgili kişinin, kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine “kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte” (*unambiguously*) rıza göstermesi halinde, veri işleme eylemi hukuka uygun sayılacaktır [95/46/EC m.7/(a)]. Duyarlı veriler bakımından ise, rızanın “açık” (*explicit*) olması gerekir⁴⁹ [95/46/EC m.8/1(a)]. Kişisel verilerin işlenmesine verilecek rızanın, “kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte” olması önemlidir. Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası’nın niteliğini belirtmeksizin, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi⁵⁰ (UK DPA Schedule 2/1), bu deyimden örtülü şekilde verilmiş rızayı da kapsayabileceği ve bu nedenle 95/46/EC sayılı Yönerge hükümlerine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵¹. Söz konusu eleştiri “kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte” anlatımından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgilidir. Bu görüşe göre, söz konusu anlatım işçinin özel yaşama müdahale içeren uygulama karşısında suskun kalması halinde (örtülü rıza) hiçbir zaman bu anlamda rıza olarak algılanamayacağını da beraberinde getirmektedir.

Kanımızca, Yönergenin anlatımı, bu şekilde sert yorumlanmamalı; öncesinde yeterli bilgilendirilme yapılmış ve özellikle uygulamaya itiraz hakkı bulunduğu bildirilmiş ise, işçinin suskunluğu rıza olarak anlaşılabilir⁵². Aksi halde, duyarlı verilerin işlenmesi bakımından “açık” rıza aranmasını öngören düzenleme [95/46/EC m.8/1(a)] ile sözünü ettiğimiz hüküm arasında [95/46/EC m.7/(a)] fark kalmayacaktır.

⁴⁷ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.15.; Bkz.:yuk. § 7, III.

⁴⁸ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.16; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, II.

⁴⁹ Bkz.: aş. § 9, III, 1, g.

⁵⁰ **Colucci**, The Impact, s.105.

⁵¹ **Craig**, Privacy and Employment Law, s.254-255, 258.

⁵² Bu görüşümüz özellikle rızanın geri alınabilirliğine yaptığımız vurguyla birlikte değerlendirilmelidir. Bkz.: yuk. § 7, II.

KVKK Tasarısı metninde ise, Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası'nı eleştiren görüşle koşut bir kavrayışın hakim olduğunu iddia etmek yanlış olmayacaktır. Tasarıda, hukuka uygunluk nedeni olarak ilgili kişinin "açık" rızası aranmakta, duyarlı veriler için ise, "kanunla yasaklanmayan hallerde" rızanın "yazılı" şekilde verilmesi gerekmektedir [KVKK Tsr. m.5(1), 6(2)a]. Tasarıdaki "açık" ve "yazılı" rıza anlatımları, kişisel verilerin korunması noktasında örtülü rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmediğini gösterir. Açıklamalarımız sonrasında bu durumun, Yönergenin çizdiğinden daha ileri bir koruma öngördüğü sonucuna varılabilir. Öte yandan, "kanunla yasaklanmayan haller" ölçütünden ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla birlikte, bu konuda ilk akla gelen yasaklamanın MK m.23 sınırlaması olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca, rızanın yazılı olması her zaman gerekli nitelikleri taşıdığı anlamına gelmez. İmzalayan kişinin okuma yazma bilmemesi ya da rıza alınan metnin yabancı bir dilde olduğu durumlarda, rızaya başvuru konusunda ilgili kişinin yeterli şekilde bilgilendirildiğinin de kanıtlanması gerekecektir⁵³. Alman Federal Veri Koruma Yasası⁵⁴ ise, rızanın şeklini, kural olarak "yazılı" olarak belirlemiş; metnin başka yazılı irade beyanlarını da barındırması halinde, rızanın fark edilebilir bir şekilde metinde yer alması gerektiğine işaret etmiştir [§4a(1)].

