

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Gülnur ERDOĞAN

Danışman
Prof. Dr. Mustafa ALP

İZMİR – 2016

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../.....

GÜLNUR ERDOĞAN

İmza



ÖZET
Doktora Tezi
İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
Gölnur ERDOĞAN

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Temel hak ve özgürlüklerin evrensel niteliğinin, insan onurunun korunması ve geliştirilmesinin günümüzde tartışmasız kabulü ile birlikte, ulusal hukukun süjesi olan birey uluslararası hukukun süjesi haline gelerek, temel hak ve özgürlükleri doğrudan talep etmek hakkına sahip olmuş, bu kapsamda da temel hak ve özgürlüklerin sadece devletten talep edilmesine dair düşünce günümüzde yerini temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde de korunması düşüncesine bırakmıştır. Zira temel hak ve özgürlüklerin temelini oluşturan insan onuru hem hukuk devletinde en yüksek değerini taşımakta hem de tüm temel haklar ve özgürlükler insan onurunun bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle devlet, onurlu yaşam hakkına aykırılık teşkil eden durumlarda güçsüz kesimleri koruyucu, insan onuruna uygun yaşamlarını sağlayıcı gerekli tedbirleri almak konusunda pozitif bir yükümlölük üstlenmektedir.

Devletin pozitif bir yükümlölük üstlendiğı temel hak ve özgürlüklerden birini de incelemeye konu ifade özgürlüğü oluşturmakta ve ifade özgürlüğü, felsefi ve siyasal değeri nedeniyle temel hak ve özgürlükler arasında özel bir nitelik taşımaktadır. İfade özgürlüğünün gerçeğın araştırılması ve bireysel özgürlüklerin geliştirilmesine verdiği katkı nedeniyle, demokratik toplumlarda önemli bir işlevi bulunmakta ve bu nedenle de ifade özgürlüğünün “demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğu” kabul edilmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğü, bireyler açısından devletin müdahale

edemeyeceği özel bir alan yaratmakta ve bireyler bu özel alanda serbestçe hareket edebilmektedirler. Devletin karışamayacağı bu alan devlet için bir taraftan ifade özgürlüğü açısından negatif bir yükümlölük yüklerken, ifade özgürlüğü hakkının etkin kullanılabilmesi için bir alan yaratılması da diğler taraftan pozitif yükümlölük oluşturmaktadır.

İfade özgürlüğü açısından devletlere yüklenen bu yükümlölükler bireyin sadece özel hayatında değıl iş hayatında da geçerli olup, evrensel hukuk değerlerinin ve demokratik toplum düzeninin işyerinde de sağlanmasını gerektirmektedir. Zira temel hak ve özgürlükler işyerinin kapısında sona ermemektedir. Bu noktada işyerinde ve iş ilişkilerinde temel hak ve özgürlüklerin ulusüstü ve evrensel niteliğinin, insan hakları ve insan onurunun tartışmasız bir değer olduğunun ve iç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de dikkate alınması, iş hukuku kurallarına dair getirilen yorumlarda her zaman temel hak ve özgürlükler lehine değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu nedenle teze ilişkin hazırlık ve yazım çalışmalarında, temel hak ve özgürlükler ve özellikle de ifade özgürlüğü ile iş hukukunun kuralları arasında bir çelişki olması halinde, Favor Libertatis Prensibi (Özgürlükler Lehine Olanı Uygulama İlkesi) esas alınmış ve ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasından özgürlükler lehine olan seçilerek uygulanmıştır.

İç hukukta ise işçinin işyerinde ifade özgürlüğüne sahip olduğuna dair doğrudan bir düzenleme bulunmamakta, Türk iş hukukunda işçinin ifade özgürlüğü genellikle işçi onuru ya da işçinin şeref ve haysiyetinin korunması bakımından değerlendirilerek, işçiye ifade özgürlüğünden kaynaklanan dolaylı bir kısım haklar tanınmaktadır. Ancak insan haklarının mutlak ve evrensel niteliğı gözetildiğinde, asıl amaç, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ve hangi kaynaktan gelirse gelsin ihlallerin önlenmesi olup, hem devlet hem de işverenler yönünden bir yükümlölük bulunmaktadır. Kaldı ki, işçinin işyerindeki diğler temel hak ve özgürlükleri ile birlikte, ifade özgürlüğünün de korunması, demokratik toplum düzeninin bir gereğı olarak kamuyu ilgilendiren ve kamu yararı niteliğı taşıyan bir hak oluşturmaktadır. Bu nedenle devletin, istihdam politikaları yanında işçinin işyerindeki temel hak ve özgürlüklerini

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işyerinde ifade özgürlüğü, nefret söylemleri, hakların bölünmezliği, işçi hakları, insan haklarının yatay ve dikey etkisi, pozitif yükümlülük, hukuk devleti.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Law (PhD)
FREEDOM OF EXPRESSION IN THE WORKPLACE
Gölnur ERDOĞAN

Dokuz Eylöl University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Doctorate Program

By unequivocally acceptance of the qualification of fundamental rights and freedoms, the protection and development of human dignity today, the individual who is subject of the national law has become the subject of international law, and acquired the right to claim fundamental rights and freedoms directly, and within this context, the idea of claiming fundamental rights and freedoms only from the state has given its place to the protection of fundamental rights and freedoms also in the private law relations today. Because the human honor which constitutes the ground of fundamental rights and freedoms also has the highest value in the state of law and in the same time all fundamental rights and freedoms constitute a part of human dignity. For this reason, State undertakes a positive obligation in the matters of protecting weak people in the situations which show contrary to the life with dignity, taking necessary measures to ensure them to live compliant to the human dignity.

One of the fundamental rights and freedoms for which the State has undertaken a positive obligation is freedom of expression that is subject of the study and the freedom of expression has a special qualification among the fundamental rights and freedoms because of its philosophical and political value. Because of the contribution of freedom of expression to the research of fact and the development of individual freedoms, it has a significant function in democratic society and for this reason it is regarded as that freedom of

expression “*constitutes one of the essential foundations of a democratic society*”. For this reason, the freedom of expression creates a private area to which state cannot interfere and individuals can freely move within this private area. While this area to which State cannot interfere in is imposing a negative obligation with regard to the freedom of expression, creating an area in order to get the right of freedom of expression efficiently to be used is constituting a positive obligation.

These obligations which are imposed on States with regard to freedom of expression are applicable not only in private life of the individual but also in the professional life of the individual, and they require universal law values and democratic society order to be ensured also in the workplace. Because, fundamental rights and freedoms do not end at the door of workplace. At this point, considering the supra-national and universal characteristic of fundamental rights and freedoms in workplace and professional relations, the human rights and human dignity being an indisputable value, and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which become an integral part of our national law; require making an assessment always in favor of the fundamental rights and freedoms in the comments concerning the rules of labor law. For this reason, in the event of there is a discrepancy between fundamental rights and freedoms and specially freedom of expression and the rules of labor law, *the Principle of Favor Libertatis* has been taken as basis in the preparation and writing studies concerning the dissertation, and what is in favor with the freedoms among national law and international law has been chosen and applied.

In the internal law, a direct regulation does not exist relative to a worker's having a freedom of expression in the workplace, in Turkish Labor Law, the worker's freedom of expression is evaluated in general on the aspect of worker dignity and honor or protection of worker's reputation, and the worker has been granted with some indirect rights which cause from freedom of expression. However, when absolute and universal characteristic of human rights is pursued, the main aim is protection and development of human rights and the prevention of breaches no matter whatsoever source they come from,

there is not a liability from both State and employer aspects. Moreover, protection of worker's also freedom of expression apart from other fundamental rights and freedoms in the workplace constitutes a right which involves public as necessary in a democratic society order as well as having a characteristic of the public interest. For this reason, State has to develop protective policies for the fundamental rights and freedoms in the workplace along with the employment policies and ensure to get employer taken measures which protect and develop freedom of expression in the workplace.

Key words: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, The European Court of Human Rights, Freedom of Expression in the Workplace, Free Speech in the Workplace, Indivisible Rights, Labour Rights, Human Rights, Positive obligations, Rule of Law, Human Dignity, Hate Speech, Indivisible Rights, Labour Rights, Human Rights, Horizontal Effect and Vertical Effect of Human Rights.

İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	x
KISALTMALAR	xvi

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

§1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DİĞER TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİ	3
I. İfade Özgürlüğü Kavramı	3
A. Genel Olarak İfade Özgürlüğü	3
B. İfade Özgürlüğünün Diğer Temel Haklarla İlişkisi	9
1. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması'nın (AİHS m. 8) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi	11
2. Din, Vicdan Özgürlüğü ve Düşünce Özgürlüğü'nün (AİHS m. 9) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi	12
3. Örgütlenme (Dernek Kurma ve Toplantı) Özgürlüğü'nün (AİHS m. 11) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi	13
C. Temel Hak ve Özgürlüklerin İnsan Onuru ile Bağlantısı	15
§2. TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN ULUSLARARASI ve ULUSÜSTÜ HUKUKTAKİ DAYANAKLARI	18
I. Genel Olarak	18
II. Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Açısından Dayanakları	19
	x

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	21
B. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi	22
C. Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi	24
D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	25
1. Genel Olarak	25
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu	26
E. Temel Haklar Şartı	34
F. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	40
G. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Diğer Sözleşmeler	42
§3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	44
I. İfade Özgürlüğünün Kapsamı	46
A. Kanaat Sahibi Olma Özgürlüğü	46
B. Bilgi (Information) ve Kanaat (Idea) Açıklama Özgürlüğü (Bilgi ve Kanaat Hakkı)	47
C. Bilgi ve Kanaatlere Ulaşma Özgürlüğü (Haber ve Görüş Alma Hakkı)	51
II. İfade Özgürlüğünün Sınırları	54
A. Genel Olarak	54
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğünün Sınırları	59
C. İfade Özgürlüğünün Sınırlanabilmesinin Koşulları	62
1. Genel Olarak	62
2. İfade Özgürlüğüne Müdahale Edilebilmesi İçin Gerekli Kriterler	67
a. Müdahalenin Hukuken Öngörülmüş Olması	67
b. Müdahalenin Meşru Bir Amaç İçermesi	71
c. Demokratik bir Toplumda Gereklilik	77
§4. NEFRET SÖYLEMLERİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	80

İKİNCİ BÖLÜM
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞ HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

§5. İŞ HUKUKUNDA ULUSLARARASI KURALLARIN UYGULANMASI VE İŞYERİNDE İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	85
I. Genel Olarak	85
II. İş Hukukunda Uluslararası Hukuk ve Ulusüstü Hukuk Kurallarının Uygulanması ve İnsan Hakları	87
III. İş Hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Geçerliliği	88
§6. İŞ HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	92
I. İş Hukukunda İşçi, İşveren ve İşyeri Kavramları	95
II. İşçinin İfade Özgürlüğü ve Sınırları	100
III. İş İlişkisinin Kurulması, Devamı ve Sona Ermesi Aşamalarında İfade Özgürlüğü	107
IV. İşyerinde Kolektif ifade Özgürlüğü	108
A. Genel Olarak	108
B. İşyeri Sendika Temsilcisinin İfade Özgürlüğü	110
§7. İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İÇİN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ	112
I. Genel Olarak	112
II. Devletin Pozitif Yükümlülüğü	114
III. İşçinin İfade Özgürlüğünde Devletin Pozitif Yükümlülüğü	119
§8. TÜRK İÇ HUKUKUNDA İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI YA DA ULUSÜSTÜ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ	126
I. Genel Olarak	126
II. Türk Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler ve İfade Özgürlüğüne Dair Düzenlemeler	137
§ 9. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ÖZEL HUKUK VE İŞ HUKUKUNA YATAY VE DİKEY ETKİSİ	139
I. Genel Olarak	139

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Özel Hukuk İlişkilerine ve İş Hukukuna Etkisi	145
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Özel Hukuk İlişkilerine ve İş Hukukuna Doğrudan Etkisi (Direct Effect)	145
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Yatay Etkisi (Horizontal Effect)	146
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Doğrudan Yatay Etkisi (Direct Horizontal Effect)	150
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Dolaylı Yatay Etkisi (Indirect Horizontal Effect)	152
§10. ULUSLARARASI KURALLARIN İŞ HUKUKUNDA ANAFOR ETKİSİ	161
§11. İŞÇİLERİN İŞLETMENİN VATANDAŞI (THE CITIZEN OF THE ENTERPRISE) OLMASI	164

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞÇİ HAKLARINA ETKİLERİ

§12. İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞVERENE OLAN HAK VE BORÇLARINA ETKİSİ	166
I. Genel Olarak	166
II. İş Hukukuna Hâkim Olan Prensipler	169
A. İşçinin Korunması İlkesi	169
B. İş Hukukunun Emredici Niteliği	171
C. İşçi Lehine Yorum İlkesi	172
III. İşçinin İfade Özgürlüğünün İşverene Karşı Hakları ve Borçları ile İlişkisi	173
A. İşçinin İşverene Karşı Hakları	173
1. İşçinin Açıklama ve Eleştiri Yapma Hakkı	173
2. İşçinin İfşa ve İhbar (Whistleblowing) Hakkı	176
a. Genel Olarak	176

b. İşçinin İfşa ve İhbar (Whistleblowing) Hakkının Türk Hukukundaki Dayanakları	179
3. İşçinin Bilgi Edinme Hakkı	182
4. İşçinin İşyerinde Mahremiyet (Özel Yaşam) Hakkı	184
a. Genel Olarak	186
b. İşyerinde İşçinin Mahremiyet (Özel Yaşam) Hakkını İhlal Eden Haller	188
aa. İşyerinde İşçinin Elektronik Yolla Gözetlenmesi ve İzlenmesi	189
bb. İşçinin Psikolojik, Genetik vs. Testlere Tabi Tutulması	193
cc. Türk Hukukunda İşyerinde Özel Amaçlı Bilgisayar, İnternet, Telefon vs. Kullanımının Hukuksal Niteliği	196
dd. İşyerinde Yapılan Gözetlemelerin Neticeleri	199
5. İşçinin Yönetime Katılma Hakkı	201
6. İşçinin Kişiliğini Geliştirme Hakkı	202
B. İşçinin İşverene Karşı Borçları	203
1. Sadakat ve Özen Borcu	203
2. Rekabet Etmeme Borcu	206
3. Sır Saklama Borcu	208
IV. İşçinin İfade Özgürlüğü açısından İşverenin İşçiye karşı Hak ve Borçları	209
A. İşverenin Hakları	209
1. İşverenin Yönetim (Talimat Verme) Hakkı	209
2. İşyeri İç Yönetmelikleri ve İşyeri Uygulamaları	213
3. İşverenin İşçiye Soru Sorma Hakkı	215
B. İşverenin Borçları	216
1. Eşit Davranma (Eşit İşlem) Borcu ve Ayrımcılık Yasağı	216
a. İşyerinde Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı	222
b. İşyerinde Irk, Etnik Mensubiyet, Renk ve Ulusal Bir Azınlığa Aidiyet ve Kültürel Ayrımcılık Yasağı	224
aa. Genel Olarak	224
bb. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağında Azınlık Kavramı	224
cc. Irkçılık ve Ayrımcılık İçeren Etnik, Cinsel, Kültürel ya da Başka bir Nedene Dayanan Nefret	225
dd. İşyerinde Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim Ayrımcılığı Yasağı	229

2. İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu	236
3. İşçinin Verilerinin Korunması	235
§13. İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KİŞİLİK HAKLARINA ETKİSİ	237
I. Genel Olarak	237
II. İşçinin Kişilik Hakları	238
III. İşçinin Kişilik Haklarının ve İfade Özgürlüğünün İhlalinin Hukuksal Sonuçları	240
A. İş Kanunu Açısından	240
1. Genel Olarak	240
2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Haklı Sebeple Fesih Halleri (İş K. m. 25)	244
a. İşçinin İşvereni Yanıltması (İş K. m. 25/II-a)	245
b. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi (İş K. m. 25/II-b)	246
c. İşçinin Geçimsizliği (İş K. m. 25/II-d)	246
d. İşçinin Görevi Yerine Getirmedeki Yetersizliği (İş K. m. 25/II-h)	247
e. Diğer Haller	248
3. İşverenin Davranışlarından Kaynaklanan Haklı Sebeple Fesih Halleri (İş K. m. 24)	248
B. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından	249
§14. İŞYERİNDE DAMGALAMA, AYRIMCILIK VE BASKI FESHİNİN İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	255
I. İşçilerin Birbirlerine Karşı Davranışlarından Doğan Baskı Feshi ve İfade Özgürlüğü	255
II. Hastalık Nedeniyle Baskı Feshi ve İfade Özgürlüğü	257
SONUÇ	266
KAYNAKÇA	273

KISALTMALAR

ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame. İHS	Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
ATHŞ	Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
AY	Anayasa
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BK	Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi

GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi
HÜHFD	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İş K.	İş Kanunu
İTİÜ SBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜMHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
KSHUS	Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
MK	Medeni Kanun
mük.	Mükerrer
No.	Numara
pp.	Pages
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBB-İHAUM	Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu

TMK	Türk Medeni Kanunu
TODAİE	Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
YBGK	Yargıtay Büyük Genel Kurulu
YİBBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

İşçinin işyerinde ifade özgürlüğünün olup olmadığı ya da varsa bu özgürlüğün nasıl ve hangi sınırlar içinde kullanılabileceği, Türk iş hukukunda daha çok ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık taşıyan işçi beyanları ya da işyerine ait gizli bilgilerin ifşası halinde haklı sebeple fesih hakkı kapsamında tartışılmaktadır. Bu yaklaşımla, işçinin söz ve davranışları hukuken sadakat ve itaat borcu temelinde değerlendirilmekte, işyerinde bir birey olarak işçinin kendini ifade etmesi ve işyerinde ifade özgürlüğü üzerinde durulmamaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün hukukumuzda işçi açısından işyerinde sahip olunan temel bir hak olarak kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Ancak evrensel hukuk değerleri ve artık iç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dikkate alındığında, işyerinde işçinin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim evrensel hukuk değerleri ve demokratik toplum düzeni, sadece özel hayatta değil, işyerinde de bağımsız bir birey olan işçinin, işverene ve diğer işçilere karşı kişiliğinin korumasını ve düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesini gerekli kılmaktadır. Zira temel hak ve özgürlükler işyerinin kapısında sona ermemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu bazı kararlarda iş hayatı ve özel hayat ayrımını reddetmekte ve işyerinde işverenlerin, işçilerin özel alanlarına ve özgürlüklerine saygı göstermek zorunda olduğunu kabul etmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanımlanan ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) de dâhil olmak üzere, tüm temel hak ve özgürlüklerin işyerleri içinde de geçerli olmasını, bireye ait tüm temel hak ve özgürlüklerin işletmenin otoritesi ya da egemen gücü olarak tanımlanabilen işverene karşı da ileri sürülebilmesini gerektirmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dinamik bir şekilde ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi (living instrument) gerektiğine dair görüşü ile konut kavramını Sözleşmecî devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak, işyerlerini de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Mahkeme'nin konut kavramına getirdiği bu yorumla, bireyin mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmiş olduğu işyeri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruması altına alınmıştır. Bu koruma, işvereni Sözleşme ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlükler açısından işçiye karşı sorumlu hale getirerek, işçinin işyerindeki temel hak ve özgürlüklerin korunması, kullanılması ve

geliştirilmesi için özel hukuk ilişkilerinde devletlere pozitif bir yükümlölük yüklemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Ş1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DİĞER TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİ

I. İfade Özgürlüğü Kavramı

A. Genel Olarak İfade Özgürlüğü

“Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yollardan açığa vurulmasının (ihzarının) veya dış dünyaya ifade edilmesinin serbest olması”¹ şeklinde tanımlayabileceğimiz ifade özgürlüğü², farklı görüş ve düşüncelerin bir arada olmasına, tartışarak yeni fikirlerin ortaya çıkmasına imkân vermekte ve bireye farklı düşünceler arasında kendine uygun olanı seçme ve ifade etme hakkını³

¹ Mustafa Erdoğan, “Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz, 2001, s. 8 (İfade). Aynı yönde bkz. Anne Weber (Çev. Metin Çulhaoğlu), **Nefret Söylemi El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strabourg, 2009, s. 1; Ömer Korkmaz, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 37. Demokratik toplumlarda devlete ait bir borç olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğünden bahsolunabilmesi için, ifade özgürlüğünün başta anayasa olmak üzere, tüm yasal düzenlemelerde bireye tanınmış ve güvence altına alınmış bir hak olması gerekmektedir (M. Erdoğan, s. 9). Dar anlamı ile ifade özgürlüğü, daha geniş anlamda ise düşünce özgürlüğü, demokratik devletlerin olmazsa olmaz kurallarından birini oluşturmaktadır (Mustafa Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuk ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu (Whistleblowing)**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 98). AİHM, AİHS’in 10. maddesinde belirtilen “ifade” terimi ile ifadenin türüne bakmaksızın, hukuki, siyasi ya da sosyal içerikli tüm görüş açıklamalarını anlamaktaysa da, ticari nitelikli açıklamalara, siyasi nitelik taşıyan açıklamalara oranla daha dar bir koruma sağlamaktadır (Sunay, s. 32-33).

² İfade özgürlüğü terimi, doktrinde düşünce özgürlüğü, düşünce ve ifade hürriyeti, fikir ve düşünce özgürlüğü, konuşma özgürlüğü gibi pek çok şekilde ifade edilmektedir (İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 14). Ayrıca bkz. Korkmaz, s. 35-36.

³ İfade özgürlüğü lehine görüşler ilk olarak liberaller tarafından ileri sürülmüş olup, Katolik krallara karşı Protestanların ileri sürdüğü ideolojik itiraz şeklinde ortaya çıkmıştır. İfade özgürlüğü hakkındaki ilk sistematik görüş ise şair John Milton tarafından 17. yüzyılda yazılan *Aeropagítica* isimli nutukta yer almıştır. Daha sonra John Locke doktriner hürriyeti (*Hoşgörü Üzerine Mektup- A Letter Concerning Toleration*) savunmuşsa da, ifade hürriyetinin ilk sistematik-felsefi savunusu John Stuart Mill tarafından 1859 tarihli *Hürriyet Üstüne (On Liberty)* isimli eserde, tartışma özgürlüğünün topluma getirdiği faydacı değeri yanında, “kendini geliştirme” hakkı için de önemli olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Mill, bu özgürlüğün sınırsız olmadığı ve sınırlarının belirtilmesi gerektiğinin de önemini vurgulamıştır (Norman P. Barry, (Çev. Yılmaz, Özlem). “Hukukî ve Siyasi Açısından İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 7, Sayı: 27, Yaz 2002, s. 6-7); Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 36 (Kötüye Kullanım). Aynı zamanda Mill, düşünce özgürlüğünün insanın fikri mutluluğunun bir gereği olduğunu, fikir özgürlüğü ile yaratılacak bir tartışma ortamının toplumun, tarihsel sürecin gelişmesini ve değişmesini sağlayacağını ileri sürmüştür (Artun Avcı,

sağlamaktadır⁴. Bu nedenle ifade özgürlüğü hukuk sistemleri tarafından korunmakta ve evrensel bir nitelik taşımaktadır⁵.

Genellikle negatif bir nitelik taşıdığı ve koruyucu temel bir hak olduğu kabul edilen düşünce ve ifade özgürlüğünün, negatif haklar (negatif statü hakları), pozitif haklar (sosyal haklar) ve siyasal katılma hakları (aktif katılım) ile desteklenmesi gerekmektedir⁶. Bu haklar ile desteklenmeyen negatif hakların bireyler için tam bir şekilde sağlanması mümkün değildir⁷. Nitekim özgürlük⁸ çok yönlü bir kavram

Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Mart 2013, s. 51). Mill’ın gerçekliğe dayalı faydacı tezi için bkz. Şahin, s. 239 vd.; Sunay, s. 13; Leslie Green, (çev. Erkan Çağlar) “İfade Özgürlüğü ve Dil Seçimi”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Clarendon Press, Oxford, 1994, res. 98. İfade özgürlüğünün toplumsal faydalarına dair görüşler için bkz. Avcı, s. 62 vd.; Mehmet Emin Akgül “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gereğiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 1, s. 5 vd.; Şahin, s. 35 vd.; Gür, s. 10; Wragg, 10-11; Ladenson, s. 255 vd. Lindblom, s. 416. Locke ve insan hakları kuramı için bkz. Jale Civelek, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Marmara Müşavirlik, Marmara İİF Yayınları, İstanbul, 1984, s. 66-67.

Vahit Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 55. Aynı yönde bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, 11 Mayıs 2007, s. 11 (İç hukuk). Düşünce kavramının sadece fikri ürün ile sınırlı tutulması mümkün değildir. Ayrıca kişinin bir olaya dair anlatma, iletişim kurma gibi ihtiyaçlarının da gözetilerek ifade özgürlüğünün korunması gerekmektedir (Alp, s. 99). İfade özgürlüğü, farklı olma hakkından doğan demokratik toplumun hareket noktasıdır (Kaboğlu, Düşünce, s. 1504). “*Düşüncenin ifadesi, kişinin özel yaşam alanına dâhil olmayan dış dünyaya yönelik açıklamalarıdır*” (Aydın, Ö. D., s. 26). Aynı yönde bkz. Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 26, Sayı: 106, Mayıs-Haziran 2013, s. 42; Kaboğlu, Ölçüt, s. 45. Düşünce özgürlüğü, pek çok temel hak gibi, temel hakların bileşiminden meydana gelmekte ve içeriğinde dar anlamdaki düşünce özgürlüğü yanında, bilim ve sanat özgürlüğünü, din ve vicdan özgürlüğünü ve hatta basın özgürlüğünü ve iletişim özgürlüğünü de kapsamaktadır. Bu nedenle düşünce özgürlüğü pek çok temel hakkın kaynağını oluşturmaktadır (Tekin Akıllıoğlu, **Düşünce Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri-Sempozyum ve Açık Oturum, Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 25).

⁵ Avcı, s. 50. Aydınlanma çağıının bir ürünü olarak ortaya çıkan düşünce özgürlüğü, temel bir hak olarak var olmaktadır (Kaboğlu, Düşünce, s. 1502).

⁶ Temel haklar genel içerikli kavramlar olduğundan, anayasalarda ayrıntılı şekilde düzenlenmeyip, sadece önemli ilkeler şeklinde yer almaktadırlar (Tekin Akıllıoğlu, “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1984, Sayı: 5-6/1, s. 50 (Temel)).

⁷ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Basım (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 6-7. Aynı yönde bkz. Sabuncu, s. 16; Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, İzmir, 1993, s. 31 vd. (Teori). Doktrinde, birbirini dışlamamakla birlikte, haklar için kişi hak ve özgürlükleri (sivil haklar), siyasal (politik haklar) ve sosyal haklar (ekonomik haklar) şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Ancak kişi hak ve özgürlükleri ile siyasal hak ve özgürlüklerin gereği gibi kullanılabilmesi, sosyal hakların eksiksiz şekilde bireye tanınması ile sağlanabilmektedir (Ali Güzel, “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 279). Doktrinde haklar açısından yapılan sınıflandırmalar, insan hakları kavramının tarihsel gelişimi, haklara ilişkin toplumsal dinamiklerin daha kolay anlaşılması ve hakların niteliklerinde yapılan ayrımlar gibi nedenlere dayanmaktadır (Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri – İnsan**

olarak kendi içinde negatif statü hakları (koruyucu haklar), pozitif statü hakları (isteme hakları/sosyal haklar) ve aktif statü hakları (katılma hakları) gibi farklı kategorilere ayrılmakta, ancak yapılan bu ayırım teorik bir nitelik taşımaktadır. Pratikte ise özgürlük kavramını oluşturan her üç temel hak⁹ kategorisi birbirine sıkı sıkıya bağlı ve biri olmadan diğerinin olmayacağı haklardan oluşmaktadır¹⁰.

İfade özgürlüğü kavramı, bireyin, sadece konuşarak ortaya koyduğu sözel ifadeleri değil, insanın kendisini ifade etmesine yarayan görsel, sanatsal¹¹, yazılı anlatımları, giyim-kuşamı¹², siyasi, dini ritüeller gibi ifadeye dair her tür eylemi, iletişimsel davranış olarak nitelendirilen sembolik¹³ bir takım davranış şekillerini ve beden dilini¹⁴ de kapsamaktadır¹⁵. İfade özgürlüğünün bu kadar geniş kapsamlı

Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, 2. Baskı (1. Baskıdan Tıpkı Basım), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 15).

⁸ Özgürlük kavramının kısaca bir şey yapma ya da yapmama, bir biçimde davranma ya da davranmama hakkı olarak tanımlanması mümkündür (İbrahim Ö. Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Diyarbakır, 1989, s. 14) (Kolektif). Özgürlük “*düşünce ve örgütlenme özgürlüğü, politik, kültürel ve dinsel düşüncelerin ifade edilmesi özgürlüğünü, kişinin kendi bedenini denetleme ve tercih ettiği ruhsal, estetik ve cinsel yaşamını ifade etme hakkı*”dır (Samuel Bowles and Herbert Gintis (Çev. Osman Akınhay), **Demokrasi ve Kapitalizm, Mülkiyet, Cemaat ve Modern Toplumsal Düşüncenin Çelişkileri**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 33).

⁹ Temel hak deyimi doktrinde ve günlük dilde çok zaman insan hakları kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır (Civelek, s. 46). “*Hak*” kelimesinin hem ahlâkî hem de siyasi anlamı bulunmaktadır. Ahlâkî anlamdaki hak “*doğruluk*” anlamını taşıırken, siyasi olan da ise “*yetki*” (*entitlement*) anlamını taşımakta, talep ve yükümlülük gibi kavramları da beraberinde getirmektedir (Donnelly, s. 19). Özgürlük ve hak bağlantısı için bkz. Kaboğlu, Kolektif, s. 14 vd.

¹⁰ Pozitif statü hakları devletten olumlu bir davranışta bulunmayı isteme-bekleme hakkı olup, sağlık, öğrenim, çalışma ve sosyal güvenlik hakkı gibi haklar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Siyasal görüş ve tutumları açıklama, örgütlenme, oy kullanma, seçme ve seçilme hakkı gibi, bireye toplumda aktif bir şekilde söz sahibi olma, kararlara katılma hakkı veren siyasal nitelikli haklar ise aktif statü haklarını oluşturmaktadır. Devletin dokunamayacağı, bireyin özel alanını belirleyen, vicdan ve düşünce özgürlüğü, kişi güvenliği, ifade özgürlüğü gibi haklar ise negatif statü içeren haklar olarak nitelendirilmektedir (Kapani, s. 6). Devletin aktif rol üstlenmesi ve hizmetler üretmesi gerekli olan haklar açısından bireylerin isteme hakları mevcuttur. Anayasal olarak iş hakkı, uygun sağlık koşullarında çalışma hakkı, dinlenme hakkı, adil ücret ve sosyal güvenlik hakkı gibi haklar, devletler açısından pozitif yükümlülük üstlenilen ve bireye isteme hakkı veren haklar olarak ortaya çıkmaktadır (Tanör, s. 381).

¹¹ Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Sözleşmesi’nin (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Culturel Expressions) Başlangıç bölümünde kültürel yaratıcılık faaliyetleri ile meşgul olanların desteklenmesi gerektiği ve fikri mülkiyet haklarının önemi kabul edilmiştir (Gemalmaz, C. 1, s. 361).

¹²Bkz. 03.03.1986 tarihli Stevens-Birleşik Krallık Kararı.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-593> (Erişim. 27.03.2015).

¹³ Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıcı Jackson “*Sembolizm, düşünceleri iletmek için ilkel ama etkili bir yoldur. Bir sistemi, fikri, kurumu, kişiliği sembolize etmek için bir amblemin ya da bayrağın kullanılması akıldan akıla giden bir kestirme yoldur*” şeklindeki bir tanımlama ile sadece semboller kullanılarak da düşüncenin ifade edilebileceğini, bunun kestirme bir ifade tarzı olduğunu vurgulamıştır (Aydın, Ö. D., s. 34).

¹⁴ Aydın, Ö. D., s. 34. Ayrıca bkz. Şahbaz, s. 16; Öktem Songu, s. 610-611.

anlaşılması, aynı zamanda bireyin ortaya koyduğu ifadenin başka temel hak ve özgürlüklerin de konusunu oluşturabilecek bir eylem olmasına ve ifade özgürlüğünün pek çok temel hak¹⁶ ve özgürlük ile yakın ilişki içinde bulunmasına neden olmaktadır¹⁷. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün pek çok şekilde gösterilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁸.

Modern hukuk devletlerinde, ifade özgürlüğünün tanınması ile her tür temel hak ve özgürlüğün etkin olarak kullanılabilir hale gelmesi ve bu şekilde daha güçlü bir demokratik ortamın oluşmasının sağlanması, ifade özgürlüğü kavramını vazgeçilmez temel bir hak haline getirmektedir¹⁹. Ancak ifade özgürlüğünün vazgeçilmez bir hak olarak kabulü, ifade özgürlüğünün mutlak ve sınırlanamaz bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün, diğer kişilerin özgürlüklerini kısıtlayıcı şekilde kullanılmaması gerekmektedir. İfade özgürlüğünün, diğer bireylerin kendini geliştirme ya da ifade etme hakkı sağlayan etnik ya da dini sebepleri, cinsiyet farkını ya da cinsel tercihleri, politik ya da

“Sözleşme’nin 10. maddesi, burada söz konusu olan sanatsal ifade özgürlüğünün bu madde kapsamına girdiğini belirtmemektedir; fakat bu madde, çeşitli ifade biçimleri arasında bir ayırım yapmış da değildir. Mahkeme önüne çıkan taraflar, bu maddenin, özellikle haber ve düşünceleri alma ve iletme özgürlüğü içinde, her türlü kültürel, siyasal ve sosyal haber ve düşüncelerin aleni alış verişinde bulunma imkânı veren sanatsal ifade özgürlüğünü de kapsadığını kabul etmişlerdir. Bu yorumun doğruluğunu, eğer ihtiyaç varsa, “televizyon veya sinema girişimciliği” gibi, sanat alanını da kapsayan medya faaliyetlerinden söz eden Sözleşme’nin 10(1). fıkrasının ikinci cümlesi de teyid etmektedir. İfade özgürlüğü kavramının sanatsal ifadeleri de içerdiğine dair bir teyid de, “sanatsal biçim”deki haber ve düşüncelere ifade özgürlüğünün içinde özel olarak yer veren Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 19(2). fıkrasında bulunabilir” 24.05.1988 tarihli Müller ve Diğerler-İsviçre Kararı (Doğru, C. 2, s. 543-560).

¹⁵ AİHM tarafından öncelikle siyasi ve kamusal değeri olan ifade özgürlükleri korunurken, daha sonra bilimsel ve sanatsal ifadeler, en son olarak da ticari ifadeler koruma altına alınmaktadır (Aydın, Ö. D., s. 42).

¹⁶ Evrensel nitelik taşıyan insan hakları, devletlerce anayasal koruma altına alınarak “temel hak” niteliği kazanmaktadır (Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 40).

¹⁷ Erdoğan, s. 8. Aynı yönde bkz. Aydın, Ö. D., s. 42; Alp, s. 98; Korkmaz, s. 75 vd.; Özbey, s. 44; Akıllıoğlu, s. 25. İfade özgürlüğünün anayasal bir hak niteliği taşıması, bu özgürlüğün politik bir nitelik taşımasını gerektirmektedir. Hemen her temel hak gibi, ifade özgürlüğünün her yerde kesintisiz kullanılabilmesi devleti muhatap kılmaktadır (Erdoğan, s. 9).

¹⁸ Pearson, s. 438. Aynı yönde bkz. Akıllıoğlu, s. 25.

¹⁹ Avcı, s. 53-54. Ayrıca bkz. Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No. 2, Birinci Baskı, Strasbourg, Eylül 2005, s. 25 vd.; Tanju, s. 71 vd. Ortak akıl ifadenin hemen hemen sınırsız olması yönündedir (Christopher Wolfe, “The Limits of Free Speech”, **The Review of Politics**, Winter 1986, Volume: 48, No: 1, s. 139). “İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur” (07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 161-180). AİHS m. 10 ile her tür ifade korunmaktaysa da, AİHM, ifadeler arasında bir derecelendirme yapılabileceğini kabul etmektedir (Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 1317).

düşünsel farklılıkları ortadan kaldırıcı şekilde kullanılması mümkün değildir. Yine ifade özgürlüğü, kişileri aşağılayıcı, küçümseyici, hakaret ya da tehdit içeren duygu ve düşünce açıklamalarında bulunma hakkını da vermemektedir. Kaldı ki, diğer bireylerin ifade özgürlüğünü, kişilik haklarını ortadan kaldırıcı bu tip söz ve davranışlar günümüz hukuk sistemlerinde genellikle yasaklanmakta ve cezalandırılmaktadır²⁰. Ancak ifade özgürlüğünün sınırını belirlerken, ifade özgürlüğünün sadece hoş giden şeyleri değil, her türlü düşünceyi serbestçe açıklama hakkı olduğunun²¹, bu hakkın toplumda yeni düşünce ve taleplerin ortaya çıkmasına, gerek devlette gerekse toplumda gelişme ve düzelmelere yol açacağının da kabulü gerekmektedir²². Bu nedenle, devletlerin ifade özgürlüğünün kullanılmasını engelleyici bir hukuki yaptırıma başvurusu ya da ifade özgürlüğünü ortadan kaldırması halinde sadece kişinin temel bir hakkı ortadan kaldırılmamakta, aynı zamanda toplumsal gelişim ve değişim de engellenmektedir. Bu yönü ile kişinin ifade özgürlüğü, kişisel bir hak olma yanında, toplumsal bir değer ve kamusal bir hak niteliği de taşımaktadır.

İfade özgürlüğü ile çok yakın bir ilişki içinde olan ve bir üst kavram oluşturan “*düşünce*”nin meydana gelmesi için, bireyin bilgi ve kanaat edinmesi, haber alması ve başkaları ile iletişimde olması da gerekmektedir. Bu nedenle mevcut bilgi ve kanaatin edinilmesinden sonra her tür düşünceyi ve kanaati ifade etme ya da etmeme hakkı da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmekte ve yine bu hak kapsamında korunmaktadır²³. Doğal olarak düşünce özgürlüğünün en önemli unsurunu

²⁰Erdoğan, s. 11. Aynı yönde bkz. Alp, s. 98; Şahbaz, s. 15. İfade özgürlüğü bireyin kendini geliştirmesi ve değiştirmesi için önemli olduğundan, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğü terimi yerine kendini fark etme ya da kendini gerçekleştirme anlamında self-realization ifadesi kullanılmaktadır (Aydın, Ö. D., s. 36). Aynı yönde bkz. Kerem Altıparmak, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler V. İfade Özgürlüğü, Toplu Bir Cevap”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 88-89. Ayrıca ifade özgürlüğü kavramı yerine bireysel özerklik ya da kendini gerçekleştirme anlamı da taşıyan self-expression ve self-projection terimleri de kullanılmaktadır (Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü-Gerekçeleri ve Sınırları**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Mart 2009, s. 237).

²¹Bıçak, s. 55.

²²Bıçak, s. 74. Ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 22 vd. (Sınırlar) ; Sunay, s. 12.

²³ Şahbaz, s. 14; Erdoğan, Sınırlar, s. 21; Korkmaz, s. 48 vd.; Öktem Songu, s. 609; Anıl Çeçen, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **İfade Özgürlüğü ve Hukuk Devleti, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012**, Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 8 vd.; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1993’ten ayrı Bası, Cilt: 15, s. 45 vd. (Ölçüt). İletişim kanalları içinde yer alan bilgi, haber, kanaat edinme gibi kavramlar düşüncenin özünü oluşturmaktadır (Akıllıoğlu, s. 26).

düşüncenin açıklanması oluşturmaktadır²⁴. Düşüncenin açıklanması ise mevcut düşünceyi savunmayı, başkalarına anlatmayı, yaymayı, başkalarına telkin etmeyi ve propagandayı²⁵ kapsamaktadır. Bu nedenle, bireyin düşüncelerinin yayılması için kullanılan her yöntem ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmekte ve hatta modern demokrasilerde sivil itaatsizlik eylemi (civil disobedience) dahi düşünce ve ifade özgürlüğü içinde kabul edilerek hukuken korunmaktadır²⁶. Bunun dışında eleştiri özgürlüğü de, öngörülen sınırlar dâhilinde ve diğer bireylerin ifade özgürlüğüne saygı duyulma şartı ile ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir²⁷. İşçinin, işverenin ya da diğer çalışanların inanç ve görüşlerine aykırı fikirlere sahip olması, karşıt inanç ve fikirler ileri sürmesi ya da popülist bir görüşe sahip olması da ifade özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır²⁸. Ancak yapılan telkin ya da propagandanın veya eleştirinin çalışan üzerinde bir baskıya, aşağılamaya ya da kişilik haklarına yönelik bir saldırıya dönüşmesi halinde, bu durumun ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, devletin işçiyi aşırı baskılardan koruması için gerekli önlemleri alması gerekmektedir²⁹.

²⁴ İfade özgürlüğü düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamama hakkını da içermektedir (Şahbaz, s. 14; Erdoğan, Sınırlar, s. 21).

²⁵ Propaganda da temelde bir düşüncenin açıklanması olup, taraftar bulmaya, bir düşünceyi yaymaya yönelik ifade şeklidir (Şahbaz, s. 22).

²⁶ Aliefendioğlu, Düşünsel, s. 12. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün sivil itaatsizlikle mukayesesini için bkz. Sunay, s. 182 vd. Sivil itaatsizlik için adalet kavramından hareket edilmekte olup, sivil itaatsizlik hakkında bireysel ahlak, dini mülahazalarla ya da bir takım bireysel ya da grup çıkarıyla hareket etmek mümkün değildir (Yokuş, Kötüye Kullanım, s. 60).

²⁷ Ulaş Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 356; Weber, s. 1.

Danıştay 13. Daire, 22.02.2005, E. 2005/556, K. 2005/947 “Hiç şüphesiz eleştiri demokratik bir toplumun temel değerlerindendir ve üzerinde konuşulamayacak hiçbir kurum yoktur. Ancak, yargıya olan güveni zayıflatacak ve yargı otoritesinin görevini yaparken çekingen davranmasına neden olacak davranış, eylem ve “yayınların” eleştiri ve haber niteliği taşıdığı söylenemez”.

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (Erişim. 28.08.2014).

²⁸ “...Kendi inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta muhalif propagandada bulunmalarını hoşgörüyle karşılamak durumundadırlar” (20.09.1994 tarihli Otto Preminger Institut-Avusturya Kararı) (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=474>) (Erişim. 10.05.2015).

²⁹ AİHM, 24.02.1998 tarihli Larissis ve Diğerleri-Yunanistan Kararı’nda hava kuvvetlerinde subay olan Pentekostal kilisesi üyesi olan subayların, astları da dâhil olmak üzere, bazı kişileri kendi inançlarına çevirme konusunda yaptıkları çalışmalarını önlemek açısından Yunan devletinin almış olduğu önlemleri yetersiz bularak, devletin astı konumunda bulunan havacıları, üst konumundaki personelin aşırı baskılarından korumasının zorunluluk olduğunu belirtmiştir (AİHM Bilgi Notu-4). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58139> (Erişim. 25.04.2015).

B. İfade Özgürlüğünün Diğer Temel Haklarla İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan pek çok temel hak ve özgürlüğün bir kamu makamına ya da özel şahıslara karşı kullanılabilmesi ancak ifade özgürlüğü ile mümkün olduğundan, demokratik hukuk devletlerinde ifade özgürlüğü özel bir önem taşımaktadır³⁰. Nitekim ifade özgürlüğü çoğu zaman diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesinin ön şartı olmakta ve bu nedenle hak ve özgürlükler iç içe geçmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan pek çok hakkın birbiriyle aynı anda yarışması, bir ihlalin aynı anda birden fazla maddenin korumasından faydalanması durumunun ortaya çıkması mümkündür. Böyle bir durumda bir hak diğerinin sınırını ya da kapsamını belirleyebilmektedir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “iki temel özgürlüğün uygulanmasına yönelik çelişkili çıkarların karşılaştırılmasını”³¹ gerekli görerek, çıkar çatışmasında dengenin sağlanması gerektiğini kabul etmektedir³².

İfade özgürlüğünün ve diğer temel hak ve özgürlüklerin temelini, insan onuru ve insanın maddi-manevi varlığını geliştirme hakkının oluşturması da ifade özgürlüğü ile pek çok temel hak ve özgürlüğün iç içe geçmesine neden olmaktadır³³. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altında olan ve 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde öngörülen hak ve özgürlükler çok zaman bir arada bulunmaktadır. Bu durumda, 20.09.1994 tarihli Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya Kararı’nda³⁴ da belirtildiği gibi, Sözleşme’nin maddeleri arasında pozitif bir ihtilaf doğmakta ve Sözleşme ile korunan haklar arasında bazen rekabet varmış gibi görünmektedir³⁵.

³⁰ Şahbaz, s. 37.

³¹ 02.08.2006 tarihli Aydın Tatlav - Türkiye Kararı.

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/50692_99.pdf (Erişim. 23.11.2014).

³² Weber, s. 2. “Mahkeme, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında devamlı şekilde yükselen gereklilik seviyesi, buna paralel şekilde ve zorunlu olarak demokratik toplumlarda temel değerlere yapılan saldırıların değerlendirilmesinde daha katı davranılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır” (05.03.2013 tarihli Gülay Çetin-Türkiye Kararı).

http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gulay_cetin.pdf (Erişim. 23.04.2015).

³³ Sunay, s. 8 ve 10. AİHS’nde öngörülen bir hak kapsamında korunan bir durumun, Sözleşme’nin başkaca hükümlerinde mevcut korumalardan da faydalanması halinde “hakların yarışması” söz konusu olacaktır (Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2011, s. 59-60).

³⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-142029> (Erişim. 17.11.2014).

³⁵ Emmanuel Décaux, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 9, 10 ve 11. Maddelerinin Yorumu”, **Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi**, Ankara, 2004, s. 506. Ayrıca bkz. Palmer, s.184.

Sözleşme açısından doğan pozitif ihtilaf halinde, ifade özgürlüğüne dair 10. maddede yapılan düzenlemenin diğer maddelere göre *lex generalis* (genel hüküm), 8, 9 ve 11. maddelerde yapılan düzenlemelerin ise *lex specialis* (özel hüküm) olduğunun gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu durumlarda, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yer verilen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir³⁶. Mahkeme birbirleriyle bağlantılı bu haklarda 10. maddeyi genel ve geniş bir alana uygularken, aynı davada (şikâyetle) bağlantılı hak ihlali olması halinde genel görünüme dair değerlendirme yapmakta, diğer madde ihlallerini değerlendirmemektedir³⁷. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin içerikleri farklı olsa da, teknik yapıları birbirinin aynısıdır. Bu nedenle, bu hak ve özgürlüklerden biri hakkında mevcut genel değerlendirmeler (*mutatis mutandis*) diğerleri açısından da geçerlidir. Bu yüzden her dört maddeye ilişkin değerlendirmelerin çok zaman müştereken ve bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen haklar klasik haklar olup, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin de temelinde yer almaktadır. Bireysel ve kollektif hak ve özgürlükler arasında bir denge sağlayan kamu özgürlüklerini meydana getiren³⁹ bu özgürlükler bireyin kişisel alanını koruma altına almaktadır⁴⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, Sözleşme'nin 11. maddesi bağımsız bir role ve özel bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen, 9 ve 10. maddelerin ışığında ele alınması⁴¹ gerektiğini belirtmiştir.

³⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 357; Özsoy, s. 504. Ayrıca bkz. Olgun Akbulut. "Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü", **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-**, 3. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 381; **Sunay**, s. 30, **Korkmaz**, s. 107. "Mahkeme'ye göre 9. ve 10. maddelerin sağladığı kişisel görüşleri koruma, 11. maddede güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün de hedefleri arasında yer alır" (13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı) (**Doğru**, C. 1, s. 515-516).

³⁷ **Özsoy**, s. 504; Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Birinci Baskı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, Mart 2003, s. 241.

³⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 330-333; Palmer, s. 184.

³⁹ Décaux, s. 500.

⁴⁰ Donnelly, s. 80.

⁴¹ 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı (**Doğru**, C. 1, s. 515-516).

1. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması'nın (AİHS m. 8) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

Özel hayata⁴² ve ifade özgürlüğüne dair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bu iki hakkın genellikle birbiriyle çatışacağı düşünülebilirse de, özel hayatın ve aile hayatının korunması için ifade özgürlüğü vazgeçilmez bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Zira kişinin kendini ifade ettiği ve kendi ile ilgili bilgileri paylaştığı özel hayatın ve aile hayatının korunabilmesi için, kişinin kendini ifade etme hakkının, yani ifade özgürlüğünün de korunması gerekmektedir⁴³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda bireyin özel hayat alanını giderek genişletmekte ve daha geniş bir koruma alanı yaratmaktadır. Nitekim Mahkeme, bireyin özel hayat alanını genişlettiği 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı'nda⁴⁴ özel hayat kapsamına bireyin sosyal ilişkilerini ve işlerini yürüttüğü sosyal boyutu da ekleyerek, özel hayat kavramından ticari ve profesyonel aktivitelerin dışlanamayacağı kararını vermiştir⁴⁵. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16.04.2002 tarihli Société Colas Est ve Diğerleri-Fransa Kararı'nda⁴⁶ “yasal izin bulunmadan bir şirketin merkezine veya ona ait diğer

⁴² **Yargıtay 4. HD, 21.10.2010, E. 2009/13923, K. 2010/10697**, “Anayasa'nın <Özel hayatın gizliliği> başlıklı 20. maddesi gereğince herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. ...Anayasa'nın 20/2 ve 22/2. maddeleri gereğince milli 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 yargıç kararı bulunması; bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasa ile yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile kişinin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilir, bunlara el konulabilir, haberleşme engellenebilir ve gizliliğine dokunulabilir” (Sinerji Mevzuat).

⁴³ Özel yaşam ve gizliliği için bkz. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999, s. 177 vd.

⁴⁴ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Niemietz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim. 26.05.2014).

⁴⁵ 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı'nda şikâyeteye konu ihlalin başvuru avukatının mesleki etkinliği ile doğrudan ilgisinin bulunmadığı, avukatlık bürolarının gelişi güzel aranmayacağı, avukatlık bürolarının gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak ayrıcalıklı konumunun bulunduğu vurgulanarak, AİHM'in sadece avukatlık mesleğinin özel niteliklerini belirttiği, bunun ise kimi araştırmacılar tarafından AİHM'in işyerlerini de Sözleşme'nin 8. maddesindeki konut dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlamasına neden olduğu ileri sürülmektedir (Güney Dinç, “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Türkiye Barolar Birliği Paneli**, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 43).

⁴⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60431> (Erişim. 10.05.2015).

Ev olarak da kullanılan video dağıtımına ilişkin bir işyerinde arama yapılması hakkında bkz. 30.03.1989 tarihli Chappell-Birleşik Krallık Kararı.

(<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=184>) (Erişim. 10.05.2015).

şubelere ya da herhangi bir mekâna girmenin, izinsiz şekilde eve girmekten bir farkının bulunmadığı”na hükmetmiştir⁴⁷. Bu yaklaşımın temelinde, insanların sosyal ilişkilerini kurmalarının ve geliştirmelerinin çok zaman iş ortamında sağlandığı düşüncesi bulunmakta olup, bireyin profesyonel hayatındaki davranış ve söylemleri ile özel hayatının çok zaman net bir şekilde ayrılması mümkün olmamaktadır⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı yaklaşımı 19.10.2010 tarihli Özpınar-Türkiye Kararı’nda⁴⁹ da sürdürerek, Niemietz-Almanya Kararı’na atıfla “*mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri özel hayat dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını*” tekrarlamış ve bireylerin büyük çoğunluğunun dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme, sosyalleşme olanaklarının daha çok ve hatta en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttüklerini faaliyetler bağlamında elde ettiklerini belirtmiştir.

2. Din, Vicdan Özgürlüğü ve Düşünce Özgürlüğü’nün (AİHS m. 9) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün düzenlendiği 9. maddesinde yer verilen “inanç” kavramını 10. maddede yer verilen “görüş” veya “fikir” kavramından farklı yorumlamakta ve bir görüş ya da fikrin, inanç kabul edilip korunması için, görüşün belirli bir ikna edicilik, ciddiyet ve uyum taşıması ve ayrıca bu görüşün insan yaşam ve davranışları için ağırlıklı ve önemli bir boyutu olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁰. Bu iki koşulun bulunması halinde görüş ve fikirler Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında bireysel bir hak olarak değerlendirilmekte, bireye inanç ve değerlerine aykırı eylem ve davranışların dayatılamayacağı kabul edilmektedir. Bireyin dini

⁴⁷ Ayhan Bozlak, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2013, Yıl: 26, Sayı: 109, s. 86.

⁴⁸ Yıldırım, s. 400-401; Palmer, s. 186 vd.; Oğuz Şimşek, “Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı-Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1998, Sayı: 2, s. 96 vd.(Konut). 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı’nın mesleki şöhret ve AİHS m. 8 bağlamında değerlendirmesi için bkz. Arslan Öncü, s. 173. 1982 Anayasası’nın 20. maddesi ile herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiş olup, hükümde özel hayatın ve aile hayatının dokunulmaz olduğu belirtilmiştir.

⁴⁹ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/20999-04.pdf> (Erişim. 19.04.2015).

⁵⁰ 25.02.1982 tarihli Campbell ve Cosans-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57455> (Erişim. 16.11.2014).

Ayrıca bkz. Murdoch, s. 16.

gerekliliklerini yerine getirmesinin yasaklanması da bu çerçevede değerlendirilmektedir⁵¹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.02.2008 tarihli Alexandridis-Yunanistan Kararı'nda⁵² avukat olarak çalışmanın ön koşulu olarak, çalışmadan önce görev yemini ederken, çalışanın resmi bildirimde bulunması için Ordodoks Hristiyan olmadığını ifade etmek zorunda kalması ve dini yemin için tek bir standart öngörülmesi nedeniyle, düşünce vicdan ve din özgürlüğüne (AİHS m. 9) müdahale edildiğine karar vermiştir.

Din, vicdan ve düşünce özgürlüğünün (AİHS m. 9) bir yandan insanın kişiliğinden kaynaklanan ve ahlâki, felsefi, dini, sosyal, politik, ekonomik, bilimsel düzen tarafından kanıların korunduğu bir iç yönü bulunurken, diğer yandan koruma altında olan hakların bireysel ya da kollektif olarak kamusal alanda açıklanmasını ya da kullanılmasını ilgilendiren bir de dış yönü bulunmaktadır⁵³. Bu nedenle, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, bireysel bir hak olmanın yanında, kolektif bir şekilde kullanılan bir hak olarak da ortaya çıkmaktadır⁵⁴.

3. Örgütlenme (Dernek Kurma ve Toplantı) Özgürlüğü'nün (AİHS m. 11) İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, örgütlenme özgürlüğünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi kapsamında değerlendirirken, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü (AİHS m. 9-10) arasında yakın bir bağ kurmakta ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerde, 11. maddenin “*özerk anlamı ve uygulama alanı*” olmasına rağmen, örgütlenme özgürlüğünü Sözleşme'nin 9 ve 10. maddeleriyle de amaçlanan kişisel düşüncelerin korunması, bilgi ve düşüncelerin serbestçe ifadesi doğrultusunda yorumlamaktadır. Mahkeme,

⁵¹ Lami Bertan Tokuzlu, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 333-335. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün sınırlanması için aranan kamu düzeni, kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması şeklindeki meşru amaçlar, AİHS m. 8-10-11'de kabul edilen menfaatlere göre daha dar kabul edilmekte ve devlet müdahalesindeki özel amacı ortaya koymakla yükümlü kılınmaktadır (Murdoch, s. 37). Bkz. 14.12.1999 tarihli Şerif-Yunanistan Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58518> (Erişim. 04.04.2015).

⁵² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85188> (Erişim. 04.04.2015).

⁵³ Durmuş Tezcan ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 416-417.

⁵⁴ Tokuzlu, s. 336. Aynı yönde bkz. Korkmaz, s. 99.

örgütlenme özgürlüğü kavramını “*düşüncenin toplu ifadesi*” olarak değerlendirmekte ve 29.04.1999 tarihli Chassagnou ve Diğerleri-Fransa Kararı’nda⁵⁵ da belirtildiği üzere, “*Sözleşmenin 9. ve 10. maddeleriyle garanti altına alınan düşünce ve düşünceleri açıklama özgürlükleri, kişinin inançlarını ve fikirlerini başkalarıyla birlik içerisinde, özellikle aynı inanca, düşünceye, menfaatlere sahip bireylerden oluşan örgütler aracılığıyla paylaşabilme garantisinin eşliği olmadan oldukça sınırlı bir alanda kalacağını*”⁵⁶ kabul etmektedir⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğü, Sözleşme’deki diğer haklar gibi bireysel bir hak olarak düzenlenmişse de bu hakkın kullanımının kolektif bir yönü bulunmaktadır⁵⁸. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi toplantı ve örgütlenmenin barışçıl nitelik taşımasını esas almakta, bunun dışında toplantı ve örgütlenmenin yapılış amacını pek dikkate almamaktadır. Mahkeme, Sözleşme’nin 10 ve 11. maddelerine göre değerlendirme yaparken, kişisel gösterilerle, birkaç kişinin katılımı ile yapılan açık alanlardaki eylemleri ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmekte ve söz konusu ifade özgürlüğünün bir toplantı ya da gösteri organizasyonu için kullanılması halinde örgütlenme özgürlüğü açısından değerlendirmede bulunmaktadır⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’nin 11. maddesinde yer verilen örgütlenme özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün kolektif bir kullanımı olduğunu kabul etmektedir⁶⁰.

⁵⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58288> (Erişim. 17.11.2014).

⁵⁶ Ersel Aldabak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 70-71.

⁵⁷ Aldabak, s. 70-71. Örgütlü olsun olmasın, birden fazla kişinin yaptığı toplu eylemler bireylerin temel amaçlarına yönelik kolektif bir özgürlük olup, bu özgürlüğün temelinde bireysel ifade hakkının kullanılması, korunması ve geliştirilmesi bulunmaktadır (Korkmaz, s. 86).

⁵⁸ Kolektif haklar her ne kadar tek tek kullanılan bireysel haklardan oluşsa da, bireyin ancak kendisi gibi hareket etmek isteyen diğer bireylerle birlikte olması halinde kolektif hakkın kullanılabilmesi mümkün olmakta, hakkı kullanmak isteyen bir grubun bulunması gerekmektedir (Civelek, s. 47). Örgütlenme özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile olan bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi bkz. Emerson, s. 1 vd.

⁵⁹ Akbulut, s. 383-384.

⁶⁰ Akbulut, s. 407.

C. Temel Hak ve Özgürlüklerin İnsan Onuru ile Bağlantısı

İnsan onuru (haysiyeti) (dignity/human dignity/inherent dignity)⁶¹ kavramı pek çok uluslararası sözleşme ve metinde evrensel bir değer olarak kabul edilmekte ve temel haklara ilişkin bu kavram esas alınmaktadır. Bu yaklaşım, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde bütün insanların onur (haysiyet) bakımından eşitliği⁶² şeklinde ifade edilirken, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin Başlangıç Bölümü'nde ise tüm hakların, kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığı belirtilmektedir. Türk hukuku açısından özel bir önem taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise insan onuru kavramına herhangi bir açık gönderme bulunmamakta, Sözleşme'nin temelini insan onuruna saygı olduğunun altı çizilmektedir⁶³. Her ne kadar insan onuru anayasal ve uluslararası pek çok belgede kabul edilmiş ve hukuksal bir nitelik kazanmış olsa da, bu kavram hukukun en soyut kavramlarından birini oluşturmaktadır. İnsan onuru kavramı, bireyin şerefini de korumayı amaçlayan bir üst kavram olarak ortaya çıkmakta ve hem bireyin iç dünyasında hem de toplumsal ilişkilerini gerçekleştirdiği dış dünyasında sahip olduğu tüm değerleri kapsamaktadır⁶⁴.

İnsan onuru kavramı hukuksal olarak temel hak ve özgürlükler içerisinde garanti edilmekte ve temel hak ve özgürlüklerin hem bir unsurunu hem de bir ölçüsünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, insan onuru ile temel hak ve özgürlükler arasında kendine has bir ilişki bulunmakta ve insan onuru kavramı özel bir kural (*lex specialis*) niteliği taşımaktadır⁶⁵.

İnsan onuruna evrensel düzeyde yer veren ilk belgelerden birini oluşturan Birleşmiş Milletler Şartı'nda ise insan onuru ile insan hak ve özgürlükleri arasında

⁶¹ İnsan onuru, insanın bu değerinin farkındalığını ortaya koymakta ve insanın nesnel değerlerinin karşılığını oluşturmaktadır (Kuçuradi, Sorunsal, s. 72).

⁶² Bütün insanların haklar ve değerler (onur) bakımından eşit doğduğuna ilişkin düzenleme yapan İHEB m. 1, tüm uluslararası insan hakları belgelerinin temelini oluşturan ve insan hakları anlayışını dile getiren tek maddedir (Kuçuradi, Sorunsal, s. 57).

⁶³ Arslan Öncü, s. 42. “İnsan ‘onuru’ kavramı 1948 Bildirisinin taşıyıcı gücü olmuştur” (Gemalmaz, C. 1, s. 77). İnsan onurunun soyut bir tanımının yapılması mümkün olmayıp, içeriğinin tespitinde zaman içinde meydana gelen değişiklikler de gözetilerek, kültürel, ahlâki ve özellikle de hukuki değerlendirmelerin esas alınması gerekmektedir (Zafer Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Dergisi**, 1992, Cilt: 9, s. 171) (Kişilik).

⁶⁴ Şimşek, s. 50 ve 59-61. AİHS’nde her ne kadar insan onuru kavramı temel bir hak olarak açıkça belirtilmemişse de, Sözleşme ile koruma altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerin özünde insan onurunun korunması fikri mevcuttur (Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 117).

⁶⁵ Şimşek, s. 110.

yakın bir ilişki bulunduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca Şart'ın Başlangıç bölümünde yer verilen “*İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onur*” ifadesi de insan haklarının kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığını, insan hakları ile insan onuru arasında yakın bir bağ olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Birleşmiş Milletler Şartı ile benzer bir yaklaşım da Birleşmiş Milletler Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde mevcuttur. Sözleşme'de insan onuru ideali için sadece kişisel ve siyasal hakların yeterli olamayacağı, bunun için kişisel ve siyasal hakların yanında sosyal hakların da gerekli olduğu, sosyal hakların kullanılabilmesi için yeni düzenlemeler gerektiği belirtilmektedir. İnsan onuru ve kişiliğinin tam olarak korunması ve geliştirilmesine dair önemli belgelerden bir diğerini ise 2000 yılında Nice Zirvesi'nde kabul edilen Temel Haklar Şartı ve bu Şart'ı ikinci bölümüne aynen aktaran Avrupa Birliği Anayasası oluşturmaktadır. Avrupa Birliği Anayasası'nın amacı ise insan haklarına dayalı bir Avrupa Birliği'nin oluşturulması olarak ortaya konmaktadır. Görüldüğü üzere, uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukuku açısından yapılan tüm bu düzenlemeler insan onurunun insan hakları için en temel kavram olduğunu ve demokratik sivil bir toplumun oluşmasında bireyin güçlendirilmesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir⁶⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının, insan onurunu korumak için öngörölmüş bir sistem olduğunu, bunun insanlar arasında din, politika, cinsiyet vs. temelinde ayrıma tutulmasının insan onuru için kilit bir önem taşıyan demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkeleri çerçevesinde kabul edilmesinin mümkün olamayacağını kabul etmektedir⁶⁷. İnsan onurunun korunmasının, bireyin devlete karşı korunması dışında, devletin bireyi koruması yönü de mevcut olup, devletlerin vatandaşlarının kişisel, siyasal, sosyal ve ekonomik haklarını koruması ve geliştirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, devletlerin kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik hak ve özgürlükler aracılığıyla, bireyleri bedenlen, ruhen koruması, kişisel değerlerine saygı göstermesi ve insan onurunu tam ve eksiksiz şekilde sağlaması

⁶⁶ Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Haziran 2009, s. 16-17. Ayrıca bkz. Alp, s. 1 vd.; Güngör Turan, “1982 Anayasası'nın Sosyal İçeriği ve Avrupa Sosyal Hukukuna Uyumu”, **Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2010, Sayı: 55, s. 170.

⁶⁷ Aldabak, s. 74. Aynı yönde bkz. McGonagle, s. 17-18. “*İnsan haklarına saygı ve insanın özgürlüğü, Sözleşme'nin özünü oluşturmaktadır*” (29.04.2002 tarihli Pretty-Birleşik Krallık Kararı). <http://aihmgoster.asp?id=3024> (Erişim. 04.05.2015).

yükümlülüğü vardır⁶⁸. Zira insan onuru bir hukuk devletinde en yüksek değeri taşıırken, aynı zamanda tüm temel haklar insan onurunun bir parçasını oluşturmaktadır⁶⁹. Yine bu kapsamda devlet, toplumsal dışlanma gibi onurlu yaşama hakkına aykırılık teşkil eden durumlarda güçsüz kesimleri koruyucu, insan onuruna uygun yaşamalarını sağlayıcı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirlerin alınması devlet açısından pozitif bir yükümlülük teşkil etmektedir⁷⁰. Zira “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında devamlı şekilde yükselen gereklilik seviyesi*”⁷¹ mevcuttur.

Türk hukukunda ise insan onuru, bireye kendi kaderini tayin etme, kendini geliştirme hakkı tanıyan demokratik hukuk devletinin⁷² (AY m. 2) bir gereğini oluşturan “*öznel bir kamu hakkı*” olarak yer almıştır. Anayasa’nın 2. maddesinde her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi-manevi varlığını geliştirme hakkı olduğu vurgulanmıştır⁷³. Anayasa Mahkemesi ise insan onurunu 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29 (RG. 27.06.1967-12632) sayılı kararında “*<İnsan*

⁶⁸ Bulut, s. 23.

⁶⁹ Şimşek, s. 1 ve 8. Benzer yönde bkz. Ekin, s. 35. Temel hak ve özgürlüklerin en üst düzey pozitif norm olan anayasa ile tanındığı, düzenlendiği ve güvence altına alındığı hukuk devletinde, toplum içinde hiçbir makam, organ ya da kimse hukuk kurallarına uymaktan muaf tutulmaz ve bu şekilde devlet ile bireyler eşit seviyeye gelir (İbrahim Ö. Kaboğlu, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1990, Sayı: 12/1, s. 145) (Hukuk).

⁷⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, , Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 29 (Kolokyum). Aynı yönde bkz. Turan, s. 167 vd. Günümüz sosyal hukuk devletinin insan onurunu güvence altına alıcı tüm yükümlülükleri yerine getirmesi, gerekli düzenlemeleri yapması ve kurumları oluşturması gerekmektedir (Meral Sungurtekin Özkan, “Sosyal Devlet Bağlamında Adli Yardım Kurumu ve Hukuksal Koruma Sigortası”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 10-14 Ocak 2012**, Cilt: 3, Ankara, s. 175).

⁷¹ 05.03.2013 tarihli Gülay Çetin-Türkiye Kararı.

http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gulay_cetin.pdf (Erişim. 23.04.2015).

⁷² Anayasada öngörülen demokratik hukuk devleti kavramı, demokratik kurallar çerçevesinde hukukun korunmasının yanında, hukukun sınırları içerisinde demokrasinin geliştirilmesini de amaçlamaktadır. Böylece demokrasinin sağladığı hoşgörü ve bilgi birikimi ile bireylerin kendilerini geliştirip, özgürce ifade edebilecekleri kabul edilmektedir (Şahbaz, s. 25). Sadece devletin hukuka uygun davrandığı ve hukuka göre bireylerin haklarının hukukla garantilendiği sistemler kanun devleti olup, demokratik bir hukuk devleti için hukuk kurallarının içeriğinin ne olduğuyla, bireyi devlet otoritesine karşı koruyup korumadığı noktalarının da değerlendirilmesi gerekmektedir (Yazıcı, s. 79). Devletin kendi koyduğu kurallara uyması şeklinde kısaca tanımlanabilen hukuk devletinde, bir devletin gerçek bir hukuk devleti olabilmesi için bütün hak ve özgürlüklere en geniş anlamda ve en üst düzeyde sahip çıkan anayasal bir yapılanma içinde olması gerekmektedir (Çeçen, s. 6). Hukuk devleti kavramının değişim süreci hakkında bkz. Mehmet Güneş “Ekonomik Özgürlüklerin Hukuk Devletindeki Görünüşü”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 128 vd.

⁷³ Akıncı, s. 36-37. Ayrıca bkz. Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, İzmir, 1993, s. 108. (Teori)

Haysiyeti> kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir” şeklinde tanımlamıştır.

§2. TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİN ULUSLARARASI ve ULUSÜSTÜ HUKUKTAKİ DAYANAKLARI

I. Genel Olarak

Uluslararası hukuk, devletler arasındaki hukuku düzenleyen bir sistem olarak ortaya çıkarken, birey önceleri uluslararası hukukta hakkın süjesi kabul edilmemiştir. Ancak insan hakları kavramının gelişmesi ile farklı kültür ve ideolojiler arasında bir asgari müşterek oluşmuş ve uluslararası hukuk kavramı dışında bireylerin ve grupların yani tüm halkın dikkate alındığı, devletlerin egemenlik alanlarının daraldığı özel bir uluslararası insan hakları hukuku disiplini oluşmuştur⁷⁴. Uluslararası hukuk⁷⁵ ile ulusüstü hukuk⁷⁶ ve özellikle ulusüstü insan hakları hukuku ile birey gerek vatandaşı olduğu devlete gerekse işlemlere muhatap olduğu sırada, yargı yetkisi kapsamında bulunduğu devlete karşı hukuksal koruma altına alınmıştır⁷⁷. Birey, keyfi uygulamalar karşısında hem ulusal hukuk, hem de ulusüstü hukuk alanında bu

⁷⁴ Uluslararası insan hakları hukukunun kaynağını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi oluşturmaktadır (Civelek, s. 3).

⁷⁵ Uluslararası hukuk, egemen devletler arasında işbirliği sağlamayı amaçlayan bir hukuk dalıdır (Civelek, s. 4). Sadece devletleri ve devletler arasındaki ilişkileri esas alan uluslararası hukuk, zaman içerisinde insanı ve insanın haklarını da kapsar şekilde gelişmiştir (Kapani, Boyut, s. 12).

⁷⁶ Ulusüstü hukuk, hukukun tüm alanları ile de yakın ilişki içindedir ve özellikle uluslararası anlaşmalar hukuku kavram ve kurumlarını kullanarak, insan haklarına ilişkin gerek bölgesel gerekse uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile uluslararası anlaşmalar hukuku ile çok zaman birlikte anılmaktadır. Uluslararası hukuk açısından geçerli olan *jus cogens* kavramının da tüm insan hakları uygulamaları açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir (Gemalmaz, C. 2, s. 607). Ek olarak bkz. Gülmez, Ayrımcılık, s. 246 vd.

⁷⁷ Uluslararası insan hakları hukuku, bütün kurum ve kuralları ile insanlık için kabul edilen ortak ve evrensel değerlerin garanti edilmesini ve insanlar tarafından eşit şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla öngörülmüş bir koruma (protection) hukukudur (Civelek, s. 4). Uluslararası anlaşmalar ve insan hakları ile ilgili uluslararası anlaşmalar arasındaki en belirgin fark karşılıklık (mütekabiliyet) esası noktasında ortaya çıkmakta, insan haklarına ilişkin olan anlaşmalarda öngörülen koruyucu mekanizmalar ile sözleşmenin gereklerinin karşı tedbir olarak askıya alınması mümkün olmamaktadır (Turgut Tarhanlı, “İnsan Haklarını Uluslararası Korumanın Başka Bir Yolu: Sivil Toplum Kuruluşları”, *Yeni Türkiye Dergisi*, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1286) (STK).

şekilde korunarak, insan hakları kapsamında değerlendirilen pek çok uygulama devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkarılmıştır⁷⁸. Kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen devletin takdir yetkisi sınırlanarak, devleti uluslararası hukukun tek süjesi kabul eden anlayıştan uzaklaşmıştır⁷⁹.

İfade özgürlüğünün bir hukuk sistemi içindeki yeri, en iyi şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 22.10.2007 tarihli Lindon, Otchakovsky-Laurens and July-Fransa Büyük Daire Kararı'nda⁸⁰ bir kısım hâkim tarafından ortak hazırlanan kısmi muhalefet şerhinde (joint partly dissenting opinion) ortaya konmuştur. Muhalefet şerhinde *“ifade özgürlüğü sadece devletin müdahalelerine karşı bir güvence (sübjektif/bireysel bir hak) değil, aynı zamanda demokratik yaşam için temel objektif prensiptir”*⁸¹ şeklinde bir tespit yapılarak, ifade özgürlüğü bireysel hak olmanın yanında demokratik bir değer olarak da tanımlanmış ve ifade özgürlüğü için daha güçlü bir korumanın gerekli olduğu belirtilmiştir⁸².

II. Uluslararası ve Ulusüstü Hukuk Açısından Dayanakları

Ulusüstü ve uluslararası insan hakları hukukunun içeriğini oluşturan farklı kaynak ve düzenlemeler birbirlerini etkileyerek, insan haklarının evrensel bir değer olarak kabulüne ve devletlerin egemenlik yetkilerinin devrine neden olmaktadır. Devletlerin iradesi dışında ortaya çıkan bu durum insan hakları kavramının

⁷⁸ Gemalmaz, C. 2, s. 539. Aynı yönde bkz. Civelek, s. 111. “İnsan Hakları Öğretisi”nin temeli “insan”dır ve insanın fiziksel, moral, entelektüel, sosyal ve ekonomik yönlerden gelişmesi, özellikle sosyal ve ekonomik zayıflıklarının giderilmesi için devlete olumlu uygulamalarda bulunma yükümlülüğü yüklenmektedir (Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1980, s. 5).

⁷⁹ Işıl Özkan, Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul-Mayıs 2014, s. 111; Kapani, Boyut, s. 18. İnsan hakları hukukunun konusunu insan varlığının korunması oluşturmaktadır (Civelek, s. 3). Bireysel menfaatlerin korunabilmesi için bireyin doğrudan uluslararası bir makama müracaatının kabulü ile bireylerin birbirleriyle ya da devletle olan ilişkileri iç hukukun konusu olmaktan çıkarılmış, bireyin sadece insan olmak sıfatı ile uluslararası hukukta bir takım hak ve yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmiştir (Nicolas Politis (Çev. İlhan Lütem) “Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-201).

⁸⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82846> (Erişim. 23.11.2014).

⁸¹ “It follows that the right to freedom of expression is not only a safeguard against State interference (an individual right), it is also a general fundamental principle of life in a democracy” [22.10.2007 tarihli Lindon, Otchakovsky-Laurens and July-Fransa Büyük Daire Kararı, Hâkimler Rozakis, Bratza, Tulkens ve Šikuta'nın ortak kısmi muhalefet şerhi (joint partly dissenting opinion)].

⁸² Erkan Duymaz, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt: XVII, s. 1373.

kurumsallaşmasını ve tüm hukuk sistemlerinin ortak insanlık değerleri konusunda değişimini sağlamaktadır. Devletler açısından ortaya çıkan bu anafor etkisi⁸³ ile insan hakları evrensel bir değer olarak, insan haklarına ilişkin bir sözleşmeye taraf olsun ya da olmasın devletlerin iç hukuk sistemlerinde bir etki doğurmaktadır⁸⁴. Özellikle uluslararası hukukun konusunu oluşturan devletlerin bireylerden oluştuğu düşünüldüğünde, bireylerin hak ve özgürlüklerinin de doğrudan uluslararası hukukun konusunu meydana getirdiğinin tartışmasız kabulü gerekmektedir. Kaldı ki, bireylerden oluşan devletlerin mutlak ve dokunulamaz bir nitelik taşıması söz konusu olmayıp, egemenlik yetkilerine müdahale edilebilmektedir. Bu nedenle, uluslararası hukuk ile iç hukukun aynı hukuksal alanı düzenlediğini söylemek mümkündür⁸⁵. Ayrıca, ulusüstü insan hakları hukukunun kaynaklarından birini oluşturan ve tüm devletler için bağlayıcı bir niteliği olduğu kabul edilen uluslararası gelenek hukuku ve uluslararası gelenek hukukunun bir parçası olan insan hakları hukukunun devletler açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Tüm bu bağlayıcılığa rağmen kişi hak ve özgürlükleri devletler ve özellikle de kamu otoriteleri tarafından ihmal edilmekte ve çok zaman görmezden gelinerek hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine neden olunmaktadır. Ancak tüm bu ihlallere ve görmezden gelmelere rağmen kişi hak ve özgürlükleri, mutlak şekilde olmasa da, uluslararası ve ulusüstü hukukun koruması altına alınarak, bireyin kendini ifade etmesine ve temel hakları otoriteye karşı ileri sürmesine olanak tanınmakta, insan haklarının devletlerin iç hukuklarında korunabilmesi için bu haklar anayasal teminat altına alınmaktadır⁸⁷.

⁸³ Devletler açısından ortaya çıkan anafor etkisi “Uluslararası Kuralların İş Hukukunda Anafor Etkisi” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

⁸⁴ Gemalmaz, s. 161-162 ve 164. Birleşmiş Milletler Anayasası’nın pek çok bölümünde, ırk, cinsiyet, dil veya din farkı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklere inanç, saygı ve bağlılık göstermesi gerektiği belirtilmiştir (Kapani, Boyut, s. 20).

⁸⁵ Politis, s. 208. Ayrıca bkz Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1990, Cilt: 15, Sayı: 18, s. 157-158.

⁸⁶ Gemalmaz, s. 150. Uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası hukukun temel kavramlarını kullanmaktadır (Civelek, s. 6). Uluslararası belgelerde yer verilen terimlerin kavramsal içeriğini belirlemek felsefenin işini oluştururken, bu terimlere yer verilen maddelerin kapsamını belirlemek ve madde ile somut olay arasında bağlantı kurmak ise hukukun alanını oluşturmaktadır (İoanna Kuçuradi, “Açılış Konuşmaları”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 3)(Açılış).

⁸⁷ Gaston Jeze (Çev. Mukbil Özyörük), “Ferdî Hürriyetler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 214 vd. Halen pek çok ülkede düşünce ve ifadeye, düşünce ve ifadelerin ciddi bir zarar doğuracağına dair somut bulgu ve makul şüphe olmaksızın baskı ve ceza uygulanmakta, ifade özgürlüğünün temelini zedelemektedir (Küçük, s. 41). Günümüzde demokratik olsun olmasın devletler, insan haklarına saygılı, insan haklarını çiğnemeyen devlet imajı vermeye çalışmaktadır (Kapani, Boyut, s. 67-68).

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Herhangi bir hukuki bağlayıcılığı bulunmasa⁸⁸ da, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi manevi açıdan büyük bir önem taşımaktadır. Beyanname ile modern anayasalarda yer verilen klasik insan hakları ile sosyal ve ekonomik haklar bir araya getirilerek, pek çok temel hak ve özgürlüğe evrensel bir hukuki değer tanınmıştır. Bu nedenle, Beyanname'nin ilk yirmiiki maddesi klasik nitelikli yaşama hakkı, işkence yasağı, kişi güvenliği, eşitlik, özel hayatın korunması, din, vicdan, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi hakları düzenlerken, daha sonraki maddelerde (İHEB m. 22-28) sosyal güvenlik, çalışma, sendika, sağlık, eğitim-öğrenim hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar düzenlemekte ve bu düzenlemelerle bireyin sosyal ve ekonomik baskılardan kurtulmasının da kişi özgürlüğü ile doğrudan alakalı olduğu ortaya konmaktadır⁸⁹. Beyanname'de ülke sınırları olmaksızın herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu belirtilerek, ifade özgürlüğü temel bir hak olarak kabul edilmiştir⁹⁰ (İHEB m. 19).

Taşıdığı evrensel ve manevi değerler nedeniyle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde öngörülen temel hak ve özgürlükler, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hem de pek çok anayasada temel ilkeler olarak kabul görmektedir. Özgürlük ve eşitlik temelinde değerlendirme yapan Beyanname'nin özellikle 18, 19 ve 20. maddeleri ise ifade özgürlüğü ile doğrudan bağlantılıdır⁹¹.

⁸⁸ İHEB'nin hukuksal bağlayıcılığının bulunmaması nedeniyle herhangi bir onay işlemi gerekli olmadığı gibi, Beyanname'nin Türkçe resmi çevirisinin de resmi gazete de yayını gerekmemektedir (Gemalmaz, C. 1, s. 60).

⁸⁹ Kapani, s. 60-61.

⁹⁰ Öktem Songu, s. 611.

⁹¹ Avcı, s. 67-68. İHEB, dünyadaki tüm devletler tarafından imzalanmasa da, Beyanname'de yer verilen temel insan haklarına ilişkin kuralların *jus cogens* nitelik taşıdığı ve herkes açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. İHEB ile temel prensiplerin ilan edilmesi nedeniyle Beyanname'nin hukuksal açıdan diğer uluslararası antlaşmalarla eşit nitelikte olduğu ileri sürülmektedir (Gemalmaz, C. 1 67-69). Kişilerin aksini kararlaştıramayacağı emredici norm anlamına gelen *jus cogens* kavramına 23.05.1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer verilmiş olup, sözleşme'nin 53. maddesinde yapılışı sırasında uluslararası hukukun emredici bir kuralı ile çatışan her anlaşmanın batıl olacağı hükme bağlanmıştır (İrem Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 115); Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2014, Yıl. 26, Sayı: 113, s. 102 vd. (Jus Cogens). Uluslararası insan hakları kuralları, diğer uluslararası Bildirge ve Sözleşmelerde yer verilen kurallara göre daha etkili ve emredici nitelik taşımaktadır (Donnelly, s. 217). İç hukukta ise özel hukuk kuralları, emredici hukuk kuralları (*jus cogens*) ve emredici olmayan/yedek hukuk kuralları (*jus dispositivum*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca iş hukukunda mevcut düzenlemeler için mutlak ve nispi emredici kural ayrımı bulunmaktadır (Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 57 ve

B. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Temel hak ve özgürlükler ile ifade özgürlüğü açısından önem taşıyan bir diğer sözleşme ise Kişisel⁹² ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁹³ (International Covenant on Civil and Political Rights) olup, Sözleşme’de klasik temel haklara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Sözleşme’nin içeriğinde yaşama hakkı, işkence yasağı, kişi güvenliği, kadın-erkek eşitliği, özel hayatın korunması, din, vicdan ve ifade özgürlüğü, seçme-seçilme hakkı gibi bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 19. maddesi ile düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamlı bir tanımı yapılmış ve aynı zamanda hukuksal sınırları çizilmiştir⁹⁴. Buna göre “herkes”, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma ve düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir. Bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir. Bu hakların (KSHUS m.

140). Uluslararası hukukta *jus cogens* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı*, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 365 vd.; Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001, s. 43 vd.; Berat Lale Akkutay, “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2014, Yıl: 26, Sayı: 111, s. 434-435.

⁹² Sözleşmenin başlığında bulunan kişisel kelimesi orijinal metinde “*Civil Rights*” olarak ifade edilmekte olup, bu ifadeyi Türkçe’ye “*Medeni Haklar*” ya da “*Yurttaşlık Hakları*” olarak çevirmek mümkündür. Ancak herkese tanınan klasik temel hakları düzenleyen bu sözleşme için “*kişisel haklar*” terimi daha doğru olacaktır (Kapani, s. 66). Aynı yönde bkz. Kaboğlu, Kolektif, s. 26. Ancak bazı metinlerde “*Kişisel*” yerine “*Medeni*” kelimesi tercih edilmektedir. Bkz. Civelek, s. 134 vd. Sözleşme metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Erişim. 25.02.2014).

⁹³ 16.12.1966 yılında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme ile birlikte BM Genel Kurulu’nda kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (İkiz Sözleşmeler), 1976 yılında 35 ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiştir. Tüm Avrupa Konseyi üyelerinin tarafı olduğu bu Sözleşme, Türkiye tarafından ilk kez 18.06.1990 tarihinde Bakanlar Kurulunca kabul edilip TBMM’ye onay için gönderilmişse de, daha sonra geri çekilmiştir. 2003 yılında ise her iki Sözleşme üçer beyan ve birer çekince ile imzalanmış ve 20.06.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye Sözleşme Ek Protokol’lerini imzalamamıştır. Bu nedenle Sözleşme hükümlerinin ihlali halinde Türkiye için ihlal başvurusu yapılamamaktadır (Avcı, s. 73-75).

⁹⁴ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, İHEB’ten sonra ifade özgürlüğü hakkında en esash tanımları yapmıştır (Sophie Redmond (Çev. Kerem Altıparmak), “İfade Özgürlüğü Hakkını Düzenleyen Uluslararası Standartlar Düzeni”, *İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 39). İHEB’te insan haklarının tek tek sayılması ile yetinilmiş iken, KSHUS’da bu hakların hangi hal ve nedenlerle sınırlanabileceği de belirtilmiştir (Münci Kapani, “İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Yeni Gelişmeler ve Sorunlar” *Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yılığ*, 1979, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 68).

19/2) kullanılmasının, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği, bu nedenle bir takım sınırların konulabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu sınırlamaların mutlaka yasalarda öngörülmüş ve başkalarının haklarına, şöhretine saygılı, ulusal güvenlik, kamu düzeni ya da kamu sağlığı ve genel ahlâkın korunması gibi nedenlerle zorunlu olması gerekmektedir.

Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden farklı olarak, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde her türlü savaş propagandasının yasaklanması ile ulusal, ırksal⁹⁵ ve dinsel düzeylerde kin ve nefret yaratan, ayırma, düşmanlığa ve şiddete yol açabilecek görüşlerin yayılmasının yasaklanması için yeni hükümler öngörülmüştür⁹⁶. Bu yeni hükümler ile her türlü savaş propagandası ile ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddetin kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulmasının yasalarla yasaklanacağı (KSHUS m. 20) belirtilmiştir⁹⁷.

Sözleşme'de taraf devletlerin sadece hakka müdahale etmemeyi içeren negatif yükümlülükleri değil, aynı zamanda hakkın etkili kullanılmasını sağlayıcı pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Devletler açısından öngörülen bu yükümlülükler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin organı olan İnsan Hakları Kurumu'nun, 29.03.2003 tarih, 31. Sayılı Genel Yorumu'nda⁹⁸ devletlerin hukuksal yükümlülüklerinin negatif ve pozitif nitelik taşıdığı (Bent 6) ifade edilmiştir⁹⁹. Bu nedenle, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Sözleşme'ye taraf devletlerin insan haklarının gerçekleşmesi için kendi ülkelerinde aldıkları tedbirleri belirli aralıklarla İnsan Hakları Komitesi'ne bildirmek ile yükümlü kılınmışsa da,

⁹⁵ Irksal ayrımcılık (racial discrimination) terimi, BM Genel Kurulu tarafından 21.12.1965 tarihinde kabul edilerek 04.01.1969 tarihinde yürürlüğe giren Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi m. 1/1'de siyasi, ekonomik, kültürel alanda ya da kamusal alanın herhangi bir alanında, eşitlik temelinde (on an equal footing), insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak ya da zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran, ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayanan herhangi bir farklılık gözetme (distinction), dışlama (exclusion), kısıtlama (restriction) yahut öncelik tanıma (preference) olarak tanımlanmıştır (Gemalmaz, C. 1, s. 95). Pek çok uluslararası belgede ırk kelimesi kullanılmış olsa da, günümüzde ırk kavramının bilimsel bir temelini olduğunun kabulü ile ırk yerine "etnisite" terimi kullanılmaya başlanmıştır (Uygun, s. 165).

⁹⁶ Kapani, s. 66-68.

⁹⁷ Avcı, s. 72.

⁹⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom31.html> (Erişim. 21.05.2014)

⁹⁹ Gemalmaz, C. 1, s. 239; Uygun, s. 22; Erdoğan, Sınırlar, s. 20; Kapani, Boyut, s. 31-32.

kişisel başvuru hakkının tanınması için her devletin Ek Protokol'ü onaylaması gerekmektedir¹⁰⁰.

C. Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi

Kapitalizmin tüm dünyada güçlenmesi hemen her ülkenin toplumsal yapılarında esaslı değişikliğe yol açarken, kapitalist düzenin güçsüzleştirdiği çalışan/işçi sınıfı başta olmak üzere tüm zayıf kesimler için sosyal ve ekonomik haklar tüm demokratik devletlerde, demokratik bir düzenin gereği olarak talep edilmektedir¹⁰¹. Bu nedenle, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi¹⁰² hazırlanarak ikinci kuşak hakların kademeli gerçekleştirilmesi ve uygulanması için Sözleşmeciler devletler tarafından kalkınma ve gelişmenin sağlanması amaçlanmıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 02.02.1990 tarihli ve 3. Numaralı Genel Yorumu'nda¹⁰³ (General Comment No. 3) Birleşmiş Milletler'in 04.12.1986 tarihli Gelişme Hakkı Bildirisi'nin¹⁰⁴ Başlangıç bölümüne atıf yapılarak, insanın gelişmenin merkezinde yer aldığı ifade edilmiştir. Gelişme Hakkı Bildirisi'nin 1/1. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirildiği ve bu hak ile her insanın ve bütün halkların ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmesine katılma, katkıda bulunma ve bunlardan yararlanma hakkına sahip olduğu ve bu hakların devredilmez nitelik taşıdığı belirtilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Kapani, s. 66-68.

¹⁰¹ Umut Omay, **Sosyal Haklar – Kısa ve Eleştirel Bir Bakış**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 35; Eyrenci ve Diğerleri, s. 1. Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, s. 6; Civelek, s. 133-134.

İkinci kuşak haklar olarak da bilinen sosyal haklar, sosyal ve iktisadi açıdan zayıf olan kişi ve sınıfları korumak için ortaya çıkmış olup, herkes için değil güçsüzler için öngörülmüştür (Tanör, s. 381).

¹⁰² 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG. 18.06.2003-25142) ile Türkiye tarafından kabul edilen Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun 10.07.2003 tarih, 2003/5923 K. sayılı kararı ile uygun bulunmuş, Sözleşme metni ve çevirisi ekleri ve çekince metni ile birlikte 11.08.2003 tarihli, 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış, Sözleşme onay belgesi ise 23.09.2003 tarihinde depo edilerek 23.12.2003 tarihinde Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir (Gemalmaz, C. 1, s. 327).

¹⁰³ <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm3.htm> (Erişim. 20.05.2014).

"The Committee notes in particular the importance of the Declaration on the Right to Development adopted by the General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986 and the need for States parties to take full account of all of the principles recognized therein".

¹⁰⁴ <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/698b5--Gelisme-Haklari-Dair-Bildiri.pdf> (Erişim. 20.05.2014)

¹⁰⁵ Gemalmaz, C. 1, s. 357.

D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi üyeleri tarafından Roma’da imzalanarak 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁰⁶ (İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi) ile imzacı devletlere Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri sağlamak ve korumak için hukuki bir yükümlülük getirilmiştir. Sözleşme’de klasik haklar yanında siyasal haklara da yer verilmiş, ancak burada hüküm altına alınan haklar listesi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ndeki temel haklara göre daha dar tutularak Sözleşme’de sosyal ve ekonomik haklara değinilmemiştir. Ayrıca, Sözleşme’de yer verilen hakların ayrıntılı bir tanımı yapılarak sınırları çizilmiş, diğer temel haklara dair yapılan uluslararası düzenlemelerden farklı olarak, hakların korunmasının sağlanabilmesi için etkin bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. Öngörülen bu denetim mekanizması ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne hem bireysel hem de devletlerin başvuru hakkı kabul edilmiştir¹⁰⁷. Bu kabul, Sözleşme’ye imza koyan Sözleşmeciler devletlere bir takım yükümlülükler getirmiştir¹⁰⁸. Bu yükümlülükler uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf devletler, iç hukuktaki düzenlemelerini Sözleşme ile uyumlu

¹⁰⁶ AİHS ile tanımlanan temel hak ve özgürlükler demokrasinin temel ilkelerini koruyan hak ve özgürlüklerdir (Civelek, s. 287) ve Sözleşme Avrupa Konseyi içinde insan haklarına ilişkin çıkarılan belgelerinin ilk aşamasıdır (Gemalmaz, C. 2, s. 12). AİHM tarafından AİHS’nin insan hakları konusunda kamu düzeni yaratan anayasal bir belge olduğu kabul edilmekte ve Sözleşme’ye taraf olmayan ülke mahkeme kararlarına da yer verilen AİHM içtihatları ile küresel bir insan hakları hukuku alanı oluşturulmaktadır (Özkan, s. 208). Aynı yönde bkz. Avcı, s. 79. AİHS’ne anayasal bir nitelik sağlayan nokta, AİHM’nin Sözleşme’nin etkinliğini sağlamak için ağırlıklı olarak amaçsal-gelişmeci (*teleological-evolutive*) yorum tekniğini kullanmasıdır (Naz Çavuşoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yılı**, 1992, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 132).

¹⁰⁷ Kapani, s. 69-73; Avcı, s. 77 vd.; M. Aydoğan Özman, “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 195 vd.; Civelek, s. 284 vd. AİHS, uluslararası hukukta bireyi hak sahibi yapan ve imzacı devletleri yükümlülük altına sokan uluslararası bir sözleşme niteliği taşımaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 13).

¹⁰⁸ Avcı, s. 79. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmasını amaçlayan sözleşmeler ile devletlere kendi ülkelerinde insan haklarına saygılı olma yükümlülüğü yanında, aynı saygının diğer devletlerce de gösterilmesini sağlama yükümlülüğü yüklenmektedir (Kapani, Boyut, s. 82). AİHS’nin yapıldığı 1950 yılında, devletlerin yükümlülükleri sadece negatif bir yükümlülük olarak öngörülmüşse de, AİHM tarafından verilen kararlar ile Sözleşme’nin kapsamı genişlemiş ve devletler Sözleşme’deki hak ve yükümlülüklerle müdahale etmeme yanında onları koruyucu gerekli tedbirleri almakla da yükümlü kılınmışlardır. Ayrıca Devletler açısından negatif ve pozitif yükümlülüğünün dışında “usul yükümlülüğü” adı verilen “etkin soruşturma yükümlülüğü” de bulunmaktadır (Osman Doğru, “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 11 Mayıs 2007, s. 194).

hale getirmeyi üstlenerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni iç hukuk sistemlerinin bir parçası olarak kabul etmişler ve ulusal makamları bağlar düzenlemeler yapmışlardır¹⁰⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 13.05.1980 tarihli Artico-İtalya Kararı'nda¹¹⁰ devletlerin Sözleşme ile tanınan hakkın gerçek kullanımını sağlayacak pozitif yükümlülük (positive obligation) üstlendiklerini¹¹¹ belirtmiştir. Kararda ayrıca Sözleşmeciler devletlerin, üstlendikleri bu yükümlülük nedeniyle iç hukukta Sözleşme ile çelişen yasa hükümlerinin bulunması halinde Sözleşme hükümlerine öncelik tanımak zorunda olduklarına da vurgu yapılmıştır¹¹².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi her ne kadar birinci kuşak olarak adlandırılan temel hak ve özgürlükleri koruma altına almış olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda Sözleşme ve eki Protokoller ile bağlantılı gördüğü pek çok temel hak ve özgürlüğün Sözleşme'nin koruması altında olduğuna karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, ilgili devletin uluslararası sözleşmenin tarafı olup olmadığına bakmaksızın, insan hakları değerlerini yansıtan uluslararası pek çok sözleşme ve belgenin Avrupa devletlerinin değerini yansıttığını ve modern devletin esasını oluşturduğunu kabul ederek, başka uluslararası sözleşmelerde yer verilen temel hak ve özgürlükleri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruması altına almıştır.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bugüne kadar, ortak insan hakları prensibinin oluşturulması için özel bir çaba harcamış ve bu prensipleri oluştururken farklı yorum yöntemlerini kullanarak, Sözleşme'yi yorumlamaya ve geliştirmeye çalışmıştır. Davaların çözümünde, Mahkemece sözel, tarihsel, amaçsal, evrimsel ve otonom olarak beş çeşit yorum yöntemi kullanılarak insan hakları metinlerinin etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu amaç, Sözleşme'nin

¹⁰⁹ “Mahkeme, Hükümet tarafından iddia edilen idari ve pratik güçlüklerin, modern bir toplumda aşılabilir olduğuna inanmamaktadır. Mahkeme ayrıca, maddi gerçeğe ulaşmada Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme organları ile işbirliği yapma yükümlülüğü bulunduğunu hatırlatır” (13.05.1980 tarihli Artico-İtalya Kararı) (Doğru, C. 1, s. 363-371).

¹¹⁰ 13.05.1980 tarihli Artico-İtalya Kararı (Doğru, C. 1, s. 363-371).

¹¹¹ Çavuşoğlu, s. 138.

¹¹² Macovei, s. 4.

Başlangıç metninde “*Bu bildirinin metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığı (Effective Utile Prensibi)*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’nin amacını gerçekleştirecek şekilde en uygun yorum tekniğinin kullanılması gerektiğini 27.06.1968 tarihli Wemhoff-Almanya Kararı’nda¹¹⁴ “...bunun bir hukuk yaratan (law-making) sözleşme olduğunu gözönünde bulundurarak, Sözleşmeciler Tarafının üstlendikleri yükümlülükleri mümkün olduğu ölçüde sınırlayacak bir yorumu değil, Sözleşme’nin amacını gerçekleştirmek ve hedefine varmasını sağlamak için en uygun yorumu gözetmesi gereklidir” şeklinde ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce oluşturulan içtihat hukuku¹¹⁵ dışında anlaşılması mümkün değilse de, Sözleşme’nin dinamik ve evrime açık olduğu, günün koşullarına göre yorumlanan ve gelişen/yaşayan bir metin (living instrument) olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶. Ayrıca Mahkeme, 21.02.1975 tarihli Golder-Birleşik Krallık

¹¹³ Şule Özsoy, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Düşünceyi Açıklama Hakkı Örneği”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 505.

¹¹⁴ Doğru, C. 1, s. 35-52.

¹¹⁵ Mahkeme içtihatlarının gelişimi Sözleşme’nin yorumu ile sağlanmaktadır (Luzius Wildhaber, (Çev. Burak Çelik). **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber’in Yargı Yılı Açış Konuşması (AİHM Yargı Yılı Açış Konuşması)**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 64, s. 29). AİHM, hukuki kesinlik ve yasa önünde eşitlik ilkesinin bir gereği olarak “*ılımlı bir emsal karar öğretisi*” kullanmakta olup, Sözleşme yaşayan bir metin olarak toplumsal değerlerde meydana gelen değişim ve gelişimleri, evrensel değerleri ortaya koymaktadır (Murdoch, s. 7). İnsan hakları kavramı zaman içerisinde değişmekte ve gelişmektedir. Ancak bu değişim ve gelişim her zaman olumlu yönde olmamakta, insan onuruna karşı getirilen alternatif arayışlar ile insan hakları kavramı aşındırılmakta, kişi hakları ihlal edilmektedir (Jack Donnelly (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut). **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 71). “*Hukuk güvenliği, hukukun öngörülebilirliği ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin çıkarı gereği Mahkeme’nin daha önceki kararlarını gerekçe göstermeden değiştirmemesi gerektiği doğrudur; ancak Mahkeme için dinamik ve yenilikçi bir yaklaşımdan vazgeçmek, reformlara veya iyileştirmelere engel olma riskini taşımaktadır*” (07.07.2011 tarihli Bayatyan-Ermenistan Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116450> (Erişim. 03.04.2015)

Aynı yönde bkz. 19.04.2007 tarihli Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya Büyük Daire Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116508> (Erişim. 03.04.2015)

¹¹⁶ Macovei, s. 5; Şennur Ağırbaşı. **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 53; Kılıçoğlu, M., s. 44 vd.; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 118 vd. “...Mahkeme, Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini hatırlatır...” (25.04.1978 tarihli Tyrer-Bileşik Krallık Kararı).

(<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=28>) (Erişim. 18.04.2015).

AİHM, sürekli kendini geliştiren ve yenileyen metotlar kullanmaktadır (AİHM 2005 Yıllık Raporu, s. 25). AİHS’nin yorumlanması açısından 13.06.1978 tarihli Marckx-Belçika Kararı ve 09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı bir dönüm noktası oluşturmaktadır (Virginia Mantouvalou, “Are Labour Rights Human Rights?”, **UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers**–LRI WP X/2012, s. 221).

Kararı'nda¹¹⁷ da açıkça belirttiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. ve 32. maddelerinde tanımlanan genel yorum yöntemlerine göre yorumlanacağını kabul etmektedir. Yine benzeri bir yaklaşım 23.03.1995 tarihli Loizidou-Türkiye Kararı İlk İtirazlar'da¹¹⁸ gösterilmiştir. Ancak Mahkeme zaman içerisinde Sözleşme'deki yorum yöntemlerini oldukça değiştirmiş ve geliştirmiştir¹¹⁹.

23.03.1995 tarihli Loizidou-Türkiye “İlk İtirazlar” Kararı'nda¹²⁰ belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge (living instrument) olduğu Mahkeme'nin içtihatlarında yerleşmiş durumdadır¹²¹ ve Mahkeme'ye göre bu yaklaşım, Sözleşme'nin sadece normatif kurallarıyla sınırlı olmayıp, Sözleşme'nin uygulama mekanizmasının işleyişine ilişkin maddeler (AİHS m. 25 ve 46) için de geçerlidir. Bu nedenle, Sözleşme hükümlerinin sadece Sözleşmeyi hazırlayan kişilerin iradelerine uygun olarak yorumlanmasıyla yetinmek mümkün değildir. Kaldı ki, kişilerin korunmasına yönelik bir belge olan Sözleşme'nin amacı ve konusu, Sözleşme'deki güvenceleri pratik ve etkili kılacak şekilde Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasını ve uygulanmasını¹²² gerektirmektedir¹²³. Mahkeme taraf devletlerin, Komisyon ve Mahkeme'nin yetkisinin tanınmasına ilişkin bildirimlerinde Sözleşme'nin 25. ve 46. maddeleri çerçevesinde sınırlamalar getirip getiremeyeceklerini belirlemek için, bu

¹¹⁷ Doğru, C. 1, s. 107 -120.

¹¹⁸ 23.03.1995 tarihli Loizidou-Türkiye Kararı (İlk İtirazlar) (Doğru, C. 3, s. 419-444).

¹¹⁹ Gülnur Erdoğan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 245 vd.

¹²⁰ Doğru, C. 3, s. 419-444.

¹²¹ 25.04.1978 tarihli Tyrer-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 229-236). Ayrıca bkz. Özman, s. 203-206. AİHM, Sözleşme'nin yorumu ve uygulanmasına dair AİHS m. 32 ile kendisine verilen her tür yetkiyi kullanarak insan haklarının sağlanması için çabalamaktadır (Marguénaud, s. 221).

¹²² “Mahkeme bir davada ister Komisyondan ister taraflardan veya başka kaynaklardan gelsin, önündeki bütün materyalleri inceler; gerektiği takdirde Mahkeme kendisi delil toplar ve ispat külfetinin taraflardan sadece birine ait olduğu görüşüne katılmaz (bkz. 18.01.1978 tarihli İrlanda - Birleşik Krallık kararı, parag. 160)” (13.05.1980 tarihli Artico-İtalya Kararı) (Doğru, C. 1, s. 363-371).

¹²³ 13.05.1980 tarihli Artico-İtalya Kararı (Doğru, C. 1, s. 363-371).

“Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır” (09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı) (Doğru, C. 1, s. 319-326). Aynı yönde bkz. 23.07.1968 tarihli Belçika'da Eğitim Dili Davası-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, s. 53-57); 21.02.1975 tarihli Golder-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 107-120); 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, s. 308-318).

maddelerde yer alan kavramlara verilmesi gereken anlamı, içinde bulunulan zamanı ve söz konusu maddelerin amaç ve konularını gözönünde bulundurmaktadır¹²⁴.

Ayrıca Mahkeme, Andlaşmalar Hukuku'na ilişkin 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 31/1. maddesini esas alarak yorumda bulunmakta¹²⁵ ve içinde bulunulan zamana göre andlaşmanın uygulanmasında geçerli olan ve andlaşmanın yorumlanması konusunda taraf devletlerin üzerinde uzlaştıkları her türlü uygulamayı da gözönüne almakta (Viyana Sözleşmesi m. 31/3-b), Sözleşme'nin bir insan hakları sözleşmesi olarak özel karakterini akılda tutmakla birlikte, uluslararası hukuk ilkelerine uygun bir biçimde Sözleşme kurallarının uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Nitekim Mahkeme, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir parçası olduğunu sık sık belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası hukukun prensipleriyle uyumlu¹²⁶ bir şekilde yorum prensibini¹²⁷ tekrarladığı 18.12.1996 tarihli Loizidou-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda¹²⁸ *“Sözleşmenin gerisinde yatan ilkelerin toplumsal ve insani bağlamdan kopuk yorumlanmasının ve uygulanmasının mümkün olmadığını”* belirtmektedir¹²⁹. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda¹³⁰, kararlarda esas alınan Genel Uluslararası Hukuk ve Avrupa Konseyi belgelerini karar örnekleri ile ayrıntılı bir şekilde örnekleyerek, söz konusu uluslararası belgelerden ve Sözleşmeciler Devletlerin uygulamalarından kaynaklanan görüş birliğinin, Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında mülhaza teşkil edebileceğini açıkça kabul etmiştir¹³¹. Bu açık tespit ile Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel amacının öncelikle insan haklarının korunması olduğunu vurgulamakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Sözleşme'de yer

¹²⁴ 18.12.1986 tarihli Johnston ve Diğerleri-İrlanda Kararı (Doğru, C. 1, s. 207-221).

¹²⁵ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31'de genel yorum kuralları düzenlenmiştir. Sözleşme hükümleri için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf (Erişim. 25.03.2014). Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne atıf yapan diğer uluslararası hukuk kararları ve ek açıklamalar için bkz. Özkan, s. 12 vd.

¹²⁶ 21.11.2001 tarihli Al-Adsani-Birleşik Krallık Büyük Daire kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885> (Erişim. 25.03.2014).

¹²⁷ 23.03.1995 tarihli Loizidou-Türkiye Kararı (İlk İtirazlar) (Doğru, C. 3, s. 419-444).

¹²⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58007> (Erişim. 06.05.2015).

¹²⁹ AİHM Bilgi Notu-8.

¹³⁰ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim. 16.05.2014).

¹³¹ AYM, 28.02.1991, E. 1990/15, K. 1991/5 sayılı kararında anayasaya aykırılığa ilişkin yaptığı değerlendirmede, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'ne, 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisine, AİHS Ek Protokolü'ne, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'na ve 1948 tarihli İHEB'e açık atıf yapmıştır (RG. 27.03.1992-21184) (AYMKD, S. 27, C. 1, s. 161-183).

AYM'nin uluslararası belgelere atıf yapan diğer kararları için bkz. Gemalmaz, C. 1, s. 73-75).

alan hakların teorik ve aldatıcı değil, uygulanabilir ve etkili kılacak bir şekilde yorumlanmasının ve uygulanmasının gerekli olduğunu kabul etmektedir. Yine Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir bütün olarak ele alınmasının ve çeşitli hükümleri arasında iç tutarlılık ve uyumu teşvik edecek şekilde yorumlanmasının gerektiğinin altını çizmekte¹³² ve bu değerlendirmede “*kaynakların eşgüdümüllülüğü*” ilkesinden hareket etmektedir¹³³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve eki Protokollerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve yorumlanması gerektiğine dair Mahkeme'nin kabulü, ilgili devletlerce protokollerin onaylanmadığı durumlarda dahi geçerliliğini korumaktadır. Zira Mahkeme, konunun onaylanmamış bir Protokol ile özel olarak düzenlenmiş olduğu itirazının ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir¹³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının bölünmezliği ilkesinden ve ayrımcılık yasağından hareketle, Avrupa Konseyi tarafından düzenlenecek başkaca belgelerin konusunu oluşturan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerinden faydalanarak, özellikle toplu sözleşme ve grev hakkı gibi sosyal haklar ile ilgili olan kararlarında yorumlarını genişletmiş, böylece sosyal ve ekonomik haklar ile temel hak ve özgürlükler arasında bir geçirgenlik sağlamıştır¹³⁵. Bu yorum hakların bir uzantısı olan sosyal, ekonomik ve kültürel haklar açısından da *yaşayan belge (living instrument)* değerlendirmesinin yapılmasını gerektirmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Büyük

¹³²12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı.

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim. 16.05.2014).

¹³³Jean Mouly (Çev. Gülden. Kurt) “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara c/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa Mahkemesi”, Anayasal **Sosyal Haklar-Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 235. Aynı yönde bkz. Çavuşoğlu, s. 133 vd. Her bir temel hak ve özgürlük, farklı hukuk dallarının alt başlığını oluştursa da, insan hakları kavramı bir bütündür ve birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (Kaboğlu, Kolektif, s. 11).

¹³⁴Çavuşoğlu, s. 135.

¹³⁵Bkz. 09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı (Doğru, C. 1, s. 319-326).

AIHM bazı kararlarında 30.11.2004 tarihli Öneriyıldız-Türkiye Kararı'na yaptığı atıfla, AIHS'ni yorumlamak amacıyla, bilhassa Bakanlar Komitesi'nin ve Parlamenterler Meclisi'nin tavsiyeleri ve kararları olmak üzere, Avrupa Konseyi organlarının özleri itibarıyla bağlayıcı olmayan belgelerini dayanak olarak kullanmakta olduğunu belirtmiştir (12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı). <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim. 16.05.2014).

AIHM, Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda, yorum yönteminin gelişiminde oldukça nadir bir içtihat değişikliğine gitmiş ve AIHS ile koruma altına alınan medeni ve siyasal hakların sosyal boyutunu oldukça güçlendirerek, Mahkeme açısından gerekli görüldüğünde uygulanmak üzere, “*sınırsız normatif bir kaynak*” oluşturmuştur (Mouly, s. 232).

Daire'nin 11.01.2006 tarihli Sorensen ve Rasmussen-Danimarka Kararı'nda¹³⁶ sendikal haklar açısından iç hukuktaki düzenlemenin Avrupa Sosyal Şart'ın 5. maddesine aykırılığını tespit eden Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin açıklamasına atıfta bulunurken, 09.01.2007 tarihli Arnolin-Fransa Kararı'nda¹³⁷ ise Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Avrupa Sosyal Şartı'ndan kaynaklanan bazı yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir¹³⁸. Mahkeme bu yorum tarzıyla, medeni ve siyasi haklarla sosyal haklar arasında eşgüdümü sağlamaya çalışmakta ve sosyal hak ve özgürlükleri de insan hakları temelinde korumaya almaktadır¹³⁹. İnsan haklarının bütünselliği ilkesi, ister kişisel ve siyasal ister sosyal olsun, tüm hakların aynı düzeyde ve etkili şekilde korunmasını gerektirmektedir. Ancak klasik kişisel ve siyasal haklar açısından geniş bir görüş birliği mevcutken, sosyal hakların kapsamı ve korumasına dair sistemler için böyle bir görüş birliği sağlanamamakta ve bu durum sosyal hakların zayıflamasına neden olmaktadır¹⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca, kullanmış olduğu bir diğer yöntem olan dinamik yorum yöntemi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, teorik olarak değil, etkin bir şekilde uygulanabilir hak ve özgürlükler haline getirilmesini amaçlamaktadır¹⁴¹.

¹³⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72015> (Erişim. 04.05.2014).

¹³⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78922> (Erişim. 04.05.2014).

¹³⁸ Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, AİHS ile aynı nitelikte yargısal korumaya sahip kılınmış ve Avrupa Birliği'nin sözleşmeler hukukuna dâhil edilmiştir (Christian Grellois (Çev. Hülya Dinçer, İrem Yeşilyurt). "Sosyal Hakların Kaderi", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 292). Her iki Şart'ın da Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa Birliği bünyesine dâhil edilmesi, Avrupa Birliği'nin de AİHS'e taraf olması gözetildiğinde, sosyal haklar açısından AİHS ile uyumlaştırma çalışmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamı konusunda yorum yolu ile ortaya çıkan bu gelişmeler, insan onuru başta olmak üzere, Avrupa kimliğinin ortak değerlerini belirlemekte ve bu ortak değerlere saygı gösterilmesini gerektirmektedir (Grellois, s. 301-302).

¹³⁹ Marguénaud, s. 222-227. AİHM, Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı ile vurguladığı haklar arasındaki geçişkenliğe ilişkin yorum ilkesini 21.04.2009 tarihli Enerji Yapı-yol Sen c-Türkiye Kararı ile kesin bir sonuca bağlamıştır (Mouly, s. 230). Yine AİHM, 02.05.2007 tarihli Behrami-Fransa ile Saramati-Fransa, Almanya, Norveç davasında verdiği Büyük Daire Kararı'nda ve 16.10.2007 tarihli Dušan Berić ve Diğerler-Bosna-Hersek Kararı'nda hem BM Güvenlik Konseyi kararlarına hem de BM tarafından öngörülen diğer hukuksal değerlere atıfta bulunmuştur (Özkan, s. 47-48).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80830> (Erişim. 22.08.2014).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83109> (Erişim. 22.08.2014).

¹⁴⁰ Melda Sur, "Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri", **Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Ankara, 1997-1998, Cilt: 19-20, s. 65 ve 68.

¹⁴¹ Çavuşoğlu, s. 142.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşayan belge kabul edilerek günün değişen koşullarına göre ve pek çok hak ve özgürlüğü kapsayıcı bir şekilde geniş yorumlanması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının “*iç hukuku değiştirici etkisi*” ortaya çıkmaktadır. Bu durum devletlerin egemenlik hakkı ile Mahkeme'nin organlarının yetki alanı arasında bir çatışma doğurmaktadır. Ancak temel amacın hak ve özgürlüklerin etkin korunması ve kullanılması olduğu dikkate alındığında, bu çatışmanın çözümünde “*demokrasiyi hukukla tanımlama*” temel amaç olarak kullanılmaktadır¹⁴². Bu tanımlama ile klasik anayasalarda mevcut hak ve özgürlükler ile demokrasi kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınarak yeniden tanımlanmaktadır. Bu tanımlama ile klasik anayasa anlayışından vazgeçilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa kamu düzeninin yeni anayasası olduğu kabul edilmektedir¹⁴³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kabul edilen evrimci yorum ilkesiyle, alınan kararlar Avrupa Konseyi haricindeki hukuki işlemlere ve gelişmelere de dayandırılmakta ve bu metinler karar gerekçelerinde kullanılarak Mahkeme kararları geliştirmektedir. Mahkeme, kararlarında Uluslararası Adalet Divanı¹⁴⁴, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi¹⁴⁵, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi¹⁴⁶ gibi pek çok organın metinlerini¹⁴⁷ esas alabilmekte, Avusturya, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, Güney Afrika veya Yeni Zelanda gibi yargı organı kararlarına¹⁴⁸ atıf

¹⁴² Yeniden tanımlamada kullanılan AİHM yorumlama teknikleri, yeni bir anlayışla ortaya çıkan anayasal yenilenmenin kurucu unsurunu oluşturmaktadır (Çavuşoğlu, s. 146).

¹⁴³ Çavuşoğlu, s. 145-146.

¹⁴⁴ 10.02.2009 tarihli Sergey Zolotukhin-Rusya Büyük Daire Kararı (AİHM Bilgi Notu-8). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222> (Erişim. 06.05.2015).

¹⁴⁵ 12.05.2005 tarihli Öcalan-Türkiye Büyük Daire Kararı (AİHM Bilgi Notu-8). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022> (Erişim. 06.05.2015). 04.02.2005 tarihli Mamatkulov ve Askarov-Türkiye Büyük Daire Kararı (AİHM Bilgi Notu-8).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-123703> (Erişim. 06.05.2015).

10.02.2009 tarihli Sergey Zolotukhin-Rusya Büyük Daire Kararı (AİHM Bilgi Notu-8).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222> (Erişim. 06.05.2015).

¹⁴⁶ 12.05.2005 tarihli Öcalan-Türkiye Büyük Daire Kararı (AİHM Bilgi Notu-8).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69022> (Erişim. 06.05.2015).

¹⁴⁷ 27.05.2014 tarihli Margoš-Hırvatistan Büyük Daire Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144276> (Erişim. 08.03.2015).

13.12.2012 tarihli El-Masri-The Former Yugoslav Republic Of Macedonia Büyük Daire Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115621> (Erişim. 08.03.2015).

¹⁴⁸ 15.12.2011 tarihli Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık Büyük Daire Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108072> (Erişim. 08.03.2015).

17.01.2012 tarihli Zontul-Yunanistan Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-122> (Erişim. 06.05.2015).

yapabilmektedir¹⁴⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı¹⁵⁰ ve 09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı¹⁵¹, Mahkeme'nin Sözleşme hükümlerinin canlı ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğine dair açık kabulünü ve evrimleştirici yorum ilkesini ortaya koymaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin sadece kendini kaleme alanların niyetleri doğrultusunda yorumlanmayacağını belirterek, Sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'yi imzaladıkları andakinden tamamen farklı bir şekilde anlam taşıyan hükümleri de uygulamak için bir yükümlülük¹⁵² altında olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca Mahkeme, esas aldığı bu yenilikçi yorumu gerekçelendirebilmek ve Sözleşmeciler Devletleri *de facto* bir uygulama ile karşı karşıya bırakmamak için, doktrinde, bilim ve teknikte meydana gelen değişiklikler yanında, hukuki değişikliklerle sonuçlanan sosyal gelişmeleri de yakından takip etmektedir¹⁵³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) açısından verilen kararlarda, diğer tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğünün içeriğini de genişletme eğiliminde olup, bu eğilimini ortaya koyduğu kararlardan birini ise 08.07.1999 tarihli Karataş-Türkiye Kararı¹⁵⁴ oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin kapsamının genişletildiği bu karara göre, “- özellikle bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğü dâhilinde - kamuda kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve her türlü fikir alışverişine katılma olanağını sağlayan sanatsal ifade özgürlüğünü kapsadığını belirtmiştir (bkz. *mutatis mutandis*, 24 Mayıs 1988 tarihli *Müllers ve Diğerleri- İsviçre davası kararı*) Sanat eseri yaratanlar, gerçekleştirenler, dağıtanlar ya da sergileyenler demokratik bir toplum için gereklilik olan fikir ve

¹⁴⁹ Jean-Pierre Marguénaud, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini Yorum Yöntemleri”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 51. (Yorum).