İş ilişkisi bakımından işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiğini belirtmiştik⁵⁵. Buraya kadar sıralanan hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbiri söz konusu olmadığında, işveren, işçinin kuşkuyla yer bırakmayacak nitelikteki rızasını alarak, ona ilişkin verileri işleme olanağına sahiptir⁵⁶. Ancak, 95/46/EC sayılı Yönergenin rızayı, kişinin özgürce ve verinin işlenme amaç ve biçimine özgü, öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış⁵⁷ irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olurluğunu bildirmesi olarak tanımlamakta olduğu unutulmamalıdır⁵⁸ [95/46/EC m.2(h)]. İş ilişkisi bakımından bunun, rıza göstermemesi veya geri alması durumunda hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağı söylenebildiği takdirde, işçinin irade açıklamasının rıza olarak kabul

⁵³ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.11.

⁵⁴ Yasanın Almaca ve İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.bfd.bund.de/information/bdsg_eng.pdf (8 Ekim 2004).

⁵⁵ Bkz.: yuk. § 7, I - II.

⁵⁶ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.16

⁵⁷ Alman Fed. VKK §4a(1) uyarınca, durumun özellikleri gerektiriyorsa ya da ilgili kişi talep ederse, rıza göstermezse karşılaşacağı sonuçların da bildirilmesi gerekir.

⁵⁸ Ayr. Bkz.: Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.486; Nielsen, European Labour Law, s.410; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.11.

edilebileceği anlamına geldiği ileri sürülmektedir⁵⁹. Ayrıca, 95/46/EC sayılı Yönergenin 29. maddesi uyarınca faaliyet gösteren Çalışma Grubu, işçinin rızasına yaklaşımını, “İşçinin reddetmek gibi bir seçeneği yoksa bu rıza değildir. Rıza her zaman özgürce verilmelidir. Giderek, işçi olumsuz sonuç endişesi duymaksızın rızasını geri de alabilmelidir”⁶⁰ “İşverenler bu tür uygulamaları hukuka uygun kılmak için işçinin rızasını, genel bir araç olarak kullanmamalıdır”⁶¹ anlatımıyla ortaya koymuştur. Çalışma Grubu tarafından ortaya konan ve 95/46/EC m.2(h) hükmündeki rıza tanımını açıklayan bu yaklaşım, AB üyesi Devletlerin bazılarının rızaya yaklaşımıyla bağdaşmaz. Örneğin, Birleşik Krallık’ta iş sözleşmesindeki bir hükümlerle alınan işçinin rızası geçerli kabul edilmişken; 95/46/EC sayılı Yönerge sonrasında artık bunun mümkün olmadığı belirtilmektedir⁶². Önerilen, işçinin rızasından öte, dayanılabilecek diğer hukuka uygunluk nedenlerinin öncelikle araştırılmasıdır⁶³. AB sürecinde, Ülkemiz bakımından da, aynı sorunla karşılaşılacağı iddia etmenin, kehanet olmayacağı belirtilmek isteriz⁶⁴.

g. Duyarlı Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk

Kural olarak, duyarlı verilerin işlenmesi yasaktır⁶⁵ [95/46/EC m.8/1; ILO DP Code para.6.5(1), 6.6, 6.7; KVKK Tsr. m.6(1)]. Bu kuralın, duyarlı nitelikte olmayan verilerin işlenmesi için ortaya konan hukuka uygunluk nedenleri kadar kapsamlı olmamakla birlikte, istisnaları bulunmaktadır [95/46/EC m.8/2,3; ILO DP Code para.6.5(2), 6.6,6.7(a-c); KVKK Tsr. m.6(2) vd.].

Duyarlı veriler konusunda, “üstün özel yarar” şeklinde özetlenebilecek genel nitelikteki bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak veri işlenmesi mümkün değildir⁶⁶. Bu neden, aşağıda sıralayacağımız istisnalar arasında bulunmaktadır.

⁵⁹ Craig, Privacy and Employment Law, s.258; Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.486; EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.23; Ayr. Bkz.: Explanatory Memorandum on R (92)3 (Çevrimiçi) <https://wed.coe.int/ViewDoc.jsp?id=611957&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>, (13 Ocak 2005), para.31.

⁶⁰ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.23; Ayr. Bkz.: ILO, Workers’ Privacy Part II, s.45.

⁶¹ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.21.