Bkz. 15.12.2011 tarihli Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık Büyük Daire Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108072> (Erişim. 08.03.2015).

¹⁵⁰ Doğru, C. 1, s. 308-318.

¹⁵¹ Doğru, C. 1, s. 319-326. AİHM tarafından yapılacak bir yorum ile Sözleşme hükümlerinde bir genişleme yapılması mümkünse de, devletin sosyal ve ekonomik hakların geliştirilmesine ilişkin sorumluluğu daha çok ilgili devletin durumuna bağlı olarak değerlendirilmekte ve pozitif yükümlülük için devletin ekonomik yeterliliği dikkate alınmaktadır. Ancak pozitif yükümlülüğü açısından yapılan incelemede Mahkemece devletin tasarrufu ile ihmali arasında bir ayrıma gidilmemekte, Sözleşme ile devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerde pozitif tedbir alması gerektiği bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir (Erdoğan, G., s. 41).

¹⁵² AİHM tarafından kabul edilen evrimci yorum yöntemi ilk olarak 23.03.1995 tarihli Loizidou-Türkiye Kararı'nda kendini göstermiştir (Marguénaud, Yorum, s. 50).

¹⁵³ Marguénaud, Yorum, s. 50.

¹⁵⁴ (http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/26_29_mart/aihm/KARATA%C5%9E.pdf) (Erişim. 14.12.2013).

görüş alışverişine katkıda bulunmaktadır. Bundan dolayı, Devletin yükümlülüğü anılan kişilerin ifade özgürlüklerine aşırı derece tecavüz etmemektir. Bu davada - mahkemenin onaylamadığı- şiirlerin tonuna ilişkin olarak madde 10'un sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin özünü değil aynı zamanda ifade ediliş şekillerini de koruma altına aldığı gözönünde bulundurulmalıdır". Bu açıdan bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile gelişen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dinamik niteliği ortaya konmakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içtihatlar ile gelişmektedir. Nitekim zaman içinde vermiş olduğu kararlarla Mahkeme, ifade özgürlüğünün koruma alanını siyasi ya da kamusal alana ilişkin olarak kullanılan ifadelerden, okul kitaplarına¹⁵⁵, akademik makale ve araştırmalara¹⁵⁶, ticari söylemlere¹⁵⁷, reklam ve basın¹⁵⁸ yoluyla yapılan işlemlere kadar genişletmiştir. Burada dikkat çeken nokta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile sadece ifade özgürlüğü kapsamındaki düşünce ve bilgilerin değil, bu düşünce ve bilgilerin naklediliş şekillerinin ve hatta negatif bir nitelik taşıyan susma hakkının da koruma altında olmasıdır¹⁵⁹.

E. Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Başlangıç bölümünde, Avrupa Birliği'nin sahip bulunduğu manevi ve ahlâki miras bilinciyle¹⁶⁰ insan saygınlığı, özgürlük,

¹⁵⁵ Örnek olarak bkz. 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Lawson, dipnot 34, s. 84). (Doğru, C. 1, s. 161-180).

Handyside Kararı'ndan farklı olarak Bkz. 10.05.2001 tarihli Cyprus-Türkiye Kararı (Lawson, dipnot 34, s. 84). (<http://aihmkararlari.blogspot.com/2006/10/kibris-trkiye-davasi.html>) (Erişim. 15.12.2013).

¹⁵⁶ Örnek olarak bkz. 25.08.1998 tarihli Hertel-İsviçre Kararı (Lawson, dipnot 35, s. 84). ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59366#{"itemid":\["001-59366"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59366#{)) (Erişim. 15.12.2013).

¹⁵⁷ Örnek olarak bkz. 25.08.1998 tarihli Markt Intern-Almanya Kararı (Lawson, dipnot 35, s. 84). ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59366#{"itemid":\["001-59366"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59366#{)) (Erişim. 15.12.2013).

¹⁵⁸ Örnek için bkz. 28.03.1990 tarihli Groppera Radio AG ve Diğerleri-İsviçre Kararı (Lawson, dipnot 38, s. 84). ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57623#{"itemid":\["001-57623"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57623#{)) (Erişim. 15.12.2013). (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=210>) (Erişim. 15.12.2013).

¹⁵⁹ Lawson, s. 84-85; Macovei, s. 25 vd. Bireye düşünce özgürlüğünün tanınması, düşüncenin özgürce ifade edilebileceği anlamına gelmediği gibi, ifade özgürlüğünün sınırlarının sadece düşüncüyü açıklama olarak çizilebilmesi de mümkün değildir (Osman Can, "Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", Liberal Düşünce, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 89). Düşünce ürünü olan tüm etkinliklerin koruma kapsamına giremeyeceği, yapılan açıklamalar yönünden bir takım ayrımlara gidilmesi gerektiği açıktır (Aydın, Ö. D., s. 34).

¹⁶⁰ Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında sıkı bir amaç birliği sağlanabilmesi için insan hak ve özgürlüklerinin korunup geliştirilmesi gerekli görülmektedir (Yılmaz Aliefendioğlu, "İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkemeler Kararlarında Gözlenen

eşitlik ve dayanışmanın bölünmez ve evrensel değerleri ile demokrasi ve hukuk devleti¹⁶¹ (rule of law) ilkeleri üzerine kurulduğu ve Birlik vatandaşları için özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratılmasının gerektiği ve bireyin eylemlerinin odağı olduğu belirtilmiştir¹⁶². Ayrıca Şart'ta, Topluluğun ve Birliğin, görev ve yetkileri ile yerindelik (sübsidiarite)¹⁶³ ilkesi¹⁶⁴ gözetilerek, özellikle devletlerin

Etkisi", **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 21-22, s. 61-76. s. 61). (Etki)

¹⁶¹Türk hukuku açısından da önem taşıyan ve İHEB'te öngörülen insan haklarının hukukun üstünlüğü yoluyla korunmasına dair zorunluluk, Beyanname'nin Başlangıç hükümlerinde yer verilen ve rule of law kelimesi ile karşılanmaktadır. Bu düzenleme ile ilk kez hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü kavramına uluslararası bir belgede yer verilerek, hukuk devleti kavramı ile insan hakları arasındaki bağ ortaya konmuştur (Gemalmaz, C. 1, s. 78-79). İster hukuk devleti (rule of law) isterse de hukukun üstünlüğü (supremacy of law) şeklinde ifade edilsin, terimlerin bir önemi bulunmamaktadır. Hukuk devleti açısından devletlerin hukuk kurallarına göre kurulması, hukuk tarafından yönetilmesi ve her tür işlemlerinin hukuk denetime tabi olması, bu denetiminde bağımsız yargı organlarının ve yargı güvenceleri bağlı şekilde yapılması temel amaç olarak ortaya çıkmaktadır (Tanör, s. 393). Ayrıca bkz. Özkan, s. 165 vd.

".... "hukuka uygun olarak" ifadesinin, bununla benzerlik taşıyan 10(2). fıkrasındaki "hukuken öngörülmüş" ifadesine uygulanmak üzere, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararında belirtilen genel prensiplerin ışığında yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.

Bu prensiplerden birincisi, "hukuk" (law) kelimesinin, sadece yazılı hukuku değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğidir (bk. yukarıda geçen Sunday Times kararı, parag. 47). Mevcut davada Komisyon, Hükümet ve başvuru tarafından uygulanabilirliği kabul edilen ikinci prensip, "söz konusu müdahalenin iç hukukta bir temeli olması gerektiği"dir (bk. yukarıda geçen Silver ve Diğerleri kararı, parag. 86). Bununla birlikte, Sözleşme'deki söz konusu ifadeler, iç hukuka uygunluğun üzerinde ve ötesinde şartları içerecek şekilde ele alınır..." (02.08.1984 tarihli Malone-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 764-774).

"Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'de geçen "hukuk" veya "hukukilik" terimlerinin "sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığını, ama aynı zamanda hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğunu belirtmiştir" (21.02.1986 tarihli James ve Diğerleri Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 2, s. 3-22).

AYM, 26.12.2013, E. 2013/67, K. 2013/164 (RG. 27.03.2014-28954) "...Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir..."

AYM, 10.7.201, E. 2012/107, K. 2013/90, (RG. 22.11.2013-28829) "...Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan..."

¹⁶² Şart tam anlamı ile sentez niteliği taşımamakta olup, başka belgelere ek bir takım haklar da getirmiştir. Şart'ın amacının, ekonomik refahın temini yanında Avrupa kimliğine ve Avrupa ortak değerlerine saygılı bir toplum oluşturmak olduğunu söylemek mümkündür (Annie Gruber (Çev. Erdem Özdemir) , "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 239-240). Bu kapsamda Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği tarafından Lizbon Anlaşması ile diğer uluslararası anlaşmalarla aynı hukuki statüye tabi kılınmıştır (Güzel, s. 288).

¹⁶³ Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 5. (eski 3b) maddesinde düzenlenen subsidiarity (İngilizce)- subsidiarité (Fransızca) ilkesi için, Türkiye'de "yetki ikamesi" veya "ikincillik" ilkesi de kullanılmaktadır (<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>) (Erişim. 15.12.2013). "Kararların yurttaşın en yakın yönetsel düzlemde alınması" olarak tanımlanan subsidiarite ilkesi, Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'ya Maastricht Antlaşması ile eklenmiş ve Avrupa Topluluğunun yetki alanının sınırlandırılması amacı güdülmüştür. Nitekim Maastricht'in 3 B maddesinin 2 ve 3. fıkralarında "Münhasıran kendi yetki alanında bulunmayan alanlarda, subsidiarite ilkesi uyarınca Topluluk ancak tasarlanan eylemin hedefleri üye devletler tarafından yeterli biçimde

ortak anayasal değerlerinden, uluslararası yükümlülüklerinden, Avrupa Birliği Antlaşması'ndan ve Topluluk Antlaşmaları'ndan, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nden, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Şartlar'dan ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları teyit edilmiş, “*bu hakların kullanılması; diğer kişilere olduğu kadar, insanlık âlemine ve gelecek kuşaklara karşı olan ödev ve sorumlulukları da içerir*” denilerek, Şart'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İçtihat Hukuku'ndan kaynaklanan hakları da kabul ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı arasında ifade özgürlüğü konusunda bir paralellik bulunmaktadır.

Siyasi bir bildirge niteliği taşıyan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, bir yandan üye devletler açısından Avrupa Birliği ortak değerlerini ortaya koyarken, diğer yandan da Birlik antlaşmaları ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi'nin içtihatlarını da gözeterek medeni, siyasi ve sosyal hakları bir araya getirmekte ve özellikle Lizbon Anlaşması'yla birlikte Avrupa Birliği'nin insan hakları alanındaki en ayrıntılı hukuk metnini oluşturmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmasıyla, Birlik kararları da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimine tabi kılınmıştır. Buna göre Avrupa Birliği de temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için yükümlülük üstlenmektedir¹⁶⁵.

gerçekleştirilemeyecekse ve dolayısıyla tasarlanan eylemin boyutları ve sonuçları itibariyle Topluluk düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebilecekse müdahalede bulunur. Topluluğun eylemi bu antlaşmanın hedeflerine ulaşmak için gerekli olan düzeyi aşamaz” düzenlemesi yapılmıştır (Ömer Bozkurt, “Siyasi ve Kurumsal Yönleri ile Maastricht Antlaşması ve Avrupa Bütünleşmesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, Mart 1993, Cilt: 26, Sayı: 1, s. 23).

¹⁶⁴ Yerleşik hale gelmiş kararlarına göre, AİHM, Sözleşme sisteminin subsidiarite (yerindelik) özelliğini dikkate almış ve bu ilke gereği, AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Sözleşmeciler Devletlerin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Bu sorumluluğun yerine getirilmesinde öncelikle kamu makamları ile özellikle de yargı makamlarının özel bir önemi bulunmaktadır. AİHM, insan hakları korumasında ülkelerin yargı kararlarını denetlemekle görevli Yargıtay ve Anayasa Mahkemeleri ile ortaklık ilişkisi olduğunu kabul ederek, Sözleşme'de mevcut temel hak ve özgürlüklerin korunması için denetim yetkisine sahip mahkemelere ek bir yükümlülük getirmiştir (Baka, s. 10).

¹⁶⁵ V. Atilla Oğuşgil, “AB Temel Haklar Ajansı'nın İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesindeki Rolü ve Etkinliği”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2013, Cilt: 9, Sayı: 35, s. 58-59. Ayrıca bkz. Mustafa Alp, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2004, s. 2 vd. (Hak).

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulüyle, temel haklar bireyler açısından daha belirgin ve anlaşılır bir hale dönüştürülmüştür¹⁶⁶. Temel Haklar Şartı ile “*insan onurunun dokunulmazlığı*”¹⁶⁷ (ATHŞ m. 1) ilkesi esas alınarak, “*herkes*”in ve özellikle “*her işçi*”nin, özel hayatına¹⁶⁸, aile hayatına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne saygı (ATHŞ m. 7), kişisel verilerin korunması (ATHŞ m. 8/1), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (ATHŞ m. 10/1), işyerinde bilgilenme ve danışma hakkı (ATHŞ m. 27) ve adil ve hakça çalışma koşulları (ATHŞ m. 31) olduğu kabul edilmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 27. maddesindeki işyerinde çalışanların bilgilendirilmesi ve çalışanlara danışılması hakkına dair düzenleme ile işçilerin yönetime katılma hakkı temel bir hak niteliği kazanmış ve özellikle bir kısım Avrupa Birliği Yönergeleri (98/59, 77/187, 94/45 sayılı Yönergeler) ile işçilerin yönetime katılması, bilgi verme ve danışma, işçi çıkarmalarda kullanılacak standartlar ve her tür tazminat hesaplamasında kullanılacak yöntemler, fesih sebepleri gibi konular, bilgilenme ve danışılma hakkı kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca Şart'ın 30. maddesinde yer verilen, işçinin feshe karşı korunması hakkı da Şart'taki düzenleme ile temel hak niteliği kazanmış ve çalışma hakkının korunması için gerekli ve zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Bu kabul, iş akdinin feshinin gerekçelendirilmesini de zorunlu kılmaktadır¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 12, 2007, s. 44. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda sosyal haklar 12 başlık altında toplanmış olup, bu başlıklardan birini de işyerinde işçinin bilgilenme hakkı oluşturmaktadır (Alp, Hak, s. 4).

¹⁶⁷ Temel Haklar Şartı, her işçinin kendi sağlığı, emniyeti ve onuruna saygı gösteren çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahip olduğunu (ATHŞ m. 31/1) belirterek, çalışma ortamında işçi onurunun korunması yönünde hüküm içermektedir (Ekin, s. 28).

¹⁶⁸ **Yargıtay 9. HD, 06.12.2010, E. 2009/37801, K. 2010/36261** “İşçinin özel yaşamı ve ilişkilerinin işverenin ilgi alanı dışında bulunduğu açıktır. Ancak davacının müşterisi olan evli bir erkekle özel ilişkiye girdiği, söz konusu kişinin eşi tarafından, bu münasebeti ve eşi ile kendisini tehdit ettiği için işverene şikâyet edildiği de dosya içeriğine göre sabittir. Şikâyet üzerine idari soruşturma başlatılmış, davacı ve ilgililerin beyanlarına başvurulmuş, olay işyeri çevresinde bilinir hale gelmiştir. Bankacılık piyasasında ve müşteri çevresinde bilinmemesi sonuca etkili değildir. Fesih varsayımı dayalı olarak nitelendirilemez. İşçinin olumsuz davranışları yüzünden artık iş ilişkisi işveren açısından normal ölçülerde sürdürülemez haldedir. İhbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması durumu değiştirmeyecektir. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır ve davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Sinerji Mevzuat).

¹⁶⁹ Alp, Hak, s. 18-19 ve 26-28. Şart'ta işçi lehine yer verilen bu haklara 4857 sayılı İş Kanun'da da yer verilmişse de, özellikle İş Kanunu'nun 21. maddesi Avrupa Birliği normları ile uyumsuzlukta ve Şart'a uygunluk açısından İş Kanunu hükümlerinde ciddi eksiklikler bulunmaktadır (Alp, Hak, s. 19).

Avrupa Temel Haklar Şartı'nda insan onurunun işyerinde de korunması için bir düzenleme yapılmış olup, işçiye insan onuruna yakışır adil ve makul çalışma koşullarının sağlanması, işçinin kişisel değerlerinin korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu düzenleme kapsamında işçinin işyerinde gizli kamera ile gözetlenmesi, kayda alınması, dinlenmesi gibi insan onuruna aykırı davranışlarda hak ihlali olarak kabul edilmiş, ayrıca insan onurunun asgari sınırları olarak kölelik ve angarya yasağına (ATHŞ m. 5) yer verilmiştir. Ancak işyerinde işçinin korunması sadece işverene karşı olmayıp, işyerinde çalışan diğer kişilere karşı da işçinin kişisel değerlerinin ve onurunun korunmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle devletler, sadece işverenden yönelecek insan onura aykırı davranışları değil, aynı zamanda işyerinde çalışan diğer kişilerden yönelecek ihlal edici davranışları da önleyici ve koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür¹⁷⁰.

Bilim ve teknolojide yaşanan gelişmeler nedeniyle kişisel verilerin ve özel hayatın korunması giderek zorlaşmaktadır. Kişisel bilgi ve verilerin korunması hakkına Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkının (ASS m. 8) hemen akabinde yer verilmiş ve kişisel verilerin ancak kişinin rızası veya yasa da öngörülen şekillerde tutulması, yine yasa ile öngörülen şekillerde muhafaza edilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁷¹. İnsan hakları kavramının içeriği, değişen, gelişen sosyo-ekonomik ve siyasal koşulların meydana getirdiği yeni tehditler karşısında her geçen gün pratikte ve teoride gelişmekte, bu gelişim sağlanırken "*insan onurunun korunması*"na hizmet etmesi esassından hareket edilmesi gerekmektedir¹⁷².

07.12.2000 tarihinde Nice'de kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın¹⁷³ (Nice Anlaşması) 11. maddesinde de ifade özgürlüğünün sağlanmasının

¹⁷⁰ Alp, Hak, s. 31-32. Ayrıca bkz. Yüksel Metin, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 4, s. 47 vd.; A. Işıl Karakaş, "Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematikliği: Teorik ve Pratik Sorunlar", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2005, Cilt: 22, s. 294. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 3. maddesinde herkesin kendi fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne karşı saygı duyulmasını isteme hakkı (kişisel bütünlük hakkı) düzenlenmiştir (Uygun, s. 72).

¹⁷¹ Uygun, s. 73. Demokratik hukuk devletleri ifade özgürlüğünü koruma ve gelişmesine imkân sağlama açısından en uygun rejimleri oluşturmaktadır (Şahbaz, s. 27).

¹⁷² Uygun, s. 25. Ayrıca bkz. Metin, s. 47 vd.; Karakaş, s. 294. İnsan onurunun korunması için var olan insan haklarının ortadan kaldırılması halinde, birey otorite (devlet) karşısında korumasız kalacaktır (Donnelly, s. 70).

¹⁷³ (<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>) (Erişim. 15.12.2013).

devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna¹⁷⁴ dair bir yaklaşım söz konusu olup, Şart'ın 11/1. maddesinde “Herkes, ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın, görüş sahibi olma ve fikir ve bilgilere erişim ve yayma serbestisini içerir” denilmektedir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda, ayrıca işyerinde ifade özgürlüğü ile bağlantılı olan sendika özgürlüğü (m. 12), çalışanların işyerinde bilgilendirilme ve danışılma hakkı (m. 27), toplu görüşme ve toplu eylem hakkı (m. 28), haksız işten çıkarmada korunma hakkı (m. 30), adil ve uygun çalışma koşulları hakkı (md. 31) gibi kişisel sosyal haklara da yer verilmiş ve bu sosyal haklar açısından devletin “saygı gösterme” (respect), “koruma” (protect) ve “destekleme” (fulfil) yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir¹⁷⁵. Ancak bu yükümlülükler tüm temel haklar için geçerli yükümlülükler olup, çalışma ilişkileri ve sosyal hakların korunup geliştirilmesi açısından oldukça önem taşımaktadır¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği vatandaşlarına temel hak ve özgürlüklerin eşit ve en üst seviyede sağlanabilmesi için öngörülmüş, daha sonra ise 29.10.2004 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İçin Bir Anayasa Anlaşması'nın II. bölümünde yer verilen çekirdek hakları oluşturmuştur. Şart ile sadece klasik temel hak ve özgürlükler değil, Avrupa Birliği vatandaşlarının siyasi hakları ile sosyal ve ekonomik hakları da koruma altına alınmış, ayrıca haklar açısından şeffaflaşma ve netleşme sağlanarak herkesin anlayabileceği, açık bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır (Zafer Gören, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 22-23) (Onur); Alp, Hak, s. 1. Ayrıca bkz. Metin, s. 47 vd.

Avrupa Sosyal Şartı, onur (dignity), özgürlükler (freedoms), eşitlik (equality), dayanışma (solidarity), vatandaşlık (citizenship), adalet (justice) ve genel hükümler (general provisions) olarak yedi başlık (54 madde) ve bir giriş bölümünden oluşmakta, bu düzenlemeler Avrupa Birliğine yol göstermektedir (Hakan Taşdemir, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Güz 2002, Cilt: 2, Sayı: 3, s. 95). Ayrıntılı bilgi için bkz. Karakaş, s. 293 vd.

¹⁷⁵ Alp, Hak, s. 12-13; Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 55 Jean-François Akandji-Kombé (Çev. Özgür Heval Çınar ve Abdülcelil Kaya). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, 1. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Şubat 2008, s. 5 (Pozitif); Mesut Gülmez, “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, S. 4, 2005/1, s. 270-272 (Aykırılık); Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 112. Devletin sosyal, kültürel ve ekonomik alanda üstlendiği saygı gösterme koruma, destekleme yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koch, s. 9 vd.

1997 tarihli Maastricht Prensipleri'nde de sosyal haklar açısından devletin “saygı gösterme” (respect), “koruma” (protect) ve “destekleme” (fulfil) yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. http://www.etconsortium.org/nc/en/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid5D=23 (Erişim 15.03.2015).

¹⁷⁶ Alp, Hak, s. 12-13. Temel Haklar Şartı'nın amacı, Avrupa Birliği kurumlarının insan haklarına saygı duymasının sağlanması ve temel hakların güvence altına alınması olarak ortaya konmuş ve Şart ile temel haklara etkin bir koruma sağlanmak istenmiştir (Metin, s. 46). Ek olarak bkz. Koch, s. 9 vd.

F. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

İnsan hakları kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı olan bir diğer sözleşme ise Avrupa Sosyal Şartı¹⁷⁷ olup, Şart'ın amacı somut ve etkili hakların sağlanması olarak belirtilmiştir. Bu amaç doğrultusunda Şart'ta öngörülen hakların sadece teoride değil, uygulamada da etkin kılınması Şart'a taraf devletler açısından temel bir yükümlülük oluşturmaktadır. Sözleşmeciler devletlerin Avrupa Sosyal Şartı ile tanınan haklarla ilgili sadece yasal düzenleme yapması değil, aynı zamanda özgün ve somut adımlar atması da gerekmektedir. Şart'la, Avrupa Konseyi'ne üye devletler açısından ulusal geleneklerin çeşitliliğine saygı koşulu ile ayrımcılık yapmama ve katılımcılık gibi temel değerler geliştirilmeye, insan haklarının bölünmezliği ilkesi sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁷⁸.

Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen Avrupa Sosyal Şartı, imzacılarını bağlayan hukuksal bir belge niteliği taşımaktadır ve Şart'ın ekonomik ve sosyal hakların korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin karşılığı olması amaçlanmıştır¹⁷⁹. Ancak Şart, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kadar ilgi görmemiştir¹⁸⁰. Avrupa Sosyal Şartı, temel hakların bölünmezliği ilkesi gereği

¹⁷⁷ Avrupa Sosyal Şartı, birinci kuşak haklara göre daha geride kalan sosyal hakları Avrupa Konseyi sisteminde düzenleyen ilk ve temel belge olması açısından oldukça önem taşımaktadır. Böylece sosyal haklar alanında doğan boşluk giderilmiştir (Gemalmaz, C. 2, s. 169-171).

¹⁷⁸ Isabelle Chablais Fabrizzi, (Çev. Gülden Kurt). "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı: Son Gelişmeler", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 53. Ayrıca bkz. Mesut Gülmez, Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 150 vd.; Nurşen Caniklioğlu, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 157 vd.; Füsun Arsava, "İnsani Devletler Hukuku ve İnsan Hakları Sözleşmeleri İlişkisi", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2009, Cilt: 5, Sayı: 19, s. 4. Şart hükümlerinin uygulanmasının gözetimi için bkz. Öner Eyrenci, "Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Mevzuatı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1998-1999, Cilt: 53, Sayı: 1-4, s. 233-234. Avrupa Sosyal Şartı'nın 2. Bölümünde herkesin özgürce edinebildiği bir işte çalışma hakkından bahsedilmişse de, zaten bu hak hukukumuzda sözleşme özgürlüğü (sözleşme serbestisi) başlığı altında TBK'nun 26. maddesinde (818 sayılı BK m. 19) genel bir hukuk ilkesi olarak mevcuttur. Bu nedenle, Avrupa Sosyal Şartı'nın imzalanmasından önce de Yargıtay kararlarında sözleşme serbestisi kişi özgürlüğü olarak değerlendirilmiştir (Şahin Çil, "Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 18, Haziran 2010, s. 56).

¹⁷⁹ Avrupa Sosyal Şartı'nın hazırlanış süreci için bkz. Jean-Michel Servais (Çev. Samim Ünan). "Avrupa Sosyal Şartı ve ILO Normları: Bazı düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1998-1999, Cilt: 53, Sayı: 1-4, s. 287 vd.

¹⁸⁰ Klaus Fuchs, (Çev. Mesut Gülmez) "Avrupa Sosyal Şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler", **Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu - Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993, s. 27-28.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tamamlayıcısıdır ve imzacı devletlerin anayasal düzenlerine dâhil olan uluslararası insan hakları sözleşmesidir. Türk Hukuku açısından da Anayasa'nın 90/5. maddesi gereği, tıpkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan haklarına ilişkin diğer uluslararası anlaşmalar gibi bir iç hukuk kaynağıdır¹⁸¹. Bu nedenle bazı Yargıtay kararlarında, sınırlı bir sayıda da olsa, Avrupa Sosyal Şartı'na yer verilmiş ve hatta bazı Şart hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanması yoluna gidilmiştir¹⁸². İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden beri pek çok belgede insan haklarının bölünmezliği ilkesinin kabul edilmesine rağmen, özel hukuktan doğan kişisel hakların ihlaline ilişkin adli yollara müracaat edildiğinde, mahkemelerce ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal hakların bir bütün olarak değerlendirilmesinden kaçınılmakta, haklar bölünmekte ve hatta bazı durumlarda sorgulanmaktadır. Ancak uluslararası hukukun iç hukuklarda doğurduğu etki, aynı zamanda bireylerin kişisel alanlarında da etki doğurmakta, bireyler arasındaki mevcut haklar ve ihlallerde insan haklarının evrenselliği temelinde, hakların bölünmez ve birbirine sıkıca bağlı olduğunun gözetilmesi gerekmektedir¹⁸³.

Avrupa Sosyal Şartı ile herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkesin, ekonomik ve sosyal haklardan yararlanmasının sağlanması amaçlanmıştır¹⁸⁴, Şart ile sosyal haklar bir bütün olarak düzenlenmiştir. Şart'ın bir bölümünde bağlayıcı olmayan amaçlara yer verilirken, bir diğer bölümünde ise hukuksal bağlayıcılık taşıyan düzenlemeler yapılmıştır¹⁸⁵. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartı ile Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerinde yer alan kurallar tekrar edilmiştir¹⁸⁶. Ancak Şart, Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerinden hem daha az ayrıntı içermekte hem de koruma derecesi açısından Uluslararası Çalışma Örgütü belgelerinden daha geride bulunmaktadır¹⁸⁷.

¹⁸¹ Luis Jimena Quesada (Çev. İbrahim Ö. Kaboğlu) "Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 66; Gülnur Erdoğan, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül-Ekim 2008, Sayı: 78, s. 128-130 (Erdoğan, G., Şart). Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından imzadan ancak 28 yıl sonra (1989) ve bazı hükümlerine çekince konularak onaylanmıştır (Eyrenci, s. 226).

¹⁸² Çil, s. 65.

¹⁸³ Koch, s. 3-4.

¹⁸⁴ Eyrenci, s. 225. Koruma altına alınan haklar için bkz. Erdoğan, G., Şart, s. 131 vd.

¹⁸⁵ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 210. Ek bilgi için bkz. Kapani, Boyut, s. 55.; Erdoğan, G., Şart, s. 131 vd.

¹⁸⁶ Şart'ın tekrar ettiği ILO normları için bkz. Servais, s. 292 vd.

¹⁸⁷ Servais, s. 290.

Avrupa Sosyal Şartı ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı arasındaki en belirgin fark denetim sistemi açısından ortaya çıkarken, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda daha fazla sayıda sosyal hakkın daha etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır¹⁸⁸.

Çalışma hakkı kapsamında işyerinde kişi onurunun korunmasına ise Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 26. maddesinde yer verilmiş olup, maddede Sözleşmeciler tarafların işçilerin çalışma hayatında insan onurunun korunması hakkının etkili şekilde kullanılması temin etmek amacıyla işveren ve işçi kuruluşlarıyla işbirliği yaparak gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür¹⁸⁹.

G. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Diğer Sözleşmeler

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün¹⁹⁰ en önemli çalışmalarını, uluslararası iş hukuku normlarının yapılmasına ilişkin yasama faaliyetleri oluşturmaktadır. Örgüt tarafından, konferanslar aracılığıyla, Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları ile uluslararası iş hukukunun temel normları ve kaynakları meydana getirilmektedir¹⁹¹. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel ilkelerine göre ise ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü, desteklenen bir ilerlemenin vazgeçilmez bir şartını oluşturmaktadır¹⁹². Uluslararası Çalışma Sözleşmelerini imzalayan devletlerin Sözleşme hükümleri için çekince hakkı mevcut olmayıp, Sözleşmeyi onaylayan her Devlet açısından iç hukuk düzenlerini hem mevzuat hem de uygulama açısından Sözleşme hükümleri ile uyumlu hale getirmek zorunluluğu¹⁹³ bulunmaktadır¹⁹⁴. Bu nedenle, Uluslararası Çalışma Örgütü normları da, Avrupa

¹⁸⁸ Algan, s. 214. Ek olarak bkz. Koch, s. vd.

¹⁸⁹ Gemalmaz, C. 1, s. 86. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın uygulaması için bkz. Erdoğan, G., Şart, s. 153 vd.

¹⁹⁰ ILO, sosyal adalet ve uluslararası insan hakları ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışan BM nezdinde oluşturulmuş ihtisas kuruluşudur (Ahmet Taşkın, "Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2011, Sayı: 30, s. 455).

¹⁹¹ ILO'nun çalışma usulleri ve tavsiye kararlarının oluşturulma şekilleri için bkz. Rüçhan Işık, "ILO'nun 14 Haziran 2012 Tarihli ve 202 Numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla İlgili Tavsiye Kararı Üzerine Bir Not", **Sicil İş Hukuku**, Aralık 2012, Sayı: 28, s. 239 vd.; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 84 vd.

¹⁹² Taşkın, s. 456.

¹⁹³ Devletler açısından bu yükümlülük Devlet onayı ile değil, onay belgesinin ILO tarafından kaydedildiği tarihten on iki ay sonra başlamaktadır (Süzek, s. 81).

¹⁹⁴ Süzek, s. 80-81. Sözleşmeciler Devletler onayladıkları sözleşmelere ilişkin olarak, iç hukuk düzenlerinde aldıkları önlemleri içeren raporları belirli aralıklarla ILO'ya sunmakla yükümlü olup, bu

Sosyal Şartı gibi, medeni ve siyasi haklar yanında sosyal hakların da insan hakları kapsamında değerlendirilmesini ve çalışma normlarında sosyal haklara işlerlik kazandıran ifade özgürlüğü, haberleşme ve konut hakkı gibi hak ve özgürlüklerin tanınmasını gerektirmektedir¹⁹⁵.

Çalışma Örgütü Sözleşmeleri dışında Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerinde de çalışma hayatına ilişkin hükümler öngörülmekte ve özellikle Avrupa Tek Senedi (1986), Maastricht¹⁹⁶ (1992) ve Amsterdam¹⁹⁷ (1997) Anlaşmaları ile değişikliğe uğrayan Avrupa Birliği Andlaşması (Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması), Avrupa Birliği Sosyal Şartı (1989) gibi sözleşmeler ile iş ve sosyal güvenlik hukuku düzenlemeleri bulunmaktadır. Bunlar dışında iş hukukunda, Avrupa Birliği Andlaşması ile verilen yetki çerçevesinde, Avrupa Birliği Konseyi ve Komisyonu tarafından tüzük (reglement), yönerge (directive), karar (decision), tavsiye (recommandation) ve görüş (avis) yoluyla da düzenleme yapılmaktadır¹⁹⁸.

raporlar aracılığıyla ILO'nun sürekli denetim yapması ve gerekli yatırımlar aracılığıyla etkin bir şekilde Sözleşmeciler Devletleri gerekli tedbirleri almaya zorlaması söz konusudur. Üye devletler "Özel Paragrafa Alınma" endişesi ile genellikle Sözleşme ile iç hukuklarını uyumlu hale getirmeye çalışmaktadırlar. Nitekim Türkiye, 1983 yılında 98 ve 111 sayılı ILO Sözleşmeleri'nin uygulanması açısından Özel Paragraf yaptırımına maruz kalmıştır. Ancak bu yöntem üye devletler açısından sadece yasal düzenlemelerin incelenmesine imkân sağlamakta, sözleşme hükümlerinin iç hukuk açısından etkin ve pratik bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına dair bir denetim için yeterli olmamaktadır. Raporlar dışında işçi, işveren kuruluşları ile diğer devletler tarafından yapılan şikâyetler aracılığıyla da ILO tarafından denetim yapılabilmekte ve ilgili ülke ILO tavsiye kararlarına ya da Adalet Divanı kararlarına uymazsa ILO Yönetim Kurulu tarafından ilgili ülke dünya kamuoyuna duyurulabilmekte ya da söz konusu öneri ve kararların uygulanmasının sağlanması için öngörülen önlemlerin alınması ILO Genel Kurulu'ndan talep edilebilmektedir (Süzek, s. 86-87).

¹⁹⁵ Servais, s. 287.

¹⁹⁶ Avrupa Topluluk Hukuku'nda bireysel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi için normatif bir düzenleme yapan ilk belge 1992 tarihli Maastricht Andlaşması'dır. Andlaşma'da üye devletlerin ortak anayasal geleneklerden kaynaklanan temel haklara saygı göstereceği (m. 6) ve Avrupa Birliği'nin ortak amacının demokrasi ve hukuk devleti ile insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi (m. 11) olduğu belirtilmiştir (Yazıcı, s. 109).

¹⁹⁷ Temel hak ve hürriyetlerin normatif düzeyde tanınarak, etkin koruma yollarının öngörüldüğü Amsterdam Andlaşması ile Maastricht Andlaşması'nda değişikliğe gidilmiş ve Avrupa Birliği'nin ortak ilkelerinin hürriyet, demokrasi, insan hakları, temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü olduğu kabul edilerek, Avrupa Birliği'nin bu ilkeler üzerine kurulduğu belirtilmiştir (Yazıcı, s. 109). Ek olarak bkz. Gülmez, Ayrımcılık, s. 253 vd.

¹⁹⁸ Süzek, s. 89-90. Avrupa Birliği tam adaylık Statüsü'nün 1999 tarihli Helsinki zirve toplantısında resmen tanınması ile iş ve sosyal güvenlik mevzuatını Avrupa Birliği Müktesebatı ile uyumlu hale getirmek Türkiye açısından bir zorunluluk haline gelmiştir. Avrupa Birliği Müktesebatı, Avrupa Birliği Kurucu Roma Andlaşması dâhil olmak üzere, Avrupa Birliği kapsamında mevcut tüm sözleşmeleri, Birlik organlarınca öngörülen tüm tüzük, yönerge gibi hukuksal metinlerle, Avrupa Adalet Divanı kararlarını kapsamakta, Avrupa Birliği üyelik sürecinde Avrupa Birliği Müktesebatını oluşturan otuz beş müzakere başlığının Türkiye tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 1998 yılından itibaren her yıl ilerleme raporları yayınlanarak Türkiye'nin müktesebata uyum çalışmaları değerlendirilmektedir (Süzek, s. 91-92).

§3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bir temel hak ve özgürlük olarak bireye tanınan ifade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10'da;

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”,

şeklinde iki fıkra halinde düzenlenmiş ve ilk fıkrada ifade özgürlüğünün kapsamı belirlenirken, ikinci fıkrada ise ifade özgürlüğünün sınırlarına yer verilmiştir¹⁹⁹.

Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen “ifade” terimi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifadenin türüne bakmaksızın hukuki, siyasi ya da sosyal içerikli tüm görüş açıklamalarını anlamaktaysa da, ticari nitelikli açıklamalara siyasi nitelik taşıyan görüş açıklamalarından daha dar bir alanda koruma sağlanmaktadır²⁰⁰. Ayrıca ifade özgürlüğü kavramı, bir düşüncenin, görüşün açıklanması dışında, bir düşünceye

¹⁹⁹ AIHS m. 10/2'de ifade özgürlüğünün sınırlarına yer verilmesi, ifade özgürlüğünün her zaman asıl olması, sınırların ise dar yorumlanması gerektiğine dair temel kuralı değiştirmemekte olup, getirilecek sınırların daima istisna olarak değerlendirilmesi gerekmektedir Tarlach Mcgonagle, (Der. Yasha Lange), “Özgür İfade ve Başkalarına Saygı”, **Birlikte Yaşama, Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2010, s. 10); Yasha Lange, “Sonuç-Standartları Belirleme”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, , 2010, s. 50.

²⁰⁰ Sunay, s. 32-33. Ayrıca bkz. Korkmaz, s. 103 vd.; Megan Pearson, “Offensive Expression and The Workplace”, **Oxfords Journals - Industrial Law Journal**, 2014, Volume: 43, Issue: 4, s. 429-420.

katılmama ve hatta düşünceyi açıklamama özgürlüğünü de içermektedir²⁰¹. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemesinde, koruma altında olan ifade özgürlüğünün sınırsız bir hak olmadığı da ortaya konmakta, Sözleşme'nin 10/2. fıkrası ile ifade özgürlüğü kapsamında bulunan söz, fikir ya da haber alma-verme gibi tüm özgürlüklerin bireye bir takım görev ve sorumluluklar yüklediği de kabul edilmektedir. Bu nedenle bireylerin hak ve özgürlüklerini, görev ve sorumluluk bilinci ile kullanması gerekmektedir. Mahkeme ayrıca, ifade özgürlüğünü kullanan bireylerin ifadelerinin taşıdıkları sığara uygun olmasını ve görevleri nedeniyle asker, hâkim, kamu görevlisi gibi sıfatlar taşıyan kişilerin özgürlüklerini daha dikkatli ve daha dar sınırlar içinde kullanmaları gerektiğini belirtmektedir²⁰². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce, ifade özgürlüğü ile birlikte koruma altına alınan pek çok temel hak ve özgürlüğün kullanılabilmesi ve bir kamu makamına ya da özel şahıslara karşı ileri sürülebilmesi, ancak ifade özgürlüğü ile mümkün olduğundan, demokratik hukuk devletlerinde ifade özgürlüğüne özel bir önem verilmesine neden olmaktadır²⁰³.

²⁰¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 366; Şimşek, Veri, s. 146; Sunay, s. 58.

"Mahkeme'ye göre bir özgürlük kavramı, özgürlüğü kullanırken belirli bir ölçüde seçmeyi de içerir" (13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı) (*Doğru*, C. 1, s. 515-516).

²⁰² Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 385. Aynı yönde bkz. Korkmaz, s. 139 vd.; Özbey, s. 45 vd. Kamu görevlilerinin düşünce özgürlüğündeki sorunlar için bkz. Akıllıoğlu, s. 28 vd. Devlet memurlarının ifade özgürlüğü ve basına bilgi veya demeç vermeleri hakkında bkz. Cem Baloğlu, "İfade Özgürlüğü Kapsamında Devlet Memurlarının Basına Bilgi ve Demeç Vermeleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 28, Aralık 2008, s. 103 vd.

"İfade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen 'ödev ve sorumluluklar' yükümlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, 'demokratik bir toplumda' 'gerekli' olan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın 'ahlâkın korunması'na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür 'ödevleri'nin ve 'sorumlulukları'nın bulunduğunu görmezlikten gelemez" (07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı) (*Doğru*, C. 1, s. 161-180).

"Sanat ürünlerini yaratanlar, gösterenler, dağıtanlar veya sergileyenler, demokratik bir toplumda asıl olan düşünce ve fikirlerin alışverişine katkıda bulunurlar. Bu nedenle Devletler, onların ifade özgürlüğüne gereksiz yere tecavüz etmeme yükümlü altındadırlar."

Sanatçılar ve onların çalışmalarını sunanlar, tabi ki Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında öngörülen sınırlamalardan muaf değildirler. İfade özgürlüğünü kullanan kim olursa olsun, bu fıkradaki açık terimler gereğince, "ödev ve sorumluluk" da üstlenirler; bunun kapsamı, kendisinin durumuna ve kullandığı vasıtalarla göre değişir" (24.05.1988 tarihli Müller ve Diğerleri-İsviçre Kararı) (*Doğru*, C. 2, s. 543-560).

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü askarlere, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan diğer şahıslara uygulandığı gibi uygulanır. Ne var ki, askerlerin askeri disiplini zayıflatmasını önlemek amacıyla getirilmiş hukuk kuralları olmaksızın, ordunun gereği gibi işleyeceğini düşünmek zordur" (08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri-Hollanda Kararı) (*Doğru*, C. 1, s. 137-158).

²⁰³ Şahbaz, s. 37.

Sözleşme'nin 10. maddesinde yapılan düzenleme dikkate alındığında, madde metninde öncelikle “herkes”in ifade özgürlüğüne sahip olduğu, hemen akabinde ise ifade özgürlüğünün (hakkının) “*kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin*”;

- Kanaat sahibi olma özgürlüğü,
 - Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü (bilgi ve kanaat hakkı),
 - Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü (haber ve görüş alma hakkı),
- olmak üzere üç çeşit özgürlükten/haktan oluştuğu belirtilmektedir²⁰⁴.

Maddede belirtilen özgürlükler açısından belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğünü oluşturan her bir özgürlük, bir taraftan tek başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin korumasından faydalanırken, diğer taraftan da koruma altında olan toplantı hürriyeti gibi diğer hak ve özgürlüklerin bir unsuru olarak da koruma altında bulunmaktadır²⁰⁵.

I. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

A. Kanaat Sahibi Olma Özgürlüğü

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde öngörülen diğer özgürlüklerin de önkoşulunu oluşturmakta olup, ifade özgürlüğü kapsamında olan diğer özgürlüklerden farklı olarak, mutlak bir korumaya sahiptir²⁰⁶. Bu özgürlüğün mutlak koruma altında olduğunun kabulü, kanaat sahibi olma özgürlüğüne Sözleşme'nin 10/2. maddesinde öngörülen kısıtlamalardan muafiyet sağlamakta ve devletlere bu hak ve özgürlüğün korunması için pozitif ve negatif yükümlülük yüklemektedir. Devletlere yüklenen bu yükümlülük nedeniyle, Sözleşmeciler devletlerin bireylerin tek tip görüş sahibi olması için çalışma yapması,

²⁰⁴ Macovei, s. 11. Ayrıca bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 364 vd.; Öktem Songu, s. 609 vd.

²⁰⁵ Macovei, s. 8. Bilgi kavramının ifade özgürlüğünün kullanılmasında taşıdığı değer gözetildiğinde, bilgi ve kanaatlerin oluşumu yani bilginin edinilebilmesi için, öncelikle bireylere iyi bir eğitim hakkının tanınması gerekmektedir (İbrahim Ö. Kaboğlu, “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1508). (Düşünce).

²⁰⁶ Kanaatin dini, felsefi, siyasi vs. herhangi bir alanda olması önemli değildir. Burada önemli olan nokta bireyin edindiği bilgilerle kendi kanaatini oluşturması ve seçme ve tercih hakkını kullanabilmesidir (Sunay, s. 56-57). Bireyin ifade özgürlüğünü kullanabilmesi için öncelikle bir kanaate sahip olması gerekli olup, kanaatin dini bir konu hakkında olması halinde ifade özgürlüğü değil, din ve vicdan özgürlüğünden bahsolunacaktır (Şahbaz, s. 27).

kayırmaması ya da tek yanlı bilgi yayması mümkün değildir. Zira 26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı'nda²⁰⁷, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletlerin ya da otoritenin endoktrine etmek (aşılacak) veya bir şekilde uygunsuz etkiye bulunmak amacıyla konumunun getirdiği avantajdan yararlanma ihtimali şeklinde bir risk olduğunu kabul ederek, Sözleşmeciler devletlerin kanaatlerini açıklamalarından dolayı bireylere herhangi bir yaptırım uygulayamayacaklarını ve yine bireyleri kanaatlerini açıklamaya da zorlayamayacaklarını belirtmiştir²⁰⁸. Buna göre, kanaat özgürlüğünün “Bireyin istediği düşünce ve kanaati seçme ve bunları benimseme özgürlüğü” olarak tanımlamak mümkün olup, bir kimsenin kanaat ve düşüncelerini ifade etmesi yanında, susma hakkını kullanması da bu özgürlük kapsamında değerlendirilmektedir²⁰⁹.

B. Bilgi (Information) ve Kanaat (Idea) Açıklama Özgürlüğü (Bilgi ve Kanaat Hakkı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “demokratik bir toplum”un²¹⁰ asli unsuru olan ve “Sözleşme’nin 10/1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun ana temellerinden birini ve yine bu toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirme için esaslı şartlarından birini oluşturan”²¹¹ bilgi ve kanaatleri açıklama özgürlüğünün, kamu yararını ilgilendiren diğer konularda olduğu kadar, siyasi konularda da fikir ve kanaatleri açıklamayı ve bu bilgi ve kanaatlere

²⁰⁷ <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=526> (Erişim. 02.03.2014).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{“itemid”:\[“001-58012”\]”}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{“itemid”:[“001-58012”]”}) (Erişim. 02.03.2014).

²⁰⁸ Macovei, s. 11-12. Ayrıca bkz. Décaux, s. 509; Stephanie Palmer, “Human Rights: Implications for Labour Law”, **The Cambridge Law Journal**, Mar 2000, Volume: 59, No: 1, s. 176 ve 192. Belli bilgi ve düşüncelerin tartışılmaz bir doğru olarak bireyin zihnine yerleştirilmesi için yapılan çalışmalar (beyin yıkama) kadar, bilgi ve düşüncelerin sansürlenmesi de kanaatlerin serbestçe oluşmasının engelleyerek, düşünce ve ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir (Erhan Tanju, **AIHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 159-160).

²⁰⁹ Şahbaz, s. 27. Aynı yönde bkz. Korkmaz, s. 55-56; Kaboğlu, Ölçüt, s. 45 vd.

²¹⁰ Demokratik toplum kavramı, AIHM tarafından Sözleşme’nin hem lafzına uygun bulunduğundan, Sözleşme’nin merkezine yerleştirilmiş ve temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Nitekim bu durum 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı’nda “Sözleşmenin tamamına hâkimdir” denilerek ifade edilmiştir (Décaux, s. 502).

²¹¹ 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/3.pdf (Erişim. 08.03.2014).

Aynı yönde bkz. 18.07.2000 tarihli Şener-Türkiye Kararı.

http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/26_29_mart/aihm/%C5%9EEENER.pdf (Erişim. 08.03.2014).

ulaşmayı da gerektirdiğini kabul etmektedir²¹². Ancak Mahkeme, 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı'nda da belirtildiği üzere, bilgi ve kanaat değerlendirmesi yaparken *bilgi (olgu)* ile *kanaat (değer yargısı)* ayrımı yaparak, “*Mahkeme'nin görüşüne göre, maddi yargılar ile değer yargıları arasında dikkatlice bir ayırım yapılması gerekir. Olayların varlığı kanıtlanabilir, fakat değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli değildir*”²¹³ demektedir. Bu ayrıma göre kanaat, olay ya da duruma ilişkin bir bakış açısını ya da kişisel bir fikri anlatırken, olgu (bilgi) doğruluğu denetlenebilir ve kanıtlanabilir verilerden oluşmaktadır. Kanaatin (değer yargısı), olgudan (bilgi) farklı olarak, doğruluğunun denetlenmesi ya da kanıtlanması mümkün değildir. Olgunun (bilginin) ise doğru ya da yanlışlığının ispatı mümkündür²¹⁴. Her ne kadar kanaatin (değer yargısının) doğruluğunun kanıtlanması imkânsız olsa da, kanaat niteliği taşıyan eleştirilerin ve spekülasyonların da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve korunması gerekmektedir²¹⁵. Açıklanan kanaatlerin ülkelerin iç hukuklarında ve özellikle ceza kanunlarında hakaret, iftira gibi bir suç oluşturup oluşturmadığı noktasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan kanaat-olgu ayrımı önem taşımaktadır. Ancak kanaatlerin de belli bir olguya (bilgiye) dayanması gereklidir²¹⁶. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.02.2001 tarihli Jerusalem-Avusturya Kararı'nda “*bir iddianın bir değer yargısından ibaret olduğu durumda dahi, yapılan müdahalenin orantısallığı suçlanan iddia konusunda yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olabilecektir. Zira kendisini destekleyecek hiçbir olgusal temeli olmayan bir değer yargısı dahi aşırıya kaçmış olabilir*”²¹⁷ şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıca

²¹² Macovei, s. 12. Korkmaz, s. 65; Kaboğlu, Ölçüt, s. 46 vd. İletişim özgürlüğü ve sınırları için bkz. Zehra Gönül Akkanat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 18, Sayı: 1, s. 172 vd.

²¹³ 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/3.pdf (Erişim. 08.03.2014).

²¹⁴ AİHS, olgu ve kanaat arasında ispat yükümlülüğünde bir ayrıma gitmiştir (Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 10. Maddesi; İfade Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1318).

²¹⁵ “*Olayların varlığı ortaya konulabilir, ancak değer yargılarının doğruluğu kanıtlanabilir niteliğe sahip değildir. Bir değer yargısının doğruluğunu kanıtlamak imkânsızdır ve 10. madde ile teminat altına alınan hakkın temel bir parçası olan düşünce özgürlüğünü ihlal eder*” (19.05.2005 tarihli Turhan-Türkiye Kararı).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_turkiye/8.pdf (Erişim. 09.03.2014).

²¹⁶ Macovei, s. 14-16; Avcı, s. 134-135.

²¹⁷ Macovei, s. 16.

Mahkeme, sanat aracılığıyla kendini ifade eden bireyin sanatsal ifadelerinin de ifade özgürlüğü kapsamında görülerek korunacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre *“Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir”*²¹⁸. Bu nedenle özellikle sanatsal araçlar ile fikir ve kanaat edinilmesi için yapılan katkılar, sanatsal özgürlük ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımı demokratik bir toplumun temelini oluşturmaktadır²¹⁹. Zira kültürel bir varlık olarak bireyin, hem kendini hem de kültürü yarattığı düşünüldüğünde, insanın temel özelliğinin düşünmek ve yaratmak olduğu ortaya çıkmaktadır²²⁰. Bireye düşünme ve yaratma hakkının tanınması, bireyin çok çeşitli yollarla kendini ifade etmesine de imkân tanımaktadır. Bu nedenle bireyin kendini ifade etmesinin bir aracı olan sanat ve sanat özgürlüğüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından insanlığın gelişmesi ve medeniyetin çeşitliliği açısından yaşamsal bir önem atfedilmektedir²²¹.

“However, the Court further recalls that, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive” (27.02.2001 tarihli Jerusalem-Avusturya Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59220> (Erişim. 09.03.2014).

Aynı yönde bkz. 26.02.2002 tarihli Dichand ve diğerleri-Avusturya Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60171> (Erişim. 09.03.2014).

²¹⁸ Macovei, s. 13-14.

“Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression” (24.05.1988 tarihli Müller ve Diğerleri-İsviçre Kararı).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57487#{"itemid":\["001-57487"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57487#{)

(Erişim. 09.03.2014). Ayrıca bkz. (Doğru, C. 2, s. 543-560).

Aynı yönde bkz. 14.01.1993 tarihli Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya Komisyon Raporu.

http://www.menschenrechte.at/orig/93_3/Otto-Preminger-Institut.pdf (Erişim. 09.03.2014).

²¹⁹ Macovei, s. 13.

²²⁰ Milan Damjanović (Çev. Semiramis Kantel,), “Yaratma Hakkı”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Yayınları, Ankara, 1996, s. 77-78.

²²¹ Karan, s. 360.

“AİHM 10. madde’nin özellikle bilgi ve fikir edinme ve yayma özgürlüğü kapsamında artistik ifade özgürlüğünü de içerdiğine ve bu durumun her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin değiş-tokuşuna katılma fırsatı yarattığına dikkat çeker (bkz. mutatis mutandis, Müller ve Diğerleri/İsviçre 24 Mayıs 1988 tarihli karar, Seri A sayı 133, s. 19, § 27). Sanat eserleri yaratan, dağıtan veya sergileyen kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına katkıda bulunmaktadır ki bu da demokratik bir toplum için büyük önem taşır. Bu nedenle Devlet, yazarın ifade özgürlüğüne gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğüne sahiptir (yukarıda anılan Müller ve Diğerleri, s. 22, § 33)”. 29.05.2005 tarihli Alınak-Türkiye Kararı (<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aih-m-karar-inceleme/m10/Alinak-Karar.pdf>) (Erişim. 16.11.2014).

Sanatsal çalışmalar dışında akademik çalışmalar da, çalışanların çalıştıkları kurumlardan ve sistemden bağımsız bir şekilde görüşlerini özgürce ve bir sınırlama olmaksızın, bilgi ve gerçeklerin ortaya konulmasını ve yayılmasını gerektiren bir alan olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda akademisyenlerin araştırmalarını yürütmelerini ve sonuçları yayınlamalarını engelleyici davranışlar ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir²²².

İfade özgürlüğü, gerçeği araştırma, bulma ve yayma haklarının eksiksiz kullanılabilmesini sağlaması açısından ayrıcalıklı bir konuma sahip olup, kamusal tartışma ve muhalefet etme imkânı sağlaması nedeniyle demokratik bir toplumda oldukça önemlidir²²³. Bireyin, diğer kişilerle ve çevresinde olup bitenler hakkında bilgi ve fikir sahibi olması, bu bilgi ve fikirleri değerlendirerek yorumlaması, ürettiği düşünceleri diğer kişilere açıklaması ve bu yönde çevreyi ve diğer kişileri etkilemesi ifade özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır²²⁴. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında fikir almak ve vermek serbestisi ülke sınırları olmaksızın kabul edilmekte ve bu durum ifade özgürlüğü kavramına uluslararası bir nitelik kazandırmaktadır²²⁵.

Bireyin diğer kişilerle ve çevresinde olanlarla ilgili olarak bilgi edinmesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da yer verilen bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Şart'ta yer verilen bilgi edinme hakkı (ATHŞ m. 42) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gerçek ya da tüzel kişilerce eksiksiz ve tam kullanılmasının sağlanması amaçlanmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında gerekli bilgi ve belgeleri sağlama yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir.

²²² Karan, s. 361. Ayrıca bkz. "AİHM, akademik personelin çalıştığı üniversite ve sistem hakkındaki düşüncelerini özgürce ifade etme ve sınırlama olmaksızın bilgilerini ve gerçekleri yayma özgürlüğünü bünyesinde bulunduran akademik özgürlüğün önemini vurgular" (23.06.2009 tarihli Sorguç-Türkiye Kararı) (<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/17089-03.pdf>) (Erişim. 16.11.2014).

²²³ Sunay, s. 2. Farklı fikirlerin ileri sürülebildiği bir ortam yaratması nedeniyle ifade özgürlüğünde kamu yararı bulunmaktadır (Pearson, s. 430). AİHM, 05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç Kararı'nda halkın somutlaşmış risklere karşı bilgilendirme hakkı mevcut olduğunu belirterek, devletin bu riskleri önleyici tedbirleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir (AİHM Bilgi Notu-3). Nükleer enerji tesisinin inşası ile ilgili olarak bilgiye erişim hakkı için bkz. 10.07.2006 tarihli Matky-Çek Cumhuriyeti Kararı (McGonagle, s. 39).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76707> (Erişim. 04.05.2015).

²²⁴ İlal, s. 69.

²²⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 364.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 26.03.1998 tarihli Leander-İsviçre Kararı'nda²²⁶ ifade özgürlüğünün (AIHS m. 10) bireylerin kendi kişisel durumlarına ilişkin kayıtlara erişim için bir hak oluşturmadığına ve devletler açısından bu belge ve bilgilerin bireye ulaştırılmasında bir yükümlülük öngörülmediğine karar vermiştir. Bu yükümlülük Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında genellikle özel hayat çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak Mahkeme'nin bilgi alma hakkı kapsamında yorumları da giderek genişletmektedir²²⁷.

C. Bilgi ve Kanaatlere Ulaşma Özgürlüğü (Haber ve Görüş Alma Hakkı)

İfade özgürlüğünün bir çeşidini oluşturan bilgi ve kanaatleri açıklama özgürlüğü ile bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü arasında sıkı bir bağ bulunmakta ve bu iki hak birbirini tamamlayan iki özgürlük olarak ortaya çıkmaktadır²²⁸. Ancak bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, bilgi ve kanaatleri açıklama özgürlüğünden farklı olarak daha çok medya/basın ile ilgili bir özgürlük olup, bilgi toplama ve her tür kanuni kaynağa ulaşarak bilgi araştırma, hem ulusal hem de uluslararası kaynaklardan, özellikle kamu çıkarını ilgilendiren konularda, halkın bilgi edinme hakkını içermektedir²²⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu özgürlüğün daha çok halkın siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını öğrenme ve bu konularda bir fikir oluşturma, siyasi tartışma ortamı sağlama ve demokratik bir toplumun temelini oluşturduğu noktasından hareket etmektedir. Ancak bu özgürlük, Mahkeme

²²⁶ “Mahkeme, bilgi edinme özgürlüğünün esas itibarıyla, bir kimsenin, başka kişilerin vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi almasının, Hükümet tarafından kısıtlanmasını engellediğini gözlemlemektedir. Sözleşme'nin 10. maddesi, mevcut davadaki gibi şartlar içinde bireye, kendisinin kişisel durumu hakkında bilginin yer aldığı bir sicile ulaşma hakkı vermediği gibi, Hükümete, bu tür bir bilgiyi bireye verme yükümlülüğü de içermemektedir” (26.03.1998 tarihli Leander-İsviçre Kararı) (*Doğru*, C. 2, s. 279-300).