⁶² Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.486.

⁶³ A.e., para.487.

⁶⁴ Ayr. Bkz.: yuk. § 7, I - II.

⁶⁵ Tezcan, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, s.389.

⁶⁶ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.497; EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.17.

İlgili kişinin “açık” rızası⁶⁷, duyarlı verilerin işlenmesine de olanak verir. Ancak, işçinin rızası için, daha önce yaptığımız açıklamaların hatırdta tutulması gerekmektedir⁶⁸ birlikte, rızanın “açık” olması koşulunun, bu hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanını daha da daralttığı ileri sürülür⁶⁹. Ayrıca, belirtelim ki; bazı AB ülkelerindeki veri koruma yasalarında, ilgili kişinin rızasıyla dahi duyarlı verilerin işlenmesinin mümkün olmayacağı durumların düzenlendiği görülür⁷⁰. Bu olasılıkta, 95/46/EC sayılı Yönerge, ulusal hukuktaki bu kuralın uygulanacağına ve açık rızanın duyarlı verinin işlenmesi için hukuka uygunluk nedeni olarak algılanamayacağına işaret eder [95/46/EC m.8/2 (a)].

İstisnalardan bir diğeri ise, veri kütüğü sistemi sahibinin (işverenin) İş Hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için, veri işlemenin gerekli ve işverenin bu konuda yetkili kılınmış olması ve duyarlı verilerin işlenmesi noktasında ulusal hukukun gerekli korumayı sağlamasıdır [95/46/EC m.8/2(b)]. Örneğin, sendika üyeliği duyarlı veri niteliğindedir; buna karşı, üyelik aidatının kaynaktan kesme (check-off) yöntemiyle işçinin ücretinden kesilmesi, İş Hukukunun işveren için öngördüğü bir yükümlülüktür^{71,72} (TİSGLK m.61). İşveren bu konudaki veriyi işlemeksizin, yükümlülüğünü yerine getiremeyecektir. Dolayısıyla, salt bu amaca özgü şekilde, işçilerin sendika üyeliklerine ilişkin verilerin işlenmesinin hukuka aykırılık oluşturmayaacağı kabul edilmelidir⁷³.

Duyarlı verilerin işlenmesi yasağına getirilen diğer bir istisna ise verinin işlenmesinin bir hukuki talebinin (*legal claim*) doğması, kullanılması ya da savunulması için gerekli olmasıdır⁷⁴ [95/46/EC m.8/2(e); KVKK Tsr. m.6(2)f].

⁶⁷ Colucci'ye göre “açık” rızadan söz edebilmek için, istisnai durumlar dışında, rızanın yazılı şekilde alınmış olması gerekir. Bkz.: **Colucci**, *The Impact*, s.33.

⁶⁸ Bkz.: yuk. § 7, I; § 9, III, 1, f.

⁶⁹ **Perrins** et. al., *Harvey on Employment Law*, para.497.

⁷⁰ Bu düzenlemelere, Belçika Kişisel Verilerin İşlenmesiyle İlgili Olarak Özel Yaşamın Korunması Yasası m.6-7 örnek oluşturmaktadır. Yasanın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/publications/499Consolidated_Belgian_Privacylaw_v200310.pdf (13 Kasım 2004).

⁷¹ **Nielsen**, *European Labour Law*, s.411; **ILO**, *Code of Practice on Personal Data (Commentary)*, s.15; EU, **Art.29-DPWP**, *Opinion on Processing*, s.17.

⁷² Bu noktada, henüz toplu iş sözleşmesi bağlanmadan önce, işçi sendikasına toplu iş sözleşmesi ünitesindeki üyelerinin üyelik fişlerini işverene vermek yükümlülüğü getiren TİSGLK m.13 hükmünün de Veri Koruma Hukuku kuralları bakımından tartışmaya açık olduğunu belirtelim.

⁷³ Ayr. Bkz.: **Tankut Centel**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, *Çimento İşveren Dergisi*, C.19, S.5, Eylül 2005, s.12.

⁷⁴ ABD Kaliforniya Hukuku bakımından varılan benzer sonuç için Bkz.: **Patterson Ahrens**, *Liability Waiting to Strike*, s.396-397.

Buna örnek olarak, haksız ve/veya geçersiz nedenle fesih iddiasına dayanan işçi taleplerinde, işçiye ilişkin verilerin, avukat ve mahkemelere aktarılması verilmektedir. Ancak, bu istisna, işçilerden birinin bir gün işverenden bir talepte bulunacağı varsayımıyla tüm işçilerin duyarlı verilerinin işlenmesini hukuka uygun hale getirmeyecektir⁷⁵. “İşleme”, “elde etmeyi” de kapsayan bir Veri Koruma Hukuku terimidir. Dolayısıyla, açıklamaya çalıştığımız istisna, ancak işverenin İş Hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için veri işlemenin gerekli olması gibi bir istisnadan yararlanılarak elde edilme aşaması hukuka uygun olan verinin, mahkeme vb. makamlara aktarımını hukuka uygun kılacaktır.

Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek ise işyerinde cinsel taciz iddialarının bulunmasıdır. İşçinin cinsel yaşamı hakkındaki veriler, duyarlı niteliktedir. Ancak, bu iddianın ortaya çıkması halinde, sadece bu iddiaya özgü ve bunun araştırılması amacıyla, bu tür veriler toplanabilecektir. Başka bir anlamıyla, işyerinde cinsel taciz iddiası bulunmadan bu konuda veri toplanamaz ve kullanılamaz⁷⁶.

95/46/EC sayılı Yönergenin 8/1 maddesi uyarınca, kişilerin sağlık durumlarına ilişkin veriler de, duyarlı veri niteliğindedir ve bu tür verilerin, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ve meslek sırrını açıklamama ya da benzer yükümlülüğü olan kişilerce işlenmesi mümkündür⁷⁷ [95/46/EC m.8/3; KVKK Tsr. m.6(2)g; ILO DP Code para.8.2; COE R(89)2 m.10.4]. İş ilişkisi bakımından, işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin işlenmesini öngören hükümler, bu istisna kapsamında kabul edilmelidir⁷⁸. Örneğin, İşyeri Sağlık Birimleri Yön. m.14/3 uyarınca “Sağlık birimi, çalışanların kişisel sağlık dosyalarını işten ayrılma tarihinden itibaren 10 yıl boyunca saklamak zorundadır” ve işyeri hekimleri ve sağlık birimi personeli, işçilerin kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla sorumludur (m.10, 24).

İşçinin sağlığıyla ilgili veriler, ancak işçinin işe uygun olup olmadığına karar vermek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirilmek ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun olup olmadığını anlaşılmak için

⁷⁵ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.17.

⁷⁶ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16; Ayr. Bkz.: **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.9, 13-14; **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.308-309.

⁷⁷ Sağlık verisi için ABD Kaliforniya Mahkemelerinin vardığı benzer sonuç için Bkz.: **Patterson Ahrens**, Liability Waiting to Strike, s.390.

⁷⁸ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.17; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, III.

gerekli ise, toplanabilir ve bunların diğer verilerden ayrı şekilde saklanması gerekir^{79,80} (ILO DP Code para.6.7, 8.2; COE R(89)2 m.10.5). İşçilerin sağlığına ilişkin verilerin ayrı depolanması gereği, Türk Hukukunda, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği uyarınca alınması gereken raporların gizliliğine halel gelmeyecek bir surette işyerlerindeki özlük dosyalarının *kişisel sağlık bölümünde* saklanması öngören düzenlemede görülür (Ağır Tİ Yön. m.5/IV). Ne var ki, işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin ayrı saklanması öngören bu ilke, salt ağır ve tehlikeli işlere özgü bir karakterde değildir. Kaldı ki, bu verilerin aynı dosya içinde farklı bölümde saklanması, ayrı saklama ilkesinin yerine getirildiği anlamında da yorumlanamaz⁸¹.