²²⁷ İktal Gür, **Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2010, s. 66. Ayrıca bkz. Erhan Tanju, **AIHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 163-164; Korkmaz, s. 192.

²²⁸ Macovei, s. 13. Enformasyon hakkı olarak da nitelenen fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanak ve serbestisine sahip olma hakkı, kanaat oluşturma ve fikir edinme imkânı tanıdığı için, düşünce özgürlüğünün temel ögesini oluşturmaktadır (Kaboğlu, *Düşünce*, s. 1507).

²²⁹ Yönetimde açıklık ilkesinin benimsenmesiyle gelişen bilgi edinme hakkı ile yönetimde etkinliğin ve verimliliğin artırılması, vatandaşın korunması ve demokratik işlerliğin sağlanması amaçlanmaktadır (Eken, Musa. “Bilgi Edinme Hakkı”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1996, Sayı: 17-18, s. 61).

tarafından da ortaya konduğu gibi sadece siyasi konulara ilişkin bir bilgi edinme hakkı olmayıp, kamuyu ilgilendiren tüm konuları da içeren bir hak niteliği taşımaktadır. Kamuyu ilgilendiren her konuda yapılacak bir engelleme ifade özgürlüğünün ihlaline neden olmaktadır²³⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Sözleşme’de herkese ait bir hak olarak belirtilen haber, bilgi ve enformasyon hakkı, düşünce ve kanaat sahibi olma ve bunları ifade etme hakkı dar anlamda düşünce özgürlüğünün de unsurlarını oluşturmakta ve daha geniş olarak değerlendirildiğinde düşünceyi açıklama ya da ifade özgürlüğü olarak ifade edilen temel hak kapsamına, düşüncenin bir takım kitle iletişim araçlarının kullanılarak açıklanmasına, bilgilendirme ve gerçekleri öğrenme hakkının ve iletişim özgürlüğünün de dâhil olduğu görülmektedir²³¹. Bu nedenle ifade özgürlüğü, esas itibariyle bireyin kendi düşünce ve kanaatlerini başkalarına iletmesi hakkını (haberleşme özgürlüğünü) korumaktadır²³².

İfade özgürlüğünü kullanmanın bir aracı olan haberleşme hakkı, bireyin diğer insanlarla engellenmeksizin ya da sansür edilmeksizin iletişim kurabilmesini ve haberleşmenin gizliliğine saygı duyulmasını gerektirmektedir²³³. Haberleşme kavramı, mektup, telefon, teleks gibi teknolojik gelişime uygun şekilde iletişim sağlayan araçlarla yapılan tüm iletişimi kapsamakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de haberleşme kavramını günün şartlarına göre değişen bir şekilde geniş

²³⁰ Macovei, s. 16-19. Bkz. 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/3.pdf (Erişim. 08.03.2014).

Bilgi edinme hakkı, insan haklarının gelişiminde üçüncü kuşak haklar olarak ortaya çıkmaktadır (Eken, s. 63).

²³¹ Avcı, s. 85. Aynı yönde bkz. Tanju, s. 164-165; Korkmaz, s. 46 vd.; Kaboğlu, Ölçüt, s. 46 vd.; Eken, s. 61 vd. Ayrıca bkz. 05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç (AIHM Bilgi Notu-3) ve 23.09.1994 tarihli Jersild-Danimarka Kararı (Doğru, C. 3, s. 384-403).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138597> (Erişim. 19.04.2015).

²³² Erdoğan, Sınırlar, s. 26.

²³³ **Yargıtay 4. HD, 21.10.2010, E. 2009/13923, K. 2010/10697**, “...Anayasa’nın <Haberleşme hürriyeti> başlıklı 22. maddesinde, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Bundan başka, Medeni Yasa’nın 24. ve 25. maddeleri ile koruma altına alınmış olan bu hakların saldırıya uğramasının yaptırımı da Borçlar Yasası’nın 49. maddesinde gösterilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde de herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir; maddenin ikinci fıkrasında yasaya uygun sınırlama nedenleri sayılmıştır. Anayasa’ın 20/2 ve 22/2. maddeleri gereğince milli 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 yargıç kararı bulunması; bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasa ile yetkili kılınmış merciün yazılı emri ile kişinin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilir, bunlara el konulabilir, haberleşme engellenebilir ve gizliliğine dokunulabilir” (Sinerji Mevzuat)

yorumlamaktadır. Haberleşme hakkı, sadece ifade özgürlüğünün kullanılması anlamında değil, aynı zamanda özel hayatın korunması açısından da önem taşımakta, bu nedenle özel görüşmeler dışında, mesleki görüşmeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim Mahkeme, 25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı'nda²³⁴, haberleşme kavramının hem konuttan hem de işyerinden yapılan konuşmaları kapsadığını açıkça belirtmektedir²³⁵. Bu nedenle, haberleşme özgürlüğünün eksiksiz sağlanabilmesi, işçinin işyerinde yaptığı haberleşme ve telekomünikasyonun gizliliğinin ve güvenilirliğinin sağlanmasını ve bu hakkın hem kamu makamlarına hem de işverene ve diğer çalışanlara karşı korunmasını gerektirmektedir. Kaldı ki, haberleşme ve telekomünikasyon hakkı ile bireyin sosyalleşmesi ve kendini geliştirmesi arasında yakın bir ilişki mevcuttur²³⁶. İfade özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılabilmesinde kitle iletişim araçlarının oldukça önemli bir yeri bulunmakta, sosyal ve siyasal hayatın gelişimi ve değişimi sağlanmaktadır. Bu nedenle, düşünce ve ifade özgürlüğü ile iletişim özgürlüğü birbirinin olmazsa olmaz koşulunu oluşturmaktadır.²³⁷

Her ne kadar ifade özgürlüğünün ilk koşulunu haber, fikir ve bilgi alma hakkı oluşturmaktaysa da, “enformasyon hakkı” olarak da tanımlanan haber, belge ve bilgilere ulaşabilme hakkı da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen bilgi edinme hakkı sadece genel nitelik taşıyan bilgi kaynaklarına ulaşma hakkını içermektedir. Hatta bu hak ülke sınırları olmaksızın geçerlilik taşımaktadır²³⁸. Ancak devletin üstlendiği bu genel pozitif yükümlülük, halkın bilgilene hakkı kapsamında, çalışanların mesleki riskleri de dâhil olmak üzere, gerekli bilgilendirmeyi yapmasını ve bu riskleri önleyici tedbirleri almasını da gerektirmektedir²³⁹.

²³⁴ “It is clear from the Court’s case-law that telephone conversations made from the home are covered by the notions of “private life” and “correspondence” under Article 8 of the Convention (art. 8)” (25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039> (Erişim. 15.11.2014).

²³⁵ Arslan Öncü, s. 201. Ayrıca bkz. Pearson, s. 430 vd.; Palmer, s. 188 vd.; Şimşek, Konut, s. 100 vd.

²³⁶ Şimşek, Veri, s. 148.

²³⁷ Akkanat, s. 171-172.

²³⁸ Sunay, s. 49-50. Ek olarak bkz. Kaboğlu, Ölçüt, s. 46 vd.

²³⁹ 05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç (AİHM Bilgi Notu-3).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138597> (Erişim. 19.04.2015).

II. İfade Özgürlüğünün Sınırları

A. Genel Olarak

İfade özgürlüğü (*dış dünyaya yapılan açıklamalar-forum externum*), düşünce özgürlüğünden (*iç inanç dünyası-forum internum*) farklı olarak mutlak bir hak olmayıp, bu hakkın kullanımı beraberinde bir takım sorumlulukları ve görevleri de getirmekte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. fıkrasında yer verilen kısıtlamalara tabi olmaktadır²⁴⁰.

“İnsanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollardan (söz, basın, resim, sinema, tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi” anlamına gelen düşünce özgürlüğü, düşüncelere ulaşabilme, düşüncelerinden dolayı kınanmama ve bu düşünceleri serbestçe yayabilme hakkından oluşan bir bütün olup, düşünce özgürlüğü, düşünce ve açıklama özgürlüğü ya da ifade (açıklama) özgürlüğü vs. her ne şekilde adlandırılırsa adlandırılırsın, düşünceler ve bu düşüncelerin ifade edilebilmesi bireyin varlığının ve kendini ifade etmesinin kanıtı olarak ortaya çıkmakta ve özgürlükçü demokrasinin temelini oluşturmaktadır²⁴¹. Fakat tüm özgürlüklerin ve özellikle ifade özgürlüğü kavramının yanlış anlaşılması sadece insanlar için öngörülen temel hak ve özgürlüklerin değil, insan hakları ile bağdaşması mümkün olmayan ve onu yok etmeye yönelik bir takım köktenci ifadelerin de yayılmasına neden olmaktadır²⁴². Bu nedenle, hem bireylerin hakları arasında bir dengenin sağlanabilmesi hem de kamu düzeninin sağlanıp korunabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin de sınırlanması

²⁴⁰ Weber, s. 1. Benzer yönde bkz. Korkmaz, s. 56 ve 144 vd.; Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğü’nün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 609; Jim Murdoch, (Çev. Serkan Cengiz), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması”, **Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, 1. Baskı, Strazburg, 2012, s. 18 ve 22; Özbey, s. 42; Kaboğlu, Ölçüt, s. 45.

²⁴¹ Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, Yön Matbaası, İstanbul, 1994, s. 59 (Sorun). Ayrıca bkz. Kuçuradi, Sorunsal, s. 99 vd.; Şimşek, Veri, s. 145; Sunay, s. 11; Korkmaz, s. 35-37.

²⁴² Ioanna Kuçuradi, “Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar-Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2012, s. 49.

gerekmektedir²⁴³. Bu nedenle, temel hakların sınırlandırılmasına pek çok evrensel insan hakları belgesinde yer verilmiştir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 29. maddesinde herkesin temel hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanabileceğinin belirtilmesinden sonra bu hak ve özgürlükler kullanılırken başkalarının hak ve özgürlüklerinin de tanınarak, bunlara saygı gösterilmesi gerektiği ve demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve genel refahın gerekleri doğrultusunda hak ve özgürlüklerin kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Yine Beyanname'de, Beyanname'nin hiçbir kuralının temel hak ve özgürlüklerin herhangi birinin yok edilmesi amacıyla kullanılamayacağı (m. 30) kuralı getirilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırına dair genel düzenlemelere Birleşmiş Milletler Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde (m. 2, 4, 5), Avrupa Sosyal Şartı'nda (m. 31) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer verilmiştir²⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme'ye taraf devletler arasında daimi bir ilişki ve yükümlülük tesis edilmesi nedeniyle diğer uluslararası sözleşmelerden farklı bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme'de bulunan soyut kavramlar, günün değişen koşullarına ve ihtiyaçlara göre yorumlanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, genel ve soyut bir nitelik taşıyan ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde hükmünü, vermiş olduğu kararlarla zaman içinde somutlaştırmış ve ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemiştir. Bu kararlara göre ifade özgürlüğünün özünü siyasi görüş ve düşüncelerin ifadesi oluştursa da, bu özgürlükler açısından sınırlar oluşturulmuş ve özgürlük alanını ifade özgürlüğünü kullanan kişi ya da makama göre daraltıp genişleterek, demokratik toplumun gereklerine göre devletlerin müdahale sınırlarına dair takdir alanı belirlenmiştir²⁴⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken, demokratik bir toplumda gereklilik koşulundan hareket ederek, çoğulcu demokrasiler için ifade özgürlüğünü temel değer olarak kabul etmektedir. Mahkeme, ifade özgürlüğüne müdahale değerlendirmelerinde ifadenin tahrik, şiddete teşvik vs. içeriğinden ziyade ifadenin toplumda doğuracağı etkiyi esas almaktadır. Türk yargısı ise ifade özgürlüğü açısından söylemin içeriğini esas almakta ve Avrupa İnsan

²⁴³ Bulut, s. 87; Sunay, s. 74.

²⁴⁴ Bulut, s. 87 vd. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ortak sınırlayıcı sebeplere sahiptir (Redmond, s. 42).

²⁴⁵ Özsoy, s. 506-508.

Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin yaklaşımından ayrılmaktadır²⁴⁶. İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışındaki diğer uluslararası belgelerde de sınırlanabilir bir hak olarak tanımlanmış ve her hukuk sisteminde bireyin menfaati ile toplumun menfaati arasında bir denge kurulmaya çalışılarak, çeşitli kriterler ile bir takım sınırlamalar getirmektedir²⁴⁷. Birey ve toplum menfaati arasındaki bu dengenin tespitinde genellikle toplumsal menfaate yönelik “açık ve yakın (mevcut) tehlike”nin²⁴⁸ (clear and present danger) olması

²⁴⁶ Rıza Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 17, 2000, s. 35. Ek bilgi için bkz. Korkmaz, s. 217 vd. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Kamu Barışı ve Suçlar” başlığı altında ve “açık ve yakın tehlike” kriteri esas alınarak düzenlenen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” (TCK m. 216) suçunun TCK'nun 301. maddesi ile birlikte uygulanması özellikle fikir suçu yaratmaya elverişli bir ortam yaratmaktadır (Kaboğlu, Güvenlik, s. 121). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi ile açık ve yakın (mevcut) tehlike kavramı Türk hukukunda yer almış ve Yargıtay bazı kararlarında kamu düzeni için somut açık ve yakın tehlike oluşturması gerektiğine, bunun da ancak şiddete çağrı niteliğinde olması halinde gerçekleşebileceğine karar vermiştir. Ancak Yargıtay şiddete çağrı niteliğinde olmayan bazı ifadelerinde halkı tahrik edebileceği gerekçesi ile ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği katı bir yorum benimsemiş ve AİHM içtihatlarından ayrılmıştır (Avcı, s. 221 vd.). Türk hukukunda düşünce özgürlüğü ve TCK ile öngörülen düzenlemeler için bkz. Türkan Yalçın Sancar, “Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 115 vd.

AYM, 19.7.1995, E. 1993/4, K. (RG. 22.10.1997-23148) “Demokrasilerde ırk ayrımcılığı, bir siyasal partinin dayanağı, amacı ve ereği olamaz. Irk ayrımcılığının aracı durumuna düşen partinin varlığını sürdürmesi yasalar karşısında olanaksızdır. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın davalı Parti'nin programında kapatma nedeni olarak gördüğü hususlar, Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturmaktadır. Böyle bir tehlike içinde bulunan bir devletin de, ülkesi ve ulusuyla bütünlüğünü koruması en doğal hakkıdır”.

²⁴⁷ Liberal batı toplumlarında ifade özgürlüğü hiçbir zaman mutlak olarak korunan bir hak olmasa da, toplum temel değerlerinden biri olarak her şekilde korunmaya özen gösterilmiş, temel insan hakları belgelerinde önemli bir unsur olarak yer almaya devam etmiştir (Barry, s. 5). Ayrıca bkz. Avcı, s. 62; Erdoğan, Sınırlar, s. 27; Akgül, s. 22 vd.

Amerikan Anayasası'nda ifade özgürlüğü tanımlanırken ifade özgürlüğünün kısıtlanabilirliğinden baholunmamış, ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından milli güvenlik gibi sebeplerle ifade özgürlüğünün sınırlanabilir olduğu kabul edilmiştir (Akgül, s. 1). Amerikan Yüksek Mahkemesi iftira, yalan yere yemin, yanlış reklam, müstehcenlik ve küfür, suça kışkırtma, ya da kavga kelimelerinin ifade özgürlüğünden faydalanmayacağını belirterek, kamu yararı ile bireysel çıkarlar arasında bir denge sağlanması gerektiğini belirtmektedir (Wolfe, s. 139). Aynı yönde bkz. Kamer and Abbott, s. 23; Ladenson, s. 249 vd.

²⁴⁸ “Açık ve yakın tehlike” (clear and present danger) ilk olarak Schenk v. United States (249 U.S. 47, 1919) davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce belirlenen bir sınır olup, bu sınırlama ifade özgürlüğünün (freedom of speech) kullanımında keyfiliği sınırlamak için getirilmiş bir ölçüdür. Ancak ifade özgürlüğünün kullanımında sarf edilen sözcüklerin ciddi, açık ve somut olması, zarar doğurma ihtimalinin kuvvetle muhtemel bulunması gerekmektedir (Zühtü Arslan, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 18). Ayrıca bkz. Harry H. Wellington, “On Freedom of Expression”, **The Yale Law Journal**, Volume: 88, No: 6, May 1979, s. 1141; Avcı, s. 117; Hayrettin Ökçesiz, “Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 6. Kitap, İstanbul, 2003, s. 31; Yokuş, Kötüye Kullanım, s. 81-85; Korkmaz, s. 302 vd.; Cennet Uslu, “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Ekim 2013, Sayı: 38, s. 199. İfade özgürlüğü Amerikan Anayasası'nın 1. Ek Maddesi (First Amendment) ile koruma altında olup, bu madde söz, konuşma, basın, toplantı ve dilekçe hakkı olmak

gerektiği²⁴⁹ belirtilse de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin açık ve yakın tehlike yaklaşımını kabul etmediği ileri sürülmektedir. Bu nedenle, Mahkeme tarafından verilen Nazi yanlısı politikaların meşrulaştırılması²⁵⁰ ya da holokostun reddi²⁵¹ gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel değerlerine aykırılık teşkil eden ifadelerin korunması noktasında, Amerikan tarzı bu ölçütün kabul edilemez olduğu kabul edilmektedir²⁵². Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13.02.2003 tarihli Refah Partisi ve Diğerleri-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda²⁵³, Refah

üzere dört temel hakkı koruma altına almaktadır. Ancak geniş bir kabul ile sanat eserleri, bilim ve araştırma gibi düşünceyi ifade etme aracı olan diğer ifade şekilleri de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir (Aydın, Ö. D., s. 31). Ayrıca bkz. Kapani, s. 227-228; Wellington, s. 1107; Avcı, s. 112 vd. Kemal Şahin, "Kitle İletişim Hukukunda Editöryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, Sayı: 3, s. 269 (Kitle); Korkmaz, s. 293; Pearson, s. 434; Wolfe, s. 139-140; Cynthia K. Y. Lee, "Freedom of Speech in the Public Workplace: A Comment on the Public Concern Requirement", **California Law Review**, Oct. 1988, Volume: 76, No: 5, s. 1109 vd. Amerikan Anayasası'nın 1. Ek Maddesi (First Amendment) ile ifade özgürlüğü ilk kez anayasal güvence altına alınmıştır (Avcı, s. 61). AİHS m. 10 ile ifade özgürlüğüne ilişkin yapılan düzenlemede ifade özgürlüğünün sınırları net bir şekilde çizilerek Amerikan Anayasası'nın 1. Ek Maddesi'nin (First Amendment) ifade özgürlüğü yaklaşımından uzaklaşmıştır (Şahin, s. 388)

²⁴⁹ Arslan, s. 18; Adnan Küçük, "İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", **Liberal Düşünce**, Yıl: 8, Sayı: 32, Güz 2003, s. 65 vd.; Erdoğan, Sınırlar, s. 33; Kuçuradi, Açılış, s. 5. AİHM'nin açık ve yakın (mevcut) tehlike yaklaşımını kabul etmediği, Amerikan tarzı bu ölçütün genellikle Avrupa'da liberal çevrelerde kabul edildiği ve bu yaklaşımın tek savunucusunun Maltalı Hâkim Bonello olduğu belirtilmektedir (Rick Lawson, "İfade Hürriyetini Güvenceye Almak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Üç Eğilim", **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 85). İfade özgürlüğü konusunda açık ve yakın (mevcut) tehlike kriterini kabul etmeyen AİHM, holokost ya da Nazi yanlısı bazı görüşleri içerikleri nedeniyle kısıtlama yoluna gitmektedir (Erdoğan, Sınırlar, s. 33).

²⁵⁰ Bkz. 23.09.1998 tarihli Lehideux ve Isorni-Fransa Kararı.

(<http://echr.ketse.com/doc/24662.94-en-19980923/view/>) (Erişim. 14.12.2013).

²⁵¹ Bkz. 24.06.2003 tarihli Garaudy-Fransa Kararı (AİHM Bilgi Notu-7).

(<http://echr.ketse.com/doc/65831.01-en-20030624/view/>) (Erişim. 14.12.2013).

²⁵² Lawson, s. 85. Açık ve yakın tehlikenin varlığına bir yargı organı karar verecek olup, bu konuda siyasal bir iradeye yetkisi tanınması McCarthyilik (McCarthyism) olarak nitelenen ve soğuk savaş döneminde ortaya konan aşırı antidemokratik davranışların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir (Kapani, s. 227). Demokratik karar alma sürecine katkıda bulunmayan düşünceler Avrupa devletlerinde AİHM kapsamında koruma görmezken, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu kapsamda bulunmasa da, bazı ırkçı ifadeler korunabilmektedir (Aydın, Ö. D., s. 43). AİHM tarafından holokostun tarihi bir gerçeklik kabul edilerek, inkârının ifade özgürlüğü kapsamında görülmemesi, Mahkeme'nin, tarihi yorumların hangilerinin cezalandırılacağına ya da tarihi tartışmalara taraf olunacağına ilişkin kararların AİHM'in görevi olmadığı gerekçesiyle eleştirilmesine neden olmakta ve "tartışılmaz tarihsel gerçekler" gibi kategoriye esas almak yerine "ırkçı niyet" esasında hareket ederek değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir (Laurent Pech (Çev. Hasan Saim Vural) "Soykırımı İnkâr Yasaları: Tarihi Suç Konusu Yapmaya Yönelik Yanlış Bir Girişim", **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 166-167). AİHM tarafından holokost ya da ırkçı görüşlere dair yapılan değerlendirmelerin dar anlamda "düşünce suçu" (düşüncenin cezalandırılması) olduğu ifade edilmektedir (**Erdoğan**, Sınırlar, s. 33).

²⁵³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60936> (Erişim. 06.05.2015).

Partisi'nin, planlarını eyleme dökmek için bulduğu fırsatların “*demokrasi açısından yakın tehlike*” oluşturduğu kabul edilmiştir²⁵⁴.

İfade özgürlüğü, felsefi ve siyasal değeri nedeniyle temel hak ve özgürlükler arasında özel bir nitelik taşımaktadır. İfade özgürlüğünün gerçeğin araştırılması ve bireysel özgürlüklerin geliştirilmesine verdiği katkı nedeniyle, demokratik toplumlarda önemli bir işlevi bulunmakta ve bu nedenle de ifade özgürlüğünün “*demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğu*”²⁵⁵ kabul edilmektedir. Ayrıca ifade özgürlüğü, bireyler açısından devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratmakta ve bireyler bu özel alanda serbestçe hareket edebilmektedirler. Devletin karışamayacağı bu alan ifade özgürlüğü açısından negatif bir yükümlülük oluştururken, ifade özgürlüğü hakkının etkin kullanılabilmesi için bir alan yaratılması da devlete ayrıca bir pozitif yükümlülük getirmektedir²⁵⁶. Devlet açısından öngörülen pozitif ve negatif yükümlülük kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ihlalin tespitinde, toplumsal menfaat ile bireyin menfaati arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı araştırılmakta ve her somut olay açısından müstakil bir değerlendirme yapılması gerekmektedir²⁵⁷. Mahkeme, hakkın ihlal edilip edilmediğine dair değerlendirmelerin yapılabilmesi ve ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi için testler geliştirip, bunları kullanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmesini yaparken, ifadelerin içeriğine göre değerlendirme yapmaktan ziyade, sakıncalı, kışkırtıcı ya da saldırgan olsa dahi izin verilen ifadenin sınırlama derecesinin ne kadar olduğunu tespit etmekte ve kural olarak her tür düşünce ve ifadenin Sözleşme'nin koruma kalkanı altında olduğu kuralını esas almaktadır. Mahkeme, ifade özgürlüğü değerlendirmesinde, ifadenin konuşmacısını, dinleyicisini, ifadeyi yaymak için kullanılan araçları ve ifadenin konusunu esas alan dört ana unsuru belirlemekte ve bu unsurlar çerçevesinde beyan olunan ifadenin yaratacağı etki ve sonuçlara göre değerlendirmektedir. İfade özgürlüğüne müdahale

²⁵⁴ AİHM Bilgi Notu-7.

²⁵⁵ 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/3.pdf (Erişim. 08.03.2014).

²⁵⁶ Uygun, s. 130-132.

16.03.2000 tarihli Özgür Gündem-Türkiye Kararı.

<http://www.tohav.org/aihm/ozgurgundem.pdf> (Erişim. 15.12.2013).

²⁵⁷ Karan, s. 356.

edilmesi halindeyse, Mahkeme çatışan menfaatlerin niteliğine bakarak fayda-zarar analizi yapmaktadır²⁵⁸.

Bir hukuk devletinde devletin amacı, devlet otoritesinin hukuk kuralları ile sınırlanması ve bu yolla hak ve özgürlüklerin, kişi güvenliğinin korunması olup, bireyi koruyucu bu teminatların evrensel hukuk değerleri ve insan hakları ile uyumlu olması gerekmektedir²⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın, herkes tarafından kullanılabilecek bir hak olarak ortaya çıkmaktadır²⁶⁰. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde yer verilen sınırlar dışında, tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırının çizilmesinde de esas olan "*insan onuru*" kavramı özel bir önem taşımaktadır. İnsan onuru ve insan onurunun korunması, temel hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla da ifade özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde genel bir çerçeve oluşturmaktadır²⁶¹. Nitekim Türk hukuku açısından ise, devletçe temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerde, insan onurunun korunması ve geliştirilmesi müdahalenin sınırını belirlemekte ve bu sınırın yasal düzenlemeler yapılırken ya da yasa uygulayıcısı olan mahkemelerin yargılamaları esnasında dikkate alınması anayasal bir görev olarak ortaya çıkmaktadır.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğünün Sınırları

İfade özgürlüğünün hem kişisel hem de toplumsal sınırları mevcut olup, bireyin kişisel sınırını kendi iç dünyası, dinsel ya da kültürel eğilimleri, eğitimi ve değer yargıları oluştururken, toplumsal sınırları ise toplumdaki dini ya da ahlâki görüşler oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü açısından en önemli sınırlamalar, bireyin ya da toplumun değerlerinden ziyade hukuksal çerçevede getirilen düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Özellikle batı demokrasilerinde düşünce ve ifade özgürlüğü hukukun ve yasaların koruması altına alınarak, düşünceye ve düşüncenin ifadesine bireyler ya da toplum tarafından yöneltilebilecek baskı ortadan kaldırılmaya

²⁵⁸ Özsoy, s. 509.

²⁵⁹ Serap Yazıcı, "Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Devletin Değişen İçeriği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt: 54, Sayı: 4, s. 91-92.

²⁶⁰ Redmond, s. 42.

²⁶¹ Gören, Onur, s. 30. Anayasa ile teminat altına alınan hak ve özgürlükler ancak maddi içerikleri ile insan onuruna hizmet ettikleri müddetçe özgürlükçü demokratik hukuk devletinden bahsetmek mümkün olacaktır (Şimşek, s. 11).

çalışılmaktadır²⁶². Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması insan hakları hukukunun en önemli konularından birini teşkil etmektedir. Bu nedenle, demokratik hukuk devletleri arasında tam bir birliktelik sağlanmasa da, uluslararası hukukun etkisi ile bir takım standart uygulamalar ortaya çıkmakta ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu noktada önemli bir kaynak oluşturmaktadır²⁶³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğüne ilişkin olarak 10/2. fıkra da belirlediği sınırlamadan önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. ve 17. maddelerinde öngörülen hükümlerin de Sözleşme ile koruma altına alınan tüm hak ve özgürlükler açısından ayrıca dikkate alınması gerekmektedir. Sözleşme'de;

- Etkili başvuru hakkı (AİHS m. 13),
- Hakkın kötüye kullanılması yasağı (AİHS m. 17),

olarak ortaya konan bu sınırlamalar ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere tüm hak ve özgürlükler açısından genel bir sınır oluşturmaktadır²⁶⁴.

İfade özgürlüğünün (AİHS m. 10) kullanılması devletler ve bireyler açısından bir takım haklar ve yükümlülükler getirmekte ve bireyler ifade özgürlüğü hakkını kullanırken diğer bireylerin haklarını da gözetmekle yükümlü kılınmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, Sözleşme'de mevcut hakları ihlal edilen herkesin, ihlal resmi görev yapan kişilerce ve bu resmi sıfatlarına dayanılarak yapılırsa dahi, ulusal bir makama etkili başvuru yapabileceği düzenlenmiştir²⁶⁵. Maddede yapılan özel vurgu ile ihlalin sadece devletin resmi

²⁶² Aliefendioğlu, Düşünsel, s. 14. 1961 ve 1982 Anayasalarında temel hakların sınırlarına ilişkin bkz. Akıllıoğlu, Temel, s. 58 vd. Özgürlük ve sınırlama ilişkisi için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 19 vd.

²⁶³ Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 23. (Hak)

²⁶⁴ "Mahkeme'nin içtihatlarına göre Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de korunmuş olan hak ve özgürlüklerinin ihlalden ötürü mağdur olduğunu savunulabilir sebeplerle iddia eden herkese, ulusal bir "makam" önünde etkili bir hukuk yolu sağlamaktadır; başka türlü bir yorum, bu maddeyi anlamsız kılar" (21.06.1988 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı) (Doğru, C. 2, s. 607-612).

Ayrıca bkz. 27.04.1988 tarihli Boyle ve Rice- Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 2, s. 495-520).

²⁶⁵ Ek bilgi için bkz. Akandji-Kombé, Pozitif, s. 60-62. Devletin pozitif yükümlülüğü kaynağını AİHS m. 1'de yer verilen insan haklarına saygı yükümlülüğünden almakta olup, bu temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için AİHS m. 13'de düzenlenen etkili başvuru hakkı pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için hukuksal bir zemin oluşturmakta ve hakların etkin ve pratikte korunmasını sağlamaktadır (Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 118).

memurlarınca değil, özel kişilerce de yapılabileceğini açıkça ortaya konmaktadır. Yine Sözleşme’de öngörülen ayrımcılık yasağı²⁶⁶ (AİHS m. 14) kapsamında, öncelikle devletin ayrımcılık yapması yasak olup, bu yasak aynı zamanda özel kişi ve kurumlar açısından da geçerli bulunmaktadır. Ayrıca Sözleşme’nin 17. maddesi ile hakkın kötüye kullanılması yasaklanmış ve Sözleşme’deki hiçbir hükmün, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır²⁶⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ırk ayrımcılığını körükleyen fikirler yaymayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni kullanarak Sözleşme’ye aykırı faaliyette bulunma kabul ederek, 11.10.1979 tarihli Glimmerveen ve Hagenbeek-Hollanda Kararı’nda²⁶⁸ başvurunun kabuledilemez olduğunu belirtmiştir²⁶⁹. Ancak ifade özgürlüğüne müdahale hakkı sınırsız olmayıp, sınırlama getiren devletler açısından bir takdir marjı olduğu kabul edilmektedir²⁷⁰. Avrupa

“Sözleşme’nin 13. maddesi, iç hukukta, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri öne sürebilme imkânı veren bir başvuru yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Bu hükmün etkisi, Sözleşme’ye dayanan, ‘savunulabilir bir şikâyetin’ içeriğinin incelenmesini sağlayan bir iç başvuru yolu ve uygun telafinin sağlanmasıdır. 13. maddenin, sözleşmecî devletlere yüklediği yükümlülüğün kapsamı, başvuranın şikâyetinin türüne bağlı olarak değişmektedir. Bununla birlikte, 13. maddenin gerektirdiği başvuru yolu, hukuken ve uygulamada ‘etkili’ olmalıdır” (19.04.2007 tarihli Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya Büyük Daire Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116508> (Erişim. 03.04.2015).

²⁶⁶ AİHS m. 14’de mevcut ayrımcılık yasağı herhangi bir müstakil ve esasa ilişkin bir hak tesisinden ziyade AİHS ve eki niteliği taşıyan Protokoller ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere uygulanan bir prensibi ifade eder (Murdoch, s. 77).

²⁶⁷ İfade özgürlüğünün kullanılarak nefret içeren ya da saldırgan nitelik taşıyan söylemlerde bulunulmasının, hakkın kötüye kullanılmasına (AİHS m. 17) dair genel düzenleme karşısında korunabilmesi mümkün değildir (Murdoch, s. 73). Aynı yönde bkz. McGonagle, s. 10.

²⁶⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74187> (Erişim. 01.05.2015).

Aynı yönde bkz. 16.07.2009 tarihli Féret-Belçika Kararı, 19.06.2012 tarihli Hizb Ut-Tahrir ve Diğerleri-Almanya Kararı, 09.02.2012 tarihli Vejdeland ve Diğerleri-İsveç Kararı (AİHM Bilgi Notu-7).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93626> (Erişim. 01.05.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111532> (Erişim. 06.05.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046> (Erişim. 06.05.2015).

²⁶⁹ AİHM Bilgi Notu-5.

AİHM, 16.11.2004 tarihli Norwood-Birleşik Krallık Kararı’nda, aşırı sağ kanatta bir siyasal partide (İngiliz Ulusal Partisi/British National Party-BNP) organizatör olan ve apartman dairesinin camına ikiz kuleleri alevler içinde gösteren ve üzerinde yasak işareti bulunan bir ay ve yıldız simgesi ile birlikte “İslam İngiltere’den defol. İngilizleri koruyun” yazan poster asan başvurusunun AİHS hükümlerinin yanlış ve kötüye kullanımı (AİHS m. 17) nedeniyle ifade özgürlüğü açısından kabul edilmez olduğuna karar vermiştir (McGonagle, s. 10).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67632> (Erişim. 04.05.2015).

AİHM’nin BNP üyeliği nedeniyle yapılan işten çıkarmanın ihlal olarak değerlendirilmesine dair bkz. 06.11.2012 tarihli Redfearn-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114240> (Erişim. 15.04.2015).

²⁷⁰ AİHM bir yandan AİHS’de mevcut tüm temel hak ve özgürlüklerin koruma alanını (norm alan) olabildiğince genişleterek pek çok hak ve özgürlüğü Sözleşme’nin koruması altına alırken, diğer yandan da Sözleşme ile hak ve özgürlükler açısından tanınan sınırlama imkânlarını oldukça dar

İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin ifade özgürlüğü konusundaki takdir marjını belirlerken, ifadenin konusuna, ifadenin ya da eleştirinin yöneldiği kişi ya da kuruma ve ifadede bulunan kişinin niteliğine bakmakta olup, eleştirinin yargı organlarına, sıradan kişilere, kamu görevlilerine ya da politikacılara yöneltilmesi gibi konuya göre bir sıralama yapmakta, özellikle gazeteciler ve politikacılar açısından ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri son derece dar yorumlamaktadır²⁷¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dışında, yine iç hukukta da bir takım sınırlamalar mevcut olup, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde öngörülen güvenceler, temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının yasal çerçevesini oluşturmaktadır. Anayasa'da yapılan bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki sistematikten ayrılmaktaysa da, hem Anayasa'da hem de Sözleşme'de bazı ortak ölçütler bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özel yaşam hakkı (AİHS m. 8), inanç özgürlüğü (AİHS m. 9), ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) ve örgütlenme özgürlüğü (AİHS m. 11) açısından her maddede ayrı ayrı sınırlara ve ölçütlere yer vermişse de, bu düzenlemelerde Anayasanın 13. maddesinde de bulunan “sınırlamada meşru amaç”, “yasayla sınırlama”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” olarak dört temel ölçüt belirlenmiştir²⁷².

C. İfade Özgürlüğünün Sınırlanabilmesinin Koşulları

1. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde herkesin ifade özgürlüğünün korunması asıl olduğundan, Sözleşme'nin 10/2. maddesinde belirtilen kriterler dışında hiçbir kriter getirilerek ifade özgürlüğünün kısıtlanamayacağı ve bu kriterlerin de günlük dildeki kullanımı aşan bir şekilde anlaşılıp yorumlanamayacağı

yorumlamaktadır. AİHM, bu anlayış ile Devletlerin takdir marjını denetlemekte ve demokratik toplumda gereklilik ile meşru amaçla orantılı müdahaleleri kabul etmektedir (Çavuşoğlu, s. 13)1. Takdir marjının temelini ve kapsamını ulusal şartlar ve tedbirin yöneldiği amaç oluşturmaktadır (A. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1980, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 59).

²⁷¹ Uygun, s. 147-148. Mukayeseli hukukta sınırlamanın sınırı için bkz. Korkmaz, s. 97-98.

²⁷² İnceoğlu, Hak, s. 26. Ek olarak bkz. Kılıçoğlu, M., s. 43 vd.; Yıldız, s. 681 vd. Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlükler aracılığıyla kamu gücünün sınırlarını belirleyen bir ilkedir (Şimşek, s. 80).

kabul edilmektedir²⁷³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilen hukuki yorum anlayışına göre, -istisnai olaylarda dahi- bireyin özgürlüğünün, devletin menfaat iddiası karşısında korunması ve kesin yorum ilkesi ile hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümlerin dar yorumlanması her zaman esas olup, yetkili mercilere söz konusu hak ve özgürlüklerin korunması için açık ve net yükümlülükler yüklenmektedir²⁷⁴. Ayrıca bireyin ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. fıkrasında öngörülen tüm kriterlerin bir arada olması gerekli olup, ifade özgürlüğüne meşru bir müdahalenin yapılabilmesi için, yapılacak müdahalenin;

- Demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olması (demokratik bir toplumda gereklilik),
- Müdahalenin hukuken öngörülmüş olması (kanuni unsur),
- Müdahalenin meşru bir amaç içermesi (meşru amaç)²⁷⁵,

gerekmektedir²⁷⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkraları bir taraftan bu maddelerin 1. fıkralarında düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırını ve kapsamını belirlerken, diğer yandan da getirdiği sınırlamalar ile

²⁷³ AİHS'nde sınırlama ölçütleri: “Kamu düzeni (m. 6/1, m. 9/2), kamu güvenliği (m. 8/2, m. 9/2, m.10/2, m. 11/2), ulusal güvenlik (m. 6/1, m. 8/2, m. 10/2, m. 11/2), ülke bütünlüğü (m. 10/2), sağlığın korunması (m. 8/2, m. 9/2, m. 10/2, m. 11/2), ahlâkın korunması ya da ahlâkın gereği (m. 6/1, m. 8/2, m. 9/2, m. 10/2, m. 11/2), özel yaşamın korunması (m. 6/1), çocukların/gençlerin menfaati (m. 6/1), adaletin yararı (m. 6/1), yargının yetki ve yansızlığının korunması (m. 10/2), ülkenin ekonomik refahının gereği (m. 8/2), başkalarının haklarının korunması (m. 10/2), başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması (m. 8/2, m. 9/2, m. 11/2), başkalarının şöhretinin korunması (m. 10/2), suçun önlenmesi (m. 8/2, m. 10/2, m. 11/2), düzensizliğin önlenmesi (m. 8/2, m. 10/2, m. 11/2), gizli bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi (m. 10/2), ...yasaya uygun olarak/yasayla öngörüldüğü gibi (m. 8/2,m. 9/2, m. 10/2, m. 11/2) ve mahkemenin görüşü uyarınca (m. 6/1)” şeklinde sınırlama ölçütleri kullanılmıştır. Ayrıca içtihatlarda “öze dokunmama” şeklinde sınıra sınır getirilmiştir (Gemalmaz, C. 2, s. 21).

²⁷⁴ Macovei, s. 54. Ayrıca bkz. McGonagle, s. 13 vd.

²⁷⁵ Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması meşru amacı oluşturmaktadır.

²⁷⁶ “...şikâyet konusu “müdahale”nin “toplumsal ihtiyaç baskısını” karşılayıp karşılamadığı, “meşru amaçla orantılı” (proportionate) olup olmadığı, müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin Sözleşme’nin “10(2). fıkrası bakımından ilgili ve yeterli” (relevant and sufficient) olup olmadığı hakkında karar verilmelidir” (07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 161-180).

“başkalarının hak ve özgürlüklerini” korumaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin de Sözleşme kapsamında korunması söz konusudur. Nitekim Mahkeme, 29.04.1999 tarihli Chassagnou ve Diğerleri-Fransa Kararı’nda²⁷⁷ “Görülmekte olan dava, şikâyet edilen müdahaleyi meşru kılmak için Devletin ileri sürdüğü tek meşru sebep ‘başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması’dır. Bu ‘hak ve özgürlükler’ Sözleşme Protokollerinde düzenlenenler arasında bulunduğu, onları koruma ihtiyacının, Devletleri, Sözleşme’de sayılan diğer hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya ittiği kabul edilmelidir. Demokratik toplumun temellerini oluşturan husus, bütün bireylerin hakları arasında denge bulma yönündeki sürekli arayıştır. Çatışabilecek bireysel menfaatleri dengelemek zor bir iştir ve ulusal makamlar Sözleşmeyle güvencelenen haklardan birine müdahaleyi meşru kılmaya elverişli olan ‘zorlayıcı toplumsal ihtiyaç’ın bulunup bulunmadığını belirlemek için Avrupa Mahkemesinden daha iyi konumda bulunduklarından Devletlerin bu açıdan geniş takdir yetkileri vardır. Ancak Sözleşme’de sayılmayan ‘hak ve özgürlükler’i korumak amacıyla Sözleşmesel haklara sınır getirildiğinde durum farklıdır; bu varsayımda ancak tartışılmayacak buyruklar Sözleşmede güvencelenmiş haklara müdahaleyi meşru kılabilir” tespitinde bulunmuştur²⁷⁸.

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ilk getiriliş amacı devletin kötü muamele, sansür gibi bireyin ifade özgürlüğüne yönelik haksız müdahalelerinin önlenmesi olsa da, ilerleyen süreçte devletin temel insan hakları alanında ve Sözleşme kapsamında öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunmasında koruyucu ve önleyici bir işlevi olduğu kabul edilmiştir. Bu koruyucu ve önleyici işlev, insan haklarının ve insan onurunun²⁷⁹ korunması ve geliştirilmesi için, devletin sadece müdahale etmeyerek ya da pasif kalarak temel hak ve özgürlükleri koruyamayacağı zaman içinde ortaya çıkmış olduğundan, gerekli olan durumlarda müdahale etme konusunda devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Devletlerin temel hak ve özgürlükleri “güvence altına alma” yükümlülüğü, hakların etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak için bazı ek önlemleri almasını da gerektirmektedir. Bu nedenle devletin bu görevini yerine

²⁷⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58288> (Erişim. 15.11.2014).

²⁷⁸ Boyar, s. 60-61.

²⁷⁹ İnsan hakları, kaynağını insan onurundan almakta olup, tüm bu hakların temelinde insan onurunun korunması ve geliştirilmesi düşüncesi bulunmaktadır (Gören, s. 54).

getirmemesi, ilgili devlet açısından Sözleşme'nin ihlali niteliğini taşımaktadır. Nitekim Mahkeme vermiş olduğu kararlarda, aralarında ifade özgürlüğünün bulunduğu 10. madde de dâhil olmak üzere, Sözleşme'nin 2, 3, 5 6, 8, 9 ve 11. maddeleri için devletlerin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir²⁸⁰. Mahkeme, bu pozitif yükümlülüğün, yine Sözleşme'nin 1. maddesinden kaynaklandığını ve söz konusu maddenin Sözleşmeciler devletlere kendi yargılama alanında, Sözleşme'nin 1. Bölümünde tanımlanan temel hak ve özgürlükler açısından güvence sağlama yükümlülüğü getirdiğini belirtmektedir²⁸¹.

Devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üstlendiği denetim görevi, 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı'nda²⁸² belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni “*demokratik bir toplumu*” niteleyen ilkelere azami dikkat etmeye zorlamaktadır. Zira ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmakta ve ifade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “*haber*” ve “*düşünceler*” için değil, ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de geçerli olmaktadır. Nitekim ifadeler, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik toplumdan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle ifade özgürlüğünü kısıtlayan her tür “*formalite*”, “*koşul*”, “*yasak*” ve “*ceza*”nın, izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Ayrıca ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen “*ödev ve sorumluluklar*”ı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ‘*demokratik bir toplumda*’ ‘*gerekli*’ olan “*yasaklar*”ın ve “*cezalar*”ın “*ahlâkın korunması*”na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür “*ödevleri*”nin ve “*sorumlulukları*”nın bulunduğunu görmezlikten

²⁸⁰ “...maddedeki “saygı gösterme” terimi, “kabul etme”den veya “dikkate alma”dan daha fazla bir anlam taşır; negatif taahhüt yanında Devlete yükümlülükler de yükler...” (25.02.1982 tarihli Campbell ve Cosans-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 445-451).

²⁸¹ Lawson, s. 85-86. Aynı yönde bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 332. AİHM'nin, Sözleşmeciler Devletlerin (High Contracting Parties) kabul ederek uymayı taahhüt ettikleri AİHS ve eki Protokoller'de mevcut yükümlülüklerin yerine getirilmesinin garantisi olduğu kabul edilmektedir (Ağırbaşı, s. 78).

²⁸² 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

gelemez. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Mahkeme'nin görevi herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluğunu denetlemek²⁸³ olarak ortaya çıkmaktadır. Yine Handyside-Birleşik Krallık Kararı'nda vurgulandığı üzere, hiçbir temel hak sınırsız değildir. Zira sınırsız özgürlükler toplumda anarşiye ve özgürlüklerin ihlaline neden olacaktır. Bu nedenle, bir özgürlüğün uygulanabilir kılınması için yasal düzenlemelerle sınırların ayrıntılı şekilde çizilmesi gerektiği, demokratik bir düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırsız tanınmasının bu özgürlüğün kullanılarak temel hakları ortadan kaldırmaya yönelik eylemlere yol açabileceği, bu nedenle hürriyeti yok etme hürriyetinin kabul edilemeyeceği genellikle ileri sürülmektedir. Ancak düşünce ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun olmazsa olmaz bir temel unsuru olduğu dikkate alındığında, bir ifadenin ya da düşüncenin nasıl ve ne kadar ya da kim tarafından sınırlandırabileceği sorularının cevaplanması da gerekmektedir²⁸⁴. Çünkü ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temelini ve her bireyin kendini geliştirmesi ve tatmin olması için en önemli şartlardan birini oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesinde sağlanan koruma sadece zararsız olan düşünceler için değil, aynı zamanda rahatsızlık verici, zararlı düşünceler için de geçerlidir. Bütün bunlar demokratik bir toplumun özellikleri olan çoğulculuk ve hoşgörünün gerekleridir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği gibi, bu özgürlük çok dikkatli bir şekilde yorumlanması gereken bazı istisnalara tabidir ve Sözleşme'nin 10/2. maddesinde ifade özgürlüğünün sınırlarının tespiti için kullanılan “*gerekli*” kelimesi “*acil bir sosyal ihtiyacın*” varlığına yapılan vurgunun dikkate alınmasını ifade etmektedir. Sözleşmeciler devletler, gerekli ve acil bir müdahale ihtiyacının var olduğuna karar verirken, belli bir takdir alanına sahiptir. Ancak devletçe kullanılan takdir alanının, yasalar ve bağımsız bir mahkemelerce verilen kararlar da dâhil olmak üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimi ve kararları ile uyum içinde olması zorunludur. Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın uygun olup olmadığı konusunda nihai bir karar

²⁸³ 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

²⁸⁴ Kapani, s. 217 vd.; Pearson, s. 429-430. Ayrıca bkz. Gören, Teori, s. 102 vd.

Özgürlüklerin objektif sınırları her bir özgürlük için farklı şekilde olup, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü için bu sınır, barışçıl ve silahsız olma olarak ortaya çıkarken, ifade özgürlüğünde sınırı başkalarına açıkça hakaret etmeme, sövmeme oluşturmaktadır (Hakyemez, s. 24).

verme yetkisi mevcuttur²⁸⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler de dâhil olmak üzere, Sözleşme’de öngörülen özgürlüklere yapılan müdahalelerin kanunla düzenlenmesi, meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması açısından değerlendirmekte²⁸⁶ ve “*demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında bir uzlaşma sağlanması gerektiği*”²⁸⁷ hususunu vurgulamaktadır.

2. İfade Özgürlüğüne Müdahale Edilebilmesi İçin Gerekli Kriterler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin var olup olmadığını tespit ederken öncelikle müdahalenin haklılığı açısından değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme müdahalenin haklılığı için, devletçe yapılan müdahalenin “*Hukukten öngörülmüş olması (prescribed by law, in accordance with the law)*”, “*Meşru amaç (should be legitimate)*” içermesi ve “*Demokratik toplumda gereklilik (necessary in a democratic society)*” taşıması kriterlerini aramaktadır.

a. Müdahalenin Hukukten Öngörülmüş Olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklere müdahale için aranan, temel hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlanması (kanunilik/hukukilik) ölçütü maddi bir nitelik taşımakta olup, getirilen sınırlama yapılan müdahalenin erişilebilir ve öngörülebilir olmasını sağlamakta ve hukuki kesinliğe neden olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanun/yasa kavramı ile maddi yasayı anlamakta ve temel hakka müdahale noktasında devletin müdahale yetkisini bir kanuna dayandırması gerektiğini kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel yaşam hakkı (AİHS m. 8) ile inanç (AİHS m. 9), ifade (AİHS m. 10) ve örgütlenme özgürlüğüne (AİHS m. 11) müdahaleyi değerlendirirken de, yapılan müdahalenin iç hukukta hukukten öngörülebilir ve erişilebilir somut bir dayanağının olup olmadığı noktasından hareket etmektedir²⁸⁸. Temel hak ve özgürlüklere yasa ile getirilen sınırlamalarda da, yasanın niteliği

²⁸⁵ 18.07.2000 tarihli Şener-Türkiye Kararı.

http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/26_29_mart/aihm/%C5%9EEENER.pdf (Erişim. 08.03.2014).

²⁸⁶ Aydın, Ö. D., s. 42; Ağırbaşı, s. 76; Aldabak, s. 88 vd. Ayrıca bkz. Gören, Teori, s. 102 vd.

²⁸⁷ 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri-Almanya Kararı (Doğru, C. 1, s. 246-267).

²⁸⁸ Inceoğlu, Hak, s. 29-30.

açısından farklılıklar bulunsa da, yasanın ulaşılabilir, açık ve kesin bir nitelik taşıması ve sınırlarının belli olması gerekmektedir²⁸⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*kanunla öngörülmüş*” ifadesinin, ulusal hukukun, kamu gücünün, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara yaptığı keyfi saldırılarına karşı, belli bir koruma sağlaması gerektiği anlamına geldiğini belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme, bu ifadenin sadece, iç hukuka saygı gösterilmesini değil, aynı zamanda, hukuk devletini oluşturan ilkelere uygun olması gereken kanunun kalitesini de vurguladığını kabul etmektedir²⁹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30.03.1989 tarihli Chappell-Birleşik Krallık Kararı’nda²⁹¹ “*Her şeyden önce, bir müdahale iç hukukta bir temele sahip olmadıkça “hukuka uygun olarak” yapılmış sayılmaz*” tespiti ile yapılan müdahalenin ilgili devlet iç hukukunda yasal bir dayanağının bulunması gerektiğinin altını çizmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28 Eylül 1999 tarihli Öztürk-Türkiye Kararı’nda²⁹² ise kanunilik (yasayla öngörülme) şartını “*‘Yasada öngörülme’ ifadesinden ortaya çıkan gerekliliklerden bir tanesi de ilgili önlemin önceden tahmin edilebilirliği olduğundan, Mahkeme daha önceki emsal davalara başvurmaktadır. Bir norm, vatandaşa davranışını ayarlama fırsatı verecek yeterli kesinlikte oluşturulmadıkça bir “yasa” olarak değerlendirilemez: Vatandaş -gerekirse uygun bir tavsiyeyle- koşullar açısından makul olarak belirli bir eylemin ortaya çıkarabileceği sonuçları tahmin edebilecek durumda olmalıdır. Bu sonuçların tam bir kesinlikle tahmin edilmesi gerekmemektedir: tecrübeler bunun olamayacağını göstermiştir. Kesinlik çoğu zaman istenen bir durum olsa da, bu beraberinde aşırı katılık getirebilir ve kanunların değişen koşullara uyum sağlayabilecek durumda olması gereklidir. Bu nedenler kanunların büyük bir çoğunluğu şu ya da bu ölçüde*

²⁸⁹ Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2004, s. 69. AİHS m. 8-9-10-11’de öngörülen yasa kelimesi ile maddi bir düzenleme kastedilmiş olup, düzenlemenin İdari tasarruf ya da parlamento tarafından yapılması gibi şekli bir unsur aranmamaktadır. Düzenlemenin nasıl yapılacağı, Sözleşmeciler devletlerin iç hukuk sorunudur (Özbey, s. 50).

²⁹⁰ 03.04.2007 tarihli Copland-Birleşik Krallık Kararı ve 25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039> (Erişim. 15.11.2014).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/copland.pdf (Erişim. 25.04.2015).

²⁹¹ Doğru, C. 3, s. 22-40.

²⁹² http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/22479_93.pdf (Erişim. 19.11.2014).

belirsiz olan ve yorumlanması bir uygulama meselesi teşkil eden terimler ile ifade edilmiştir.

Mahkeme, eldeki dava açısından yasalara tam bir kesinlik içerisinde çerçeve çizmenin ve ulusal mahkemelerin bir yayının kişileri kin ve düşmanlığa tahrik edecek bölücü propaganda olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin karar vermelerini sağlayacak bir esnekliğin talep edilmesinin güç olduğunu kabul etmektedir. Yasal bir hükmün taslağı ne kadar açık bir biçimde çizilirse çizilsin, adli görevi belirsiz noktaları aydınlığa kavuşturmak ve yasaların yorumuna ilişkin şüpheleri gidermek olan mahkemelerin yorumuna kaçınılmaz olarak ihtiyaç duyulacaktır” şeklinde açıklamıştır. Benzer bir tanımlama da 06.07.2010 tarihli Gözel ve Özel-Türkiye Kararı’nda²⁹³ yapılmış ve kanunilik ilkesinin “10. maddenin 2. paragrafı anlamında «kanunla öngörülme» ibaresi, öncelikle ihtilaflı müdahalenin iç hukukta bir temeli olmasını istemekte ve aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine vurgu yaparak, ilgili şahıs tarafından erişilebilir olmasını, onun için doğuracağı sonuçların öngörülmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu olmasını şart koşmakta” olduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanunilik unsurunun (müdahale için yasayla öngörülmüş olma/prescribed by law/in accordance with the law) sadece var olan pozitif hukuk kurallarını değil, aynı zamanda örf ve adetleri, teamülleri, mesleki etiği ve hukukun üstünlüğü (rule of law) kapsamında evrensel hukuk kurallarını da kapsadığını kabul etmektedir²⁹⁴. Ayrıca müdahaleye izin veren kanunun açık, ulaşılabilir olması gerekmekte ve müdahale eden kuralın hâkime aşırı bir takdir yetkisi tanınamaması ve kuralın hukuksal denetime tabi kılınması da Mahkemece kanunilik unsuru içinde değerlendirilmektedir²⁹⁵. Mahkeme, kanunilik unsuru tespitinin yapıldığı 26.04.1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı’nda²⁹⁶, Sözleşme’ye taraf ülkede mevcut olan yazılı kuralların (Sözleşme’nin 10/2. maddesinde yer verilen “hukukun öngördüğü” ifadesinde kullanılan “hukuk” (law) kelimesinin) sadece “yasa”yı (statute) değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsadığı belirtmektedir. Hukuk yaratan bir antlaşmanın güvenilirlik bakımından

²⁹³ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gozelveozer2010.pdf> (Erişim. 19.11.2014).

²⁹⁴ Kanunilik unsuruna dair AİHM kararları için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 375.

²⁹⁵ Avcı, s. 91 ve 95. Ayrıca bkz. Palmer, s. 184

²⁹⁶ http://www.inhak.adalet.gov.tr/antalya/aihm_diger/sunday%20times.pdf (Erişim. 15.03.2014).

eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme'nin, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırmacı ve Sözleşme'nin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirmeye en uygun tarzda yorumlaması²⁹⁷ gerekmektedir²⁹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*hukuken öngörülmüş*” ifadesi ile iki koşul öngörmekte ve ilk koşulu, uygulanacak olan hukukun, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olması oluşturmakta ve bu koşul vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesini gerektirmektedir. İkinci koşul ise vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yasal düzenlemelerin yeterli bir açıklıkta olmasıdır²⁹⁹. Aksi halde yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir normun “*hukuk*” kuralı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle vatandaşların belirli bir eylemin doğurduğu sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden öğrenebilmesi önemlidir³⁰⁰. Ancak bu sonuçların mutlaka kesin ve net bir

²⁹⁷ “Sözleşme’nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki “*hukuken öngörülmüş*” (*prescribed by law*) ifadesi, Fransızca metindeki “*prévues par la loi*” ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme’nin 8/2. fıkrasında, Birinci Protokolün 1. maddesinde ve Dördüncü Protokolün 2. maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, “*hukuka uygun olarak*”, “*hukukun öngördüğü koşullar*” ve yine “*hukuka uygun olarak*” ifadeleriyle karşılanmıştır” (26.04.1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/antalya/aihm_diger/sunday%20times.pdf (Erişim. 15.03.2014).

Aynı yönde 26.11.1991 tarihli Observer ve Guardian-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57705> (Erişim. 21.08.2014)

²⁹⁸ AİHM, 26.04.1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı’nda hukuk yaratan bir anlaşmanın yorumlanmasına dair Sözleşmeler Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu’nun (Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi) 33/4. fıkrasına ve 27.06.1968 tarihli Wemhoff-Almanya Kararı’na atıfta bulunarak, yorum konusunda yol göstermektedir.

(<http://echr.ketse.com/doc/2122.64-en-19680627/view/>) (Erişim. 18.03.2014).

²⁹⁹ İç hukukta mevcut düzenlemenin yeteri kadar açık olmaması halinde, AİHM, oluşan hukuksal boşluğu mevcut bir diğer uluslararası sözleşmeye atıf yaparak tamamlamaktadır. Mahkeme, 23.09.1998 tarihli A.-Birleşik Krallık Kararı’nda uluslararası metinlere atıf yaparak iç hukuktan kaynaklanan yasal boşlukları gidermiştir (Ağırbaşı, s. 78).

27.10.1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası (National Union of Belgian Police)-Belçika Kararı’nda AİHM, 18.10.1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’na atıf yapmıştır. Karar göre “*Sendikalarla ilgili konular Avrupa Konseyi çerçevesinde yer alan 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nda ayrıntılı olarak işlenmektedir. Bu Şartın 6(1). fıkrası, Sözleşmeciler Devletleri ‘işçi ve işveren arasında bileşik bir istişare geliştirme’ ile yükümlendirmektedir. Ancak bu fıkra kullanılarak dikkatli ifade tarzı, Şartın gerçek bir istişare hakkı sağlamadığını göstermektedir. Yine Şartın 20. maddesi, Şartı onaylayan Devletlere istişare ile ilgili Şartın 6(1). fıkrasını kabul etmeme imkanı vermektedir. Bu nedenle, sendikaların devletle istişare hakkının üstü örtülü olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 11(1). fıkrasında yer aldığı düşünülemez*” (Doğru, C. 1, s. 121-127).

³⁰⁰ **AYM, 26.12.2013, E. 2013/67, K. 2013/164 (RG. 27.3.2014-28954)** “*Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını*

şekilde ve önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekli değildir. Zira her durumda neticenin kesin ve belirgin bir şekilde öngörülebilir olması mümkün olmadığı gibi, böyle bir kesin bilinebilirlik, kuralların katı bir şekilde uygulanmasına neden olabilecektir. Bu tip bir katılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce arzu edilir bir sonuç olmayıp, Mahkemece hukukun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu ayak uydurabilirliğin sağlanabilmesi için de mevzuat düzenlemelerinde az ya da çok muğlâk terimler kullanılmaktadır. Bu muğlâk ifadelerin yorumu ve uygulanması ise hukuk tatbikatının konusunu oluşturmaktadır³⁰¹. Bu kapsamda, kanunilik unsurunun varlığı için yapılacak müdahalenin “ülke hukukunda bir temelinin olması” (should have some basis in domestic law), “hukuk normuna ulaşılabilir” (accessibility) ve “normun öngörülebilir” (foreseeable) olması gerekmektedir³⁰².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca, kararlarında belirlediği ilkeler doğrultusunda politikacılara ya da üst düzey yöneticilere ve kamu görevlilerine hakaret ya da şöhretlerine saldırılarda, genel hükümler dışında bu kişileri özel olarak koruyan ya da daha ağır cezalar içeren yasaların ifade özgürlüğünü zedelediğini kabul etmektedir³⁰³.

b. Müdahalenin Meşru Bir Amaç İçermesi

Meşru amaç (sebebe bağlılık), temel hak ve özgürlüklerin norm alanının tarif edilmesinden hemen sonra öngörülen bir sınırlama nedeni olmakta ve temel hak ve özgürlüğün kanun koyucu tarafından sınırlanabilmesi için, kamu düzeni, genel sağlık, milli güvenlik gibi sebeplerden en az birine dayanılması gerekmektedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri kapsamında korunan bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edilebilmesi için mutlaka müdahale ile ilgili maddede belirtilen meşru bir amaç

bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar”.

³⁰¹ 26.04.1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 227-307).

³⁰² 02.08.2001 tarihli N. F.-İtalya Kararı (Aldabak s. 88; Şahbaz, s. 57).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59622> (Erişim. 16.11.2014).

³⁰³ Macovei, s. 101. Bkz. 26.04.1979 tarihli Sunday Times-Birleşik Krallık Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/antalya/aihm_diger/sunday%20times.pdf (Erişim. 15.03.2014).

güdümlü güdülmeyen ve meşru amacın söz konusu temel hak ve özgürlüğün doğası ve niteliği ile uyumlu olup olmadığını denetlemektedir³⁰⁴.

İfade özgürlüğüne sınırlama getirilebilecek meşru amaçlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde sayılmakta olup, maddeye göre ifade özgürlüğünün ancak ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için sınırlanabilmesi³⁰⁵ mümkündür. Ancak ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesi konusunda demokratik hukuk devletleri açısından tek tip bir korumadan bahsetmek mümkün olmadığı gibi, sınırların belirlenmesi açısından da sorunlar bulunmaktadır. Mutlak korumacı görüşler hariç olmak üzere, hemen her hukuk sisteminde temel hak ve özgürlüklerin, meşru ve ölçülü olmak koşuluyla, sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle çağdaş demokratik hukuk sistemlerinde ifade özgürlüğünün sınırlanabilirliği açısından bir takım farklılıklar bulunsa da, uluslararası insan hakları hukukunun katkısı ile oluşturulan belge ve kurumlar aracılığıyla ifade özgürlüğünün sınırları konusunda asgari bir sınır ve standart oluşturulmuştur. Türkiye'nin de taraf olduğu Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu sınırların tespiti açısından önem taşımaktadır³⁰⁶. Kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlâk, sağlık ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde ve pek çok anayasada yer verilen ifade özgürlüğünü sınırlama ölçütlerinin açık ve kesin olmaması, bu özgürlüğün bazen siyasal iktidarların yaklaşımına göre dar yorumlanabilmesine neden olmaktadır³⁰⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesi ile devletlere geniş bir takdir marjı tanınmış ve ifade özgürlüğünün;

³⁰⁴ İnceoğlu, Hak, s. 27.

³⁰⁵ Ek açıklama için bkz. Şahbaz, s. 58-62; Korkmaz, s. 148 vd.

³⁰⁶ Uygun, s. 129.

³⁰⁷ Kapani, Yeni, s. 68.

AİHS m. 10/2. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünü sınırlayıcı nedenler ile KSHUS m. 20/1 hükmünün benzer nitelikte olduğu söylenebilir de, AİHS'nde "savaş propagandası yapmak" ifade özgürlüğünün sınırları arasında sayılmamıştır. Bu düzenlemenin yapılmamış olmasının Sözleşme'nin bir eksiklik olduğunu söylemek mümkündür.

- Ulusal güvenliğin korunması,
- Ülke bütünlüğünün korunması,
- Kamu güvenliğinin sağlanması,
- Kamu düzeninin sağlanması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın korunması,
- Ahlâkın korunması,
- Başkalarının şöhret ya da haklarının korunması,
- Gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi,
- Yargı organlarının otoritesinin ve tarafsızlığının sağlanması,

amaçları ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Bu sınırlar çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bazı sınırlar açısından sınırlayıcı uygulamaları dar yorumlarken, bazı sınırlar açısından geniş bir yorumu esas almakta, demokratik toplum gerekleri kapsamında ulusal makamların almış oldukları önlemleri değerlendirmekte ve kamu düzeni³⁰⁸ ile kişi menfaati arasındaki dengenin adil bir şekilde gözetilmesini esas almaktadır. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'deki korumanın sadece hoşça giden, zararsız görüşleri değil, devleti ya da halkın bir kesimini rahatsız eden görüşleri de kapsadığını sık sık vurgulamaktadır³⁰⁹. Ancak bu görüşlerin savaş propagandası, ırkçılık, Nazi yanlısı ya da yabancı düşmanlığı içermesi halinde, devletlerin bu ifadeleri engellemek yönünde oldukça geniş bir takdir alanı olduğu kabul edilmekte ve bu ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında korunmamaktadır. Zira ırkçı söylemler konusunda Avrupa ülkeleri, pek çok ülkeden daha duyarlı davranmakta ve ırkçı söylemlerle mücadele konusunda devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedirler. Bu kapsamda ırkçı söylemler ifade özgürlüğünün koruma alanı dışına çıkarılmaktadır³¹⁰. Avrupa İnsan Hakları

³⁰⁸ Kamu düzeni kavramı temel hak ve özgürlüklerin sınırın belirlenmesinde temel bir kriter oluşturmakta ve kamu düzenine yapılan anayasal atıflar nedeniyle özel önem taşımaktadır (Doğan Yenisey, s. 178).

³⁰⁹ Uygun, s. 137-138. Aynı yönde bkz. Özbey, s. 53 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz, s. 152 vd.

³¹⁰ Uygun, s. 140-143. AİHM, son zamanlarda sadece anti-semitik görüşler açısından değil, Türk, Arap ya da Afrika vs. kökenli yabancı kökenli işçiler açısından yapılan yabancı düşmanlığını ifade özgürlüğü açısından değerlendirerek ırkçı, yabancı düşmanlığı içeren, ulusal ya da dini temelli ayrımcı görüşleri de bu grupların eşit ve güven içinde bir hayat sürmelerini engellediği görüşü ile ifade özgürlüğü kapsamında görmemektedir. Ayrıca AİHM, demokrasiyi reddeden görüşleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmeye tabi tutsa da, özellikle demokrasiyi reddeden siyasi söylemlere karşı son yıllarda daha sert bir yaklaşım göstermektedir (Uygun, s. 141).

Mahkemesi, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu emniyeti açısından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde³¹¹ uluslararası alanda bilgilerin açığa (kamusal alana) çıkması halinde bu bilginin yasaklanmasının, belgelerin toplatılmasının engellenemeyeceğini, bu bilginin yayılmasına aracı olanların da cezalandırılmayacağını, aksine tutumun demokratik bir toplumda gerekli görülmediğini kabul etmektedir. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal güvenlik alanındaki her bilgi için ilgili devletçe yapılan “gizlilik” nitelemesini dikkate almamakta, bilgiye gizlilik statüsünün verilmesinde ya da kaldırılmasında kamunun belli bilgileri öğrenmesinde menfaati bulunup bulunmadığına bakmaktadır³¹².

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin anayasanın özüne ve sözüne uygun şekilde ancak kanunla sınırlanabileceğini ve bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine³¹³ ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun olması gerektiğini kabul eden bir güvence sistemi mevcuttur³¹⁴. Bu güvence, hem temel hak ve özgürlükler hem de sosyal haklar için geçerlidir³¹⁵.

³¹¹ 26.11.1991 tarihli Observer and Guardian-Birleşik Krallık Kararı (Macovei, s. 68 vd).
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57705#{“itemid”:\[“001-57705”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57705#{“itemid”:[“001-57705”]})
(Erişim. 20.03.2014).

09.02.1995 tarihli Vereniging Weekblad Bluf! –Hollanda Kararı (Macovei, s. 72 vd).
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57915#{“itemid”:\[“001-57915”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57915#{“itemid”:[“001-57915”]})
(Erişim. 20.03.2014).

³¹² Macovei, s. 68-76.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1981 tarihli Tavsiye Kararı'nda bilgiye ulaşımın üç bölümden oluşan bir teste tabi olduğunu belirterek, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasa ya da uygulama ile öngörülüp öngörülmediğine, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ve meşru bir kamu çıkarının korunup korunmadığına bakarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir (Macovei, s. 78). Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin meşru amacının belirlenmesi ölçülülük testi açısından önem taşımaktadır (İnceoğlu, Hak, s. 29).

Bkz. 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı (Macovei, s. 96 vd).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/3.pdf (Erişim. 08.03.2014).

16.03.2000 tarihli Özgür Gündem-Türkiye Kararı.

<http://www.tohav.org/aihm/ozgurgundem.pdf> (Erişim. 15.12.2013).

³¹³ Bir görüş ölçülülük ilkesinin temel dayanağının hukuk devleti ilkesi olduğunu ileri sürerken, bir diğer görüş ise bu ilkenin adalet ve insan onurundan doğduğunu kabul etmektedir. Hangi görüşe ya da pozitif temele dayandırılırsa dayandırılsın, ölçülülük ilkesi bireyi koruyan temel bir araç olarak ortaya çıkmaktadır (Yücel Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, s. 491-492).

³¹⁴ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlamada kullanılan araçlar arasındaki ilişkiyi ifade eden ölçülülük ilkesi, 2010 değişikliği ile 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin bir parçası haline gelmiş ve iç hukukta temel hak ve özgürlüklere yapılacak tüm müdahalelerde gözetilmesi gereken anayasal bir ölçü olmuştur (İnceoğlu, Hak, s. 39).

AYM, 14.11.2013, E. 2013/15, K. 2013/131 (RG. 28.02.2014-28927) “Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.

Temel hak ve özgürlüğünün sınırlanabilmesinin koşullarına yer veren 1982 Anayasası'nın 11. maddesi "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlığı altında, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın (öze dokunma yasağı), Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (nedensellik kuralı) ve ancak kanunla sınırlanabileceği (kanunilik kuralı), bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna (uygunluk kuralı), demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine³¹⁶ aykırı olamayacağı belirtilmiştir. 11. maddede belirtilen sınırlar ile aslında temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırı çizilmiş ve temel hak ve özgürlükler açısından genel koruyucu kurallar öngörülmüştür. Ayrıca, 1982 Anayasası demokratik bir toplumun olmazsa olmazını oluşturan bilim ve sanat özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler için, 11. maddede belirtilen sınırlamanın sınırları dışında, bir takım özel sınırlamalara yer vermiştir³¹⁷. Nitekim 1982 Anayasası'nın 26/1. fıkrasında herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka bir yolla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma hakkının olduğu kabul edilirken, maddenin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırları çizilmiş ve ifade özgürlüğüne müdahale için getirilen meşru sınırlar;

"Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir".

³¹⁵ Kaboğlu, Kolokyum, s. 28; Şahbaz, s. 191 vd.; İnceoğlu, Hak, s. 44 vd. Temel hakların özü kavramı ve Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Nihat Kayar, "İki Anayasa" (1961-1982): Temel Hakların Özü ve Anayasa Mahkemesi Kararları, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 379 vd.

Anayasada yapılan 2001 değişikliği ile 1961 Anayasası'nda (m. 11) temel hak ve özgürlüklerin sınırı için öngörülen ölçütlerin tamamına 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer verilmiş, ayrıca ek güvenceler getirilmiştir. Bu düzenlemeler ile 13. madde genel düzenleme maddesi olmaktan çıkılarak temel hak ve özgürlükler için öngörülen genel güvence maddesine dönüşmüş ve temel hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından yapılacak sınırlamalarda kademeli bir sisteme geçilmiştir (İnceoğlu, Hak, s. 23).

³¹⁶ **AYM, 27.3.2014, E. 2013/158, K. 2014/68 (RG. 09.04.2014-28967)** "*Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulacak önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulacak önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulacak önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.*

Hukuk devletinin unsurlarından olan "ölçülülük ilkesi" nedeniyle Devlet, kural ihlali nedeniyle öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge kurmak zorundadır".

³¹⁷ Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 22. Baskı, Yapı Kredi Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 383. Ek olarak bkz. Hakyemez, s. 33 vd.

- Milli güvenlik,
- Kamu düzeni,
- Kamu güvenliği,
- Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması,
- Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü,
- Suçların önlenmesi,
- Suçluların cezalandırılması,
- Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması,
- Başkalarının şöhret veya haklarının korunması,
- Özel hayatın veya aile hayatının korunması,
- Kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması,
- Yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi, olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası ifade özgürlüğü açısından normatif olarak benzer hükümlere sahip olsalar da, uygulama ve özgürlüklere yüklenen anlam ve anayasaya hâkim olan felsefe açısından arada ciddi farklılıklar bulunmaktadır³¹⁸. Anayasa'daki ifade özgürlüğünü sınırlayan hükümler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen sınırlar arasında bir mukayese yapıldığında, 1982 Anayasası'nda, özellikle devlet menfaatleri açısından sınırlamaların oldukça geniş tutulduğu ve bireysel özgürlükler yerine devlet menfaatlerinin açıkça tercih edildiği görülmektedir. Anayasa'daki sınırlamalarla devlet otoritesini güçlendiren bu yaklaşım, 1982 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında büyük farklılıklara neden olmaktadır³¹⁹. Bu nedenle, Türk hukukunda ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesi ve Anayasa'nın 26/2. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi, ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen genel sınırlama sebeplerinin gözetilmesi gerekmektedir³²⁰. Ancak kanaatimize göre, Avrupa İnsan

³¹⁸ Sunay, s. 4.

³¹⁹ Uygun, s. 137-138; Şahbaz, s. 52 vd.; Avcı, s. 182 vd.; Levent Köker, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **İfade Özgürlüğü ve Hukuk Devleti**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 20. 1982 Anayasası ile AİHS m. 10/2'deki sınırların birlikte değerlendirmesi için bkz. İnceoğlu, Hak, s. 28-29; Karan, s. 373 vd.

³²⁰ Sunay, s. 77.

Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen sınırlamaların, anayasal düzenlemeler ile genişletilmesi, Anayasa'nın 90/5. fıkrası ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve doğrudan uygulanabilirliği gerektiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne açık aykırılık teşkil etmektedir.

c. Demokratik bir Toplumda Gereklilik

Demokratik toplum kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ortaya konduğu üzere, bir yandan Sözleşme'de yer verilen temel hak ve özgürlüklerin yorumunda devletin yetkisinin maddi içeriğini belirleyip, yönlendirici bir fonksiyon taşıırken, diğer yandan da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının en son ölçütünü ortaya koymaktadır³²¹. 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı'nda³²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*demokratik bir toplumda gerekli*” olma deyiminden Mahkeme'nin ne anladığını ve bu deyim ele alınan sorunların incelenmesinde gördüğü işlevi açıklamazken, Sözleşme'nin 10/2. maddesindeki anlamıyla “*gerekli*”³²³ sıfatının, “*zorunlu*” sıfatıyla anlamdaş sayılamayacağını ve hatta bu ifadenin “*kabul edilebilir*”, “*olağan*”, “*yararlı*”, “*makul*”, “*arzu edilen*” ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre “*gereklilik*” kavramı, “*toplumsal ihtiyaç baskısı*”nın varlığını ifade etmek için kullanılmaktadır³²⁴.

İfade özgürlüğüne müdahale halinde, Sözleşmecî Devlet tarafından müdahalenin zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan³²⁵ (*pressing social need*) kaynaklandığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde öngörülen sınırlamalar kapsamında makul bir şekilde ortaya konulması beklenmektedir. Zira ifade özgürlüğüne müdahale en son başvurulacak bir yol olup, ancak kaçınılmaz olması halinde müdahale etme koşulu devletler açısından genel bir davranış yükümü oluşturmaktadır³²⁶.

³²¹ Sunay, s. 108-107. Ayrıca bkz. Özbey, s. 53 vd.

³²² 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

³²³ Gereklilik (necessary) kavramı ile vazgeçilmezlik (indispensable) ya da mutlaka zorunlu surette gerekli (absolument necessary) gibi kesinlik ve zorunluluk içeren ifadeler anlatılmadığı gibi, kabul edilebilir, akla yatkın (admissible) ya da olağan (normales) ya da makul (reasonable) kavramlarındaki gibi esnek bir ifade de mevcut değildir (Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 378; Sunay, s. 113).

³²⁴ İfade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninde gerekliliğine dair AİHM kararları için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 358.

³²⁵ Şahbaz, s. 67.

³²⁶ Özsoy, s. 513-514.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kabul ettiği demokrasi anlayışı çoğulcu³²⁷ bir nitelik taşımakta olup, çoğunluğun düşünce ve inançlarına aykırı, şok edici, rahatsız edici olsa da ifade özgürlüğünün her şeklini kapsamaktadır. Mahkeme, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere ancak zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olduğunda müdahale edilebileceğini kabul etmektedir³²⁸. Sözleşmecî devlet, demokratik bir devlette müdahalenin gerekli olduğuna dair bir değerlendirme yaparken, sınırsız bir takdir marjına³²⁹ (/margin of appreciation) sahip değildir ve ulusal takdir alanı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Mahkeme'nin denetimi sadece denetlenen Sözleşmecî Devletin takdirini, Sözleşme'nin *olağan (ordinary)* anlamı³³⁰ içinde, *makul biçimde (reasonably)*, *özenle (carefully)* ve *iyi niyetle (in good faith)* kullanıp kullanmadığını araştırmakla sınırlı olmayıp, Sözleşmecî Devlet yaptığı davranışın Sözleşme'yle üstlendiği taahhütlere uyumu konusunda da Mahkeme'nin denetimindedir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şikâyet konusu müdahalenin “*demokratik bir toplumda gerekli*”liğinin “*yeterli*” gerekçeye dayanıp dayanmadığını değerlendirebilmek için, davanın “*kamu yararı*” (*public interest*) ile ilgili yönüne de dikkat etmektedir³³¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kamu düzeninin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne yapılan kısıtlamalarda³³² demokratik bir toplumda bu müdahalenin gerekliliğini değerlendirmekte ve özellikle siyasi partiler ve faal üyeler açısından ifade özgürlüğünün özel önem taşıdığını kabul etmektedir³³³. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başkalarının şöhret ve haklarını korurken medyaya ayrıcalıklı

³²⁷ Anayasa mahkemesi kararlarında, AİHM'den farklı olarak daha az çoğulculuk vurgusuna rastlanmaktadır (İnceoğlu, Hak, s. 37).

³²⁸ İnceoğlu, Hak, s. 33. Ayrıca bkz. Avcı, s. 131 vd.

³²⁹ Füsün Arsava, “Temel Hakların Alman Anayasa Hukuku Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu ve Avrupa Birliği İlişkisi Çerçevesinde Yorumu”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2011, Cilt: 7, Sayı: 27, s. 2. (Yorum).

AİHS ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında AİHM ikincil bir rol üstlenmekte ve Sözleşme ile belirlenen sınırlar dâhilinde Sözleşmecî devletlere takdir marjı verilerek, kendilerine en yakışan insan hakları içeriğini ve uygulamasını seçme hakkı tanınmaktadır (Murdoch, s. 44).

³³⁰ Çavuşoğlu, s. 133.

³³¹ 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

Belirtilen bu şartlar Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31, 32. ve 33. maddelerindeki uluslararası sözleşmelerin yorumu için yol gösteren kurallardan oluşmaktadır (Çavuşoğlu, s. 133).

Sözleşmecî devletler açısından öngörülen “margin of appreciation” (takdir marjı) doktrini ve elverişlilik ilkesi ile ulusal bir mahkemenin AİHM tarafından öngörülen AİHS yorumundan sapmak istemesi halinde, ulusal mahkemenin temel hak ve özgürlükleri AİHM'den daha yüksek seviyede koruduğunu kanıtlamasını gerekmektedir (Arsava, Yorum, s. 2).

³³² 09.06.1998 tarihli İncal-Türkiye Kararı (Macovei, s. 84; Doğru, C. 4, s. 65-86).

³³³ Macovei, s. 86.

bir konum sağlamış³³⁴ ve medya tarafından kullanılan siyasi, sert, keskin ve dikkat çekici beyanların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir³³⁵. Takdir marjının kapsamı her hakka göre belirlenmektedir³³⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeni kriterini esas alınırken, toplumda mevcut “*ahlâk*” anlayışını ayrıca değerlendirmektedir. Zira ifade özgürlüğü ile “*ahlâk*”³³⁷ kavramı arasında bir çelişki bulunmakta ve özellikle ahlâk kuralları çerçevesinde yapılan değerlendirmeler ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülkenin bölgelerine göre bile değişebilmektedir. Bu nedenle Mahkeme, ifadelerdeki ahlâka aykırılık nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri demokratik toplumda gereklilik açısından değerlendirirken ulusal makamlara/mahkemelere daha geniş bir takdir marjı sağlamaktadır³³⁸. Zira toplumsal etkileşimden ve ilişkilerden doğan değerler bireyin düşünce, tutum ve davranışlarında, ifadelerinde bir ölçüt oluşturmakta ve bu değerler bireyin bir topluma ya da gruba ait olmak, uymak veya dikkate almak şeklindeki ahlâki ya da toplumsal değerlerini meydana getirmektedir³³⁹.

³³⁴ Bkz. 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı (Macovei, s. 96 vd; Doğru, C. 2, s. 55-68).

³³⁵ Macovei, s. 96.

Işıl Özkan, “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 3, Sayı: 8, s. 2141. (Hukuk).

³³⁷ Toplumsal yaşantıda ortaya çıkan değerler ve normlar bütünü ahlâk olarak tanımlanması mümkündür (Mehmet Yüksel, “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 180).

³³⁸ Macovei, s. 91 vd.; Karan, s. 362.

Ayrıca bkz. 29.10.1992 tarihli Open Door ve Dublin Well Woman-İrlanda Kararı (Macovei, s. 93 vd). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57789#{"itemid":\["001-57789"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57789#{) (Erişim. 20.03.2014).

24 Mayıs 1988 tarihli Muller ve Diğerleri-İsviçre Kararı (Macovei, s. 92-93 vd). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57487#{"itemid":\["001-57487"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57487#{) (Erişim. 20.03.2014).

Danıştay 13. Daire, 09.11.2012, E. 2010/5054, K. 2012/2878 “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Handyside v. The United Kingdom' (5493/72, 07.12.1976, A 24, 48) davasında, ahlâki değerlerin zamana ve mekâna göre değiştiğini, ahlâki gerekliliklerin tam içeriklerinin ve bunları karşılamak için öngörülen yaptırımların, uluslararası bir yargı yerinden ziyade yerel otoriteler tarafından belirlenmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Mahkeme, bir yayının ahlâka aykırı olup olmadığına karar verirken kültürel, sosyal ve dini etkenlerle birlikte halkın yapısını ve yayının hedef kitlesini de dikkate almaktadır. Bu itibarla, genel ahlâkın korunmasında, o andaki, genel ve ortalama ahlak anlayışının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Toplumda yerleşmiş değer yargılarına göre hoş görülmemeyen tüm hareketler genel ahlâka aykırı nitelik taşımaktadır*” (Danıştay Dergisi, 2013, S. 133, s. 68-73).

³³⁹ Yüksel, s. 180. AİHM tarafından bir inancın AİHS m. 9-10 kapsamında korunabilmesi için, inancın belirli bir tutarlılık, ciddiyet, uyum ve önem derecesine ulaşması yanında, söz konusu inancın insan onuru ile de uyumlu olması gerekmektedir (Murdoch, s. 16).

§4. NEFRET SÖYLEMLERİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 06.07.2006 tarihli Erbakan-Türkiye Kararı'nda³⁴⁰ “...hoşgörü ve tüm insanların eşit haysiyetine saygı; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturur. Dolayısıyla, ilkesel olarak bazı demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten ya da gerekçelendiren tüm ifade türlerine karşı yaptırımlar getirmek ve hatta bu ifade türlerini engellemek zorunlu görülebilir...”³⁴¹ değerlendirmesini yapmıştır.

Mahkemece, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun asli temellerinden biri olduğu ve toplumun ilerlemesinin, her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturduğu³⁴² kabul edilse de, kişiler hakkında şiddet içeren, ırkçılık, ayrımcılık ya da kışkırtıcılık yapan kasıtlı ve doğrudan ifadeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında korunmamaktadır³⁴³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına dair - başta Handyside-Birleşik Krallık Kararı olmak üzere- vermiş olduğu tüm kararlarda “hoşgörü ve geniş fikirlilik”, “çoğulculuk” gibi sınırlar çizmeye çalışarak³⁴⁴ Sözleşme'ye taraf ülkelere toplumsal düzenlemelerinde bir takdir marjı bırakmış olsa da, burada esas olan ifade özgürlüğünün sınırlandırma yetkisinin kötüye kullanılmaması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların pratik ve etkin

³⁴⁰ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055#{"itemid":\["003-1728198-1812055"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=003-1728198-1812055#{) (Erişim. 25.03.2014).

³⁴¹ AİHM Bilgi Notu-7.

³⁴² Macovei, s. 8. Ayrıca bkz. 08.07.1986 tarihli Lingens-Avusturya Kararı (Doğru, C. 2, s. 55-68); 18.07.2000 tarihli Şener-Türkiye Kararı. (http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/26_29_mart/aihm/%C5%9EEENER.pdf) (Erişim. 17.11.2014);

³⁴³ Macovei, s. 29-31. AİHM, 23.04.1992 tarihli Castells-İspanya Kararı'nda demokratik bir toplum varlığı ve gelişimi için gerekli olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olanları değil, aynı zamanda kışkırtıcı, çarpıcı veya rahatsız eden ifadeleri de içerdiğini kabul ederken, AİHS'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasının cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın güvence altına aldığını belirtmiştir.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/1.pdf (Erişim. 27.04.2014).

³⁴⁴ Küçük, s. 69; Sunay, s. 33. AİHM'nin sınır koyan kararları için bkz. Küçük, s. 69 (dipnot 132). Özellikle nefret söylemlerinde karşılaşılan ve ifade özgürlüğünün sınırlarının değerlendirilmesinde esas alınan hoşgörü ve çoğulculuk tezinin kökenlerinin Locke'un Hoşgörü Hakkında Bir Mektup (A Letter Concerning Toleration) isimli eserine kadar gittiği belirtilmekte olup, hoşgörü kavramı toplumsal farklılıkların özgürce ortaya konmasına imkân tanıyan demokratik toplumun temelini de oluşturmaktadır (Şahin, s. 288 vd.). Hoşgörü kavramı ve sınırları için bkz. İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007, s. 87 vd. (Sorusal).

bir şekilde kullanılmasının sağlanmasıdır³⁴⁵. 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı'nda³⁴⁶ Mahkeme, *“aşırılığa yönelik ciddi bir gerekçe ile öte yanda bireylerin görüşlerini özgürce ifade etme ve başkalarını kızdırma, şok etme ya da rahatsız etme”* hakları arasında bir ayrıma gitmiş ve özerk bir kavram olduğu kabul edilen nefret söyleminin kesin bir tanımını yapmaktan kaçınmıştır³⁴⁷.

Benzer bir durum Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *“nefret söylemi”* (hate speech) hakkındaki 30.10.1997 tarihli R 97 (20) numaralı Tavsiye Kararı'nda³⁴⁸ da mevcuttur³⁴⁹. Tavsiye kararında nefret söylemi tanımlanmamış, ancak bir takım söylemlerin ifade özgürlüğünün kullanılmasına dair korumalardan faydalanmasının engellenmesi için belli bir çerçeve çizilmeye çalışılarak, saldırgan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel değerleri ile çelişen ve nefret söylemine dönüşen ifadeler ifade özgürlüğünün koruması dışında bırakılmıştır³⁵⁰. Buna dayanak olarak da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi gösterilmiştir. Nitekim 17. maddede *“Hakları Kötüye Kullanma Yasağı”*³⁵¹ başlığı altında *“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz”* denilmiştir. Bu prensipler temelinde Mahkeme, ifade özgürlüğü ihlallerine dair başvuruları değerlendirmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefret söylemi olan, ancak Sözleşme'nin temel değerlerini yok etme kapasitesine sahip olmayan söylemlerde de yine Sözleşme'nin 10/2. ve diğer maddelerinde mevcut olan diğer

³⁴⁵ Lawson, s. 79-80. Ayrıca bkz. Aldabak s. 91.

³⁴⁶ Doğru, C. 1, s. 161-180.

³⁴⁷ Weber, s. 3.

³⁴⁸ [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf) (Erişim. 10.12.2013)

³⁴⁹ R 97 (20) numaralı Tavsiye Kararı'nda nefret söyleminin ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği, bu anlamda “nefret söylemi”nin muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsadığı belirtilmiştir (Weber, s. 3).,

³⁵⁰ Bir ifade suçu olarak ortaya çıkan nefret söylemi, nefret suçunun bir türü olarak kabul edilmektedir (Uslu, s. 186).

³⁵¹ Kötüye kullanma yasağı, demokratik toplum düzenini korumak amacıyla pek çok uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla geliştirilen bir ilkedir (Eren, s. 23).

kısıtlamaları dikkate almaktadır. Mahkeme, saldırgan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu kabul edilen ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm, saldırgan milliyetçilik, azınlık ve göçmenlere uygulanan ayrımcılık gibi söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında korumamaktadır³⁵². Tüm bu ırkçılık, antisemitizm, yabancı düşmanlığı ya da tolere edilemez şekillerde kullanılan ifadeler, R 97 (20) numaralı Tavsiye Kararı'yla nefret söylemi olarak kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında “hoşgörü paradoksu teorisi”ni uygulamakta, temel hak ve hürriyetler kapsamında ifade edildiği belirtilen bir ifadeye mutlak bir hoşgörü ile yaklaşılması halinde bu hoşgörünün temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmasının mümkün olabileceğini kabul etmektedir³⁵³. Bu nedenle Mahkeme, “hoşgürsüz ifadeye mutlak bir hoşgörü ile izin verilmesi, hoşgörü ortamını ortadan kaldıracaktır” şeklinde formüle edilebilecek bir yaklaşımla nefret suçu içeren ifadeleri, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemektedir³⁵⁴.

Toplum tarafından genel kabul gören ve toplumun etik değerlerini oluşturan kişi onuru, kamu düzeni, kamu güvenliği gibi bazı ifade ve eylemlerin ifade özgürlüğünün sınırlanmasında genel çerçeveyi oluşturduğu kabul edilebilirse de, aynı zamanda cins, cinsel tercih, ırk, dini inanç, etnik köken gibi eşitlik ilkesinin ve insan

³⁵² AİHM Bilgi Notu-7.

³⁵³ AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde, prensip olarak totaliter doktrinlere dayanan, totaliter bir rejimi canlandırmaya yönelik, demokratik düzene tehdit oluşturan fikirlerin Sözleşmenin temel değerlerine aykırı olduğunu kabul etmektedir (AİHM Bilgi Notu-7). Bkz. 13.02.2003 tarihli Refah Partisi ve Diğerleri-Türkiye Büyük Daire Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60936> (Erişim. 06.05.2015).

³⁵⁴ Macovei, s. 9. Benzer yönde bkz. Avcı, s. 129-130; McGonagle, s. 18-19; Zankova, s. 24-25. AİHM'in hoşgörü ortamını ortadan kaldıracak davranışları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemesinde II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan Yahudi, Çingene ve engellilere yönelik soykırımın ağır etkisi mevcuttur. Mahkeme, Nazi ideolojisi ve ırkçılığın yükselmesini engellemeye yönelik eylemleri AİHS'ne aykırı bulmamakta ve Sözleşme'nin 17. maddesi gereği, Sözleşme'deki hiçbir hakın kötüye kullanılmayacağı kabul etmektedir (Karan, s. 359). Aynı yönde bkz. Şahin, s. 420 vd. Ayrıca Bkz. 12.05.1988 tarihli Kuhnen-Almanya Komisyon Kararı ve 26.06.1996 tarihli D. I.-Almanya Komisyon Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-230> (Erişim. 19.11.2014).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-3218> (Erişim. 16.12.2014).

“Soykırım kavramı kesin olarak tanımlanmış yasal bir kavramdır. Tarih araştırmasının tanım itibarıyla, mutlak suretle kesin sonuçlara varılmasını veya ortaya nesnel ve mutlak doğrular konulmasını gerektirmeyen, tartışmaya açık bir konu olduğu düşünüldüğünde; Mahkemenin söz konusu olaylara benzer olaylarla ilgili olarak genel bir uzlaşmaya varılabileceği hususunda tereddütleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme mevcut davayı, Nazi soykırımı suçlamalarının reddedilmesine ilişkin davalardan bariz bir şekilde farklı görmüştür” (17.12.2013 tarihli Perincek-İsviçre Kararı) (AİHM Bilgi Notu-3).

http://www.avim.org.tr/uploads/raporlar/Perincek-%C4%B0svi%C3%A7re_A%C4%B0HM_karar%C4%B1_terc%C3%BCmesi.pdf (Erişim. 19.04.2015).

haklarının temelini oluşturan bazı kavramların da toplumsal kabullerin ötesinde korunması, cins, cinsel tercih, ırk, dini inanç, etnik köken gibi kişisel tercihlerden kaynaklanan kendini ifade hakkının hem bireysel hem de toplumsal alanda korunmasının sağlanması gerekmektedir³⁵⁵.

Nefret söylemlerinde bireysel özgürlüğün korunması ile kamu yararı açısından bir çelişki doğmakta ve çatışan değerler arasında dengenin sağlanması noktasında sorunlar bulunmaktadır. Bu nedenle bu iki değer arasında adil bir dengenin kurulması bir zorunluluk oluşturmaktadır³⁵⁶. Uygulamada pek çok ülke nefret söylemlerine karşı önleyici tedbirler almakta ve nefret propagandası gerek ulusal düzenlemeler ve gerekse de uluslararası sözleşmelerle yasadışı kabul edilerek cezalandırılmaktadır. Hatta uluslararası sözleşmeler ile devletler nefret söylemi ya da suçu oluşturan ayrımcı fikirleri giderme ve ortadan kaldırma konusunda yükümlü kılınmakta ve korunması gereken gruplar belirlenmektedir³⁵⁷. Ayrıca nefret içeren söylemlerde ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında ifade sahibinin konumu da önem taşımaktadır. Nitekim BM İnsan Hakları Komitesi de, Malcolm Ross-Kanada Davası'nda³⁵⁸ *“ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasının gerektirdiği özel görev ve sorumlulukların “okul sistemiyle ve özellikle de daha küçük yaştaki öğrencilerin eğitimiyle özellikle yakından ilişkili” olduğunu ve “ayrımcı görüşlerin ifade edilmesinin okul sistemi tarafından meşrulaştırılmamasının güvence altına alınabilmesi için öğretmenlerin yarattığı etkinin bazı kısıtlamalara tabi tutulabileceğini”* belirtmektedir³⁵⁹.

Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok sıkı şekilde denetlenmekte ve ifade

³⁵⁵ Öykü Didem Aydın, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2011, s. 52. (Aydın, Ö. D.). Ayrıca bkz. Yuvalı, s. 133 vd; Hakyemez, s. 30 vd.; McGonagle, s. 18-19; McGoldrick ve O'Donnell, s. 455 vd. Nefret söylemleri ve ifade özgürlüğü açısından örnek Amerikan mahkemesi kararları için bkz. S. Cagla Juhan, “Free Speech, Hate Speech, and The Hostile Speech Environment”, **Virginia Law Review**, November 2012, Volume: 98, No: 7, s. 1577 vd.

³⁵⁶ L. W. Summer (Çev. Erkan Çağlar). “Nefret Propagandası ve Sözleşme Hakları”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford, 1994, s. 112. Aynı yönde bkz. McGoldrick ve O'Donnell, s. 455 vd.

³⁵⁷ Joseph Magnet, (Çev. Erkan Çağlar) “Kanada’da Nefret Propagandası”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford, 1994, s. 113.

³⁵⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/736-1997.html> (Erişim. 23.11.2014).

³⁵⁹ Weber, s. 58. Kamu çalışanlarının ifade özgürlüklerinin kısıtlanabilirliği için bkz. Korkmaz, s. 139 vd. AİHM, 30.03.2010 tarihli Volkmer-Almanya Kararı'nda bir öğrencisini siyasi muhalifleri izlemek için kullanan öğretmenin eylemlerinin öğretmenliğin gerekleri ile bağdaşmadığına karar vermiştir. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97908> (Erişim. 22.03.2015).

özgürlüğüne getirilebilecek sınırlar oldukça katı şekilde yorumlanmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmeksizin ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini ve meşru bir amacı olmasını ve ayrıca kanunen belirlenmiş bir sınır koşulu aramaktadır. Müdahaleyi yapan devletin, müdahalenin Sözleşme'nin 10/2. maddesinde gösterilen meşru amaçlara uygun olduğunu ve acil toplumsal ihtiyaca cevap verdiğini ikna edici şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Böylece ifade özgürlüğünün sınırsız kullanılmasının yaratacağı olumsuzlukların ortadan kaldırılabilmesi ve ulaşılmak istenen amaç ile ifade özgürlüğü arasında bir dengenin kurulması (oranlılık ilkesi) mümkün olmaktadır³⁶⁰. Farklı olanın kendini kabul ettirmesi veya azınlık görüşünün bir gün çoğunluk görüşü haline gelebilmesinin önünün açılması, bireysel veya örgütlü ifade özgürlüğünün geniş bir biçimde sağlanması ile mümkün olduğundan, demokratik bir toplum düzeninde ifade özgürlüğünün korunması özel bir önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu düşünceden hareketle, ifadenin mahiyetini, ifade edenin kimliğini ve ifadeye hedef olan kişi veya kurumu ayrı ayrı değerlendirmekte ve çoğulculukla örtüşmeyen nefret söylemlerini ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmemektedir. Mahkeme, müdahale değerlendirmesi yaparken içinde bulunulan somut koşulları, mevcut tehlikeyi, ifadenin alenileşme sürecini de dikkate almakta, ancak ahlâki konularda toplumsal görüşlerin değişebileceğini de kabul etmektedir³⁶¹.

³⁶⁰ Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, **Liberal Yayınları**, Ankara, 2002, s. 20-21. (İfade).

³⁶¹ Inceoğlu, Hak, s. 34-35.

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

§5. İŞ HUKUKUNDA ULUSLARARASI KURALLARIN UYGULANMASI VE İŞYERİNDE İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I. Genel Olarak

İnsanı maddi ve manevi varlığı ile bir bütün olarak kabul eden sosyal haklar, sosyal devlet ilkesi kapsamında, toplumdaki güçsüz kesimlerin insan onuruna yakışır bir düzeyde yaşamasını sağlamaya çalışmakta ve bireyi sadece devlete karşı değil, diğer kişilere karşı da korumaktadır. Ancak kapitalizm ve küreselleşme, toplumun zayıf kesimini oluşturan işçilerin ve diğer çalışanların korunmasını zorlaştırmaktadır. Bu durum, insan onurunun korunması ilkesi ile çelişmekte ve bireylerin sosyal ve demokratik haklarının zedelenmesine neden olmaktadır³⁶². Çalışanların aleyhine olan bu mahsurların giderilebilmesi içinse, işçilerin işyerinde haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla uluslararası sendika ve işçi kuruluşları ile ulusal işçi sendikaları arasında bağlantı kurulmuştur. Böylece, işçilerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili çalışmalar, bu temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi çabaları ulusal sınırların dışına çıkarak, uluslararası bir iş hukuku alanı oluşmasına neden olmuştur³⁶³. İş hukuku alanındaki bu uluslararası düzenlemelerin pek çoğu ise Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çalışmaları ile ortaya çıkmış ve bu metinlerde insanın ve insan hakkının korunması birinci amaç olarak öngörülmüştür³⁶⁴.

³⁶² Bulut, s. 2-3.

³⁶³ Esener, s. 607.

³⁶⁴ Jean-François Akandji-Kombé (Çev. Gülden Kurt), “**Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları, Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**”, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 40. ILO'nun amaçları ve temel prensiplerine ILO Anayasası'nın başlangıç kısmında ve Philadelphia Bildirgesi'nde yer verilmiştir. ILO'nun kurulmasında tüm dünyada barışın ancak sosyal adalet temelinde kurulabileceği gerçeğinden hareketle, adaletsizlik ve sefalet yaratan çalışma koşullarının ivedilikle iyileştirilmesi ve bu iyileştirme için tüm devletlerin aynı önlemleri almasının sağlanması amaçlanmıştır. Aksi halde devletler uluslararası pazarda rekabet gücünün kaybedileceği endişesi ile çalışanlar açısından yeterli ve gerekli önlemleri almaktan kaçınabileceklerdir. Bu kaçınmanın önlenmesi için tüm devletlerin ortak hareket etmesi amaçlanmıştır ve bu nedenle de evrensel nitelik taşıyan ILO çalışmaları ile uluslararası iş hukukuna ilişkin

Uluslararası iş hukukunun kaynaklarını, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Andlaşması gibi içinde iş hukuku hükümlerine de yer verilen uluslararası antlaşmalar, çok taraflı sözleşmeler ve iki taraflı işgücü sevki antlaşmaları oluşturmaktadır³⁶⁵. Özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ile yapılan düzenlemeler, iş hukuku açısından oldukça önem taşımaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'yle herhangi bir coğrafi ya da millî sınır gözetilmeksizin, çalışma hayatına ilişkin dünya genelinde ve devletlerin üstünde, bağlayıcı nitelik taşıyan, zorunlu bir kurallar bütünü yaratmak amaçlanmaktadır³⁶⁶. Bu amaçlar arasında temel insan haklarını geliştirmek de bulunmaktadır³⁶⁷. *Philadelphia Bildirgesi*³⁶⁸ olarak da bilinen ve Uluslararası Çalışma Örgütü Statüsü'nün Eki niteliğinde olan 10.05.1944 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Gaye ve Hedeflerine İlişkin Bildirgesi (Declaration Concluding the Aims and Purposes of the ILO) de dâhil olmak üzere, pek çok uluslararası belgede Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaç ve hedefleri yeniden saptanmış ve Birleşmiş Milletler ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasında 16.12.1946'da yürürlüğe giren *Özel Anlaşma (Special Agreement)* ile Uluslararası Çalışma Örgütü Birleşmiş Milletler'in "*Özel Uzmanlık Birimi*" (*Special agency*) haline getirilmiştir³⁶⁹. Philadelphia Bildirgesi ile işçinin emeğinin ticari bir mal olmadığı evrensel bir ilke olarak ortaya konmuştur³⁷⁰. Ayrıca Bildirge'de çalışanlar açısından "*onur*" kavramı bir değer olarak kabul

düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştır. ILO başlangıçta sadece sosyal adaletin sağlanması ilkesinden hareketle faaliyete geçmişse de, zaman içerisinde işlevi genişlemiş ve üye ülkelerin sosyal gelişmelerinin ekonomik kalkınmaları ile dengeli olmasını sağlama işlevini de üstlenmiştir (Süzek, s. 79). Ayrıca bkz. Esener, s. 611 vd; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2012, s. 43; Gülmez, Ayrımcılık, s. 248 vd.

³⁶⁵ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2012, s. 26.

³⁶⁶ Narmanlıoğlu, s. 43.

³⁶⁷ Taşkın, s. 461.

³⁶⁸ http://www.ilocarib.org.tt/cariblex/pdfs/ILO_dec_philadelphia.pdf (Erişim 16.11.2014).

Akandji-Kombé, s. 41; Süzek, s. 79; Kaya, s. 37-38; Günay, C. 1, s. 52; Taşkın, s. 454; Gülmez, Ayrımcılık, s. 248 vd. Amerikan İşçi Federasyonu (American Federation Labor) tarafından çeşitli ülke işçi temsilcileriyle birlikte barışın korunması için işçi yararının ve barışın korunması amacıyla 1944 yılında düzenlenen Philadelphia konferansında "*devamlı barışın ancak sosyal adalete dayandığı takdirde kurulabileceği*" belirtilmiştir (Esener, s. 608).

³⁶⁹ http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_amac.htm (Erişim. 12.05.2015).

Aynı yönde bkz. Gemalmaz, C. 1, s. 837; Taşkın, s. 455.

³⁷⁰ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 11. Ayrıca bkz. Nizamettin Aktay ve Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2011, s. 25 (Aktay ve Diğerleri).

edilmiş³⁷¹ ve ifade özgürlüğü ile onun kolektif bir kullanımı olan örgütlenme özgürlüğü ilermenin şartı olarak ortaya konmuştur³⁷². Bu nedenle, çalışanlar için korunmaya değer bir kavram olarak ortaya konan “onur” kavramının işyerinde korunabilmesi ve işçilere onurlu bir çalışma ortamının sağlanabilmesi için, evrensel nitelik taşıyan tüm temel hak ve özgürlüklerin işçiler açısından da geçerli olduğunun açıkça ortaya konarak, bu hak ve özgürlüklerin hem işverene hem de iş hukukunun hukuksal niteliğinden dolayı devlete karşı ileri sürülebilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Türkiye açısından ise, taraf olunan Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri kadar, işçi haklarına dair diğer devletlerle yapılan ikili ya da daha çok taraflı sözleşmeler de önem taşımakta olup, bu sözleşmeler Türk iş hukukunda uluslararası iş hukukunu etkili kılmaktadır³⁷³. Ayrıca, iş hukukunda uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukukunun bireye sağladığı tüm temel hak ve özgürlüklerin işyerinde de geçerli olduğu, işyerinde işçi sıfatını taşıyan bireyin insan onuru nedeniyle sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerinden işyerinde vazgeçmesinin mümkün olamayacağı, bu nedenle devletin iş hukukunda işçilerin temel hak ve özgürlüklerini işyerinde korumasının bir yükümlülük olduğu görülmektedir³⁷⁴.

II. İş Hukukunda Uluslararası Hukuk ve Ulusüstü Hukuk Kurallarının Uygulanması ve İnsan Hakları

İş hukuku sadece işçi-işveren ilişkilerini değil, aynı zamanda işçi-işveren ve devlet ilişkilerini de düzenlemekte ve işçi-işveren arasındaki çalışma barışının kurulmasında devletin müdahalesi önemli bir rol oynamaktadır. Devlet, bu nedenle işçi ve işveren arasında var olan özel hukuk ilişkisine doğrudan müdahil olmaktadır. Bu müdahale, iş hukukunun bazı bölümlerine özel hukukun, bazı bölümlerine ise kamu hukukunun egemen olmasına neden olmakta, özellikle işçinin korunması ilkesi

³⁷¹ Ali Ekin, **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçinin Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 44.

³⁷² Taşkın, s. 454 vd.

³⁷³ Narmanlıoğlu, s. 44. Ayrıca bkz. Aktay ve Diğerleri, s. 18 vd.

³⁷⁴ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin sadece iç hukukta mevcut olan pozitif metinlerle sınırlı şekilde değerlendirilmesi konusundaki yaklaşım, herhangi bir ayrıntılı yasal düzenleme yapılmaksızın uluslararası metinlerin ve uluslararası yargı (ve denetim) organlarının kararlarının iç hukukta uygulanabilirliğini oldukça zorlaştırmaktadır (Gülmez, Ayrımcılık, s. 285).

temelinde iş ilişkisine devlet tarafından yapılan yasal müdahalelerle iş hukukunun sosyal niteliği ön plana çıkmaktadır³⁷⁵. Böylece hem sosyal adalet hem de toplumsal denge sağlanmaktadır³⁷⁶. Sosyal adalet ve dengenin sağlanabilmesi için de, devletin iş ilişkilerinde üstlendiği pasif rol zaman içerisinde değişerek, devletin iş ilişkisine aktif müdahalesi gerekli hale gelmiştir³⁷⁷.

Türk hukuku açısından mamelek hukukuna dâhil işçinin temel hak ve özgürlükleri, anayasal hükümler gözetildiğinde, işçinin işyerinde temel hak niteliği taşıyan şeref ve haysiyetinin korunması, hem diğer kişiler (işveren, diğer çalışan işçiler, müşteriler vs.) hem de devlet açısından bir borç oluşturmaktadır³⁷⁸. Bu nedenle işçilerin bu temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi, hem iş hukukunun tüm kurallarının yorum ve düzenlenmesinde hem de işyeri uygulamalarında bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır³⁷⁹.

III. İş Hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Geçerliliği

Tarihsel sürece bakıldığında, hemen tüm ülkelerde iş hukukunun doğuşunda ve gelişmesinde müşterek noktalar mevcut olup, işçiler liberal kapitalizmin

³⁷⁵ Çelik, s. 2-3. Aynı yönde bkz. Şükran Ertürk, **İş Mücadelesinde Denge İlkesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1999, s. 100 (Denge); Aktay ve Diğerleri, s. 4.

³⁷⁶ Eyrenci ve Diğerleri, s. 1. Sosyal haklar iç hukuklarda en son ortaya çıksa da, uluslararası insan hakları alanında ilk yerleşen haklar olmuştur (Servais, s. 286). Anayasa ve uluslararası belgelerde sosyal ve ekonomik hakların yer alması hakkında bkz. A. Tarık Gümüş, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 296 vd.

³⁷⁷ Süzek, s. 8. Modern hukukta devletlerin sadece insan hakları ihlallerinden kaçınması yeterli olmayıp, devletin daha güçlü konumda olanların ya da çoğunluğun azınlığa tahakkümünü de engelleyici davranmasını gerektirmektedir. Hukuktaki bu yeni yaklaşım anayasal temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde de geçerliliğini ortaya koymaktadır (Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğü’nün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 614). Aynı yönde Mehmet Akif Poroy, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük, İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, s. 1005-1006. Anayasa hukuku kurallarının özel hukukta doğrudan uygulanması, yorum ve boşluk doldurma ile özel hukuk kurallarının anayasa uygunluğunun denetlenmesi şeklinde ortaya ortaya çıkmaktadır (Selim Kaneti, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanına Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 6, 1989, s. 20).

³⁷⁸ Yaşar Karayalçın, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 255 ve 257.

³⁷⁹ Zeki. Okur, “İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**, 2006, Cilt: 8, Sayı: 4, s. 41. Ayrıca bkz. Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 49 vd. (Temel Hak) İş hukukunda anayasal hükümler doğrudan bir kaynak oluşturmakta olup, çalışma hayatına ilişkin anayasal hükümler için bkz. Narmanlıoğlu, s. 24 vd.

aşırılıklarından korunmak istenmiş³⁸⁰, bu durum da işçileri koruyucu bir takım düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu süreç, işçi haklarının temel hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirilerek, ulusal ve uluslararası düzeyde bir kısım düzenlemelerin insan hakları kapsamında değerlendirilmesi ile sonuçlanmıştır. Temel hak ve özgürlükler açısından en önemli belgelerden biri olarak ortaya çıkan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, herhangi bir bağlayıcılığı olmasa da hem temel hak ve özgürlükler hem de işçi hakları açısından son derece önemli bir belge olarak ortaya çıkmaktadır. Beyanname’de yer verilen kulluk, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı³⁸¹ (İHEB m. 4), çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, işsizliğe karşı korunma hakkı, adil ücret hakkı, sendika hakkı (İHEB m. 23), dinlenme ve tatil hakkı (İHEB m. 24) gibi haklar bir taraftan temel bir insan hakkı olarak ortaya çıkarken, diğer yandan da iş hukukunun konusunu oluşturan işçi haklarını oluşturmaktadır³⁸². Hem insan hakkı hem de işçi hakkı olarak ortaya çıkan bu düzenlemelere, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi yanında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği düzenlemeleri gibi pek çok uluslararası belge ve sözleşmede de yer verilmektedir. Aynı duruma ILO’nun düzenlemelerinde de rastlanmakta olup, temel hak ve özgürlüklerinin iş hukuku alanına adapte edildiği ILO belgelerinde daha detaylı düzenlemeler bulunmaktadır³⁸³.

Söz konusu uluslararası düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, iş hukuku ile ekonomik, sosyal ve siyasi değişiklikler arasında doğrudan bir ilişkinin bulunması, bu hukuk dalında sık sık değişiklik yapılmasını ve değişen koşullara göre işçiyi koruyucu kural ve kurumların oluşturulmasını gerekli kılmaktadır. Bu özel durum iş hukukuna değişken bir nitelik kazandırırken, yapılacak değişikliklerde işçiyi koruma ilkesinin ve iş hukukunun emredici niteliğinin esas alınmasını, insan onurunun korunmasını ve diğer hukuksal düzenlemelere göre daha ayrıntılı hükümler

³⁸⁰ Narmanlıoğlu, s. 17.

³⁸¹ 26.07.2005 tarihli Siliadin-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69891> (Erişim. 10.05.2015).

³⁸² İHEB’te yer verilen işçi hakları ile bağlantılı olan hakları sadece bu maddeler ile kısıtlamak kanaatimizce mümkün olmayıp, özel yaşam hakkı (İHEB m. 12), düşünce, din, vicdan ve ifade özgürlüğü (İHEB m. 18), toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (İHEB m. 20), sosyal güvenlik hakkı (İHEB m. 22) gibi İHEB’te yer verilen pek çok hakkında iş hukuku ile doğrudan bağlantısı bulunmaktadır.

³⁸³ Mantouvalou, s. 3-7.

oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır³⁸⁴. Bu şekilde, Avrupa Birliği'ne dâhil olan ülkeler açısından ortak bir iş hukuku oluşmakta ve iş hukuku uluslararası bir nitelik kazanmaktadır³⁸⁵. Uluslararası sözleşmelerin “Başlangıç” (Préambule/Preamble) bölümleri genelde diplomatik bir gereklilik ifadesi olsa da, bu bölümler sözleşmelerin hazırlanış nedenini, konusunu, amaç ve hedeflerini belirtmesi açısından önemlidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Başlangıç bölümü de aynı prensipten hareketle hazırlanmıştır. Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde “ortak mirasın paylaşılması”, “hakların ortak güvenceye alınması” gibi ibarelere yer verilmiştir. Bu ibareler Sözleşmeciler devletlerin tüm hukuk disiplinlerini Sözleşme ile uyumlu hale getirmek zorunluluğunu ifade etmekte ve bu nedenle de iş hukuku da dâhil olmak üzere tüm Türk hukuk literatüründe Sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir³⁸⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da Avrupa Sosyal Şartı gibi insan hakları belgelerinde öngörülen düzenleme ve önlemler ile iş hukukunun kuralları arasında bir çelişki olması halinde, *Favor Libertatis Prensibi* (Özgürlükler Lehine Olanı Uygulama İlkesi) gereği, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasından özgürlük lehine olanın seçilerek uygulanması gerekmektedir³⁸⁷. Söz konusu prensip ve iş hukuku alanındaki öngörülen uluslararası sözleşmelerle işçi haklarının iç hukuk düzenlemeleri ile gerilemesinin ya da ortadan kalkmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Aksine bir durum sözleşmeciler devletler açısından sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmekte olup, devletlerin sözleşmesel sorumluluğuna neden olmaktadır³⁸⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul edilen insan haklarının bölünmezliği ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında, iş hukukunda işçinin işyerinde de temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Ayrıca Mahkeme kararlarında, Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen başkaca belgelerin konusunu oluşturan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerinden faydalanılmış, özellikle toplu sözleşme ve grev hakkı

³⁸⁴ Narmanlıoğlu, s. 17.

³⁸⁵ Narmanlıoğlu, s. 43.

³⁸⁶ Turgut Tarhanlı, “Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi” **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 666.

³⁸⁷ Jimena Quesada, s. 68. Ek olarak bkz. Sabuncu, s. 21.

³⁸⁸ Turhan Esener, “Uluslararası İş Hukuku”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 614.

gibi sosyal haklar ile ilgili olan kararlarda yorumlar genişletilerek, sosyal ve ekonomik haklar ile temel hak ve özgürlükler arasındaki geçirgenlik sađlanmıřtır³⁸⁹. Nitekim bu yaklaşım 11.01.2006 tarihli Sorensen ve Rasmussen-Danimarka Büyük Daire Kararı'nda³⁹⁰ ortaya konmuş ve sendikal haklar açısından iç hukuktaki düzenlemenin Avrupa Sosyal şartı'nın 5. maddesine aykırılığı tespit edilerek Sosyal Haklar Avrupa Komitesi'nin açıklamasına atıfta bulunulmuştur. Yine Mahkeme, 09.01.2007 tarihli Arnolin-Fransa Kararı'nda³⁹¹ da Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Avrupa Sosyal şartı'ndan kaynaklanan yükümlölükleri olduğunu belirtmiřtir³⁹². Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ortaya koyduğu bu yorum tarzı ile medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar arasında eş güdümü sağlamaya ve sosyal hak ve özgürlükleri de insan hakları temelinde korumaya almaya çalıřmaktadır³⁹³.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ilgili devlet açısından bağlayıcı bir nitelik tařıdıđının³⁹⁴ ve iş hukuku kuralları açısından da geçerli olduğunun da işyerinde işçinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin değerlendirmelerde gözetilmesi gerekmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, üye devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlölüklerine uymalarını

³⁸⁹ AİHM, 30.11.2004 tarihli Öneriyıldız-Türkiye Kararı'na yaptığı atıfla, bazı kararlarında AİHS'ni yorumlamak amacıyla, bilhassa Bakanlar Komitesi'nin ve Parlamenterler Meclisi'nin tavsiyeleri ve kararları da dâhil olmak üzere, Avrupa Konseyi organlarının özleri itibariyle bağlayıcı olmayan belgelerini de dayanak olarak kullanmaktadır (12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı). <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim. 16.05.2014).

AİHM, Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda, yorum yönteminin gelişiminde oldukça nadir bir içtihat değişikliğine gitmiş ve AİHS ile koruma altına alınan medeni ve siyasal hakların sosyal boyutunu oldukça güçlendirerek, Mahkeme açısından gerekli görüldüğünde uygulanmak üzere “sınırsız normatif bir kaynak” oluşturmuştur (Mouly, s. 232).

³⁹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72015> (Erişim. 04.05.2014).

³⁹¹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78922> (Erişim. 04.05.2014).