Ayrıca, tıbbi muayene sonucunda işverene verilecek bilginin sadece işle ilgili karar almaya yetecek nitelikte olması; ancak, işçinin sağlık durumu hakkında ayrıntılara yer verilmemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır⁸² (ILO DP Code para.10.8, 10.9). İşyeri Sağlık Birimleri Yönetmeliğinin sağlık birimi personeli ve işyeri hekiminin işçilere ait tıbbi bilgilerle ilgili olarak gizlilik ilkesine uymak zorunda olduklarını hükme bağlayan 10. ve 24. madde hükümlerinin, Veri Koruma Hukukunun ortaya koyduğumuz bu ilkesine uygun yorumlanması, bizi, bu bilgilerin işverene karşı da gizlilikten yararlanması gerektiği sonucuna götürecektir. İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 161 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin⁸³ "*İş sağlığı hizmetleri sunan personel ... sıralanan görevlere ilişkin olarak işveren, işçi ve bulunmaları durumunda bunların temsilcilerinden mesleki anlamda tam bir bağımsızlığa sahip olarak çalışacaktır*"(m.10) şeklindeki hükmü, bu noktada sağlık personelinin gereksinim duyduğu bağımsızlığa işaret eder. Yönetmelikte, bu tür bilgilerin tamamını

⁷⁹ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16. Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.522; Sue DeWalt, "Employers Need to be Aware of Risks", Workforce, Vol.78, Iss.10, Costa Mesa, Oct 1999, s.92-93; Ayr. Bkz.: UÇÖ 171 sayılı Mesleki Sağlık Birimleri Hakkında Tavsiye Kararı m.14(1), 15. Kararın İngilizce metni için Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm> (15 Kasım 2004).

⁸⁰ Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliği işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin mühürlü bir zarf içinde saklanması önermektedir. Sağlığa ilişkin veriler elektronik sistemde saklanmaktaysa, bunlara ulaşımın ancak ek giriş kod ve şifreleriyle mümkün kılınması gerekir. Bkz.: Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para.522.

⁸¹ Bkz.: ILO, Management of Alcohol- and Drug-related Issues in the Workplace, Geneva, International Labour Office, 1996, s.19.

⁸² Ayr. Bkz.: UÇÖ İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 171 sayılı Tavsiye Kararı m.16.

⁸³ Türkiye 161 sayılı Sözleşmeye taraftır. Onaylamanın uygun bulunduğu ilişkin 7.1.2004 tarih ve 5039 sayılı Kanun için Bkz.: RG 13.12.2004/25345. Uygulanmasına ilişkin 2.3.2004 tarih ve 2004/6958 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Resmi çeviri için Bkz.: RG 16.3.2004/25404. Sözleşmenin İngilizce metni için Bkz.: *Occupational Health Services Convention*, (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm> (13 Temmuz 2004).

nın işverene açık edilmemesi konusunda bir hüküm bulunmasa da, özellikle hekimler bakımından sır saklamanın, mesleki bir yükümlülük olduğu (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.4), unutulmamalıdır⁸⁴ (ILO AD Code para.8.6.1; ILO HIV/AIDS Code para.4.7). Tüm bu açıklıklar sonrasında, örneğin, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği EK – II’de yer alan, “*Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalışacaklara Ait İşe Giriş / Periyodik Muayene Formunun*” işverene açık olan kısmının, sadece, “*Değerlendirme ve Sonuç*” bölümü olması gerektiği anlaşılır.

Vardığımız bu sonuç ikincil bir sonucu da beraberinde getirir: İşyeri sağlık birimi kurmak yükümlülüğü altında olmayan işverenlerin (Sağlık Birimleri Yönetmeliği m.5/I) işçilerinin sağlık verilerinin işlenmesi de gündeme gelebilir. Örneğin, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak ya da iş bu nitelikte olmasa da 18 yaşından küçük işçiler için bu bir zorunluluktur⁸⁵ (İŞK.m.86-87). Bu konumdaki işverenlerin, istihdam etmeseler bile en azından bir sağlık personeliyle ilişki içinde olmaları, Veri Koruma Hukuku kurallarına uyum açısından yerinde olur.