³⁹² Avrupa Sosyal şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı, AİHS ile aynı nitelikte yargısal korumaya sahip kılınmış ve Avrupa Birliği'nin sözleşmeler hukukuna dâhil edilmiştir. (Grellois, s. 292). Özellikle ATHŞ ile Avrupa Birliği bünyesine dâhil edilmesi, Avrupa Birliği'nin de AİHS'e taraf olması, sosyal haklar açısından da AİHS ile bir uyumlaştırma çalışmasını gerektirmektedir. AİHS'in kapsamı konusunda yorum yolu ile ortaya çıkan bu gelişmeler, insan onuru başta olmak üzere, Avrupa kimliğinin ortak değerlerini belirlemekte ve bu ortak değerlere saygı gösterilmesini gerektirmektedir (Grellois, s. 301-302).

³⁹³ Marguénaud, s. 222-227. AİHM, Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı ile vurguladığı haklar arasındaki geçirgenliğe ilişkin yorum ilkesini 21.04.20109 tarihli Enerji Yapı-yol Sen c-Türkiye Kararı ile kesin bir sonuca bağlamıştır (Mouly, s. 230). Yine AİHM, 02.05.2007 tarihli Behrami-Fransa ile Saramati-Fransa, Almanya, Norveç Büyük Daire Kararı'nda ve 16.10.2007 tarihli Duřan Berić ve Diđerler-Bosna-Hersek Kararı'nda hem BM Güvenlik Konseyi kararlarına hem de BM tarafından öngörülen hukuksal değerlere atıfta bulunulmuştur (Özkan, s. 47-48).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80830> (Erişim. 22.08.2014).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83109> (Erişim. 22.08.2014).

³⁹⁴ Türmen, s. 37. Ayrıca bkz. Arsava, s. 6-7.

sağlamakla yükümlü kılınmış olup, Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar kesin hüküm etkisi taşımaktadır (AİHS m. 19).

§6. İŞ HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğü sadece devletlere ait bir görev olarak olmayıp, aynı zamanda devleti meydana getiren, devletin bir unsuru olan kurumların (kamu ya da özel) ve ayrıca bireylerin de görevidir. İnsan haklarının mutlak ve evrensel niteliği gözetildiğinde asıl amaç, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ve hangi kaynaktan gelirse gelsin ihlallerin önlenmesi olmaktadır³⁹⁵. Bu nedenle, işyerinde, ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere tüm temel hak ve özgürlükler hem işçiler ve hem de işveren açısından geçerlidir³⁹⁶.

İşçinin işyerindeki diğer temel hak ve özgürlükleri ile birlikte, ifade özgürlüğünün de korunması, demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak kamuyu ilgilendiren, kamu yararı niteliği taşıyan bir hak oluşturmaktadır. Bu nedenle devletin, istihdam politikaları yanında işçinin işyerindeki temel hak ve özgürlüklerini koruyucu politikalar geliştirmesi ve işverenin işyerinde ifade özgürlüğünü koruyucu ve geliştirici önlemler almasını sağlaması gerekmektedir³⁹⁷. Kaldı ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü herkese ait bir haktır. Sözleşme'deki bu ifadeyle, ifade özgürlüğünün işyerlerinde de geçerli bir hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, işyerinde ifade özgürlüğünden, gerçek ya da tüzel kişi, herhangi bir tüzel kişilikleri olmasa da insan toplulukları, memur, işçi vs. her kişi ya da kişi topluluğunun faydalanması mümkündür. İşyerinde herkese tanınan bu özgürlük, düşüncenin içeriği ile değil, açıklanış şekli ile bir hak oluşturmakta ve bir kişinin ya da toplulukların kendilerini ifade etmelerini sağlayacak her tür ifade tarzı, kamu otoriteleri ya da ülke sınırları dikkate alınmaksızın korunmaktadır³⁹⁸. Bu nedenle, insan haklarının işyerinin kapısında son bulması mümkün değildir³⁹⁹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 12.02. 2008 tarihli Guja-Moldova Kararı'nda⁴⁰⁰ “...10. maddenin, mesleki alana da uygulandığını” açıkça

³⁹⁵ Mantouvalou, s. 13.

³⁹⁶ Okur, s. 78.

³⁹⁷ Kamer and Abbott, s. 22. Aynı yönde bkz. Pearson, s. 433-434.

³⁹⁸ Şahbaz, s. 51.

³⁹⁹ Pearson, s. 433.

⁴⁰⁰ http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/guja.pdf (Erişim. 10.05.2015).

belirtmektedir. Ayrıca kararda memurların da ifade özgürlüğü haklarının olduğunu hatırlatılarak “*çalışanların, işverenlere karşı dürüstlük, ihtiyat ve ölçülülük ödevinin olduğu*”na vurgu yapılmaktadır⁴⁰¹. Bu nedenle, herkese ve dolayısıyla işçiye de ait bir hak olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğü (AİHS m. 10), önemli olsun olmasın, genel sınırlar dâhilinde kalmak koşuluyla, işyerinde ortaya konan tüm ifadeleri kapsamaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi her tür ifadeye sosyal bir değer atfetmektedir. Böylece işyerinde işçi, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında, önemli olsun ya da olmasın kendini ifade etme, görüşlerini ve bakış açısını diğerlerine sunma ve bilgi edinme hakkını elde etmektedir. Bu durum, işçinin fikirler ve düşüncelerinin, kişiliğinin hem işyerinde hem de dışarıda gelişmesini sağlamakta olup, işçinin işyerinde ifade özgürlüğüne sahip olması işçinin hem işyerindeki hem de toplumsal yaşamdaki demokratik katılımı için önem taşımaktadır. Ayrıca, işyerinde ifade özgürlüğü ile işçilerin birbirleriyle iletişimi ve kendisi gibi düşünenlerle bir araya gelmesi, örgütlenmesi ve düşüncelerini daha güçlü ve kolektif şekilde ifade etmesi imkânı doğmaktadır⁴⁰². 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı’nda⁴⁰³ da belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü, sadece bilgi ve fikir açıklamalarını değil, aynı zamanda şok edici ya da rahatsız edici ifadeleri de kapsamakta ve bu kural iş ya da özel hayat ayrımı taşımaksızın geçerli olmaktadır. Nitekim niteliği itibariyle bireysel olsa da, iş sözleşmesi ile işçinin diğer çalışanlar ve işverenle düzenli bir etkileşimi ortaya çıkmakta ve işçi bu kişilerle işyerinde birlikte bir yaşam sürdürmektedir. İşçinin işyerindeki sürdürdüğü yaşam sırasında kullandığı ifadelerin, iş dışında arkadaşlarına ya da ailesine söylediği ya da davranışlarıyla gösterdiği fikir ve düşüncelerinden herhangi bir farkı bulunmaktadır. Bu nedenle işyerinde ifade özgürlüğünün kullanılması işçinin kendini geliştirme hakkı için önem taşımakta, işyerinde karşıt görüşler bulunsa da, işçinin özellikle dini, siyasi vs. görüşlerini ifade etmesi, bir birey olarak işçinin kimliğini, kendini oluşturan değerleri ifade etmesi için gerekmektedir. Aksine durum, işçi ile işveren arasında temel haklar açısından bir dengesizliğe neden olmaktadır. Ancak temel hakların bir iş ilişkisinde

⁴⁰¹ Ayrıca bkz. 26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı ve 02.09.1998 tarihli Ahmed ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=526> (Erişim. 02.03.2014). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58222> (Erişim. 10.05.2015).

⁴⁰² Paul Wragg, “Free Speech Rights at Work: Resolving the Differences between Practice and Liberal Principle”, **Industrial Law Journal**, Volume: 44, No: 1, March 2015, s. 9.

⁴⁰³ 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

geçerliliğinin kabulü, özellikle işten çıkarma ya da işçi aleyhine yapılan disiplin işlemlerinde, işçi-işveren menfaatlerinin dengelenmesi açısından sorun oluşturabilmektedir. Bu noktada esas olan, bir iş ilişkisinde işçinin ifade özgürlüğünün korunmasıdır⁴⁰⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi işyerinde yayınlanan karikatürler nedeniyle çalışma huzurunun bozulup bozulmadığına dair değerlendirme yaptığı 12.09.2011 tarihli Palomo Sanches ve Diğerleri-İspanya Kararı'nda⁴⁰⁵ ucuz saldırı niteliği taşımaması ve yeterli olguların varlığı halinde⁴⁰⁶, şok ya da rahatsız edici olan ifadelerin⁴⁰⁷ de işyerinde kullanılabileceğine ve işyerindeki işçi meselelerinde de kamu yararı bulunduğuna karar vermiştir.

İşçinin işyerinde ifade özgürlüğünün tanınmasında hem işçinin bireysel gelişimi hem de demokratik katılımı nedeniyle kamu yararı bulunduğu kabul edilse ve hatta Roosevelt'in 1941 tarihli "*Dört Özgürlük Üzerine Konuşması*"nda⁴⁰⁸ ifade özgürlüğünün dünyanın her yerinde geçerli olan dört özgürlükten biri (ilki) olduğu vurgulansa⁴⁰⁹ da, Türk hukuku açısından işçinin işyerinde ifade özgürlüğüne sahip olduğuna dair doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türk iş hukukunda işçinin ifade özgürlüğü genellikle işçi onuru ya da işçinin işyerinde şeref ve haysiyetinin korunması bakımından değerlendirilmekte ve işçiye ifade özgürlüğünden kaynaklanan dolaylı bir kısım haklar tanınmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçi onurunu koruyucu tek açık düzenleme, m. 24/II'deki "Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller" başlığı altındaki işçinin cinsel tacize karşı korunması için haklı sebeple fesih hakkı tanıyan düzenlemedir⁴¹⁰. Bunun dışında ise

⁴⁰⁴ Pearson, s. 429-434.

⁴⁰⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106178> (Erişim. 23.04.2015).

⁴⁰⁶ 06.01.2011 tarihli Vellutini ve Michel-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-349> (Erişim. 22.04.2015).

⁴⁰⁷ 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

⁴⁰⁸ Orijinal metin için bkz. <http://www.fdrlibrary.marist.edu/pdfs/fftext.pdf> (Erişim. 13.05.2014).

Amerika Başkanı Roosevelt tarafından 06.01.1941 yılında Kongre'ye hitaben yapılan "*Dört Özgürlük Üzerine Konuşma*"da dünyanın her yerinde geçerli olan dört temel insan hakkından bahs olunmuş ve bu özgürlüklerden ilki konuşma ve ifade özgürlüğü olarak belirlemiştir. Diğer özgürlükler ise din ve ibadet özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma ve korkudan kurtulma özgürlüğü olarak sıralanmıştır. Görüldüğü üzere, ilk iki özgürlüğü düşünce ve vicdan özgürlüğü oluşturmaktadır. Konuşmada, bireyin temel hakları sadece kendi ülkelerine karşı ileri sürülebilecek bir hak olmaktan öte, uluslararası hukukun bir parçası olarak değerlendirilerek, bireysel temel hakların hem kendi devletlerine hem de uluslararası alanda korunması için hukuksal bir düzen oluşumu öngörülmüştür (Gemalmaz, C. 1, s. 4). Aynı yönde bkz. Münci Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, 1. Basım, Bilgi Yayınları, Ankara, Şubat 1987, s. 19-20. (Boyut).

⁴⁰⁹ "*The first is freedom of speech and expression—everywhere in the world*".

⁴¹⁰ Alp, Hak, s. 32.

temel bir insan hakkı olarak işçinin şeref⁴¹¹ ve haysiyeti genel hükümler çerçevesinde korunmaktadır (TBK m. 417). Ancak şeref ve haysiyet kavramı hukukun pek çok alanını ilgilendirmekte ve ideal hukuk anlamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁴¹².

I. İş Hukukunda İşçi, İşveren ve İşyeri Kavramları

Günümüzde işçi kavramı, sosyal refah devleti kavramının gelişmesi ile değişmiş ve sadece emeklerini satmalarından kaynaklanan ekonomik bir değer olmaktan öte, işçilerin birey ve vatandaş olarak bir takım temel hak ve özgürlüklere sahip oldukları kabul edilmiştir. Böylece, kapitalizm ve sermaye ile halkın ve çalışanların gücü arasında bir denge sağlanmıştır⁴¹³.

Bir iş ilişkisinin taraflarından birini oluşturan ve birey olarak işyerinde bir takım temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu kabul edilen işçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/1. maddesinde *“bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”* diye tanımlanmıştır. Buna göre sadece serbest iradesi ile bir iş sözleşmesine taraf olan gerçek kişilerin işçi olarak kabulü mümkün olmakta, serbest iradesi dışında iş gördürülen kişilerin ise İş Kanunu kapsamında işçi sıfatını taşımaları söz konusu olmamaktadır⁴¹⁴. Ancak hukukumuzda, işçinin aksine, iş sözleşmesinin diğer tarafı olan işverenin gerçek kişi olması zorunluluğu bulunmamakta, özel ya da kamu kesiminde faaliyet gösteren bir tüzel kişilik ve hatta tüzel kişiliği olmasa bile tüm kurum ve kuruluşlar işveren sıfatı taşıyabilmektedir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nda *“Bir iş sözleşmesine dayanarak... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel*

⁴¹¹ Şeref (honor) *“bir kişinin değerine (worth) ya da farzedilen değerine gösterilen saygı”*yı ifade etmektedir (Kuçuradi, Sorunsal, s. 73).

⁴¹² Karayalçın, s. 252. **Yargıtay 9. HD, 25.03.2014, E. 2013/13993, K. 2014/10049** *“Bir iş hukuku kuralının, bu hukuk alanına ait ilkelerden bağımsız yorumlanması da söz konusu olamaz”* (Sinerji Mevzuat).

⁴¹³ Bowles ve Gintis, s. 111.

⁴¹⁴ İş sözleşmesinin *“iş”, “ücret” ve “bağımlılık”* olmak üzere üç unsurdan oluştuğu hem Anayasa Mahkemesi (AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 (RG.19.10.1968-13031) hem de doktrin tarafından kabul edilmiş ve bağımlılık unsurunun iş sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıracı bir unsuru oluşturduğu kabul edilmiştir (Çelik, s. 82).

AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 (RG.19.10.1968-13031) *“... 46. maddedeki (Çalışanlar) deyiminden ereğin, geçimini emeği ile sağlayan kişiler, çalıştırılanlar, geniş anlamı ile işçiler olduğu kolaylıkla anlaşılır. Bu deyim, sosyolojik bakımından işçi sınıfını teşkil eden varlıkla, özel kesimde ve kamu kesiminde çalıştırılanları kapsadığını kabul etmek, her iki kitleyi, çalıştırılanlar kavramı içinde düşünmek, yukarıda açıklanan Anayasa yapısına uygun düşer...”*.

Yargıtay 9. HD, 08.11.1984, E. 1984/8455, K. 1984/9548 *“Hizmet akdinin varlığından söz edebilmek için; ücret, bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleşmesi gerekir”* (Sinerji Mevzuat).

kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” (İş K. m. 2/1) deneceği hüküm altına alınmıştır. Maddede yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir iş ilişkisinin tarafını oluşturan işveren sıfatını gerçek kişi, şirket, dernek, vakıf, kooperatif, sendika, devlet ya da kamu iktisadi teşebbüsü gibi özel ya da kamu hukuku tüzel kişileri ile adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmasa bile tüm kurum ve kuruluşların taşıyabilmesi mümkündür⁴¹⁵.

İş ilişkisinde işin görüldüğü yer olan işyeri kavramı İş Kanunu’nun 2/3. maddesinde *“işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün”* olarak tanımlanmış olup, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu kavram teknolojik ya da ekonomik gelişmelerle genişlemektedir. Bu gelişmelerle sadece işyeri tanımı değil, iş sözleşmesinin esaslı bir unsurunu oluşturan *“bağımlılık”* unsuru da değişmekte ve bugüne kadar kabul edilen klasik işyeri tanımlarının dışına çıkmaktadır. İş sözleşmelerinin niteliğinde ve işyeri tanımında meydana gelen bu değişimler nedeniyle, işverenin örgütlediği, iş organizasyonu içinde kalan her yerin yasal olarak işyeri kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹⁶.

İş Kanunu’nda yapılan işyeri tanımına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “konut” tanımı dâhilinde bakılması gerekmektedir. Mahkemece “konut” kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmekte olup, bu madde Sözleşme’nin en geniş anlamda yorumlanan maddelerinden birini oluşturmaktadır. Mahkemece verilen kararlarda, Sözleşme’de mevcut olan “konut”⁴¹⁷ kavramının otonom bir nitelik taşıdığı ve Sözleşme’ye taraf ülkelerin iç

⁴¹⁵ Çelik, s. 33-34 ve 41. Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, s. 109 vd. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 145 vd.; Süzek, s. 211 vd.; Tunçomağ ve Centel, s. 48 vd.; Esener, s. 70 ve 125 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, Cilt: 7, Sayı: 2/2003, s. 27 vd.; Günay, C. 1, s. 180 vd.

“AİHS, bir Taraf Devletin kamusal güç sahibi olmasından kaynaklanan işlevleri ile işveren olarak sorumlulukları arasında bir fark görmemektedir... Dolayısıyla 11. madde işçileri ile ilişkilerinin kamu hukuku veya özel hukukta düzenlenmediği hususunda ‘Devlet’i işveren’ olarak bağlamaktadır” 21.02.2006 tarihli Tüm Haber Sen ve Çınar-Türkiye Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-124924> (Erişim. 12.04.2015).

⁴¹⁶ Süzek, s. 185; Narmanlıoğlu, s. 139 vd.; Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları (Birleşik Matbaa), İzmir, Ocak 2009, s. 38 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 3 vd.; Günay, C. 1, s. 257 vd.

⁴¹⁷ “Konut” kavramı AİHS’nin İngilizce metninde “home” kelimesi ile ifade edilirken Fransızca metinde “domicile” olarak yer almıştır. Ancak bu iki kelime eş anlamlı olmayıp, Latince “domus” kelimesinden gelen domicile kelimesi yerleşik yer, ikametgâh, konut anlamına gelerek, home (ev) kelimesinden daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bu nedenle AİHM tarafından uygulanabilirlik alanı belirlenirken domicile kelimesi ve anlamı esas alınmaktadır (Arslan Öncü, s. 192).

hukuklarından bağımsız bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Chappell⁴¹⁸, Niemietz⁴¹⁹, Crémieux⁴²⁰, Mialhe⁴²¹, Buck⁴²², Pedri Salinen ve Diğerleri⁴²³ davalarının tamamında “*bir mesleğin icra edildiği tüm yerler*” konut olarak değerlendirilmektedir⁴²⁴. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmelerde sadece konut hakkına saygı bağlamında bir inceleme yapmak söz konusu olmayıp, ayrıca haberleşme özgürlüğünün ihlali gibi bir davranışla konuta yapılan her müdahale de hak ihlali olarak kabul edilmektedir⁴²⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin iş ve özel hayat ayrımını reddeden⁴²⁶ bu yaklaşımı, işçilerin temel hak ve özgürlüklerin işyerinde de geçerli olmasını sağlamaktadır. Bu yaklaşım, işyerinin mülkiyeti işverene ait olsa da, bir bakıma işletmenin vatandaşı⁴²⁷ (the citizen of the enterprise) olarak kabul edilen işçilerin işyerindeki özel alanlarına ve özgürlüklerine hem işverenin hem de diğer işçilerin saygı göstermesini zorunlu kılmaktadır. İş ya da özel konut ayrımı yapmaksızın işyerini konut kapsamında kabul eden Mahkeme’ye göre, işyerine ve işyerinde kişisel haklara yapılan müdahaleler açısından devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlete yüklenen bu pozitif

⁴¹⁸ 30.03.1989 tarihli Chappell-Birleşik Krallık Kararı

⁴¹⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57887> (Erişim. 26.05.2014).

⁴²⁰ 25.2.1993 tarihli Crémieux-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57805> (Erişim. 15.11.2014).

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=393> (Erişim. 15.11.2014).

⁴²¹ Mialhe davası, öğretide genellikle Funke-Fransa ve Crémieux-Fransa kararlarıyla birlikte anılmakta olup, her üç kararda da AİHM, özel hayatın gizliliğine, “ülkenin ekonomik refahı” gerekçesiyle yapılan müdahaleyi hak ihlali olarak kabul etmiştir (Mualla Buket Soygüt Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mialhe/Fransa Kararı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 8, Sayı 16, Güz 2009, s. 169-170).

25.02.1993 tarihli Mialhe-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57811> (Erişim. 15.11.2014).

25.02.1993 tarihli Funke-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57809> (Erişim. 15.11.2014).

⁴²² 28.04.2014 tarihli Buck-Almanya Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68920> (Erişim. 15.11.2014).

⁴²³ 27.09.2005 tarihli Pedri Salinen ve Diğerleri-Finlandiya Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70283> (Erişim. 15.11.2014).

⁴²⁴ İşçinin kişiliğini geliştirip, özel yaşamını icra edebildiği bir alan olarak ortaya çıkan işyerlerinin de temel hak ve özgürlüklerin dar yorumlanması mümkün olmayıp, insanların toplumsal faaliyetleri, iş ve meslek çalışmaları ve bunları yürüttüğü alanlar da özel hayat ve konut dokunulmazlığı korumasından faydalanması söz konusudur (Şimşek, Konut, s. 96-97).

⁴²⁵ Arslan Öncü, s. 193-194.

⁴²⁶ “Distinguish clearly which of an individual’s activities form part of his professional or business life and which do not” (16 Aralık 1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?fulltext=\[“Niemietz”\],documentcollectionid=2:\[“GRANDCHAMBER”,”CHAMBER”\],itemid:\[“001-57887”\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?fulltext=[“Niemietz”],documentcollectionid=2:[“GRANDCHAMBER”,”CHAMBER”],itemid:[“001-57887”]}) (Erişim. 26.05.2014).

⁴²⁷ Ayrıntılı bilgi “İşçilerin İşletmenin Vatandaşı Olması (The Citizen Of The Enterprise)” başlığı altında verilmiştir.

yükümlülük, devletten gelecek müdahaleler dışında, özel hukuk kişilerince yöneltilebilecek müdahaleleri de kapsamaktadır. Devlet, bu yükümlülük çerçevesinde, işçinin işyerindeki özel hayatına, ifade özgürlüğüne ya da diğer temel hak ve özgürlüklerine işveren, diğer çalışanlar ya da müşteri gibi kişilerce yöneltilecek müdahalelere karşı koruma sağlamak zorundadır⁴²⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işyeri için yaptığı konut değerlendirmesi işyerinde işçinin işverenden özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkını da doğurmakta ve işyerinde işçiye ait kişisel alan bulunduğunu ifade etmektedir. Devlet açısından ortaya çıkan çalışanların özel hayatına ve aile yaşamına saygı duyulmasını işyerinde de sağlama yükümlüğü, işyerinde işçinin müdahaleden uzak özel bir alanı olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Bu nedenle, devletin işyerinde üstlendiği işçinin haklarını koruma, geliştirme ve müdahaleleri önleme yükümlülüğü, işçinin hak ve özgürlükleri kapsamında bulunan çalışma, sağlık ve sosyal güvenlik gibi ikinci kuşak olarak nitelendirilebilecek olan temel hak ve özgürlükleri içerecek şekilde genişlemekte ve devlete ek yükümlülükler getirmektedir. Ayrıca, devletin işyerinde sahip olduğu mevcut pozitif yükümlülük işçinin hem işyerinde hem de işyeri dışında aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkının uygulanabilirlik alanını özel alandan çıkarmakta ve bir birey olan işçinin diğer insanlarla ya da diğer çalışanlarla iletişim içinde bulunduğu sokak gibi kamusal alanlara ve işyerlerine de yayılmaktadır. Bu durum, işçinin hem işyerlerinde hem de özel alanlarında mahremiyet ve haberleşme hakkının korunmasını gerekli kılmaktadır⁴²⁹.

İşçi ve işveren arasında bir bağımlılık ilişkisi oluşturan iş sözleşmesi (iş akdi/hizmet sözleşmesi) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1. maddesinde *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme”* olarak tanımlanırken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde ise *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme”* olarak ifade edilmiştir⁴³⁰. Buna göre, tarafların

⁴²⁸ Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 319 (Saygı). Ek bilgi için bkz. Öktem Songu, s. 614; Poroy, s. 1005.

⁴²⁹ Arslan Öncü, Saygı, s. 301-303.

⁴³⁰ Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesi tanımı yapılmamıştır.

aralarındaki sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak nitelemesi, mevcut sözleşmeyi iş hukuku kapsamında bir iş sözleşmesi haline getirmemektedir. Zira bir iş sözleşmesi için hukuken “*çalışma (iş)*”, “*bağımlılık (tabiiyet)*” ve “*ücret*” olmak üzere üç temel unsurun bulunması gerekmektedir⁴³¹.

İş sözleşmesinin unsurlarından birini oluşturan bağımlılık ilişkisi, özel hukuk sözleşmelerindeki taraf eşitliğini işçi aleyhine bozmakta ve sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren arasında ister istemez bir hiyerarşi yaratmaktadır⁴³². Nitekim Yargıtay da bir kararında “*...Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte bağımlılık söz konusudur. Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi, işçinin inisiyatifine bırakılmamıştır. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırılma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Burada, işçinin işin yapılması sırasında, işverene tabi ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur. Yani hizmet akdinde işçi bağımlıdır. Bu bağımlılık, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, işçinin bunun dışında çalışma olanağı bulunmayan nitelikte bir bağımlılıktır*”⁴³³ diyerek, iş sözleşmesinden kaynaklanan bağımlılık unsurunu ortaya koymaktadır. Ancak günümüzde, bağımlılık ilişkisi sanayileşme ve çalışma hayatındaki gelişmelerle birlikte değişmekte ve klasik istihdam anlayışı olan işçinin işverene ait işyerinde çalışması esas, mali ve sosyal yüklerin azaltılması amacıyla giderek esnekleşmekte ve yeni istihdam türleri ortaya çıkmakta, bu yeni istihdam türleri ise beraberinde yeni bağımlılık ilişkisi tanımlamaları ve yeni yasal düzenlemeleri gerektirmektedir⁴³⁴.

⁴³¹ Narmanlıoğlu, s. 167 vd; Fevzi Demir ve Gönenç Demir, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt: 11, Sayı: 2009/1, s. 1; Aktay ve Diğerleri, s. 27 vd.; Günay, C. 1, s. 79 vd.

Yargıtay 9. HD, 08.11.1984, E. 1984/8455, K. 1984/9548 “*Hizmet akdinin varlığından söz edebilmek için; ücret, bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleşmesi gerekir*” (Sinerji Mevzuat).

⁴³² Yargıtay 10. HD, 24.02.2014, E. 2013/4466, K. 2014/3445 (Sinerji Mevzuat).

⁴³³ Yargıtay 9. CD, 05.03.1981, E. 1981/725, K. 1981/889 (Sinerji Mevzuat).

⁴³⁴ Çelik, s. 86-87.

II. İşçinin İfade Özgürlüğü ve Sınırları

İfade özgürlüğü oldukça geniş bir alanda geçerli olup, demokratik bir toplumun gereği olarak anayasal koruma altındadır. İşyerinde ifade özgürlüğü de, anayasal bir hak olan ifade özgürlüğünün ve vatandaşlık hakkının bir parçasını oluşturmaktadır⁴³⁵. Ayrıca, demokratik toplumun gerekleri nedeniyle, işyerinde ifade özgürlüğünün kamu yararı niteliğinin de gözetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işçinin işyerine gelmesi ile ifade özgürlüğünün ya da diğer temel hak ve özgürlüklerinin ortadan kalkacağını söylemek mümkün değildir. Ancak, işyerinde ifade özgürlüğünün kapsamını belirlerken işverence kamu yararı ilkesinin de gözetilmesi, özellikle ve öncelikle ayrımcılık içeren durumlarda, kamu yararı ilkesinin işverene yol göstermesi gerekmektedir⁴³⁶. İşçinin işyerinde asıl yükümlülüğünün iş görme borcu olduğunun, işçinin işyerinde iş sözleşmesinden kaynaklanan edimlerini yerine getirirken işverenin emir ve talimatlarına uyması gerektiğinin ve bazı kısıtlamaların bulunduğu da işçinin ifade özgürlüğünün değerlendirilmesinde gözetilmesidir. Fakat bu kısıtlamalar işçinin işyerinde kendini ifade etmesinde, bir kısım özel görüşmeler yapmasında ya da düşüncelerini açıklamasında bir engel teşkil etmemekte, bu düşünce ve görüşlere diğer işçilerin ve işverenin katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁴³⁷. Bu kapsamda anayasal bir hak olarak ortaya çıkan işyerinde ifade özgürlüğü kavramının içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir⁴³⁸. İşçinin sahip olduğu ifade özgürlüğünü, işyerinde ve çalışma

⁴³⁵ Bruce Barry, “The Cringing and The Craven: Freedom of Expression In, Around, and Beyond The Workplace”, **Business Ethics Quarterly**, Volume: 17, Issue: 2, pp. 6 ve 8.

⁴³⁶ Kamer and Abbott, s. 22.

26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı.

<http://aih.mn.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=526> (Erişim. 02.03.2014).

⁴³⁷ Öktem Songu, s. 626. Aynı yönde bkz. Arzu Arslan Ertürk. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2010, s. 241.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, Pickering v. Board of Education (391 U.S. 563 (1968) Kararı’nda bir öğretmenin yerel bir gazetede okul yönetim kurulunu eleştirdiği yazının kamu yararı (public interest) niteliği olduğunu kabul ederek, kamu çalışanı olsa da öğretmenin görüş ve ifadelerinin Amerikan Anayasası’nın 1. Ek Maddesi (First Amendment) kapsamında korunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, uyguladığı “*Pickering Balance Test*” (Pickering Denge Testi) ile kamu çalışanının ifade özgürlüğü ile işveren menfaati arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır (Kamer and Abbott, s. 23). Aynı yönde Robert F. Ladenson, “Free Speech in the Workplace and the Public-Private Distinction”, **Law and Philosophy**, 1988-1989, Volume: 7, No: 3, s. 249 vd.; Wolfe, s. 139; Lee, s. 1110 vd. ; Alison Berry Wilkinson, “Free Speech Rights of Public Employees- May A Public Entity Discharge Or Otherwise Discipline An Employee Based On His/Her Speech?”, s. 1-2.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/563/case.html> (Erişim. 30.03.2015).

sırasında, diğer çalışanlarla ve işverenle ilişkilerinde, sözlü ya da sembolik nitelik taşıyan davranış ve ifadelerle kullanarak düşünce ve kanaatlerini ortaya koyması mümkündür. Bu kapsamda, işçinin işyerinde yaptığı konuşmalar, yazışmalar, sanatsal ifadeler, internet ve elektronik alanlarda kullandığı her tür iletişim formu işçinin işyerinde ifade özgürlüğü kapsamında bulunmaktadır⁴³⁹. Nitekim Danıştay 5. Dairesi, 22.05.1991, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararında “*davacının bu görevden alınmasının asıl nedenini oluşturan, yılbaşı kartında yer alan <Yeni Yılı'nızı insan haklarının çiğnenmediği, düşünce suçunun olmadığı; demokrasinin tüm kurumlarıyla işler hale geldiği, emekçi sınıfların da kapitalist sınıflar gibi örgütlenip devlet yönetiminde söz sahibi oldukları, milli gelirin adil dağıtıldığı, sosyal adaletin gerçekleştiği; ekonomimizin IMF'nin, holdinglerin, para babalarının çıkarlarına göre değil, çalışan geniş halk kitlelerinin çıkarlarına göre yönetildiği; kalkınmış, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış, tam bağımsızlığın, özgürlüğün, barışın, kardeşliğin, dostluğun, sevginin egemen olduğu yepyeni bir Türkiye'nin özlemiyle kutlar (ım) ...>*” biçimindeki ifadeleri, “*adı geçenin insan hakları, düşünce ve anlatım özgürlüğü, örgütlenme hakkı, ekonomik düzen gibi Anayasal, güncel ve toplumun her kesiminde açıkça tartışılan konulardaki kişisel düşünce ve özlemlerini açıklamaktan ibaret olup; bu ifadelerin herhangi bir siyasi parti ya da örgüt lehine ya da aleyhine bir yönü bulunmadığı gibi herhangi bir ideolojiyi savunan ya da yeren veya onu başkalarına benimsetmek amacı güden bir yönü de bulunmamaktadır*”⁴⁴⁰ demek suretiyle, çalışanın beyanını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve bu beyanların 657 sayılı Yasanın değişik 7/1.

Kanada Yüksek Mahkemesi kural olarak kamu çalışanlarının (tıpkı toplumun diğer üyeleri gibi) kamuyu ilgilendiren konularda tartışmalarına izin verilmesi gerektiğini kabul etmektedir (“*public servants cannot be silent members of society and that as a general rule all members of society should be permitted to participate in public discussion of public issues*”) (Palmer, s. 193).

Kamu çalışanın kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü kullanması ile işyerindeki çalışma koşullarına ilişkin fikir ve görüşlerini beyan etmesi açısından bir farklılık bulunmayıp, bu iki kategori de ifade özgürlüğü açısından aynı derecede önem arz etmektedir (Cynthia L. Estlund, “What Do Workers Want? Employee Interests, Public Interests, and Freedom of Expression under the National Labor Relations Act”, **University of Pennsylvania Law Review**, Jan. 1992, Volume: 140, No: 3, s. 933) (Interest).

Kamu çalışanın anayasal haklarının kısıtlanmasının her zaman ihlal neticesi doğurmayacağına dair bkz. Keyishian v. Board of Regents Kararı (385 U.S. 589 (1967) (Kamer and Abbott, s. 23). Aynı yönde bkz. Ladenson, s. 249; Lee, s. 1115.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/385/589/case.html> (Erişim. 30.03.2015).

⁴³⁹ Barry, B., s. 5.

⁴⁴⁰ Sinerji Mevzuat.

maddesinde devlet memurları için öngörülen “siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunma yasağına” aykırılık oluşturmadığı neticesine varmıştır.

İşçinin işyerinde ifade özgürlüğünden yararlanması, işçinin her türlü eleştiriden muaf olmasını gerektirmediği gibi, bu ifadelere karşı diğer işçilerinde kendi ifade özgürlüklerini kullanması, görüş ve düşüncelerini eleştirmesi, kabul etmemesi ya da karşı propaganda yapması da mümkündür⁴⁴¹. Zira işyerinde karşıt görüşler ileri sürülmesi işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü kullanmasına engel değildir. Kaldı ki, işçinin günlük yaşantısının büyük bir bölümünü geçirdiği ve diğer çalışanlarla düzenli bir etkileşim içinde olduğu bir ortam olan işyerinde politik, dini ya da sosyal konuların konuşulması, tartışılması son derece doğal olup, işyerleri de insanların birbirleriyle karşılaşp, görüş ve düşüncelerini ifade ettiği pek çok yer gibi, politik, sosyal ya da dini görüşlerinin yanında, ifade özgürlüğünün bir parçası olan kıyafet⁴⁴², cinsiyet, eğitim, cinsel tercih⁴⁴³ gibi işçiyi oluşturan ve kimliğini meydana getiren, işçiyi o kişi yapan pek çok özellik barındırmaktadır⁴⁴⁴. Bu noktada, sadece ırk, cins, dil, din ayrımı yapan, cinsel ayrımcılık içeren saldırgan sözlerin, nefret söylemlerinin, aşağılayıcı, rencide edici, küçük düşürücü şakaların, çalışma ortamını bozucu bir ses tonuyla söylenen, hakaret ya da tehdit içeren ifadelerin, küfür ve sataşmaların, imaların, cinsel içerikli tekliflerin, pornografik yayınların⁴⁴⁵, azınlıklara, kadınlara veya toplum değerlerine yönelik bağınaz ve düşmanca yorumların, çalışanlar üzerinde korku ve baskı oluşturan ifadelerin ve buna benzer kötünietli davranışların, işverenin ya da diğer işçilerin kişilik haklarının ve çalışma huzurunun korunması için engellenmesi gerekmektedir. İşçinin işyerinde sözle, yazı,

⁴⁴¹ Murdoch, s. 73. Bkz. 20.09.1994 tarihli Otto Preminger Enstitüsü-Avusturya Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897> (Erişim. 04.04.2015).

⁴⁴² Kıyafet özgürlüğü her ne kadar ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilse de, hijyen, sağlık, işyeri ve diğer çalışanların güvenliği gibi nedenlerle ve iş saatleri dâhilinde işyerinde kıyafet özgürlüğüne kısıtlama getirilebileceği, işçinin üniforma, kask gibi bir takım kıyafetleri kullanmasının işverence talep edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak işin ya da işyerinin gerekleri dışında işçiye belli bir ahlâk ya da moda veya dini anlayışının dayatılması mümkün değildir (Bkz. 22.10.1998 tarihli Kara-Birleşik Krallık Kabul Komisyon Kabuledilebilirlik Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-4438> (Erişim. 10.05.2015).

Aynı yönde bkz. 12.04.2011 tarihli Eweida ve Chaplin-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112944> (Erişim. 10.05.2015).

⁴⁴³ 16.09.2008 tarihli Pay-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88690> (Erişim. 10.05.2015).

⁴⁴⁴ Pearson, s. 430.

⁴⁴⁵ İşyerinde pornografi ve cinsel ayrımcılık sorunu ve konuya ilişkin Amerikan ve Kanada Mahkeme Kararları için bkz. Pornography, Equality, And A Discrimination-Free Workplace: A Comparative Perspective, s. 1075 vd.

resim ya da benzer şekillerde göstermiş olduğu bu tür ifade ve tavırların engellenmesi işveren açısından bir yükümlülük oluşturmakta ve işverene, işçinin bu eylemleri karşısında haklı sebeple fesih imkânı tanınmaktadır. İşyerinde bu tür düşmanca tutum ve davranışlarının işverence engellenmemesi halinde, bu tutum ve davranışlara maruz kalan işçinin haklı sebeple fesih imkânı doğmaktadır⁴⁴⁶. Bu nedenle işveren, bir yandan tüm çalışanların ifade özgürlüklerini korurken, diğer yanda da çalışma ortamında mevcut ifade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı ifadeleri, genel sınırlar ve işyeri barışı çerçevesinde engelleme ve gerekli önlemleri alma yükümü üstlenmektedir⁴⁴⁷.

İşveren, işyerinde meydana gelen kötünietli söz ve eylemleri önler ve gerekli tedbirleri alırken, işçinin işyerinde diğer çalışanlarla ve işveren ile sosyal ilişkiler kurması ile toplumda demokratik kuralların yerleşmesi ve gelişmesi arasında yakın bir bağ bulunduğunun da gözetilmesi ve alınan önlemlerin demokratik toplum gereklerine uygun ve çalışanlar arasında sosyal ilişkileri koruyucu ve kuvvetlendirici bir nitelik taşıması gerekmektedir⁴⁴⁸. Bu noktada ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir⁴⁴⁹. Ancak işyerlerinde çok zaman ifade özgürlüğü kapsamında bulunan işçinin, bir takım sözlü ya da fiilî sembollerle işyerinde kendini ifade etme eylemlerine, işveren ya da diğer çalışanlar tarafından yöneltilen bir takım misilleme ya da cezalandırma içeren davranışlarla cevap verilmekte, işçi işyerinde

⁴⁴⁶ Cynthia L. Estlund, "Freedom of Expression in the Workplace and the Problem of Discriminatory Harassment", **Texas Law Review**, March 1997, Volume: 75, No: 4, s. 689 vd. AİHM, 19.09.2011 tarihli Palomo Sanchez ve Diğerleri-İspanya Kararı'nda, başvuruçuların başlattığı ve kapağında şirket çalışanlarını şirket müdürüne cinsel iltifatlarla bulunurken gösteren bir karikatürün bulunduğu saldırgan ve aşağılayıcı bir yayın nedeniyle işten çıkarılmalarının ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir (AİHM Bilgi Notu-2).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106178> (Erişim 12.04.2015).

⁴⁴⁷ 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı'nda işyeri anlaşmalarının ifade özgürlüğünü koruması gerektiği belirtilmiştir (AİHM Bilgi Notu-2). Ayrıca bkz. 20.04.1993 tarihli Sibson-Birleşik Krallık Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57843> (Erişim 12.04.2015).

⁴⁴⁸ Barry, B., s. 31. Ayrıca bkz. Yıldız, Orantılılık, s. 681 vd. İfade özgürlüğüne dair bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle insanlar işte, evde ya da sosyal hayatta "*neden kendini ifade etmelidirler ve bu ifadenin müdahale sınırı nedir?*" sorusunun cevabının verilmesi gerekmektedir (Wellington, s. 1105).

⁴⁴⁹ Wragg, s. 2. Geylerin kilise evliliğinde eşitliğin çok uzak olduğuna dair facebook açıklaması nedeniyle işçinin, işyerinde terfi ettirilmemesi iddiası için bkz. Smith v Trafford Housing Trust Yüksek Mahkeme Kararı (High Court-England and Wales) (Neutral Citation Number: [2012] EWHC 3221 (Ch) Case No: 11R54453) (Pearson, s. 432).

<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3221.html&query=Smith+and+v+and+Trafford+and+Housing+and+Trust&method=boolean> (Erişim. 18.04.2015).

dışlanmaktadır⁴⁵⁰. İşçiyi kısıtlayan bu karşı davranışların önlenmesi ve işçinin işyerinde kendini özgürce ifade etmesi demokratik bir toplumun gereğini oluşturmaktadır. Bu nedenle, işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün herhangi bir şekilde disiplin aracı olarak kullanılması mümkün değildir. İşçinin işyerinde kendini çeşitli şekillerde ifade etmesinin işçinin temel bir hakkını kullanması olarak kabulü gerekse de, işçinin işyerindeki söz ve davranışlarının ayrıca yasal, yönetsel ve etik⁴⁵¹ bir yönü de bulunmaktadır. İşçinin işyeri kurallarını ve çalışma huzurunu bozan, iş ahlâkına aykırı davranış ve ifadelerinin, işveren tarafından ancak genel prensipler çerçevesinde kısıtlanabilmesi ya da bir yaptırıma tabi tutulabilmesi için de mevcut normatif hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Ancak yaptırımlarda çoğu zaman, normatif hükümler ve hukukun temel prensipleri değil, içinde bulunan toplumun örgütsel kültür ve ahlâk anlayışı esas alınmaktadır⁴⁵². Oysa demokratik toplum gerekleri, işçinin cezalandırılmasından ziyade işyerinde ifade özgürlüğünün nasıl daha iyi sağlanabileceğinin, işçilerin temel hak ve özgürlüklerinden nasıl eksiksiz faydalanabileceğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir⁴⁵³. Bu nedenle iş hukukunda mevcut normatif değerlere ve yaptırımlara son dönemlerde uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukuku kuralları ile evrensel hukuk değerlerinin de etki ettiği görülmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı'nda⁴⁵⁴, ulusal ve uluslararası iş hukukundaki gelişmeleri ve Sözleşmeye taraf ülkelerdeki uygulamaları dikkate alacağını vurgulayarak, bu alanı gelişmeye açık diye nitelendirmiştir⁴⁵⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışında, iş hukuku alanına etki eden ve işçi hak ve

⁴⁵⁰ Öğrenciler tarafından yazılan ve yayınlanan bir okul projesi için önce övücü sözler ile projeyi başarılı olarak değerlendiren amirin, diğer personel ve öğrencilerin kitabın içeriğinde açık saçık şeylerin bulunduğu iddiasında bulunması nedeniyle, yayından sonraki değerlendirmelerinin olumsuz olmasının yönetici denetimi açısından kabul edilemez olduğuna dair bkz. Rustamova v. The Governing Body of Calder High School Kararı (UKEAT/0284/11/ZT) (Pearson, s. 434). <http://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed11301> (Erişim 18.04.2015).

⁴⁵¹ İşçinin etik değerlerinin korunması, işçinin insan onuru ve kişilik haklarının korunması için gereklidir (Z. Gönül Balkır, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, **Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu**, Sakarya Üniversitesi Yayınları, Sakarya, 18-19 Kasım 2015, s. 205).

⁴⁵² Barry, B., s. 3-4. Aynı yönde bkz. Pearson, s. 440.

“...şikâyet edilen yaptırım ne kadar küçük olursa olsun sendika üyelerinin faaliyetlerini özgürce uygulamaları konusunda caydırıcı nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır” (27.09.2011 tarihli Şişman ve Diğerleri-Türkiye Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-153037> (Erişim.23.04.2015).

⁴⁵³ Wragg, s. 3.

⁴⁵⁴ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim. 16.05.2014).

⁴⁵⁵ AIHM Bilgi Notu-2.

özgürlüklerine dair temel düzenlemeler getiren uluslararası metinlerden birini de Avrupa Temel Haklar Şartı oluşturmaktadır. Şart'ta işçinin insan onurunun ve kişisel değerlerinin işyerinde de korunması ve işçiye insan onuruna yakışır adil ve makul çalışma koşullarının sağlanması gerektiği belirtilerek, işçinin işyerinde gizli kamera ile gözetlenmesi, kayda alınması, dinlenmesi gibi insan onuruna aykırı davranışlar hak ihlali olarak kabul edilmiştir. Şart'ta ayrıca insan onurunun asgari sınırları olarak kölelik ve angarya yasağına (ATHŞ m. 5) da yer verilmiş ve devletler, işçiye işverenden yöneltilecek insan onuruna aykırı davranışlar yanında, işyerinde çalışan diğer kişilerden ve hatta müşteri gibi üçüncü kişilerden yönelecek ihlal edici davranışlardan dolayı da önleyici ve koruyucu tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur⁴⁵⁶.

Öte yandan, insan haklarının korunması için öngörülen çok taraflı uluslararası sözleşmeler (İHEB, İkiz Sözleşmeler vs.), bölgesel sözleşmeler (AIHS vs.), özel konular (işkence, soykırım, ırk ayrımı vs.) içeren ve belli grupları (kadınlar, göçmenler, mülteciler, çocuklar, cinsel azınlıklar vs.) korumaya ilişkin sözleşmeler de iş hukuku alanında etki doğurmakta, bu sözleşmelerde yer verilen ve işçiler açısından da netice doğuran insan haklarının temel prensipleri bu genel ve evrensel hukuk kurallarına dayandırılmaktadır⁴⁵⁷. İnsan hak ve özgürlüklerinin temel bir değer olarak kabulü nedeniyle, uluslararası hukuk kuralları ve ulusal hukuk sistemleri gittikçe birbirine yaklaşmakta, insan hakları konusunda kabul edilen evrensel değerler, çağdaş hukuk devletlerinde, başta anayasa olmak üzere tüm hukuk dallarının ve hukuk kurallarının evrensel değerlere göre yeniden yorumlanması neticesini doğurmaktadır. İnsan hakları belgelerinin iç hukukta uygulanmasında ve yorumlanmasında yerel mahkemeler oldukça önem taşımaktadır. Yerel mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu uluslararası kuralları uygulaması iş hukuku da dâhil olmak üzere, hem kamu hem de özel hukuk alanında *de facto* bir anayasal denetim sağlamaktadır⁴⁵⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin genelde iç

⁴⁵⁶ Alp, Hak, s. 31-32. Çalışanın, bir meslektaşının önüne gelenle birlikte olduğuna dair cinsel içerikli facebook paylaşımları ile taciz (harassment) ve zorbalık (bullying) yaparak şirket itibarını sarstığı, ağır bir suiistimalde bulunduğu ilişkin bkz. Teggart v Teletech UK Ltd. Kararı ([2012] NIIT 00704_11IT) (15 March 2012) (Pearson, s. 435).

<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/nie/cases/NIIT/2012/0070411IT.html&query=teggart+and+v+and+TeleTech+and+UK+and+Limited&method=boolean> (Erişim. 18.04.2015).

⁴⁵⁷ Özkan, s. 32-33.

⁴⁵⁸ Özkan, s. 43.

hukuk özelde ise iş hukuku açısından oldukça önemli bir denetim etkisinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme'nin Sözleşmecî devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline getirilmesi nedeniyle, işyerinde insan haklarının ihlal edildiğini ileri süren işçinin öncelikle kendi ulusal mahkemelerinde ifade özgürlüğü başta olmak üzere, Sözleşme ile koruma altına alınan tüm hak ve özgürlükleri ileri sürebilmesi, Sözleşme açısından öncelikli amaç olarak ortaya konmuştur. Sözleşme'nin bu temel amacına ulaşılabilmesi için de “*ulusal mahkemelerde tanınmış tüm hukuki yolların tüketilmiş olması şartı*” getirilmiş, bu yolla Sözleşme hükümlerinin ulusal mahkemeler yoluyla yorumlanması ve uygulanması hedeflenmiştir⁴⁵⁹. Nitekim Danıştay 10. Dairesi de 19.10.2009 tarihli bir kararında, bir işlem tesis edilirken ya da yargı önünde uyuşmazlık çözülürken, Türkiye'nin onaylayarak taraf olduğu sözleşmelerin, salt pozitif metinlerini değil, her sözleşmenin oluşturduğu yetkili denetim organlarının çeşitli ülkelerle ilgili değişik olaylarda verdiği kararlarını da gözönüne alarak sonuca ulaşılması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁶⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında koruma altında olan işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün yalnızca işyerinde ve iş ilişkileri ile sınırlı kaldığını söylemek mümkün değildir. Zira teknolojinin gelişmesi ve iş ilişkilerinde yaşanan esneklik işyeri kavramının niteliğinin değişmesine neden olmakta ve iş ilişkisi dışında kalsa da, işveren ya da diğer çalışanlar tarafından işçinin özel hayatına ve ifade özgürlüğüne müdahalelerde bulunulabilmesi imkânı bulunmakta ve işçinin onuru, kişilik hakları ihlal edilebilmektedir.

Özellikle bilgi teknolojilerindeki gelişmeler, işçilerin hem iş ilişkilerinde hem de özel ilişkilerinde bu teknolojilerin daha fazla kullanmalarına neden olmakta ve bu yüzden e-posta, web siteleri, anlık mesajlaşmalar, bloglar, postcastler vs. aracılığıyla yapılan konuşma ve haberleşmeler işyerinde işçiye tanınacak ifade özgürlüğü tanımlarını değiştirmektedir. Çünkü işçilerce yapılan bu görüşme ve yazışmalar işyeri, işveren ve diğer çalışanlar hakkında, sır kapsamında olsun olmasın, bilgi ve görüşlerin, yorumların, resim ya da kamera kaydı gibi görsel hallerde dâhil olmak

⁴⁵⁹ Lord Justice Diplock (Çev. M. Aydoğan Özman), “Ulusal ve Uluslar-üstü Hukuk Sistemlerinin Geçişmesi (Interpenetration)” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, Cilt: 37, Sayı: 1-4, s. 184.

⁴⁶⁰ Danıştay 10. Dairesi, 19.10.2009, E. 2006/4835, K. 2009/895 (Sinerji Mevzuat).

üzere, üçüncü kişilere aktarımına imkân vermekte⁴⁶¹ ve böylece işyerinde diğer işçilerin ve işverenin temel hak ve özgürlüklerine hukuka aykırı olarak müdahale edilmesi söz konusu olmaktadır. Böyle durumda işverenin ve diğer işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, işyeri yönetiminin ve işyeri huzurunun sağlanabilmesi, işverenin ve diğer çalışanların menfaatinin korunması, işyeri güvenliğinin sağlanması için yönetim hakkı ve sadakat borcunun bir gereği olarak, işçinin ifade özgürlüğüne yasal kısıtlamalar ya da işyeri düzenlemeleri ile müdahale edebilmektedir⁴⁶². Ayrıca demokratik bir toplumun ortaya çıkmasında özel bir önem taşıyan ifade özgürlüğünün işyerinde işçiye tanınması ile yönetime katılım, işyerinde bilgilenme hakkı⁴⁶³ gibi yeni kavramlar da ortaya çıkmakta ve bu yeni kavramlar çerçevesinde işçilerin işyerinde sahip oldukları hak ve özgürlüklerin kapsamı da değişmekte ve gelişmektedir. Bu nedenle, işyerinde işçinin sahip olduğu ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde bir dengenin kurulması ve bu dengenin etik bir bakış açısı ile sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda da, temel bir hak olan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalede işçinin bireysel hak ve özgürlükleri ile işverenin ekonomik bağımsızlığı arasında bir dengenin kurulması, ölçülü bir müdahale yapılabilmesi için Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin ve uluslararası iş hukukunun temel kuralların esas alınması gerekmektedir⁴⁶⁴.

III. İş İlişkisinin Kurulması, Devamı ve Sona Ermesi Aşamalarında İfade Özgürlüğü

İşçinin işyerinde ifade özgürlüğü, temel bir hak olarak iş ilişkisinin kurulma anından sona ermesine kadar işverene ve diğer işçilere karşı kullanılan bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu hakkın kullanımında, özellikle iş ilişkisinin kurulma anında, işçi ve işveren açısından farklı menfaatlerin varlığı gözetildiğinde, işverenin işçiye işçinin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeksizin bir takım soruları

⁴⁶¹ Barry, B., s. 9.

⁴⁶² Demokratik toplumda gereken genel sınırlar dışında işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün bir diğer sınırını ise işçinin sadakat borcu oluşturmakta ve özellikle kamu yararının gerektirdiği durumlarda sadakat borcu ile işçinin ifade özgürlüğü arasında ölçülülük ilkesi gereği adil bir denge kurulması gerekmektedir (Öktem Songu, s. 628). Aynı yönde bkz. Alp, s. 6 vd.

⁴⁶³ İşçi açısından bir hak olan bilgilenme hakkı işveren açısından bir yükümlülük oluşturmakta olup, AB ve Türk İş Hukukunda işverenin bilgilendirme yükümlülüğü için bkz. Güzel ve Diğerleri, s. 43 vd.

⁴⁶⁴ Barry, B., s. 26-29.

sorabileceği, işçi hakkında bilgi toplayabileceği, karşılığında işçinin dürüst davranma borcu kapsamında doğru cevap verme yükümü⁴⁶⁵ bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, iş akdinin kurulması sırasında işçinin ifade özgürlüğünden ziyade işverenin soru sorma hakkı söz konusu olmakta, işverenin işin ve işyerinin niteliklerine uygun işçi seçimi yapabilmesi için, işçinin özelliklerine (diploma, sertifika, tecrübe vs.) ilişkin dürüstlük kuralına (TMK m. 2) uygun şekilde soru sorabilmesi mümkün bulunmaktadır⁴⁶⁶. Zira bir işletme için önemli olan unsur nitelikli çalışanın temini olup, işverenin soru sorma hakkı neticesinde işyerinde uzun süre çalışacak, vasıflı ve çok zaman işyeri sırlarına vakıf olacak elemanların tespit edilmesi gerekmektedir⁴⁶⁷.

İşçinin ifade özgürlüğünün iş ilişkisinin devamı ve sona erme aşamalarındaki durumu ise Türk iş hukukunda genellikle iş akdinin taraflar açısından haklı sebeple fesih hakkı açısından değerlendirilmekte, işçinin anayasal haklarını (düşünce, inanç ve din özgürlüğü⁴⁶⁸, örgütlenme hakkı, hak arama özgürlüğü, siyasal haklar vs.) kullanmasının haklı sebeple fesih nedeni oluşturmayacağı belirtilmektedir⁴⁶⁹.

IV. İşyerinde Kolektif ifade Özgürlüğü

A. Genel Olarak

Bireysel bir özgürlük olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğünün, özellikle ekonomik bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu işyerinde kullanılması oldukça zordur. Bu nedenle, işyerinde işçiye kendisini resim, yazı, söz ya da kılık-kıyafet vs. çeşitli sembolik şekillerde bireysel olarak ifade edebilmesinin yanında, işçiye başkaları (diğer çalışanlar) ile bir araya gelerek kolektif bir şekilde ifade özgürlüğünü

⁴⁶⁵ İş sözleşmenin kurulma esnasında dürüstlük kuralı gereği tarafların birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır (Yürekli, s. 542). Öktem Songu, s. 633-634. Ayrıca bkz. Emine Tuncay Kaplan, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1997, Cilt: 52, Sayı: 1, s. 377 vd. (Veri); Manfred Rehinder (Çev. Ömer Teoman). “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, s. 746 vd. Ek bilgi için “İşçiye Soru Sorma Hakkı” başlığına bakınız.

⁴⁶⁶ Öktem Songu, s. 633-634. Ayrıca bkz. Kaplan, Veri, 377 vd.; Rehinder, s. 746 vd.; Yıldız, s. 298-299. Ek bilgi için “İşçiye Soru Sorma Hakkı” başlığına bakınız.

⁴⁶⁷ Hülya Atlan Kazan, “İş İlişkisinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 155; Yıldız, s. 298-299.

⁴⁶⁸ 21.02.2008 tarihli Alexandridis-Yunanistan Kararı (AİHM Bilgi Notu-4).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2274253-2426441>

(Erişim. 25.04.2015).

⁴⁶⁹ Öktem Songu, s. 635. Aynı yönde bkz. Yıldız, s. 298-299. Ek bilgi için “İşçinin Açıklama Yapma Hakkı” başlığına bakınız.

kullanma imkânının tanınması, işyerinde örgütlenme özgürlüğünün sağlanması gerekmektedir⁴⁷⁰. Bu şekilde bireyler kendilerini kamusal ya da özel güçlere karşı daha iyi savunabilmekte, bireysel özgürlükler daha güçlü ifade edilebilmesi ve kullanılabilmesi için kolektif özgürlüklere dönüşmektedir⁴⁷¹. Bu noktada kanaatimizce sendika üyesi, yöneticisi ya da temsilcisi olan işçinin, işyerinde kolektif ifade özgürlüğü kapsamında (ve işverenin kişilik haklarını zedelemeksizin) kullandığı dil, vurgu, ses tonu, daha saldırgan ya da mücadeleci, ısrarcı ifadeler dahi, demokratik toplum düzeni gerekleri ve kamu menfaati nedeniyle, işyerinde ifade özgürlüğü kapsamında bulunmakta ve hatta daha geniş bir korumadan faydalanması gerekmektedir.

Ayrıca işyerinde düşünce ve ifade özgürlüğünün korunması, benzer düşünce ve kanaat taşıyan kişilerle bir araya gelmelerine ve işyerinde demokratik bir çalışma ortamının sağlanmasına neden olacaktır. Bu durum hem örgütsel demokrasi için hem de işçilerin kişiliğinin ve demokratik yurttaşlık bilincinin gelişmesi için önem taşımaktadır⁴⁷². Kaldı ki, işyerinde örgütlenme özgürlüğünün tanınması ile işçilerin bireysel özgürlüklerinin kullanılması da söz konusu olmaktadır. İşçilerin toplantılara katılması, toplu şekilde görüş ve düşüncelerini açıklaması, gösteri ve yürüyüş yapması, örgütlenme ve toplantı özgürlüklerinin, düşünce ve ifade özgürlüğünün tamamlayıcı nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır. Ayrıca bu özgürlükler bireylerin topluca düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma haklarını kullanmasını da sağlamaktadır⁴⁷³.

⁴⁷⁰ İnsan haklarının bireysel haklardan oluştuğu genel olarak kabul edilse de, sendika hakkı gibi, örgütlenme ile kullanılabilecek bireysel haklardan oluşan kolektif hakların, bireysel haklardan kesin bir çizgiyle ayrılabilmesi her zaman mümkün olmamaktadır (Mantouvalou, s. 14).

⁴⁷¹ Kaboğlu, Kolektif, s. 89. Bireysel hakların kolektif bir hak olarak kullanılabilmesi için birlikte hareket etmek isteyen bir grubun varlığı gerekmektedir (Civelek, s. 47). Kişisel bir hakkın kolektif bir hakla çatışması halinde, yarışan haklar ve çıkarlar arasında oranılık ilkesi ışığında bir denge kurulması gerekmektedir (23.09.2010 tarihli Schüth-Almanya Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119607> (Erişim. 01.05.2015).