Son olarak, belirtilmesi gereken nokta, ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri için risk oluşturma olasılığı yüksek veri işleme işlemleri öncesinde, işlemin, denetim makamının kontrolüne tabi olmasının öngörüldüğüdür (95/46/EC m.20; KVKK Tsr. m.16 vd.). Ayrıca anımsatalım ki, TCK m.135(2) uyarınca, duyarlı verilerin, hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi, hapis cezasını gerektiren bir suçtur⁸⁶.

2. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Diğer Ölçütler

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olduğunun kabulü için bu-
raya kadar ortaya koymaya çalıştığımız düzenlemelere uyulmuş olması ilk ko-
şul olmakla birlikte, yeterli değildir. Bir hukuka uygunluk nedenine dayanıla-
rak işlense bile, verinin ve veri işleme yönteminin birtakım ölçütlere uygun

⁸⁴ Bkz.: **Manfred Rehbinder**, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar” Çev. Ömer Teoman, İÜHFMDoğumun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, C.XLV-XLVII, s.1-4, 1982, s.748; **Öner Eyrenci**, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, Kamu-Sen, 1991, s.259; **ILO**, Alcohol- and Drug-related, s.19; **Thomas**, Drug Testing, s.161; **ILO**, Workers’ Privacy Part III, s.100-101; Ayr. Bkz.: **Pla Rodriguez**, The Situation in the Americas, s.307; **Mignin/Lazar/Friedman**, A Post-September 11 Perspective, s.12.

⁸⁵ Dolayısıyla, KVKK Tsr. m.6(2)g hükmünde sağlık verisi işleyebilecekler arasında sadece, “işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler”in bulunması, **kanımızca**, yerinde değildir.

⁸⁶ Bkz.: yuk. § 5, II, 1.

olması, ilgili kişinin (işçinin) Veri Koruma Hukukuna özgü haklardan yararlandırılması ve veri kütüğü sistemi sahibinin (işverenin) yükümlülüklerinin unutulmaması gerekir⁸⁷. Başka bir anlatımla, veri işleminin hukuka uygunluğu için sıraladığımız kurallar, sıralayacağımız ölçütlerle birlikte bütüncül bir etkiye sahiptir.

a. Verinin ve Veri İşleme Yönteminin Taşınması Gereken Nitelikler

Kişisel veriler, hukuka uygun ve adil şekilde işlenmelidir [95/46/EC m.6/1(a); KVKK Tsr. m.4(1)a]. Bu kural, işverenin, Veri Koruma Hukuku kurallarının yanı sıra diğer hukuk kurallarına, özellikle de gözetme ve eşit davranma borcuna da uygun hareket etmek zorunda olduğuna işaret eder niteliktedir⁸⁸. Bu noktada, işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak *kullanmakla* yükümlü olduğunu hükme bağlayan İşK.m. 75/II düzenlemesinin, sadece kullanım değil, elde edilme dahil tüm veri işlemlerini kapsar şekilde anlaşılmasının, 95/46/EC sayılı yönerge başta olmak üzere uluslararası düzenlemelere uyum açısında zorunlu olduğu görülür.

Veri, toplanma amacına özgü kullanılmalı; bu amaç açık ve hukuka uygun olmalıdır. Verinin işlenmesi söz konusu amaçla bağdaşmayacak nitelikte olmamalıdır. Verinin, toplanma amacına uygun ve bu amacı aşmayan nitelikte olması, toplanma amacıyla arasında makul bağın kurulabilmesi anlamına gelir [95/46/EC m.6/1(b)-(c); KVKK Tsr. m.4(1)b-c]. İş İlişkisi bakımından, işverenin işleyeceği verinin, doğrudan işçinin istihdamıyla ilgi olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹ [ILO DP Code para.5.1-5.3; COE R(89)2 m.5.1, 6.1]. Örneğin, bazı devletlerdeki denetim makamlarının aldığı kararlarda, iş başvurusu sırasında başvuranların sosyal güvenlik numaralarının toplanması, işlenme amacını aşan bir uygulama olarak algılanmaktadır. Bu tür veriler, ancak başvuranlar arasından başarılı olanlar, başka anlatımla, işe alınanlardan istenebilir⁹⁰. Veri toplanma aşamasında dayanılan istihdamla ilgili amaç dışında yine istihdamla ilgili başka bir amaç için kullanılacaksa, yanlış yorumlanmasını engelleyecek gerekli önlemler alınmalı ve orijinal amaçla bağdaşmayacak tarzda kullanılmamalıdır [COE R(89)2 m.6.2; ; KVKK Tsr. m.4(1)b].