⁴⁷² Kaboğlu, Kolektif, s. 149. “*Sivil toplumun sağlıklı şekilde işlediği yerde, vatandaşların demokratik sürece katılımına büyük ölçüde, birbirleriyle bir araya gelebilecekleri ve ortak hedeflerine doğru toplu olarak ilerleyebilecekleri birliklere ait olma yoluyla ulaşılması son derece normaldir*” (17.02.2004 tarihli Gorzelik ve Diğerleri-Polonya Kararı) (Tarlach Mcgonagle, (Der. Yasha Lange) “Demokratik Topluma Katılım”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüyü ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, , 2010, s. 36).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61637> (Erişim. 04.05.2015).

⁴⁷³ Kaboğlu, Kolektif, s. 75 ve 83-84. Örgütlenme özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile olan bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi bkz. Thomas I. Emerson, “Freedom of Association and Freedom of Expression”, **The Yale Law Journal**, Nov. 1964, Volume: 74, No: 1, s. 1 vd.

B. İşyeri Sendika Temsilcisinin İfade Özgürlüğü

İşyeri sendika temsilcilerinin işyerinde ifade özgürlüklerinin daha geniş yorumlanması ve korunması bireysel özgürlüklerin kullanılması yanında işyerindeki demokratik bir çalışma ortamının sağlanması, örgütsel demokrasinin ve demokratik yurttaşlık bilincinin gelişmesi için önem taşımaktadır⁴⁷⁴. Zira örgütlenme özgürlüğünün ve kolektif ifade özgürlüğünün bir parçası olan sendikaların, işyeri düzeyinde faaliyetlerinin düzenlenmesinde etkin bir role sahip olabilmesinde işyeri sendika temsilcilerin, tıpkı sendika yöneticiliği gibi, daha geniş şekilde hak ve özgürlüklerden faydalanması ve işyerinde işverene ve diğer çalışanlara karşı ayrıntılı şekilde korunmasını gerektirmektedir⁴⁷⁵.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 27. maddesine göre toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikanın işyerinde çalışan üyeleri arasından işyeri sendika temsilci ataması mümkün olup, işyeri sendika temsilcisinin görevi işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlemek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak olarak belirlenmiştir. Ancak işyeri sendika temsilcilerinin bu görevlerini yerine getirirken, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı olmamak şartı ile görevlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Yapılan görev tanımı çerçevesinde, işyeri sendika temsilciliğinin işçi-işveren arası ilişkilerde ve uyuşmazlıkların çözümünde oldukça önemli bir rolü olduğu ortaya çıkmakta, üstlenilen bu görev ise işyeri sendika temsilcilerinin özel olarak korunmasın ve bir takım teminatlardan faydalanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesinde işverenin işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemeyeceği ve haklı fesih olmayan hallerde fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika tarafından dava açabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca işverenin yazılı rızası

⁴⁷⁴ Kaboğlu, Kolektif, s. 149.

⁴⁷⁵ Demir, s. 479.

olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştirmesi veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapması da mümkün değildir⁴⁷⁶. Aksi hâlde değişiklik geçersiz sayılır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yanında işyeri sendika temsilcilerinin işyerinde ayrıca korunması için ILO'nun 135 No'lu İşçi Temsilcileri Sözleşmesi'nin de dikkate alınması gerekmektedir. 135 No.lu Sözleşme ile istihdam konusunda sendika özgürlüğüne zarar vermeye yönelik her türlü ayrımcılık eylemlerine karşı işçileri koruyan Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına ilişkin Sözleşme (1949) hükümlerini not ederek, işçi temsilcileri ile ilgili olarak ek hükümler kabul etmenin gerekli olduğu belirtilmiş ve işletmelerdeki işçi temsilcilerinin kanunlara, toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dâhil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanacakları hüküm altına alınmıştır.

İşyeri sendika temsilcisinin örgütlenme ve kolektif ifade özgürlüğü açısından üstlendiği görev ve demokratik toplum gerekleri gözetildiğinde işyeri sendika temsilcisi olan işçinin işyerinde kullandığı dil, vurgu, ses tonu, daha saldırgan ya da mücadeleci, ısrarcı olmasını gerektirmekte, bu nedenle işyeri sendika temsilcisinin işyerinde ifade özgürlüğünün oldukça geniş yorumlanarak, işyerinde yapılan kışkırtıcı, rahatsız edici söylemlerin dahi kabul edilmesi ve korunması gerekmektedir.

⁴⁷⁶ **Yargıtay 22. HD, 10.12.2013, E. 2013/34602, K. 2013/28745** "...davalı işveren görevlendirme işleminin Valilik makamının oluru ile ve kura neticesinde belirlendiğini ileri sürmekte ise de, davacının sendika yöneticisi olduğu ve yasal düzenleme ile TİS'den kaynaklı teminatının bulunduğu açıktır. Davacı işçi Sivas ili İl Özel İdaresinde merkez de çalışmakta iken Hafik İlçe İl Özel İdaresine görevlendirilmiştir. Dava tarihi itibarıyla çalışmanın 1 aydan fazla süredir devam ettiği görülmektedir. Sivas Merkezden 40 km ötedeki işyerine atama işlemi iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olduğu gibi aynı zamanda işyeri değişikliği niteliği de taşımaktadır. Davalı işveren işlemi belirlenen yasal mevzuat ve TİS hükümlerinin açıkça aykırı olmakla talebin kabulü gerekmiş..." (Sinerji Mevzuat).

§7. İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İÇİN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde devletler için soyut ve genel bir sözleşmeye uyum yükümlülüğü⁴⁷⁷ olduğu düzenlenmiş, Sözleşmeciler devletler egemenlik alanına giren herkese Sözleşme'de öngörülen tüm hak ve özgürlükleri tanıma taahhüdünü üstlenmişlerdir. Sözleşmeciler devletlerce üstlenilen bu taahhüt sadece Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükleri tanımayla ilişkin olmayıp, aynı zamanda Sözleşme ile teminat altına alınan tüm hak ve özgürlükleri koruma ve ihlal etmeme soyut ve genel yükümlülüğünü de içermekte ve devletler kendi iç hukuklarına uygun yöntemler ile bu taahhütleri yerine getirmeyi üstlenmektedirler⁴⁷⁸. Sözleşme'de mevcut bu soyut ve genel yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan denetim ile somutlaşmakta ve Mahkeme kararları ile birlikte ortaya çıkan prensiplerle devletlerin yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin bir listesi oluşturulmaktadır. Ancak bu liste Mahkemece verilen her kararla birlikte gelişen ve değişen bir içerik taşımaktadır. Nitekim bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 21.06.1988 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı'nda⁴⁷⁹ “Sözleşme'den çıkarılabilecek pozitif yükümlülüklerin genel bir teorisini yapmak zorunda değildir” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ AİHM m. 1'de öngörülen genel uyum yükümlülüğünü “Sözleşmenin yarattığı ulusalüstü hukuki yapının gerektirdiği doğrultuda, imzacı devletlerin, hakların korunmasını, kollanmasını ve kullanımlarını etkin bir şekilde, somut olay ve uygulamalarda sağlaması ve bu yolda ellerinden gelen çabayı göstermesi zorunluluğu” olarak tanımlamak mümkündür (Özsoy, s. 501).

⁴⁷⁸ İnsan hakları hukukuna dâhil uluslararası ve ulusüstü sözleşmeler, geleneksel uluslararası sözleşmelerden uygulama alanı açısından ayrılmakta olup, geleneksel uluslararası sözleşmelerde uluslararası nitelik ön plana çıkmaktadır. İnsan hakları sözleşmeleri ise sözleşmeye taraf devletlerce sözleşme hükümlerinin kendi yetki alanlarındaki ülkelerdeki hukuksal ilişkilere uygulanması zorunludur. Zorunlu uygulama alanı nedeniyle insan hakları hukukuna dâhil temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile taraf devletlerin hukuk sistemleri ve mevzuatları arasında yakın bir ilişki mevcuttur (Tarhanlı, s. 672). Aynı yönde Donnelly, s. 15. AİHS'nin iç hukuklardaki hukuksal niteliği ne olursa olsun, Sözleşme'nin yerel mahkeme yargıçları veya kamu görevlileri tarafından tüm karar verme süreçlerinde kesin bir şekilde dikkate alınmak zorundadır (Murdoch, s. 6).

⁴⁷⁹ Doğru, C. 2, s. 607-612.

⁴⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pozitif yükümlülük kavramına bir tanım getirmese de kararlarından pozitif yükümlülüğün genel prensiplerini ortaya koymak mümkün olup, “demokratik toplum gerekleri”, “hukukun üstünlüğü”, “hukukun üstünlüğü tarafından yönetilen devlet” ya da “

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ile devletler açısından öngörülen yükümlülüğün hem negatif ve hem de pozitif bir yönü bulunmakta⁴⁸¹ olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletlerin yükümlülüğünü, sadece müdahaleden uzak durmak (negatif yükümlülük) ile sınırlamamıştır. Sözleşmeciler devletlerin ayrıca temel hak ve özgürlüklerin korunması için aktif davranması, çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri uygulanabilir ve etkin kılması, mevcut sistemi değiştirmesi için somut adımlar atması gerekmektedir⁴⁸². Bu nedenle bir özgürlüğün pozitif hukukça tanınması ve özellikle anayasal anlamda düzenlenmesi, bu hak ve özgürlük için hukuksal bir teminat oluşturmakta⁴⁸³ ve temel hak ve özgürlüklerin tüm hukuk düzenini etkilemesi sağlanmaktadır⁴⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin normatif hükümlerinin çoğunun uygulanması konusunda Sözleşmeciler devletlerin çekimser kalamayacağını, devletlerin mutlaka pozitif yükümlülük üstlenmeleri gerektiğini kabul etmektedir⁴⁸⁵. Nitekim 08.07.1999 tarihli Sürek-Türkiye Kararı'nda⁴⁸⁶ Mahkeme, düşünce özgürlüğüne ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, Sözleşme'de mevcut genel sonuç yükümlülüğünün devletler açısından somut olaylardaki usul yükümlülüğünü içerdiğini belirtmiştir⁴⁸⁷.

“Sözleşmenin tüm maddelerinin özünde yer alma” gibi gelişen ve değişen prensipler oluşturmaktadır (Akandji-Kombé, Pozitif, s. 9).

⁴⁸¹ “Devletin pozitif yükümlülüğü ile negatif yükümlülüğünü kesin biçimde tanımlamak mümkün olmadığı halde her ikisine de benzer ilkeler uygulanabilir durumdadır. Buna göre bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerekir. Bu dengenin kurulmasında devletler belirli bir takdir alanına sahiptirler. Mahkeme'nin görevi ulusal makamlar tarafından gözetim ve kişisel ilişki kurulması konusunda verdikleri kararların yerine kendi görüşünü geçirmek olmayıp, ulusal makamların takdir alanı içinde kalıp kalmadıklarını denetlemektir. Bu denetim yapılırken ulusal makamların aldıkları kararları haklı göstermek için verdikleri gerekçelerin 'ilgili' ve 'yeterli' olup olmadığına bakılması gerekir” (24.08.1994 tarihli Hokkanen-Finlandiya Kararı). (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=481>) (Erişim. 05.04.2015).

⁴⁸² Murdoch, s. 29. Aynı yönde bkz. Akandji-Kombé, Pozitif, s. 5 ve 11. Devletin mevcut sistemi değiştirmesinin gerektiğine dair bkz. 17.10.1986 tarihi Rees-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 2, s. 127-136) ve 27.09.1990 tarihli Cossey-Birleşik Krallık Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57641> (Erişim. 04.05.2015).

⁴⁸³ Kaboğlu, Kolektif, s. 141.

⁴⁸⁴ M. Yavuz Sabuncu, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı, 1986, S. 7-8, s. 17. Aynı yönde bkz. Gören, Teori, s. 9-10. Literatürde devletler açısından öngörülen pozitif yükümlülük, sosyal boyutlu pozitif yükümlülük, yatay koruma yükümlülüğü ve usuli veya operasyonel tedbir alma yükümlülüğü olarak kategorize edilmektedir (Yüksel Metin, “İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Güz 2010, Cilt: 7, Sayı: 27, s. 114-115).

⁴⁸⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 368. Ayrıca bkz. 26.03.1985 tarihli X ve Y-Hollanda Kararı (Doğru, C. 1, s. 853-861).

⁴⁸⁶ http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23927_94ve24277_94.pdf (Erişim. 29.08.2014)

⁴⁸⁷ Özsoy, s. 501-502.

II. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerce temel hak ve özgürlüklerin korunması için öngörülen pozitif yükümlülük (insan haklarına saygı yükümlülüğü), Sözleşme'nin 1. maddesiyle üstlenilen koruyuculuk (garantörlük) görevinden doğmaktadır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüğe yöneltlen ihlal, devletin doğrudan bir ihlal eyleminden kaynaklanmasa da, devletlerin kendilerinin denetimi ve gözetimi altında olan ya da olması gereken kişi ya da kurumların davranışları ile ortaya çıkan temel hak ve özgürlük ihlallerini etkili bir biçimde durdurma ve önleme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu düşünceden hareketle hak ve özgürlükler yönünden devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul ettiği temel pek çok karar vermiştir. Ancak Mahkeme, 21.06.1988 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı'nda⁴⁸⁹ belirttiği üzere, devletlere yüklenen pozitif yükümlülükler konusunda genel bir teori geliştirmekten kaçınmış ve her somut olayın özelliğini esas alarak pozitif yükümlülüklerle ilişkin değerlendirme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu yaklaşım ile Sözleşme'nin amaçları esas alınarak, dinamik bir yorumla Sözleşme metninin gelişmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükler konusunda vermiş olduğu kararları esas alındığında, Mahkeme'nin yükümlülükleri “devletin saygı yükümlülüğü” (respect), “koruma yükümlülüğü” (protect) ve “geliştirme yükümlülüğü” (fulfil) şeklinde üç temel kategoride değerlendirdiği görülmektedir⁴⁹⁰. İctihatlarda yer verilen saygı yükümlülüğü devletler açısından

⁴⁸⁸ Temel hak ve özgürlükler yasaları yapanlar kadar, bu kuralları uygulayan, yorumlayan kişiler açısından da bağlayıcıdır (Sabuncu, s. 17).

⁴⁸⁹ Doğru, C. 2, s. 607-612.

⁴⁹⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda ve ayrıca 1997 tarihli Maastricht Prensipleri'nde sosyal haklar açısından devletin “saygı gösterme” (respect), “koruma” (protect) ve “destekleme” (fulfil) yükümlülüğü olduğu açıkça belirtilmiştir.

http://www.etconsortium.org/nc/en/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23 (Erişim 15.03.2015).

Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 2002 tarih, E/C.12/2002/11 sayılı Genel Yorumu'nda (No. 15) devletlerin ulusal yükümlülüklerini, “saygı gösterme yükümlülüğü” (obligations to respect), “koruma yükümlülüğü” (obligations to protect) ve “yerine getirme yükümlülüğü” (obligations to fulfil) olmak üzere üç başlık altında ve kapsamlı şekilde açıklamıştır

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2002%2f11&Lang=en (Erişim 15.03.2015).

negatif yükümlülük olarak ortaya çıkarken, Mahkemece verilen koruma ve geliştirme yükümlülüklerine ilişkin değerlendirmeler devletlerin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Ayrıca Mahkeme devletin Sözleşmesel hakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlayıp sağlamadığını, pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini ihlal değerlendirmesinde esas almakta⁴⁹¹ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde yer verilen esasların güçlendirilmesinde, kapsamlarının genişletilmesinde pozitif yükümlülük başvuru temel bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bu yaklaşımı ile Sözleşme'nin güvencesi altında olan temel hakların bireylerce etkili şekilde kullanılmasını amaçlamaktadır⁴⁹².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile teminat altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin korunma şekilleri açısından Sözleşmeciler devletlere bir takdir marjı tanınsa da, bu takdir marjının Sözleşme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı (AİHS m. 46) ortadan kaldırıcı şekilde yorumlanması mümkün değildir. Sözleşmeciler devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında bahsolunan ihlalleri ortadan kaldıracak ve Mahkeme kararların icrasını sağlayacak şekilde takdir marjını kullanmak zorundadırlar. Devletlerinin üstlendikleri bu pozitif yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar

Ek olarak bkz. Alp, Hak, s. 12-13; Boyar, s. 55; Akandji-Kombé, Pozitif, s. 5; Gülmez, Ayrımcılık, s. 270-272; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 112. Devletin saygı gösterme, koruma ve destekleme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koch, s. 9 vd.

Devletin toplumun ekonomik çıkarları (atık tesisi kurma) ile bireyin çıkarları arasında adil bir denge (fair balance) kurması ve bireyin çevresel etkenlere karşı korunması hakkında üstlendiği yükümlülük için bkz. 09.12.1994 tarihli López Ostra-İspanya Kararı.

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57905>) (Erişim. 16.05.2015).

⁴⁹¹ Boyar, s. 54-55. Ayrıca bkz. Alp, Hak, s. 12-13; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 112.

"...makul ve gerekli uygun tedbirleri almak Sözleşmeciler Devletlerin görevi olmakla birlikte, Sözleşmeciler Devletler bunu mutlak surette güvence altına alamazlar; ayrıca, kullanılacak olan araçların seçiminde geniş bir takdire de sahiptirler... Bu alanda Sözleşmeciler Devletlerin... üstlendikleri yükümlülük, tedbirleri alma yükümlülüğüdür, sonuçları gerçekleştirme yükümlülüğü değil" (21.06.1988 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı) (Doğru, C. 2, s. 607-612).

"Mahkeme, mevcut tedbirlerin, söz konusu hakları, özlere zarar verecek ya da etkinliklerini yitirmelerine sebep olacak ölçüde kısıtlamadığına, yasal bir amaç güdülerek uygulandığına ve bu bağlamda kullanılan yöntemlerin orantısız olmadığına ikna olmalıdır" (17.09.2013 tarihli Söyler-Türkiye Kararı).

(http://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/S%C3%B6yler_v._T%C3%BCrkiye__T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf) (Erişim. 18.04.2015).

⁴⁹² Akandji-Kombé, Pozitif, s. 6. *"Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını tespit ederken, toplumun genel menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeye bakılmalıdır; aranan bu denge, Sözleşme'nin bütününe içkindir"* (17.10.1986 tarihi Rees-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 127-136).

gerekçelerinde ayrıntılı bir şekilde ortaya konmaktadır⁴⁹³. Ayrıca devletlerin üstlendikleri pozitif yükümlülüklerini, Mahkeme'nin öngördüğünün ötesinde bireysel haklar lehine genişletme yetkisi de mevcuttur⁴⁹⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında devletlerin;

- Hukuki tedbir alma ve hak ihlallerini önleme yükümlülüğü,
- Hak ihlalleri ile ilgili bilgi sağlama yükümlülüğü,
- Hak ihlallerine karşılık verme yükümlülüğü,
- Hak ihlallerini önlemek için bireylere kaynak sağlama yükümlülüğü,

gibi pozitif yükümlülük altında oldukları belirtilmektedir⁴⁹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin iç hukukta koruma altına alınması, Sözleşmeciler Devletlerin Anayasa ve yasaları tarafından tanınmasına ve korunmasına bağlı olup, Sözleşme'de koruma altına alınan haklara yapılacak müdahalelerin önlenmesi ve müdahalelerin müeyyideye bağlanmasını gerekli kılmaktadır⁴⁹⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukta alınması gerekli tedbirlerin cezai mi yoksa hukuki mi olması gerektiğini de belirtmekte ve ulusal mahkemelerden iç hukuk hükümlerini Sözleşme'nin ruhuna uygun olarak yorumlamalarını beklemektedir⁴⁹⁷. Zira Sözleşmeciler devletler pozitif yükümlülüklerini yerine getirmekten temel hak ve özgürlüğe ilişkin baskıcı bir önlem getirme ya da hakka ilişkin düzenleme yapmama gibi müspet ya da menfi

⁴⁹³ AİHS'nin 46. maddesine göre AİHM kararları bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Ancak kararların bağlayıcılığı ulusal mahkemelerin kararlarını ortadan kaldırmamakta, Mahkeme kararlarında sadece Sözleşmeciler devlet tarafından yapılan ihlaller tespit edilmektedir. Ancak Sözleşmeciler devlet Mahkemece ihlalin tespiti ile birlikte ihlali ortadan kaldırıcı ya da telafi edici önlemleri almakla yükümlüdür (Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, Cilt: 17, s. 63).

⁴⁹⁴ Akandji-Kombé, Pozitif, s. 7.

⁴⁹⁵ Doğru, s. 208.

⁴⁹⁶ AİHM, 29.06.2011 tarihli Sabeh El Leil-Fransa Büyük Daire Kararı'nda, eski bir büyükelçilik çalışanının işten çıkarılmasına karşı dava açmasının engellenmesini mahkemeye erişim hakkının (AİHS m. 6/1) ihlali olarak değerlendirmiştir (AİHM Bilgi Notu-4).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105378> (Erişim. 25.04.2015).

Aynı yönde bkz. 19 Nisan 2007 Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya Büyük Daire Kararı ve 08.12.1999 tarihli Pellegrin-Fransa Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/eskelinen.pdf (Erişim. 25.04.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58402> (Erişim. 25.04.2015).

⁴⁹⁷ Doğru, s. 208-209. Sözleşmenin ruhuna uygun yorum için bkz. 16.06.2005 tarihli Storck-Almanya Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69374> (Erişim. 16.11.2014)

davranışlar göstererek kaçınabilmektedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, pozitif yükümlülüğün ihlal kararını verirken kamu yararı ile bireyin menfaati arasında adil dengenin kurulabilmesi için böyle bir yükümlülüğe gerek olup olmadığını ve devletin bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini denetleyerek, hedeflenen amaç ile korunan hak arasında adil bir dengenin gözetilmesini sağlamaya çalışmaktadır⁴⁹⁸.

Türk hukukunda ise devletin hukuki tedbir alma ve hak ihlallerini önleme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinde yer verilmiştir. Buna göre anayasal hak ve hürriyetleri gerek devlet gerekse özel şahıslar tarafından ihlal edilen herkesin Anayasa'nın 40. maddesine göre yetkili makamlara gecikmeksizin başvurma hakkının sağlanmasını isteme hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi gereği ise haksız ve hukuka aykırı işlemlere karşı da hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır⁴⁹⁹.

Doğal olarak hukuksal düzenlemeler ile bireylerin diğer bireylere vermiş oldukları her zararın önceden öngörülüp, engellenmesi beklenemezse de, hukuk kuralları ile bir takım genel sınırların çizilmesi mümkündür. Bu kurallar ile bireylerin diğer bireylerin eylem ve davranışlarına, ifadelerine haksız şekilde müdahalesinin önlenmesi, bireyin ifade ve davranışlarının sınırlarının belirlenmesi ve müdahaleleri mümkün olduğunca önlemesi gerekmektedir. Ancak hukuk kurallarının tek başına önleme gücü bulunmadığı gibi yapılan müdahalenin gerek birey gerekse de toplumsal açıdan etkisinin tam olarak öngörülebilmesi de mümkün değildir. Hukuk kuralları ile ancak asgari bir alan belirlenmesi ve bireyin korunması hukuk düzeni içinde gerekli olup, bireyin hak ve özgürlüklerinin diğer kişilere karşı korunabilmesinin asgari sınırı oluşturulmaktadır⁵⁰⁰. Bu asgari sınırın

⁴⁹⁸ Gülşen Yıldırım, “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, s. 388. AİHS'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin negatif ve pozitif yükümlülüklerin yerine getirildiğinin denetimi, yani soyut nitelik taşıyan AİHS hükmünün somutlaştırılması iç hukukta yasama ve yargı organlarınca yerine getirilirken, ulusüstü hukukta ise AİHM tarafından gerçekleştirilmektedir (Özsoy, s. 504).

⁴⁹⁹ Devletin üstlenmiş olduğu pozitif ve negatif haklara hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında yer verilmiştir (Akıllıoğlu, Temel, s. 52).

⁵⁰⁰ Hayek, s. 141-142. Ayrıca bkz. Ladenson, s. 254 vd. ; Sabuncu, s. 17; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 115. Temel hakların özel hukukta yatay etkisine dair tarihsel süreç için bkz. **Gören**, Teori, s. 82-84.

oluşturulmasında ise insan onurunun korunması ilkesinin oldukça önemli bir yeri mevcuttur.

Ayrıca devletlerin pozitif yükümlülük kapsamında sadece hukuki tedbirleri alması yeterli olmayıp, bireyleri üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruyucu ve ihlalleri önleyici etkin ve pratik tedbirleri de alması gerekmektedir⁵⁰¹. Bu nedenle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletin, Sözleşme'ye aykırılık oluşturan ihlali ortadan kaldırma yükümlülüğü (sonuç yükümlülüğü-obligation of result) mevcut olup, bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı devletin takdir yetkisinde bulunmaktadır⁵⁰². Ancak takdir yetkisi kapsamında idarenin her tür eylem ve işlemi, bireyin hak ve özgürlüklerine yönelik olduğundan, idarece yapılan hemen her eylem ve işlemin bireyin temel hak ve özgürlüğüne bir müdahale olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle idarenin her tür eylem ve işleminde demokratik hukuk devleti ilkesi ve insan haklarının esas alınarak, hak ve özgürlüklerin alanının geliştirilmesi ve genişletilmesi yönünde hareket edilmesi gerekmektedir⁵⁰³. Nitekim Danıştay'da *"Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucu olarak idare, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, Anayasayla güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerinin zedelenmemesi için gerekli her türlü önlemi almakla görevlidir. Yürütülen kamu hizmetinin Devletin güvenliği ve varlığıyla ilgili olması, Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerin gözardı edilmesini haklı gösteremez. Devletin varlığı ve güvenliğiyle ilgili bir kamu hizmetinin de, hukuk kuralları çerçevesinde yürütülmesi zorunludur. Bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında, hukuk kurallarının uygulanması dışında, kişi haklarının zedelenmiş olması, hizmeti yürüten idarenin ağır hizmet kusuru işlediğini gösterir ve tazmin sorumluluğunu doğurur"*⁵⁰⁴ şeklinde hüküm tesis ederek, idarenin temel hak ve özgürlüklerin zedelenmemesi için her tür önlemi almakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir.

⁵⁰¹ Doğru, s. 209.

⁵⁰² Arslan Öncü, s. 53.

⁵⁰³ Sevtap Yokuş, "Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay'ca Doğrudan Uygulanması", **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1997-1998, Cilt: 19-20, s. 198 ve 200; Sabuncu, s. 17; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 115.

⁵⁰⁴ Danıştay 10. Dairesi, 20.04.1989, E. 1988/1042, K. 1989/857.

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (Erişim. 28.08.2014).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı'nda⁵⁰⁵ devletin sadece müdahaleden sakınmakla yükümlü tutulamayacağını, temel hakka müdahalenin önlenmesini sağlayıcı pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda devletin müdahaleyi önleyici hem ceza hem de özel hukuk açısından gerekli yasal düzenlemeleri yapması ve bu yasal düzenlemelerin etkin bir şekilde işletilmesini sağlayıcı cezai, hukuki ve mali müeyyideleri öngörerek, yasalara işlerlik kazandırması gerekmektedir⁵⁰⁶.

Mahkeme'nin, 09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı'nda⁵⁰⁷ ise temel hak ve özgürlüklerin kullanımı için *"maddi engel kadar hukuki engellerinde"*⁵⁰⁸, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali anlamına geleceği ve *"Sözleşmenin günün koşullarına göre yorumu"* nun⁵⁰⁹ (living instrument) gerekli olduğu, bu nedenle de Sözleşme'den kaynaklanan bir hak ihlali *"Devletin pasif kalması mümkün olmayıp, Devletin 'tasarrufu' ile 'ihmal' arasında bir ayrım yapılayacağı"*⁵¹⁰ vurgulanmıştır⁵¹¹.

III. İşçinin İfade Özgürlüğünde Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Sanayi devriminin yarattığı olumsuzluklar nedeniyle devletin iş ilişkilerinde üstlendiği pasif rol değişmiş ve iş ilişkisine aktif müdahalesi gerekmiştir⁵¹². Bu nedenle devletler açısından maddi bir yükümlülük olarak ortaya çıkan pozitif

⁵⁰⁵ Doğru, C. 1, s. 308-318.

⁵⁰⁶ Gemalmaz, C. 1, s. 201-202. Aynı yönde bkz. Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 112. Hak kavramı, sahibine negatif olarak bireysel tercihlerine dışarıdan müdahale yapılmasını engelleme hakkı verdiği gibi, pozitif şekilde de müdahalenin önlenmesi isteme hakkı vermektedir (Donnelly, s. 110).

⁵⁰⁷ Doğru, C. 1, s. 319-326.

AIHM, Airey-İrlanda Kararı ile kişi özgürlüklerinin sosyal gereklilikleri de içerecek şekilde yorumlanması gerektiğini, ancak bu şekilde kişi özgürlüklerinin zenginleşebileceğini kabul etmiştir (Akandji-Kombé, s. 44). Aynı yönde bkz. Palmer, s. 184. AIHM, Airey-İrlanda Kararı ile sosyal ve siyasal hakların bölünmezliği ilkesine vurgu yaparak, bu iki hukuk kategorisi arasında "su geçirmez (water-tight) duvar bulunmadığını" belirtmiş ve daha önce uygulamakta çekingen davrandığı sosyal haklar konusunda da karar vermiştir. Mahkeme daha sonra vermiş olduğu 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Kararı ile bu sosyal haklar konusunda ciddi bir adım atmış, daha sonrasında ise vermiş olduğu 21.02.2009 tarihli Enerji Yapı Yol Sen c-Türkiye Kararı ile de sosyal hakların AIHS kapsamında değerlendirilmesi için Sözleşme'nin gelişimini sağlayıcı dinamik bir yorum yapmıştır (Mouly, s. 229-230).

⁵⁰⁸ 21.02.1975 tarihli Golder-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 107-120).

⁵⁰⁹ 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, s. 308-318).

⁵¹⁰ 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, s. 308-318) ve 18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Verspy-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, S. 73-83).

⁵¹¹ Erdoğan, G., s. 41.

⁵¹² Süzek, s. 8.

yükümlülüklerin sadece devletin değil, özel şahısların eylemlerinden doğan ihlallerin de önlenmesi için var olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle iş hukukunun konusunu oluşturan ve bir birey olan işçinin haklarının da diğer bireyler olan işveren ve diğer çalışanlar karşısında korunabilmesi için işverenler yanında devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. İşçilerin bu pozitif yükümlülük temelinde, işyerinde birey haklarını, işveren ve diğer çalışanların eylemleri karşısında etkin bir şekilde korumalarını, temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de kullanılmasının teminini talep yükümünü de üstlenmektedirler⁵¹³. Nitekim yükümlülük, devletlerin kamu hukuku kapsamında üstlendikleri pozitif yükümlülüğün, anayasal norm olarak pozitif yükümlülüğün özel hukuk ilişkilerinde yatay etkisinin kabulü ile sağlanmaktadır⁵¹⁴.

Bizce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukun bir parçası olmasaydı bile, anayasal normlar gözetildiğinde ve özellikle sosyal hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, devletin iş hukukunda pozitif bir yükümlülük üstlendiğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim Türk hukukunda kişinin çalışma hakkı⁵¹⁵ anayasal bir hak ve ödev (AY m. 49/1) olarak kabul edilmekte ve devlet çalışma hayatına ilişkin bir takım düzenlemeler yapma ve gerekli tedbir alma yükümlülüğü üstlenmektedir⁵¹⁶. Ancak anayasal bir hak olduğu kabul edilen çalışma hakkına ilişkin düzenlemenin sadece bir işe sahip olmak şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Zira çalışma hakkı, bir işe sahip olma hakkının yanında, insan onuruna uygun çalışma koşullarına ilişkin iş güvenliği hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, dinlenme hakkı, çalışma sürelerinin insan onuruna uygun olmasını

⁵¹³ Doğru, s. 194.

⁵¹⁴ Sabuncu, s. 17; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 115.

⁵¹⁵ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Genel Yorum'unda (2005) belirtildiği üzere insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve negatif bir nitelik taşıyan çalışma hakkı, kişilerin kendilerinin ve ailelerinin yaşamlarını sürdürebilmelerini sağlamanın yanında, bireye kendi seçimi ile girmiş olduğu iş ile kendi gelişimini ve toplumsal tanınmayı da sağlamaktadır. Ayrıca toplumda yaratılan bu istihdam imkânı ile bireyin toplum içindeki yeri belirlenmekte bireyin kendine saygısı gelişmektedir. Bu nedenle çalışma hakkı ile insan hakları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır (Bulut, s. 131-132). Ayrıca bkz. Gümüş, s. 338-344.

⁵¹⁶ Türkiye'nin de taraf olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin çalışma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, taraf Devletler herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanımak ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmış (*The States Parties... will take appropriate steps to safeguard this right*) olup, Sözleşme'ye taraf bir Devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirlerin, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermesi gerekmektedir. Bu gereklilik devletler açısından bir pozitif yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır.

isteme hakkı, adil ücret hakkı⁵¹⁷, sosyal güvenlik hakkı⁵¹⁸, cinsiyete ve yaşa uygun bir işyerinde çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı gibi diğer hakları da içeren geniş bir haklar bütünüdür. Bu nedenle işyerinde işin yapılması sırasında işçilerin işyerinde ortaya çıkan ya da çıkabilecek tehlikelerden korunması, bedensel ya da ruhsal zarar görmelerinin engellenmesi için gerekli ruhsal, teknik ya da tıbbi tedbirlerin alınması gerekmektedir⁵¹⁹. Ayrıca işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün sağlanması da yine insan onuru ve kişilik hakları ile bağlantılı bir temel hak ve özgürlük olarak ortaya çıkmakta, devlet için işyerinde ifade özgürlüğünün temini için pozitif bir yükümlülük oluşturmaktadır.

⁵¹⁷ Çalışanların kendilerine ve ailelerine insan onuruna yakışır bir düzeyde yaşam düzeyi sağlayacak ücrete sahip olmaları anlamına gelen adil ücret hakkı, insan onurunun asgari bir düzeyde sağlanabilmesinin ön koşulunu oluşturmakta ve çalışma hakkı ile birlikte değerlendirilen bir hak olarak ortaya çıkmaktadır (Bulut, s. 139).

⁵¹⁸ Sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak yoksul ve muhtaç kişilere insan onuruna yakışır bir yaşam düzeyi sağlamak ve bu kişileri korumak ile yükümlü olan devletin, bu yükümlülüğü gereği gerekli tedbirleri alması ve ilgili birimleri oluşturması olarak ifade edilebilen sosyal güvenlik hakkı, bireyi toplumda karşılaşılabilecekleri “sosyal risk”lere karşı korumak ve sosyal adaleti gerçekleştirmek amacını taşımaktadır. Nitekim 102 sayılı ILO Sözleşmesi ile bir ülkenin sosyal güvenlik alanında alması gereken asgari riskler gösterilmiş, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile de Sözleşme’ye taraf devletlere herkese sosyal güvenlik hakkını tanımak yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 9). Türk hukukunda ise herkesin sosyal güvenlik hakkı (AY m. 60) olduğu belirtilmiştir (Bulut, s. 145-148).

⁵¹⁹ Kaboğlu, Kolokyum, s. 17-19; Eyrenci ve Diğerleri; s. 4; Ekin, s. 44.

AYM, 02.05.1989, E. 1988/51, K. 1989/18 (RG. 04.01.1990-20392) “ İnsanlar, yaşam boyu çeşitli tehlikelerle karşı karşıyadır. Malvarlığı yanında canları da çeşitli risklerin etkisi altındadır. Burada, mesleğin sürekliliği yanında, doğurduğu gerilim nedeniyle fiziksel ve ruhsal çöküntülere uğraması olası bir kesime varsayılabilecek “farazi” çalışma süresi tanınmaktadır. Sigortalının itibari hizmet süresinden yararlanması için, Yasanın öngördüğü biçimde, işkolu ve işyeri koşullarının birlikte gerçekleşmesi zorunluluğu vardır. İşyeri, bir görevin yapıldığı, işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı yerdir. Sosyal Sigortalar açısından işyeri, işin yapıldığı ve yürütüldüğü asıl işyeri ve ona bağlı yerlerle eklentileri ve araçlardan oluşan organize bir bütündür.

Yasakoyucu kimi ağır, tehlikeli ve yıpratıcı işlerde çalışan sigortalıların, sigortalılık sürelerine farazi sigortalılık süreleri eklenmesini uygun görürken, işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından günün koşullarına göre gerekli önlemleri almaya da önem vermiştir.

Çalışma koşullarının düzeltilmesi, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işyerinde iş-insan ilişkilerinin düzenlenmesi, çalışanların gereksinimlerinin karşılanıp yaptığı ise uyumun sağlanması için gösterilen çabalar iş sağlığı ve iş güvenliği kavramının önemli öğeleridir. İnsan ve iş arasındaki ilişkilerin bilimsel olarak nitelendirildiği, endüstriyel ortamın yarattığı çevre etkenleri ile doğal ortam, koşulları karşısında insanın korunmasını amaçlayan işbilim “ergonomi” denilen bir bilim dalı doğmuştur ve gelişmektedir. İşyerinde çalışanların, işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemesi için alınması gerekli hukuki, teknik ve tıbbi önlemleri sağlamaya yönelik sistemli “çalışmalara “işgüvenliği” denir. Yukarıdaki tanımdan anlaşılacağı gibi “işin yapılması ile ilgili olarak ortaya çıkacak tehlikeler” teknolojinin getirdiği tehlikelerdir. Bu tehlikelere karşı korunmak iş güvenliğinin temel amacıdır. Bir işi düzenleme süresinde çalışanlarla ilgili olarak ortaya çıkabilecek risklerden ve çalışanların sağlığını olumsuz yönde etkileyebilecek konulardan sakınmak amacıyla yapılan çalışmaların tümü iş güvenliğinin kapsamındadır”.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a024cb5b-6bb4-4e15-ad88-16ed878f5efb?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim. 04.05.2014).

İşyerinde ifade özgürlüğünün temini ve işçinin ifade özgürlüğünün bir parçasını oluşturan eylemlerini (dini törenlere katılma⁵²⁰, bilgi alma, iletişim kurma vs. gibi) yerine getirmesine imkân verecek düzenlemelerin yapılması, çok zaman devletten ziyade işverene yüklenen bir yükümlülük gibi görünmekte ve işverence işyerinde temel hak ve özgürlüklerin temininin sağlanması işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak işyerinde ifade özgürlüğünün sağlanmasında devlet işverenin menfaatleri ile temel hak ve özgürlükleri korunması gereken işçi menfaatleri arasında bir denge sağlama pozitif yükümlülüğünü üstlenmektedir⁵²¹.

Ayrıca 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde⁵²² “*Genel Esaslar*” başlığı altında yapılan düzenlemenin, iş hukuku ve işçi hakları açısından da devletin pozitif bir yükümlülük üstlendiğini söylemek mümkündür. Maddede devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak ile yükümlü kılınmıştır⁵²³. Bu kapsamda, devlet işyerinde işçinin birey olarak sahip olduğu tüm hak ve özgürlükler ile birlikte ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmekle yükümlü bulunmaktadır. Yine devlet pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi için gerektiğinde yasal sınırları da öngörmek zorundadır. Devletin bu kapsamda mevcut yasaları değiştirmesi, yeni hukuki ve idari düzenlemeler getirmesi, gerekli denetimleri yapması ve hak ihlalleri halinde müracaat yolları oluşturması yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemeleri yaparken de öncelikle işçinin birey hakları karşısında kamu yararı

⁵²⁰ Düşünce, vicdan veya din özgürlüğü kapsamına işçinin temel hak ve özgürlüklerini koruma açısından devletin her daim pozitif yükümlülüğü olup olmadığının her zaman net bir şekilde belirlenmesi mümkün bulunmadığından, AİHM devletin pozitif yükümlülüğünü kamu menfaati ile ilgili kişinin menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı açısından değerlendirerek bir sonuca ulaşmaktadır (Murdoch, s. 30). Bkz. 19.04.1997 tarihli Dubowska ve Skup-Polonya Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-3654> (Erişim. 04.04.2015).

⁵²¹ Murdoch, s. 30. Bkz. 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 515-516).

⁵²² 1961 Anayasası'nın 10/2. maddesinde devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmişse de, 1982 Anayasası ile arasında ifade açısından belirgin farklar mevcut olup, 1961 Anayasası'nda devletin gerekli şartları hazırlaması “*hazırlar*” şeklinde emredici bir nitelik taşıırken, 1982 Anayasası'nda devlet “*gerekli şartları sağlamaya çalışmak*” ile yükümlü kılınmıştır. Yine 1961 Anayasası'ndan farklı olarak “*bütün engelleri kaldırır*” ifadesindeki “*bütün*” kelimesi metinden çıkarılarak 1961 Anayasası'ndaki kesin ifadelerden kaçınılmıştır (Şahin, s. 139-141).

⁵²³ Şahin, s. 140.

ilkesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen diğer sınırlama nedenlerinin esas alınması gerekmektedir⁵²⁴.

İfade özgürlüğünün bireysel ve kamusal alanlarda ortaya çıkması söz konusu olduğundan, bu alanlarda ifade özgürlüğünün ayrı sınırları bulunmaktadır. Bireye yönelik olan ilk sınırı insanın kendi iç dünyası oluşturmakta ve bu sınırın oluşabilmesi içinse bireyin asgari ölçüde doğru düşünebilmesinin sağlanması gerekmektedir. Bireyin kendi sınırlarını oluşturabilmesi için doğru düşünce tarzının oluşmasının ise ancak bireyin doğru eğitim ve bilgiye eksiksiz ulaşmasının sağlanması ile söz konusu olmaktadır. Birey ve toplum arasında gerekli etkileşimin ortaya çıkabilmesi ve bireyin kendine ait düşünce tarzının oluşması için bireyin toplumdaki egemen görüşler ve düşünceler yanında aksi yönde ya da azınlıkta olan görüş ve düşüncelere de ulaşması gerekmektedir. İfade özgürlüğünün diğer sınırını ise kamuyu ve devleti koruma düşüncesi oluşturmaktadır⁵²⁵. Bu alan ise bireyin kamusal alanda ifade özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli sınırları ve özgürlükleri belirlemektedir.

İfade özgürlüğünü ve bu özgürlüğün sınırlarını belirleyen kamusal alan ve özel alan ayrımı Roma hukukundan beri var olan bir ayrım olup, günümüzde de hem uluslararası insan hakları hukukunda hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bireyin müdahaleden uzak özel bir alanı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bireyin içinde özgürce hareket edebileceği, kişiliğini gerçekleştirip geliştirebileceği özel bir alanın varlığı işyeri ve çalışma koşulları açısından da geçerli sayılmaktadır⁵²⁶. Bu kabul Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fuentes Bobo-İspanya Kararı ile açıkça ortaya konmuştur. Mahkeme, ifade özgürlüğünün korunması açısından devletin işyerinde de pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul ettiği 29.02.2000 tarihli Fuentes Bobo-İspanya Kararı'nda⁵²⁷ Avrupa İnsan Hakları

⁵²⁴ Devletin kamu hizmetini yerinde getirirken hem anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri koruyucu eylem ve işlemlerde bulunması, hukuka uygun hareket etmesi ve kişi haklarını zedelememesi gerekmektedir (Yokuş, s. 207).

⁵²⁵ Tezcan ve Diğerleri, s. 427.

⁵²⁶ Arslan Öncü, s. 79; Mehmet Yüksel, "Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt: 58, Sayı: 1, s. 193-194. (Yaklaşım).

25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039> (Erişim. 15.11.2014).

⁵²⁷ Fuentes Bobo-İspanya Kararı Fransızca olup, aşağıdaki link ile kısmen İngilizce çeviriye ulaşılmıştır.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/3643eb0b675a20a6c125689e002ea370?OpenDocument> (Erişim. 15.12.2013).

Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün işçi ve işveren ilişkileri açısından da geçerli olduğuna, bu nedenle yatay ilişkiler açısından da ifade özgürlüğüne saygı gösterilmesi ve devlet tarafından korunup geliştirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵²⁸.

Benzer bir görüş 26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı'nda⁵²⁹ da ortaya konmuştur. Kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel prensiplerini içtihatlarında gösterdiği ifade özgürlüğüne bağlanan önemi hatırlatarak, ifade özgürlüğünün memurlara da uygulandığını belirterek, çalışanın ifade özgürlüğü ile demokratik bir devletin kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirilme arasında Sözleşme'nin 10/2. fıkrasında gösterilen meşru amaç arasında adil bir denge (fair balance) kurup kurmadığını denetlemiştir. Ayrıca kararda memurların ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 10/2. maddesinde öngörülen “*ödevler ve sorumluluklar*”ın özel bir önem kazandığı belirtilerek, memurların ifade özgürlüğüne yapılan meşru amaçlarla orantılılığının⁵³⁰ tespitinde ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakmanın da gerekli olduğunun altı çizilmiştir⁵³¹.

İfade özgürlüğünün mutlak bir hak olması, hakkın sınırsız ve kısıtlanamaz bir nitelik taşıdığı şeklinde yorumlanamayacağı gibi, bu hakkını işyerinde kullanan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen ‘*ödev ve sorumluluklar*’ yüklenmesi söz konusudur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne müdahalenin sınırlarını denetlerken, özgürlüğe yapılan müdahalenin “*demokratik bir toplumda*” “*gerekli*” olan “*yasaklar*”ın ve “*cezalar*”ın “*ahlâkın korunması*”na yardımcı olup olmadıklarına göre belirlemekte ve bu tespiti yaparken de ifade özgürlüğüne müdahale edilen kişilerin ne tür “*ödevleri*”nin ve “*sorumlulukları*”nın bulunduğuna bakmaktadır⁵³².

⁵²⁸ Aynı yönde bkz. zımni bir emsal teşkil eden 24.02.1994 tarihli Casado Coca-İspanya Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57866> (Erişim. 10.05.2015).

⁵²⁹ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{"itemid":\["001-58012"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{) (Erişim. 02.03.2014).

⁵³⁰ Ölçülülük (Proportionality) ilkesi için bkz. Özkan, s. 35; İnceoğlu, Hak, s. 38 vd.; Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyeti ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 99 vd.

⁵³¹ 26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı.

<http://aihmgoster.asp?id=526> (Erişim. 02.03.2014).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{"itemid":\["001-58012"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{) (Erişim. 02.03.2014).

⁵³² 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 161-180).

İşyerinde ifade özgürlüğüne ilişkin olarak değerlendirme yaparken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü konusunda oldukça önem taşıyan Özgür Gündem-Türkiye Kararı'nın da dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim 16.03.2000 tarihli Özgür Gündem-Türkiye Kararı'nda⁵³³ Mahkeme'nin 10. madde açısından devletin pozitif yükümlülüğüne yaptığı açık vurgunun iş hukuku ve işyerinde ifade özgürlüğü açısından da geçerliliği bulunmaktadır⁵³⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Özgür Gündem-Türkiye Kararı'nda “Sözleşme'nin birçok hükmünün başlıca konusu, bireyi kamu otoritelerinin ihlalci müdahalelerinden korumak olmakla birlikte, ilgili haklara etkin riayet, bazı pozitif yükümlülükleri de bünyesinde taşıyabilir [...]. Mahkeme iyi işleyen bir demokrasinin ön şartlarından biri olarak ifade hürriyetinin anahtar önemini hatırlatır. Bu hürriyetin hakiki, etkin bir uygulaması, sadece devletin müdahalede bulunmaması ödevine bağlı değildir; Bireyler arası ilişkiler alanında bile, pozitif koruma önlemlerinin alınmasını gerektirebilir [...]. Pozitif bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığının belirlenmesinde, toplumun genel çıkarları ile bireyin çıkarları arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir ki bu Sözleşmenin tamamında yerine getirilmeye çalışılan bir arayıştır. Sözleşmeciler ülkelerin sahip oldukları farklı durumlara göre, bu yükümlülüğün alanı da kaçınılmaz olarak değişiklik arz edecektir. Modern toplumlarda düzeni sağlamak ve kaynaklar ve öncelikler açısından tercih yapmak bakımından güçlükler vardır. Bu tür bir yükümlülük, otoritelere gerçekleştirme imkânı olmayan ya da orantısız yükler getiren bir biçimde de yorumlanmamalıdır [...]”⁵³⁵ denerek bireysel ilişkilerde devlete ait pozitif yükümlülüklerin altı çizilmiştir. Karar dikkate alındığında, devletin işyerinde işçi ya da işverenin ifade özgürlüğünün korunmasında ve geliştirilmesinde, ifade özgürlüğünün sınırlarının çizilmesinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet bu yükümlülük kapsamında, sadece genel kuralları yaparak değil, hem işçiler arasında hem de işçi-işveren ile ilişkilerinde etkin, düzeni sağlayıcı adil bir dengenin kurulmasını sağlamakla da görevlidir.

⁵³³ <http://www.tohav.org/aihm/ozgurgundem.pdf> (Erişim. 15.12.2013).

⁵³⁴ Lawson, s. 86.

⁵³⁵ Lawson, s. 86-87.

Devletin üstlenmiş olduğu bu görev 06.11.2012 tarihli Redfearn-Birleşik Krallık Kararı'nda⁵³⁶ da vurgulanmış olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece beyazların üye olabildiği İngiliz Ulusal Partisi (British National Party-BNP) üyesi olan otobüs şöforünün, Asya kökenli olan işvereni tarafından parti üyeliğinden kaynaklanan nedenlerle işten çıkarılmasında, işçiye karşı dolaylı ırksal ayrımcılık yapıldığını kabul ederek, kamu otoritelerinin bireyleri keyfi müdahalelere karşı korumakla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin kararı esas alındığında kamu otoritelerinin, temel de ise devletin özel kişiler arasındaki ilişkilere de müdahale ederek gerekli önlemleri alma pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletin üstlendiği bu pozitif yükümlülük aynı zamanda özel sektör işverenleri de dâhil olmak üzere, tüm işverenlerce işçilerin temel haklarını kullanmalarından dolayı işten çıkarılması durumunda da geçerlidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin işyerinde üstlendiği pozitif yükümlülüğü, çalışma süresinde dini görüşlerin açıklanmasının söz konusu olduğu 27.05.2013 tarihli Eweida ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı'nda⁵³⁷ da tekrar etmiştir⁵³⁸.

§8. TÜRK İÇ HUKUKUNDA İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI YA DA ULUSÜSTÜ SÖZLEŞMELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Genel Olarak

Temel insan hakları kavramına dâhil olan özgürlüklerin sayısının artırılmasında pek çok uluslararası belge ve sözleşme etkili olmuştur. Bu evrensel nitelik taşıyan temel hak ve özgürlükler, devletler tarafından imzalanarak kabul

⁵³⁶ 06.11.2012 tarihli Redfearn-Birleşik Krallık Kararı

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114240> (Erişim. 15.04.2015).

Aksi yöndeki kabuledilmezlik kararı için bkz. 16.11.2004 tarihli Norwood-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67632> (Erişim. 04.05.2015).

⁵³⁷ 27.05.2013 tarihli Eweida ve Diğerleri-Birleşik Krallık (Final) Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881> (Erişim. 15.04.2015).

⁵³⁸ Pearson, s. 433 vd. Aynı yönde bkz. Palmer, s. 174 vd. Bkz. 25.03.1993 tarihli Costello-Robert-Birleşik Krallık Kararı ve 06.02.1976 tarihli İsveç Lokomotif Sürücüler Sendikası-İsveç Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57804> (Erişim. 08.05.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57527> (Erişim. 08.05.2015).

edilen bu sözleşmeler ile devlet iç hukuklarının bir parçası haline getirilerek, anayasal koruma altına alınmıştır⁵³⁹.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak imzalanan bu sözleşme ve belgelere, sözleşmelere taraf olan devletlerin ahde vefa ilkesi gereği uyması beklenmekte ve hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bir takım uluslararası ve ulusüstü sözleşmelerle ahde vefa ilkesine uymayan devletler açısından bir takım müeyyideler öngörülmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunup, geliştirilmesinde ve iç hukuk kurallarının yorumlanmasında kabul edilen bu uluslararası ve ulusüstü hukuk kuralları ile uluslararası normlar devletlerin iç hukukları açısından doğrudan veya dolaylı etkiler doğurmaktadır. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (m. 53) ile insan hakları hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarının emredici ve normlar hiyerarşisinde ilk sırada olması gerektiği kabul edilmekte ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusüstü organ niteliğini taşıyan bir takım organ kararları ile uluslararası ve ulusüstü hukuk kuralları Sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline gelmektedir⁵⁴⁰. Bu noktada Avrupa’da ortak bir hukuk alanı oluşturan ve Türk hukuk sistemi açısından da oldukça önem taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran ve ulusüstü bir nitelik taşımasına neden olan unsur, devletlerin etkin bir yargı denetimini kabul etmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve Mahkemesi’nin yargı denetimini kabulü ile Sözleşmeciler devletler bir kısım egemenlik haklarının devri yanında, bireylerin de kendi hukuk düzenlerinde bir süje haline getirilmesini onaylamışlardır⁵⁴¹.

⁵³⁹ Gören, s. 40. Aynı yönde bkz. Yazıcı, s. 78. Devlet, kişisel özgürlükler alanında herkese siyasi ve ahlâki olarak eşit davranmak zorunda olup, devletin kişinin kendi hayatını seçme ve yaşam özgürlüğüne (özellikle ahlâki konularda) eşit davranmaksızın müdahalesi, bazı kişilerin yaşam tarzlarını diğerlerinin önüne geçirmesi ve eşitlik ilkesini zedelemesi anlamına gelir (Donnelly, s. 77).

⁵⁴⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, 11 Mayıs 2007, s. 153 (İç Hukuk). Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan son düzenlemeden sonra temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların yasaların üzerinde, temel hak özgürlüklere dair olmayanların ise yasalarla eşit sevide olduğunun kabulü gerekmektedir (Hüseyin Pazarcı, “Hüseyin Pazarcı’nın Konuşması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (AY md. 90/Son)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 5 Kasım 2004, s. 159) (Haklar).

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (m. 27) gereği uluslararası sözleşmeler iç hukuk kurallarından öncelikli olup, uluslararası düzenlemelerin getirmiş olduğu görev sorumluluklardan kurtulmak amacıyla ulusal mevzuatın ileri sürülebilmesi mümkün değildir (Taşkın, s. 465).

⁵⁴¹ Çavuşoğlu, s. 131. Aynı yönde bkz. Gemalmaz, C. 2, s. 539; Taşkın, s. 465.

Ulusüstü ya da uluslararası organların kararları ile devletlerin iç hukuk kurallarının uluslararası ve ulusüstü hukuk kurallarına uygun yorumlanmasında ve iç hukuktaki boşlukların doldurulmasında özel bir önem taşımakta, devletlerin anayasalarında ve iç hukuklarına yaptıkları hukuk devleti ilkesine, ulusüstü/uluslararası hukuk kurallarına bağlılık düzenlemeleri ile de ulusüstü ve uluslararası hukuk normlarının iç hukuktaki etkinliği giderek artmaktadır⁵⁴². Nitekim Türk Hukuku açısından da gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenlemesi iç hukuk düzenlemesi haline getirilmiştir⁵⁴³. Türkiye açısından Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılmasına dair 1965 tarihli Uluslararası Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi insan hakları alanında imzalanan pek çok sözleşme açısından da benzer bir durum bulunmaktadır⁵⁴⁴.

Nitekim Yargıtay da “*Hukukun tüm uygar ülkelerce kabul edilen evrensel kuralları, anayasal ilke ve esaslar yasa hükümleri bu ilke uyarınca sırasıyla önde gelen ve uygulanma önceliğine sahip kurallar*” olduğunu belirterek, mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkları normlar hiyerarşisini dikkate alarak çözmek zorunda olduklarını kabul etmiştir⁵⁴⁵.

Türk iç hukuku açısından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin birinci bölümünde yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği için, söz konusu hükmün iç hukukta doğrudan uygulanabilir bir hak olup olmadığına bakılmakta ve mevcut Sözleşme hükmünün somut olayda ulusal makamlarca ek bir önlem almaksızın uygulanabilir olması halinde iç hukukta uygulanabilirlik koşulunun yerine geldiği kabul edilmektedir⁵⁴⁶. Anayasa Mahkemesi

⁵⁴² İfade özgürlüğünün uluslararası standartlara ulaştırılması, insan hakları alanında Türkiye’nin en sorunlu alanlarından birini oluşturmaktadır. Başta TCK olmak üzere, tüm mevzuatta var olan AİHS’ne aykırı, ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı hükümlerin ortadan kaldırılması gerekmektedir (Oktay Uygun, “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 746) (İfade). Ayrıca bkz. Tarhanlı, s. 681.

⁵⁴³ İnsan haklarının anayasa hükmü olarak düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklere hukuk düzeninde objektif üstün kural niteliği kazandırmakta ve bu şekilde insan hakları anayasal düzenin kurucu unsuru olarak ortaya çıkmaktadır (Sabuncu, s. 15-16); Aynı yönde bkz. Gören, Teori, s. 6.

⁵⁴⁴ Aliefendioğlu, İç Hukuk, s. 153-154. Türkiye tarafından imzalanmış ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş başlıca uluslararası andlaşmalar için bkz. Gülmez, İç Hukuk, s. 67-68.

⁵⁴⁵ Yargıtay 10. HD, 06.12.1994, E. 1994/12170, K. 1994/19856 (Sinerji Mevzuat).

⁵⁴⁶ Türmen, s. 33.

tarafından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları destek norm⁵⁴⁷ olarak kullanılmaktadır⁵⁴⁸.

Uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk sistemleri arasındaki etkileşim Türk hukuku açısından düalist (ikici) ya da monist (tekçi) görüş ile açıklanmaya çalışılmaktadır⁵⁴⁹. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin *ilk düzenlemesi* karşında, Anayasa'nın monist görüşü kabul ederek ulusal hukukun öncelik taşıyacağı neticesine varmak mümkündür⁵⁵⁰. Kaldı ki, 1982 Anayasası'nın 6. maddesinde hiç kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı, 11. maddesinde de Anayasa hükümlerinin yasama, yürüme ve yargı organları ile idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükümler ile iç hukuk açısından Anayasa'nın normlar hiyerarşisinin en üstünde olduğu açıkça ortaya konmaktadır. Bu Anayasa hükümleri dışında özellikle Anayasa'nın 138. maddesi ulusüstü ve uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanabilirliği açısından önem taşımaktadır. 138. maddede hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceği amir hüküm olarak yer almıştır. Maddeye göre normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın ilk sırada olduğu konusunda herhangi bir tartışmalı nokta bulunmasa da, maddede yer verilen, hâkimlere “*hukuka uygun*”

⁵⁴⁷AYM, 11.04.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-1 (RG. 15.04.1994-21906) “*Ulusal egemenlik kapsamındaki yargılama yetkisini ulus adına kullanan bağımsız mahkemelerin davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapılarının hem de “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ile “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi”nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu olgular, Anayasa'nın ilgili maddeleriyle kurumsallaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulmaktadır*”.