⁸⁷ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.23.

⁸⁸ A.e., s.18.

⁸⁹ **Tuncay Kaplan**, Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunma, s.380; **Hendrickx**, General Principles, s.49; **ILO**, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.12; **Pincus/Trotter**, The Disparity, s.87.

⁹⁰ EU, **Art.29-DPWP**, Opinion on Processing, s.18, 21.

Otomatik bilgi sistemlerinin güvenli ve düzgün işlemesi için alınan teknik ve organizasyona yönelik önlemlerle bağlantılı olarak elde edilen kişisel verilerin, işçilerin davranışlarının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılmaması gerekir⁹¹ (ILO DP Code para.5.4). İş ilişkisi bakımından, işçilere ilişkin kişisel verilerin işlenmesinin ayrımcılık yasağına (eşit davranma borcu) aykırılık oluşturmaması da önemlidir⁹² (ILO DP Code para.5.10). İşçinin kendisinden istenen bilginin kapsamını yanlış anlamış olması nedeniyle, istenenden başka veriler sağlamış olması halinde, bunlar işveren tarafından kullanılmamalıdır⁹³ (ILO DP Code para.6.9).

Veri, tam ve yanlışsız olmalı; gerektiğinde güncellenmelidir. Toplanma amaçları esas alındığında yanlış ve eksik olduğu anlaşılan verilerin silinmesi veya düzeltilmesi için gerekli tüm önlemler alınmalıdır [95/46/EC m.6/1(d); KVKK Tsr. m.4(1)d]. İş ilişkisinde işveren tarafından işlenen işçiye ilişkin kişisel verilerin, eksik ve yanlış olmasının önlenmesi için, işlemeye ilgili kayıtların örneklerinin, belirli aralıklarla, işçilere verilmesi önerilmektedir⁹⁴. UÇÖ Uygulama Kodu daha da ileri giderek bunu, kişisel verinin işyeri içinde ve işyeri dışındakilere aktarımına ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, bir yükümlülük olarak düzenlemiştir⁹⁵ (ILO PD Code m.8.3, 8.4, 11.3).

UÇÖ Uygulama Kodu, verinin işçinin anlayabileceği formda saklanması kuralını da içerir (ILO DP Code para.8.6). AK Tavsiye Kararında ise, işçiye ilişkin verinin depolanma yönteminin, kendi bilgisi olmaksızın kimliğinin belirlenmesine olanak vermemesi gerektiği hükme bağlanmıştır (COE R(89)2 m.5.2).

İşçinin performansı veya kapasitesi hakkında kamı içeren verilerin, adil ve düzgün bir değerlendirmeye dayanması ve haklarına saldırı oluşturacak tarzda ortaya konmaması gerekir (COE R(89)2 m.5.3).

Veri, ancak işlenme amacı için gerekli süre kadar ilgili kişinin kimliğini belirtecek bir formda saklanmalıdır [95/46/EC m.6/1(e); ILO PD Code m.8.5; KVKK Tsr. m.4(1)e]. Kişisel veri toplanma amacına ulaşıldıktan sonra yok edilmelidir. Bu kuralın istisnasını, ulusal hukukun bu verinin belirli bir süre saklanmasını emretmesi, iş ilişkisine ilişkin yasal süreçlerde kanıt aracı olabilecek nitelikteki verilerin saklanması ve iş başvurusunda bulunanın bir

⁹¹ Bkz.: aŞ. § 11.

⁹² ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.13-14.

⁹³ A.e., s.17.

⁹⁴ EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s.22; Ayr. Bkz.: DeWalt, Aware of Risks, s.93-98.

⁹⁵ ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.20,22.