Aynı yönde bkz. AYM, 21.10.1993, E. 1993/33, K. 1993/40-2 (RG. 06.11.1993-21750).

⁵⁴⁸ Aliefendioğlu, Etki, s. 67; Sibel İnceoğlu, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 12 vd.

⁵⁴⁹ Uluslararası hukukun iç hukuka etkisine dair düalist (ikici) ve monist (tekçi) görüşler için bkz. Özkan, s. 4 vd.; Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Tıpkı 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 51 vd. (Esas); Civelek, s. 290; Taşkın, s. 466 vd.; Ender Ethem Atay, “Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, s. 393 vd.; A. Şeref Gözübüyük, “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri-Sempozyum ve Açık Oturum, Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 11.

⁵⁵⁰ Türk hukukunda monist ya da düalist sistemin geçerliliği konusunda farklı görüşler bulunmakta olup, bu görüşler için bkz. Özkan, s. 81 vd.; Atay, s. 393 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sur, Esas, s. 51 vd.

olarak karar verme görevinin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁵¹. Bunun dışında Anayasa'nın bazı hükümlerinde yer verilen temel hak ve özgürlükler bağlamında uluslararası düzenlemeleri iç hukuka tabi kılan ya da öncelikli uygulama tanıyan diğer hükümlerinde, iç hukukta uluslararası ya da ulusüstü normların uygulanabilirliği açısından etkisinin olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Bu kapsamda Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer verilen Türkiye Cumhuriyeti'nin *"Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu"* ve *"çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi"* ile tanımlanmış olması, uygar ülkelerde kabul edilen evrensel hukuk değerlerinin ve insan haklarının Türkiye açısından da kabul edilen evrensel normlar olduğunu ortaya koyan bir düzenleme oluşturmaktadır⁵⁵². Anayasa'nın 2. maddesine ve Başlangıç bölümündeki temel ilkelere yapılan atıf, yine Anayasa'nın 176. maddesi ile Başlangıç bölümünün Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirttiğinin ve Başlangıç bölümünün anayasa metnine dâhil olduğunun belirtilmesi de evrensel hukuk normlarının iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği açısından önem taşımaktadır⁵⁵³. Ayrıca

⁵⁵¹ Taraflarca ileri sürülmesi dahi, hâkimler tarafından insan hakları hukukuna ait uluslararası sözleşme metinlerinin re'sen göz önüne alınması ve bu evrensel hukuk kurallarının iç hukukun bir parçası olduğunun yine re'sen gözetilmesi gerekmektedir. Hâkimler açısından öngörülen bu yükümlülük, tüm kamu çalışanları, idari makamlar ve devlet organları açısından da geçerlidir (Gülmez, İç Hukuk, s. 74-75). Aynı yönde bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, "Necmi Yüzbaşıoğlu'nun Konuşması", **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (AY md. 90/Son)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 5 Kasım 2004, s. 86; Taşkın, s. 480 vd. Doktrinde, uluslararası sözleşmelere AY m. 90'da öngörülen usuller ile taraf olunmadığı sürece hâkimler açısından böyle bir yükümlülük bulunmadığı, ancak hâkimin hukuk yaratma yetkisi kapsamında, mevcut sözleşme hükümlerinin uluslararası örf ve adet kuralı gücü olması ve Türkiye'nin bu kural karşısında ısrarlı muhalif (persistent objector) devlet konumunda bulunmaması halinde hâkimin uluslararası sözleşme hükmünü uygulayabileceği kabul edilmekte, bu yorumun iç hukuk ile uluslararası normun çatışması halinde, hukuk kurallarının çatışmasını önleyici bir yol olduğu aksi görüş olarak ileri sürülmektedir (Tarhanlı, s. 688-689).

⁵⁵² Anayasanın Başlangıç hükümlerinin 3. Paragrafı'nda öngörülen özgürlükçü demokrasi düzenlemesi, Başlangıç Bölümü'nün ilk iki paragrafı ile çelişki yaratmaktadır (Aliefendioğlu, s. 155). Anayasal normların bütünlüğü ilkesi, anayasal normların birbiri ile çelişmeksizin yorumlanmasını ve normlar yorumlanırken anayasanın yorumunda bütününe esas alınmasını, ayrıca da temel hak ve özgürlüklere ilişkin getirilen anayasal düzenlemeler açısından da anayasal normların bütünlüğü ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir (Sabuncu, s. 21). Anayasal hakların soyut ve genel ilkelere oluşması, devlet ve uygulayıcılar açısından bir miktar takdir alanı yaratsa da, temel haklara uygun yorum yapılması, anayasaya uygun yorumun alt kategorisini oluşturmaktadır (Gören, Teori, s. 6-7).

⁵⁵³ Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme kavramı sadece birinci kuşak (kişisel ve siyasal haklar-klasik haklar) ve ikinci kuşak (sosyal ve kültürel haklar) haklar değil, üçüncü (kolektif/dayanışma hakları) ve hatta dördüncü kuşak haklar da (bilimsel ve teknolojik gelişmelere karşı korunma hakları) dâhil olmak üzere tüm insan haklarına ilişkin temel hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Ayrıca bu kavram sadece sözleşme, andlaşma, pakt ya da şart her ne ad altında isimlendirilirse isimlendirilsin insan haklarını koruyucu, geliştirici ve içtihatlarla geliştirilen insan hakları hukukunu da içermektedir (Gülmez, İç Hukuk, s. 65-66). Ek bilgi için bkz. Bulut, 25 vd.; Algan, s. 48 vd. Çeşitli gruplara ayrılrsa da bu insan hakları bir bütün olup, bu

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin "...*insan haklarına saygılı*" niteliğinin vurgulanarak demokratik laik bir sosyal "*hukuk devleti*" olduğunun belirtilmesi, 14. maddede ise Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik laik nitelikleri ile birlikte "*insan haklarına dayandığı*"nın belirtilmesi 1982 Anayasası ve iç hukuk açısından "*insan hakları*" kavramının Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından temel bir dayanak ve ulusüstü bir norm olarak kabul edildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu hükümler dışında temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasında "*uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler*"in ihlal edilmemesi kaydının Anayasa'nın 15. maddesi ile kabul edilmesi, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin (ancak yasayla) sınırlandırılmasında "*uluslararası hukuka uygunluk*" koşulunun getirilmesi, eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen 42. maddede "*milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır*" şeklindeki ayırık düzenleme ve yine savaş hali ilanına ilişkin Anayasa'nın 92. maddesinde "*milletlerarası hukukun meşru saydığı haller*"e ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de konuşlandırılmasına izin için "*Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların ve milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller*"den bahsolunması Türk Hukukunda uluslararası kuralların uygulanabilirliği açısından Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere yaklaşımını ortaya koymaktadır. Buna göre insan haklarına ilişkin uluslararası ya da ulusüstü sözleşmeler ile evrensel normların Türk iç hukukunda herhangi bir hükme, uygulama yasasına ya da onaya gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilirliği söz konusudur. Bu düzenlemeler insan haklarına ilişkin evrensel normlar başta olmak üzere, tüm uluslararası ya da ulusüstü hukukun ülkemiz iç hukukunda doğrudan etkisinin Anayasa'dan kaynaklandığını belirtmektedir⁵⁵⁴. Anayasa'nın insan haklarına ilişkin

hakların tamamı insanca bir yaşam sürdürülmesinin temelini oluşturmaktadır. Zira bu haklardan birinin yokluğu, diğerinin kullanılmasını engellemektedir. Her bir hak hangi sınıflandırmaya dâhil edilirse edilsin, insanın olmanın, insanca yaşamanın asgari bir gereği olarak ortaya çıkmakta ve evrensel bir nitelik taşımaktadır (Uygun, s. 21). Hak ve özgürlüklerin sınıflandırılması için bkz. Kaboğlu, Kolektif, s. 24 vd.

⁵⁵⁴ Aliefendioğlu, s. 155-156. Aynı yönde bkz. Gülmez, İç Hukuk, s. 54-55; Yüzbaşıoğlu, s. 84; Özkan, s. 85-86; İncooğlu, s. 18; Gülmez, Aykırılık, s. 24.

⁵⁵⁴ Anayasa ya da kanunlar ile uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, "ulusüstü hukukun üstünlüğü" ilkesi gereği, çatışan iç hukuk hükmünün uluslararası sözleşme hükümlerine uygun yorumlanması gerekmektedir (Yüzbaşıoğlu, s. 87). Aynı yönde Pazarcı, Haklar, s. 161; Taşkın, s. 472 vd.

Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi ile yasa koyucu açısından bir yükümlülük öngörölmüş olup, yasa koyucunun AIHS'ne ve eki Protokollere aykırı bir düzenleme yapması mümkün değildir. AIHS

konuların doğrudan etkisini sağlayan bu hükümler ile uluslararası sözleşmeler iç hukuka üstün kılınmış ve yapılan Anayasal atıflar ile uluslararası normların iç hukuka göre hiyerarşisi belirlenmiştir⁵⁵⁵. Yasama, yürütme ve yargı organları ile kamu görevlileri açısından bu hükümler doğrudan uygulanabilir olup, Anayasa'nın m. 90/son hükmünün normlar hiyerarşisinde bir seviye belirleme hükmü bulunmamaktadır⁵⁵⁶.

Nitekim Danıştay 5. Dairesi'nin 22.05.1991 tarihli, E. 1986/1723, K. 1991/933⁵⁵⁷ sayılı kararında Anayasa'nın 90/5. maddesinde yer verilen *"kanun hükmünde"* sayılmanın usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğu belirtilerek, *"iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır"* denilmiştir⁵⁵⁸. Danıştay kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 90/son maddesinde yer verilen *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir"* düzenlemesi ise uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yerini göstermekten çok hukuksal

ve eki Protokoller ile çelişen ya da çatışan bir düzenleme yapılması halinde Anayasa Mahkemesi'nin AY m. 90/son gereği bu hükmü iptal etme yetkisi mevcuttur (İnceoğlu, s. 20).

Aksi görüş olarak bir kısım uluslararası hukuk kuralının önceliliğinin kabulünün istisnai bir durum olduğu, sözleşme doğrudan uygulanabilirlik koşulu taşııyorsa, iç hukuk uyarınca onaylanarak yürürlüğe sokulması, ayrıca bir kanunla iç hukukla uyumunun sağlanması gerektiği ileri sürülmektedir (Narmanlıoğlu, s. 45).

Anayasa'nın uluslararası düzenlemelerin iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği için dayanak gösterilen maddeleri dışında AY m. 90/son hükmü, diğer maddelere göre daha somut bir hüküm getirmiş ve diğer maddelerdeki dolaylı dayanaklara gerek dahi kalmamıştır (Yüzbaşıoğlu, s. 85).

⁵⁵⁵ Gülmez, İç Hukuk, s. 55. Ayrıca bkz. Tarhanlı, s. 679; Aliefendioğlu, Etki, s. 63; Sur, Esas, s. 54 vd.; Sabuncu, s. 15 vd.

⁵⁵⁶ Yüzbaşıoğlu, s. 84; Aliefendioğlu, s. 156-158.

⁵⁵⁷ Sinerji Mevzuat.

⁵⁵⁸ Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmede, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağı ve daha sonra yapılacak ulusal düzenlemeler ile sözleşmenin etkisiz hale getirilemeyeceğine ilişkin (AY m. 90/son) Danıştay 5. Dairesi'nin 22.05.1991 tarihli, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararı eleştirilmekte olup, AY m. 90/son ile Anayasa'ya aykırılık başvurusunun önlenmesinin, daha sonra yapılacak yasal düzenlemeler ile Sözleşme hükümlerini etkisiz hale getirmenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir (Tarhanlı, s. 678). Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre, Danıştay'ın söz konusu kararında *"sonraki yasa ya da özel yasa önce gelir"* ilkesinin ulusal yasaların üstünde olduğu Anayasa tarafından kabul edilen ve insan hakları hukukuna tabi düzenlemelerin iç hukuk kuralları ile çatışması halinde uygulanmayacağı belirtilmektedir (Aliefendioğlu, Etki, s. 65).

bağlayıcılığını, iç hukuka dâhil oluşunu gösteren bir hüküm niteliği taşımaktadır. Maddede yer verilen “*kanun hükmündedir*” düzenlemesi ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerde Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulması ve daha sonra yapılacak ulusal düzenlemeler ile etkisiz hale getirilmesi engellenmiştir⁵⁵⁹.

Yine Türk hukuku açısından 5170 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile 1982 Anayasası’nın 90. maddesine eklenen son fıkranın özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Maddede, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların “*kanun hükmünde*”⁵⁶⁰ olduğu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı düzenlenmiştir⁵⁶¹. Bu düzenleme ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması gerekmektedir⁵⁶². Ancak iç hukukta anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine dair düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Anayasa’ya

⁵⁵⁹ Anayasa’nın 90. maddesi yasama organını da bağlayıcı bir hüküm olduğundan, yasama organlarının iç hukuk kuralı haline gelen ve normlar hiyerarşisinde üst sırada bulunan uluslararası sözleşmelere aykırı ya da bu sözleşmelerle çelişen kanuni düzenlemeler yapamazlar. Ayrıca uluslararası hükümlerle çelişen ya da bu hükümlere aykırı olan anayasasal ve diğer yasal düzenlemelerin bu sözleşmelerle uyumlu hale getirilmesi gerekli olup, yasal düzenlemeleri insan hakları hukukuna ait sözleşmelerin asgari alt sınırı oluşturduğu gözetilerek yapması yasama organları açısından bir yükümlülük oluşturmaktadır (Gülmez, İç Hukuk, s. 74).

⁵⁶⁰ Uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanabilirliği açısından “*kanun hükmünde*” sayılması gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası tarafından yapılmış hukuksal bir tercih olup, andlaşmaların iç hukukta uygulanabilirliği bakımından önemlidir (Tarhanlı, s. 673).

⁵⁶¹ **Danıştay 6. Dairesi, 24.04.2012, E. 2011/8290, K. 2012/1937** “*Temel hak ve hürriyetler kapsamında... Anayasanın Milletlerarası Andlaşmaları uygun bulma başlıklı 90. maddesinin 1. fıkrasında: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.” son fıkrasında ise: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05.2004 tarihli, 5170 sayılı Yasanın 7. maddesi) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” kuralıyla, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların iç hukuk sistemine yansıtılma yöntemi belirlenerek, bu andlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, uluslararası andlaşma kurallarının esas alınması anayasal gerekliliktir*” (Danıştay Dergisi, 2012, S. 131, s. 28-42).

⁵⁶² Anayasanın 90. maddesinde yapılan bu değişiklik insan hakları alanında var olan BM ve Avrupa Birliği metinlerinin doğrudan iç hukukta uygulanabilirliğini sağlayan önemli bir değişiklik olup, ayrıca AİHS’nin sosyal haklar alanındaki karşılığını oluşturan ve oldukça önemli bir insan hakları belgesi olarak imzacı devletleri bağlayan Avrupa Sosyal Şartı, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile diğer ILO belgelerinin de doğrudan uygulanabilirliğini sağlamaktadır (Kaboğlu, Kolokyum, s. 30-31).

değiştirmesi anlamına gelmeyip, sadece Sözleşme metninin Anayasa ile çelişmesi halinde Anayasa hükmü yerine Sözleşme hükümlerinin esas alınacağı anlamını taşımaktadır⁵⁶³. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk iç hukukuna etkisi değerlendirilirken, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin, bir antlaşmaya taraf olan devletin, antlaşmayı uygulamama gerekçesi olarak kendi iç hukukunu ileri süremeyeceğine dair 27. maddesinde mevcut uluslararası teamül oluşturan hukuk kuralının da gözetilmesi gerekmektedir⁵⁶⁴. 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliğe kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk iç hukukundaki yerine dair farklı görüşler ileri sürülmüşse de, yapılan bu yerinde değişiklikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere öncelik tanınmıştır. Yapılan bu değişiklik, kanun uygulayıcılar ve özellikle de hâkimler açısından hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle hem de diğer uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerle, iç hukukun çatışması halinde, uluslararası sözleşmeleri öncelikle uygulama yükümlülüğü doğmuştur. Anayasa'nın 90/5. maddesi ile Türkiye tarafından usulüne uygun olarak onaylanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki Protokollerin iç hukukta uygulanması gerektiği vurgulanmış olup, Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan bu düzenleme iç hukukta insan hakları konusunda temel bir güvence sağlamaktadır. Ancak hâkimler açısından öngörülen bu yükümlülük Sözleşme'yi istedikleri gibi yorumlayabilecekleri anlamı taşımamaktadır. Sözleşme'yi yorumlama yetkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ait bir yetki olup, hâkimlerin iç hukukta Sözleşme hükümlerini uygularken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uygun şekilde Sözleşme hükümlerini uygulaması gerekmektedir. Aksine durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yeknesaklığını ortadan kaldırarak, her ülke açısından milli bir yorumun ortaya çıkmasına ve insan haklarının evrensel standartlarının ortadan kalkmasına neden olacaktır⁵⁶⁵.

⁵⁶³Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 21. Aynı yönde bkz. Akkutay, s. 441. Aksi görüş olarak AY m. 90/son'da yer verilen "kanun hükmünde olma" statüsünün iç hukuk doğrudan uygulanabilirlik imkânı anlamına gelmediği, ilgili sözleşme hükmünün bireyler açısından doğrudan hak ve talep yetkisi verip vermediğine de bakmak gerektiği ileri sürülmektedir (Tarhanlı, s. 678). AİHS'nin iç hukuktaki yerine ilişkin diğer görüşler için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 19 vd.

⁵⁶⁴Türmen, s. 38. Aynı yönde bkz. Taşkın, s. 465; Karakoç, s. 115; Akkutay, Jus Cogens, s. 102 vd.; Donnelly, s. 217

⁵⁶⁵İnceoğlu, s. 7-9; Akkutay, s. 441 vd.; Özgür Heval Çınar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa'da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli?", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 147 vd.

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde 5170 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası sözleşmeler ile iç hukukun çatışması halinde insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanındığı açıkça kabul edilmiştir⁵⁶⁶. Anayasa Mahkemesi de bir takım kararlarında “*hukukun temel ilkelerini*” yasaların ve hatta Anayasa'nın üstünde tutup uyulmasını isterken⁵⁶⁷, hukuk devleti kavramını Anayasaüstü kurallar ve hukukun üstün kurallarına⁵⁶⁸ dayandırmıştır⁵⁶⁹. Anayasa Mahkemesi ayrıca yasa koyucu açısından da yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu⁵⁷⁰ kabul etmektedir⁵⁷¹. Aksine tutum Sözleşme'ye taraf olan ülkenin uluslararası alanda sorumluluğunu doğuracaktır⁵⁷².

⁵⁶⁶ Anayasa ya da kanunlar ile uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, “*ulusüstü hukukun üstünlüğü*” ilkesi gereği, çatışan iç hukuk hükmünün uluslararası sözleşme hükümlerine uygun yorumlanması gerekmektedir (Yüzbaşıoğlu, s. 87). Aynı yönde Pazarcı, Haklar, s. 161; Sur, Esas, s. 55.

⁵⁶⁷ **AYM, 29.01.1980, E. 1979/38, K. 1980/11 (RG. 15.5.1980/16989)** “*İnsanın, içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın Başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak “İnsan Hakları Evrensel Beyanname” ile “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur*”.

AYM, 21.01.2010, E. 2009/52, K. 2010/16 (RG. 30.12.2010-27801) “*...iptali istenen düzenlemenin hukukun temel ilkelerine uygun olduğu da söylenemez...*”.

⁵⁶⁸ **AYM, 27.03.1986, E. 1985/31, K. 1986/11 (RG. 09.05.1986-19102)** “*Hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir... Hukuk devleti... insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren... Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir*”.

⁵⁶⁹ Aliefendioğlu, s. 156-158. 2004 yılı değişikliğinin Türk Anayasa Hukuku'na etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 782 vd.

⁵⁷⁰ Hukuk devletinin içerik olarak evrensel hukuk ilkesine, gelişmeci insan hakları ve liberal devlet prensiplerine uygun olması ve bireyler açısından etkin bir hukuki güvenlik sağlaması gerekmektedir (Betül Aslan, “Güncel Sorunlar ve Hukuk Devleti”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 61-62, s. 102-103).

⁵⁷¹ **AYM, 23.03.2004, E. 2001/119, K. 2004/37 (RG. 21.07.2004/25529)** “*...hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür*”.

⁵⁷² Bkz. İnceoğlu, s. 7-9. AİHM, 10.06.1958 tarihli Kahn-Almanya Komisyon Kararı'nda “*eğer bir Devlet bir anlaşmayı imzalayarak bir takım yükümlülükler üstlenirse ve sonradan bu antlaşmadaki yükümlülüklerini ifa etmesini imkânsız kılan ikinci bir uluslararası anlaşma imzalarsa, ilk anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerini her türlü ihlalden ötürü sorumludur*” derken, 11.01.1961 tarihli

Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri açısından ise Anayasa'nın 90/5. maddesinde yapılan son değişiklik ile Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'nin temel hak ve özgürlüklere (insan haklarına) ilişkin sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirilmesi ve iç hukukta doğrudan uygulanması gerekmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından, tamamı Türkiye tarafından da imzalanan, sekiz adet Uluslararası Çalışma Sözleşmesi⁵⁷³ temel insan haklarına dair sözleşme olarak nitelendirilmiştir⁵⁷⁴. Uygulama açısından ise temel hak ve özgürlük kapsamı dışında kalan diğer Sözleşmeler ise iş kanunları ile eşit seviyede kabul edilmekte ve Yargıtay'ın⁵⁷⁵ da kabul ettiği üzere iki kural arasında doğacak çatışmaların çözümünde *lex posterior*⁵⁷⁶ (*lex posterior derogat legi priori/sonraki kanun önceki kanunları ilga eder*) ve *lex specialis* (*özel hüküm*) değerlendirmesi yapılmaktadır⁵⁷⁷. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer Sözleşmeciler devletlerden bağımsız olarak, her taraf ülke için nesnel bir yükümlülük getirdiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Sözleşme'nin Avrupa'nın kamu düzenini temsil ettiğini vurguladığı gözetildiğinde, Sözleşme'ye taraf tüm devletlerin Avrupa'nın ortak hukuk alanına uyması sözleşmesel bir zorunluluk oluşturmaktadır⁵⁷⁸. Bu nedenle, bizimde katıldığımız görüşe göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk kuralları arasında bir çatışma olması halinde Avrupa ortak standartlarının önceliği

Avusturya-İtalya Komisyon Kararı'nda ise devletlerin üstlendikleri bu yükümlülüklerin, güvencelerin "Avrupa'nın kamu düzenini" etkileyen bir anlaşma olan AİHS'de yer alması durumunda geçerli olduğunu kabul etmiştir (AİHM Bilgi Notu-1).

⁵⁷³ İşlevsel açıdan önem taşıyan ILO'nun kuruluşu ile dünyada ilk insan hakları rejimi oluşturulmuştur (Donnelly, s. 231).

⁵⁷⁴ 29 sayılı Cebri ve Mecburi Çalıştırma Hakkında Sözleşme, 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında Sözleşme, 98 sayılı Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında Sözleşme, 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 105 sayılı Zorla Çalıştırmanın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme, 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme, 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Hakkında Sözleşme.

⁵⁷⁵ Yargıtay 21. HD, 18.10.1996, E. 1996/2261, K. 1996/5790 (Sinerji Mevzuat).

⁵⁷⁶ Uluslararası hukuk kuralı ile iç hukuk kuralının çatışması halinde, yasa koyucunun iradesine öncelik tanımak anlamına gelen *lex posterior* ilkesinin AY m. 90/son hükmünde yapılan değişiklikle birlikte (bu gibi çatışma hallerinde) Türk Hukuk açısından uygulama imkânı kalmamıştır (Tarhanlı, s. 687).

⁵⁷⁷ Süzek, s. 83-85. Tarhanlı, s. 687; Özkan, s. 79; Aliefendioğlu, Etki, s. 71.

⁵⁷⁸ AİHM, 30.06.2005 tarihli Bosphorus Havayolları-İrlanda Büyük Daire Kararı'nda devletlerin egemenlik yetkilerini uluslararası bir organa devri halinde, devredilen alanlarda mevcut sorumluluklarından kurtulmalarının söz konusu olmadığını, aksine durumun Sözleşme hükümlerinin amir niteliğinin ortadan kalkmasına neden olacağını belirtmiştir (AİHM Bilgi Notu-1).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69565> (Erişim. 12.04.2015).

Ayrıca bkz. 10.06.1958 tarihli X.-Almanya Komisyon Kararı (AİHM Bilgi Notu-1).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-148028> (Erişim. 12.04.2015).

bulunduğundan, çatışmaların çözümünde *lex posterior* ve *lex specialis* değerlendirmesi mümkün görülmemektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ya da özel sınırlamaların demokratik toplum düzenine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesi de bu görüşü destekler bir nitelik taşımaktadır⁵⁷⁹. Kaldı ki, bireye tanınan temel haklar hem özel hayat alanında hem de iş hayatında geçerli olup, hukukun tüm alanlarında dikkate alınması gereken objektif normlar oluşturmakta, temel hakların sadece devlet müdahalelerine karşı değil, Anayasa'nın tüm ilke ve kurallarının kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Bu gereklilik, 1982 Anayasası'nın 11. maddesinde belirtilen Anayasa hükümlerinin kişileri de bağlayıcılığının kabulünden de anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kabulü ile de Anayasaya uygunluk denetimleri ile Anayasal kuralların bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve özgürlüklerin etkisinin daha fazla olacağını söylemek mümkündür⁵⁸⁰. İş hukuku açısından da özellikle hukuksal boşlukların doldurulmasında ya da sadakat borcu gibi soyut kuralların özel hukuk ilişkilerinde somutlaştırılmasında etkili bir şekilde kullanılması mümkün olacaktır⁵⁸¹.

II. Türk Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler ve İfade Özgürlüğüne Dair Düzenlemeler

Türk hukuku⁵⁸² açısından genelde insan hakları ile temel hak ve özgürlükler özelde ise ifade özgürlüğü açısından en temel düzenleme 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yapılmış olup, maddede Türkiye Cumhuriyeti'nin "*insan haklarına saygılı*"⁵⁸³ sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 12.

⁵⁷⁹ Türmen, s. 37.

⁵⁸⁰ Temel hak ve özgürlüklerin objektif norm özelliği, anasal koruma altındaki hak ve özgürlüklerin özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili olduğu ortaya koymaktadır (Gören, Teori, s. 10).

⁵⁸¹ Mustafa Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkinde İfade Özgürlüğü", **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 412-413.

⁵⁸² Düşünce ve ifade özgürlüğünün Türk Hukukundaki tarihsel gelişimi için bkz. Aliefendioğlu, Düşünsel, s. 15 vd.

⁵⁸³ 1961 Anayasası "*insan haklarına dayanan*" devlet vurgusu yaparken, 1982 Anayasası "*insan haklarına saygılı*" devlet yaklaşımını benimsemiştir. İnsan haklarına yapılan vurgu açısından iki Anayasa birbirinden ayrılmakta, 1961 Anayasası'nda Cumhuriyet rejimi kaynağını insan haklarından alırken, 1982 Anayasası'nda yapılan tanım ile insan hakları için öngörülen Anayasal teminat ve koruma zayıflatılmaktadır (Tarhanlı, s. 668-669).

maddesinde “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği*” başlığı altında herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Özellikle, maddede belirtilen temel hak ve özgürlüklere “herkes”in sahip olduğuna dair düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından önemli bir teminat sağlamaktadır⁵⁸⁴. Ayrıca Anayasa Mahkemesi⁵⁸⁵ tarafından, 1982 Anayasası’nın 12. maddesinde belirtilmeyen ya da Türkiye’nin taraf olmadığı uluslararası sözleşmelerde tanınan temel hak ve özgürlüklerin de iç hukukta geçerli olacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁶.

İfade özgürlüğüne ilişkin Anayasa’da yer alan düzenlemede ise düşünce ve kanaat hürriyeti (AY m. 25) ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (AY m. 26) farklı maddeler altında düzenlenmiştir⁵⁸⁷. Düşünce ve kanaat hürriyetine ilişkin hükümde “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*” denilirken, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti içinse “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar*” denilmektedir.

Ayrıca Anayasa’da bilim ve sanat hürriyeti⁵⁸⁸, basın hürriyeti⁵⁸⁹, din ve vicdan hürriyeti⁵⁹⁰, haberleşme hürriyeti⁵⁹¹, özel hayatın gizliliği⁵⁹² konut

AYM, 26.12.2013, E. 2013/67, K. 2013/164 (RG. 27.3.2014-28954) “*Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir*”.

⁵⁸⁴ Gören, s. 41. 1961 Anayasası’nda birey esas değer kabul edilerek, toplumda temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi ana hedef olarak belirlenmişken, 1982 Anayasası’nda devlet ve devleti koruma güdüsü ile hareket edilerek, 1961 Anayasası’nın birey ve insan eksenli felsefesinden uzaklaşmıştır (Tanör, s. 379). 1961 ve 1982 Anayasaları’nda temel haklar için bkz. Akıllıoğlu, Temel, s. 51 vd.

⁵⁸⁵ AYM, 08.12.1988, E. 1988/2, K. 1988/1 (RG. 16.05.1989-20167) “*...direnme hakkından söz edilmesi bireysel özgürlükle ilgilidir...*”. Hukukumuzda ilk kez Sened-i İttifak’ta yer alan direnme hakkı için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, “Direnme Hakkı”, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, 1. Basım, Ankara, 2002, s. 395 vd.

⁵⁸⁶ Gören, s. 41.

⁵⁸⁷ 1982 Anayasası, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama (ifade) özgürlüğünü birbirinden ayırmış olup, düşünce özgürlüğünün sınırsızlığı söz konusu iken düşüncelerin ifade edilmesinin sınırları olduğu kabul edilmiştir (Şahbaz, s. 188).

⁵⁸⁸ “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*” (1982 AY m. 27).

dokunulmazlığı⁵⁹³ gibi ifade özgürlüğünün bir parçasını ve ifade şeklini oluşturan haklara da müstakilen yer verilmiştir.

Bunun dışında hem Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Ceza Kanunu'nda ifade özgürlüğünü koruyucu bir takım düzenlemeler bulunmaktadır.

§ 9. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ÖZEL HUKUK VE İŞ HUKUKUNA YATAY VE DİKEY ETKİSİ

I. Genel Olarak

Günümüz uluslararası hukuk sistemlerinde bireyin insan hakları hukukunun öznesini oluşturduğunun kabulü ile bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin hukuksal teminat altına alınmasına ve sahip olduğu bu hakları sadece vatandaş olduğu devlete karşı değil, ulusüstü ya da uluslararası hukuka tabi olarak, diğer devletlere karşı da ileri sürmesine imkân tanınmıştır. Bu kapsamda, sözleşmecî devletlerin, kendi özgür iradeleri ile taraf oldukları insan hakları hukuku sözleşmeleri ile pek çok uluslararası kurucu belgelerde yer alan “*insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı*” kuralı çerçevesinde, denetlenmesi ve soruşturulması söz konusu olmaktadır. Sözleşmecî ya da uluslararası kuruluşlara üye devletler açısından öngörülen bu denetleme ve soruşturma yetkisi ile bireyler açısından öngörülen uluslararası koruma sivilleşmiş, mensup oldukları devletlerin iradelerinden bağımsız

⁵⁸⁹ “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır” (1982 AY m. 28).

⁵⁹⁰ “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini âyin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini âyin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” (1982 AY m. 24).

⁵⁹¹ “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır” (1982 AY m. 24).

Yargıtay 4. HD, 24.02.2000, E. 1999/10615, K. 2000/1703 “...iki kişi arasında geçen ve o kişilerin gizlilik alanları ile ilgili bulunan bir konuşmanın açıklanması, başlı başına hukuka aykırılık teşkil eder. O toplumun fertlerinde huzursuzluk ve güvensiz bir ortamın yaşatılması sonucunu doğurur” (Sinerji Mevzuat).

⁵⁹² “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” (1982 AY m. 20).

⁵⁹³ “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli 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 konutuna girilemez” (1982 AY m. 20).

bir korumaya kavuşup, ulusüstü/uluslararası bir boyut kazanmış ve bu şekilde iç hukuk ile ulusüstü ve uluslararası hukuk bütünleştirilmeye çalışılmıştır⁵⁹⁴. Bu nedenle devletler açısından kabul edilen “*insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı*” ilkesinin sadece imza konulan metinlerde öngörülen yükümlülükler için var olduğunun ya da salt lâfzî yorumun kabulü mümkün değildir. Zira insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için öngörülen kurum ya da kuralların dar yorumlanması işlevlerinin azalmasına neden olacaktır. Bunun önlenmesi için sözleşmeye taraf devletler açısından onay koşulu ya da taraf devlet kavramının ötesinde “*insan haklarına dayanan bir hukuk devleti*” olma gereği ile hareket edilmesi ve insan hakları hukukunun evrensel gerekleri doğrultusunda, taraf olunsun ya da olunmasın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir⁵⁹⁵. Bu nedenle, gerek ulusüstü gerekse uluslararası insan hakları hukukunun temel kurallarının iç hukuklarda uygulanabilirliğinin sağlanması amaç olmalıdır⁵⁹⁶.

Uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukukunun iç hukukta uygulanabilirliğinin sağlanabilmesi ve demokratik hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilebilmesi için, çoğu zaman devletlerin bu gereklere uyumunun sağlanması gerekmekte ve bazen siyasi bazen de hukuki nitelik taşıyan bir takım denetim mekanizmaları öngörülmektedir. Bu denetim mekanizmalarını oluşturan uluslararası ve ulusüstü hukukun temelini anlaşmalar hukuku oluşturmakta ve bu mekanizmalarla, bireyi devlet tarafından dikey bir şekilde gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı etkin bir şekilde korumak amaçlanmaktadır⁵⁹⁷. Uluslararası bir insan hakları sözleşmesine taraf olan bir devlet, anlaşmalar hukukunun temel bir kuralı olan *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi gereği, ilgili sözleşme ile bağlı olmakta ve bu sözleşmenin gereklerini iyiniyetle yerine getirmekle yükümlü

⁵⁹⁴ Gülmez, İç Hukuk, s. 41-42.

⁵⁹⁵ İnsan hakları kavramı bir bütündür ve birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (Kaboğlu, Kolektif, s. 11).

⁵⁹⁶ “*Uluslararası toplum üyeleri (devletler ve uluslararası örgütler) arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları bütünü*” olarak tanımlanabilen uluslararası hukuk, birden çok devletin üstün iradesi bağlı şekilde “*irade uyumu*” olarak ortaya çıkmakta ve devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir (Sur, Esas, s. 1 ve 19 ve 51). Ulusüstü insan hakları hukuku ise insan hakları anlayışında asgari müştereklerden doğmakta ve bireyler hem bölgesel hem de uluslararası alanda haklarının korunmasını talep edebilmektedirler (Gemalmaz, C. 2, s. 539). Ek olarak bkz. Gülmez, Ayrımcılık, s. 246 vd.

⁵⁹⁷ Temel hak ve özgürlükler açısından devletin pozitif (koruma) yükümlülüğünün özgürlüklerin yatay etkinin önşartını oluşturup oluşturmadığı hukuk literatüründe tartışmalı olup, AİHS’nin 3. kişileri de temel hak ve özgürlükleri koruma yönünde bağladığı kabul edilirse, pozitif yükümlülüğün önşartı olarak değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır (Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 117).

bulunmaktadır⁵⁹⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu uluslararası anlaşmalar hukuku kapsamında bir “insan hakları sözleşmesi” olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinde pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesine yer verilerek, özellikle 1. maddede “*insan haklarına saygı yükümlülüğü*” açıkça belirtilmektedir⁵⁹⁹. Devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalamalarıyla ulusüstü hukuk açısından insan haklarına saygı temelinde Sözleşme’nin tarafı olan devletler açısından Sözleşme’den doğan bazı dikey ve yatay sorumluluklar (Sözleşme’nin dikey ya da yatay etkisi) ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, Sözleşmeci devlet, öncelikle kendi yetkili makam ve organlarının kamusal tasarruflarından sorumlu bulunmaktadır. Devletlerin bu sorumluluğu bir yandan “devlet-birey” arasında bir “dikey sorumluluk” olarak ortaya çıkarken⁶⁰¹, diğer yandan da ulusüstü insan hakları hukuku kapsamında “birey-birey” ve “çoğunluk-azınlık” ilişkisi açısından bir “yatay sorumluluk” da oluşturmaktadır⁶⁰². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında uyguladığı “pozitif yükümlülük teorisi” de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, güvencesi altındaki temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki özel ilişkileri de kapsayacak şekilde genişletilmesini desteklediğini ve yatay etkinin Mahkemece de kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Ancak bireyler arasındaki her hak ihlalinin devletin sorumluluğuna yol açacağının kabulü mümkün değildir. Özel kişiler arasındaki

⁵⁹⁸ AYM, 24.01.2007, E. 2005/95, K. 2007/5 (RG. 29.12.2007-26741) “...Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “...usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlasmalar kanun hükmündedir” denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir. Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlasmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur. Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlasmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlasmalardan doğan yükümlülüklerle de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, “ahde vefa” ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Anayasanın 90 ıncı maddesinde yapılan son değişiklik de, insan haklarına ilişkin andlasmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlasma hükümlerinin uygulanacağı yolundadır”.

⁵⁹⁹ Tarhanlı, s. 671.

⁶⁰⁰ Uluslarüstü insan hakları hukuku alanında devletlerin taraf oldukları tüm insan hakları sözleşmeleri açısından “sözleşmenin yatay ya da dikey etkisi” mevcuttur.

⁶⁰¹ Donnelly, s. 66.

⁶⁰² Gemalmaz, C. 2, s. 542. Aynı yönde bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 333; Arslan Öncü, s. 55-56; Kaboğlu, s. 12; Öktem Songu, s. 614-614; Gören, Teori, 22-23.

“Mahkeme önce, Sözleşme’nin 1. maddesine göre her Sözleşmeci Devletin, “Sözleşme’de... tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına aldıklarını” belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, bu hak ve özgürlüklerden birinin ihlali, ulusal mevzuatın çıkarılmasında bu yükümlülüğe uymamanın bir sonucu olduğu takdirde, ihlalden ötürü Devletin sorumluluğu ortaya çıkar” (13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 515-516).

ilişkilerde devletin sorumlu olabilmesi için devletin öncelikle hak ihlalinı önlememiş, etkin ve pratikte bir çözüm yolu bulmamış ve pozitif ve negatif yükümlölüklerini ihlal etmiş olması gerekmektedir. 13.02.2003 tarihli Odièvre-Fransa Kararı'nda⁶⁰³ da belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni ile bağdaşmayan maddelere ilişkin olarak yasal düzenlemeleri yapmayarak özel kişiler arasındaki ilişkilerde hak ihlallerini engellememesi ve gerekli yasal tedbirleri almaması da pozitif yükümlölük anlamında devletin özel kişiler arasındaki temel hak ihlallerinden sorumluluğuna yol açmaktadır⁶⁰⁴. Zira devletlerin, yargı yetkisi altındaki bireyler arasındaki ilişkileri koruma yükümlölüğü bulunmaktadır. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi, bireyler arasındaki ilişkilerde devletlerin üstlendiği pozitif yükümlölüklerin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi için de, 23.07.1968 tarihli Belçika'da Eğitim Dili Davası-Belçika Kararı'ndan⁶⁰⁵ bu yana “*adil denge*” kriterini kullanmakta ve “*toplumun genel menfaatleri ile temel insan haklarına saygı arasında bir denge*” bulunması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletler açısından alınabilecek tedbirleri ve oluşturulacak mekanizmaları vurguladığı 10.05.2001 tarihli Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı'nda⁶⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hedef ve maksadını, Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtildiği gibi, “*hak ve özgürlüklerin öncelikle Sözleşmeciler Devletlerin kendi yargı alanlarında korunması için bir takım yasal mekanizmalar oluşturarak, ülke sistemleri içinde hak ihlallinden doğan zararın telafi edilebilirliğini sağlamak*” oluşturmaktadır. Bu telafi sistemi içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi ise sübsidiarity (yerindelik) ilkesi kapsamında Devletlerin uygulamalarına nezaret etmek ve denetlemektir⁶⁰⁸. Mahkeme'nin yerindelik denetimi yapabilmesi devletlerin hukuk sistemlerinde uygun yasal düzenlemelerin ve usullerin öngörölmesi ile mümkün olup, bu yasal düzenleme ve usullerin bulunmaması halinde Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesini esas alarak

⁶⁰³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60935> (Erişim. 04.05.2015).

⁶⁰⁴ 28.09.2001 tarihli VgT Verein Gegen Tierfabriken-İsviçre Kararı'nda özel kişiler arasında ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde sağlanmasının devletin pozitif yükümlölüğü olduğu belirtilmiştir. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59535> (Erişim. 04.05.2015).

⁶⁰⁵ Doğru, C. 1, s. 53-57.

⁶⁰⁶ Akandji-Kombé, Pozitif, s. 14-20.

⁶⁰⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59455> (Erişim. 20.12.2014).

⁶⁰⁸ Andras Baka, “Açılış Konuşmaları”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 11.

devletin herkesin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümünü yerine getirmediği varsayımından hareket etmektedir. Ancak bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir asliye hukuk mahkemesi gibi davranmasına neden olmakta ve bu da Mahkeme'nin yerindelik ilkesinden sapması anlamına gelmektedir. Devletler açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu ise Sözleşmeciler devletlere kendi iç hukuk sistemlerinde ihlalleri giderilmesi için öngörölmüş bir yol olup, iç hukuk sistemlerinde sorunların çözülebilmesi halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de mevcut görevini yaptığı kabul edilmektedir⁶⁰⁹.

Devletin uluslararası ve ulusüstü insan hakları kuralları çerçevesinde üstlendiği dikey ve yatay sorumluluklar, toplumsal ilişkiler içinde bireyler ya da gruplar arasındaki özel ilişkiler açısından, güçlünün zayıfa ya da çoğunluğun azınlığa yöneltebileceği, insan hakları ihlali oluşturan fiil ve davranışlar karşısında ise zayıf olanın korunmasını gerektirmektedir. Devletler açısından öngörölen bu yükümlölükler hem negatif bir yükümlölük oluşturmakta ve hem de etkin bir müdahalenin gerekli olduğu pozitif bir yükümlölüğü kapsamaktadır. Özellikle kadın, çocuk, yaşlı, engelli gibi daha fazla korunması gerekli olan gruplarla, etnik, dini, siyasi azınlıklar, cinsel tercih ve cinsel yönelim gibi nedenlerle toplumda zayıf konumda bulunan kişi ve gruplar açısından devletin pozitif yükümlölüklerini yerine getirmesi büyük bir önem taşımakta ve devletin mağdurların hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasını sağlayıcı yasal düzenlemeler yapması, özel ilişkilerde ortaya çıkabilecek mağduriyetlerin doğmasını engellemesi ve mağduriyetleri giderici tedbirleri alması gerekmektedir⁶¹⁰. Devletler, özel ilişkiler kapsamında ortaya çıkan

⁶⁰⁹ Baka, s. 12-13; Türmen, s. 32. AİHM, genellikle tali karakterine uygun olarak, AİHS'nin devletlerin öncelikle kendi topraklarında, kendi kaynaklarına ve toplumlarının ve bireylerinin ihtiyaçlarına göre giderilmesini sağlamakla yükümlü kılmakta, bu nedenle de Sözleşme'den kaynaklanan temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin alınması gereken tedbirleri belirlemede devletlerin öncelikli olmasını sağlamaya çalışmaktadır (Akandji-Kombé, Pozitif, s. 18).

⁶¹⁰ “Şu an ki dava ister devletin başvurusunun 8. maddenin 1. paragrafı kapsamındaki haklarını güvence altına almak için makul ve uygun tedbirler alma pozitif görevi bağlamında tahlil edilsin ister “bir kamu makamı tarafından gerçekleştirilen müdahalenin” 2. paragraf uyarınca haklı gösterilsin uygulanacak prensipler büyük ölçüde benzerdirler. Her iki bağlamda da bir bütün olarak bireylerin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında bulunması gereken adil dengenin göz önünde bulundurulması gerekir; ve her iki bağlamda da devlet Sözleşmenin yerine getirilmesinin sağlanması için atılması gereken adımların belirlenmesinde belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca ilk paragraftan doğan pozitif yükümlölük ile ilgili olarak bile, göze çarpan [bulunması gereken] dengede ikinci paragrafta belirtilen amaçlar... belirli bir illiyet bağına sahip olabilir. Görülecektir ki yukarıda belirtilen Avrupa kontrol mekanizmasının bütünlüğü ilkesi hangi madde ile ilgili olursa olsun şu anda genel bir ilke olarak kabul görmektedir. Bu durum çarpıcı bir şekilde Avrupa Mahkemesini 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında menfaat zedeleyici kaçınma kadar bir hakkın (bu örnekte

bu hak ihlallerinin giderilebilmesi için mağdurların haklarını arayabilecekleri etkin hukuki ve idari mekanizmaları oluşturmak ve bu mekanizmaların yine etkin bir şekilde işlemlerini sağlamak zorundadır. Ancak sadece hukuki ve idari mekanizmaları oluşturmak devletlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, bireysel ilişkiler kapsamında mağdur olan kişi ya da grupların mağduriyetlerini giderici, koruyucu ve kollayıcı her tür tedbiri almaları da gerekmektedir⁶¹¹. Nitekim Sözleşmeciler Devletlerin üstlendiği bu pozitif yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.04.2004 tarihli Assanidzé-Gürcistan Kararı'nda⁶¹² “Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeciler Devletleri Sözleşmenin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlali ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları altlarından Sözleşmenin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehliyetizliğinin arkasına sığınamazlar” şeklinde ifade edilmiştir⁶¹³.

mülkiyet hakkı) kullanımına yapılan müdahale sorunu ile ilgili genel bir değerlendirme yaptığı Broniowski - Polonya kararına dayanmaktadır” (21.02.1990 tarihli Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Kararı) (Akandji-Kombé, Pozitif, s. 18).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57622> (Erişim. 06.05.2015).

⁶¹¹ Gemalmaz, C. 2, s. 542. Aynı yönde bkz. Öktem Songu, s. 614; Poroy, s. 1005 vd.; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 117. İnsan onuru ilkesi gereği anayasal temel hak ve özgürlüklerin, gerek bireysel gerekse toplumsal yaşantıda eksiksiz şekilde sağlanması, devlete ait bir yükümlülük olarak ortaya çıkmakta ve devlet, insan onuru gereği bireyin kişi varlığını geliştirmesini sağlamakla yükümlü kılınmaktadır (Şimşek, s. 45).

“Bir gösteri, geliştirmek istediği düşüncelere ve taleplere muhalif olan kişilerin canını sıkabilir veya kızdırabilir. Ancak gösteriye katılanlar, muhaliflerinin fiziksel saldırısına uğrayabilecekleri korkusu duymadan, gösterilerini yapabilmelidirler; bu tür bir korku, ortak düşünceleri veya menfaatleri destekleyen diğer dernekleri veya grupları, toplumu ilgilendiren hayli tartışmalı meselelerde görüşlerini aleni olarak ifade etmekten caydırabilecektir. Bir demokraside, karşı gösteride bulunma hakkı, gösteri hakkının kullanılmasını engelleyecek kadar geniş olamaz.

O halde, gerçek ve etkili bir barışçıl toplanma özgürlüğü, Devletin sadece müdahalede bulunmama görevine indirgenemez; çünkü sırf negatif yükümlülük anlayışı, Sözleşme'nin 11. maddesinin amacıyla bağdaşmaz. Sözleşme'nin 8. maddesi gibi 11. maddesi de, bazen bireyler arasındaki ilişkilerde bile ihtiyaç duyulduğunda, pozitif tedbirler almayı gerektirebilir” (21.06.1998 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı) (Doğru, C. 2, s. 607-612).

⁶¹² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61875> (Erişim. 06.05.2015).

⁶¹³ Akandji-Kombé, Pozitif, s. 16.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Özel Hukuk İlişkilerine ve İş Hukukuna Etkisi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde, herkesin yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi, ya da sanatsal ürünlerden doğan maddi ve manevi menfaatlerinin korunması hakkına (İHEB m. 27/2), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde ise yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanması hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu korumadan yararlanma temel birer insan hakkı olup, bunun sadece fikri mülkiyet hakkına indirgenmesi mümkün değildir⁶¹⁴. Kültür üreten bir varlık olarak insan, yaratıcı faaliyette bulunma, kendini bu şekilde ifade etme ve kendini bu şekilde gerçekleştirme hakkına sahiptir. Bireyin kendini yaratıcı bilimsel ve sanatsal faaliyetlerde bulunarak ifade etmesi sadece kendisi için değil, içinde yaşadığı toplumun ve hatta tüm insanlığın gelişimi ve dönüşümü için önem taşımaktadır. Bilimsel ve sanatsal ifade hakkının (özgürlüğünün) korunmasında hem bireysel hem de toplumsal menfaatin önem taşıması, bu hakkın devletler tarafından özel olarak korunmasını gerektirmekte ve devletleri, yaratıda bulunan bireyi, kamusal otoritelerden gelen müdahalelerin yanı sıra, bireylerden ve toplumdan gelebilecek müdahalelere karşı da korumakla yükümlü kılmaktadır. Devletler açısından öngörülen bu yükümlülüğün hem dikey hem de yatay açıdan pozitif bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkündür⁶¹⁵.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Özel Hukuk İlişkilerine ve İş Hukukuna Doğrudan Etkisi (Direct Effect)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *sui generis* (kendine özgü) bir nitelik taşıyan ve taraf devletlerce amacının müştereken gerçekleştirilmesi gereken bir “*yasa anlaşma*” olarak tanımlanması mümkündür. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sözleşmeci devletlerin hukuk sistemlerinde “*doğrudan etki*” (*direct effect*) yaratmaktadır⁶¹⁶. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukta

⁶¹⁴ Gemalmaz, C. 1, s. 362.

⁶¹⁵ Gemalmaz, C. 1, s. 364. Aynı yönde bkz. Arslan Öncü, s. 55-56.

⁶¹⁶ Gözübüyük ve Gölçüklü, s. 22.

doğrudan etkisine Sözleşme'nin 1. maddesinde yer verilmekte ve Sözleşme'de koruma altına alınan temel hak ve yükümlülüklerin Sözleşmeci devletlerin yetki alanında bulunan herkes yönünden doğrudan etki (direct effect) doğurduğu kabul edilmektedir⁶¹⁷. Ancak bu etkinin varlığı tüm özel hukuk ilişkilerinde her zaman temel haklara müracaat edileceği anlamını doğurmamaktadır⁶¹⁸.

Doğrudan etki kavramı, Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice/ECJ) tarafından ileri sürülmüş en önemli hukuk doktrini ve buna göre, ulusal hukuk ile Avrupa Birliği Hukuku hükümlerinin çatışması durumunda yerel mahkemeler Sözleşme hükümlerine uymak zorundadır. Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sözleşmeci devletlerin iç hukukunda doğrudan etkisi en çok tartışılan konulardan biridir. Aynı durum Avrupa Birliği Hukuku için de geçerli olup, Birlik Hukuku bireysel haklar açısından Birlik'e üye devlet hukuklarına yatay doğrudan etki yapmaktadır⁶¹⁹. Ancak temel hakların zorlayıcı etkisinin irade serbestisini zedeleyici nitelik taşıdığına ilişkin bir görüş nedeniyle temel hakların doğrudan etkisi iş hukuku açısından da reddedilmektedir⁶²⁰.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Yatay Etkisi (Horizontal Effect)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında devletlerin genel uyum yükümlülüğü (obligation) hem pozitif hem de negatif bir yükümlülük (duty) olarak ortaya çıkmakta ve sadece devletten gelen dikey hak ihlalleri için değil, aynı zamanda özel kişilerden gelen ihlallerin de önlenmesi (The Drittwirkung Doctrine) gerekmektedir⁶²¹. Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin, klasik olarak devlet-birey ilişkisinde dikey olarak ortaya çıktığı kabul edilmekteyse de, Alman Hukuku kökenli

⁶¹⁷ Aydan Ömür Surlu, "İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010, Sayı: 87, s. 163.

⁶¹⁸ Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, s. 42. Anayasal hakların doğrudan özel hukuk ilişkilerinde geçerli olamayacağına hakkında değerlendirme için bkz. Öktem Songu, s. 622 vd.

⁶¹⁹ Jacob Öberg, **The Doctrine Of Horizontal Direct Effect In EC Law And The Case Of Angonese**, Stockholm University Faculty of Law Master thesis, 11 October 2007, s. 12.

⁶²⁰ Ertürk, Temel Hak, s. 37.

⁶²¹ Özsoy, s. 502; Arslan Öncü, s. 55-56; Palmer, s. 170. The Drittwirkung Doctrine dair Alman hukukundaki tüm görüşler için bkz. Boyar, s. 56 vd.

“Yatay Etki Doktrini (*The Drittwirkung Doctrine*)”⁶²² ile bireysel ilişkiler alanında da ihlalin söz konusu olduğu, bu nedenle devletlerin bu yatay ihlalleri de önlemesi gerektiği kabul edilmektedir⁶²³. Bu kabulün temelinde “çoğu yapan azı da yapar”⁶²⁴ düşüncesi bulunmaktadır. Buna göre, temel hakların sadece bireyin devlete karşı korunmasında değil, toplumun bütününde ve tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu görüş, temel hakların özel hukuk alanındaki uygulamasını oldukça genişlettiği için eleştirilmekte ve bireyin toplumsal özerkliğinin sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir. Bunun dışında yatay etki doktrininin güçler ayrılığı ilkesini zedeleyerek, yargı lehine yasamanın alanını daralttığı söylenmektedir. Buna göre, özel hukukun ciddi bir şekilde kamu hukukuna dâhil olması ve temel haklar alanında sınır ve kapsamın yasama yerine mahkemelerce belirlenmesi neticesi doğmaktadır⁶²⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yatay etkisinin devletin pozitif sorumluluk doktrininin bir sonucu olduğu ve yine Sözleşme’nin 13. ve 17. maddelerinde mevcut olan düzenlemelerin yatay etkinin normatif kaynağını oluşturduğu ileri sürülmektedir. Sözleşme’nin 13. maddesinde, ihlali yapan kişilerin hangi resmi sıfatı haiz olduklarının dikkate alınmayacağı, 17. maddesinde ise devletin yanısıra özel hukuk kişilerinin de kötüye kullanma yasağı kapsamında olduğu belirtilmiştir⁶²⁶. Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de kabul ettiği üzere, Sözleşme’nin 10. maddesinin ifade özgürlüğüne üçüncü kişiler

⁶²² Doktrinde *The Drittwirkung Doctrine* için ortak bir terim kullanılmamakta olup, “temel hakların özel hukuka etkisi ilkesi” (Gören, s. 171), “yatay etki ilkesi” (Boyar, s. 56), “anayasal normun yatay ilişkilere etkisi”, “anayasanın özel hukuka etkisi”, “anayasanın üçüncü kişilere etkisi” (Ertürk, Temel Hak, s. 33 ve 36) gibi yakın anlamlar içeren farklı terimler tercih edilmektedir. Diğer terimler için bkz. Öktem Songu, s. 615.

⁶²³ Yatay etki doktrininin (*The Drittwirkung Doctrine*) tamamen reddeden görüşler için bkz. Boyar, s. 58. Anayasal hükümlerin ve temel hak ve özgürlüklerin, devlet kadar özel hukuk ilişkilerinde de yatay etki doğurması, özel hukuktan kaynaklanan bireysel iş ilişkilerinde de temel hak ve özgürlüklerin bağlayıcılığını gerektirmektedir (Soyer, s. 164-165).

⁶²⁴ Bu düşüncenin hareket noktasını devlet temel haklarla bağlıysa, bireylerinde evleviyetle (a fortiori) bağlı olacağını düzenleyen Alman Anayasası’nın 1. maddesinin 3. fıkrası olduğu kabul edilmektedir (Boyar, s. 57). Ek bilgi için bkz. Soyer, s. 169 vd.

⁶²⁵ Boyar, s. 56-58. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisinin kabulü, tüm özel hukuk ilişkilerinde bireyleri diğer bireylerden temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanmasını talep hakkı verecek olup, anayasal temel hak ve özgürlükleri özel ilişkilerde zorlayıcı özel hukuk kuralı haline getirecektir. Bu durumda normlar hiyerarşisini zedelenerek hâkimin özel hukuk ilişkilerine aşırı müdahalesi neticesini doğuracaktır (Ertürk, Temel Hak, s. 36-37).

⁶²⁶ Arslan Öncü, s. 56.

tarafından yöneltilen tecavüzlerde yatay bir etkisinin bulunduğu ve devletlerin bu ihlalleri de önlemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁶²⁷.

Tüm pozitif yükümlülükler gibi, yatay etkinin de bir sınırı bulunmakta ve devletlerin olanaksız ve orantısız pozitif yükümlülük üstlenmesi beklenmemektedir. Burada sınırı, Sözleşme'ye taraf devletin haberdar olduğu ya da haberdar olmak zorunda bulunduğu gerçek ve yakın bir tehlikeden kaçınabilmek için makul oranda *gerekli önlemleri alma yükümlülüğü* (*obligation of conduct/means*) oluşturmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ilgili devletin hakka yönelen tehdidi “*bilmesi ya da bilmesi gerekiyor olması (have or ought to have the knowledge)*” halinde önlem alma sorumluluğunun bulunmasıdır⁶²⁸. Devletler açısından öngörülen önlem alma yükümlülüğü, yatay nitelik taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hem 8, 9, 10 ve 11. maddelerindeki haklar ve hem de diğer haklar açısından geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapmış olduğu değerlendirmelerde sadece Sözleşme değil, başkaca temel hak ve özgürlükleri esas alan uluslararası metinler de kaynak olarak alınmakta ve devletlerin bu alanlarda takdir marjı dar yorumlanarak⁶²⁹, uluslararası metinlerin yatay etkisi açıkça kabul edilmektedir. Buna göre, bireyler arasındaki özel ilişkilerde ve dolayısıyla işçi-işveren açısından devletlerin yatay sorumluluğunun kapsamını ve yükümlülüğünü şu şekilde özetlemek mümkündür⁶³⁰:

- Özel ilişkiler alanını düzenleyen her tür yasal düzenlemeyi yapmak ve bu düzenlemeyi yaparken güçsüz olanı koruyucu, kollayıcı ve caydırıcı mevzuatı üretmek,

⁶²⁷ Karan, s. 356. Ayrıca bkz. 16.03.2000 tarihli Özgür Gündem-Türkiye Kararı (<http://www.tohav.org/aihm/ozgurgundem.pdf>) (Erişim. 15.12.2013).

⁶²⁸ Arslan Öncü, s. 57. 10.05.2001 tarihli Z ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı'nda AİHM, çocuklar ve diğer savunmasız kişilerin etkili şekilde korunmasını sağlamak ve kötü muameleyi önlemek için makul önlemleri almakla ve gerekli adımları atmakla devletin yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. “These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge” (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59455>) (Erişim. 15.11.2014).

⁶²⁹ Boyar, s. 61.

⁶³⁰ Gemalmaz, C. 2, s. 543. Ayrıca bkz. Soyer, s. 164-164. Bkz. 23.09.2010 tarihli Schüth-Almanya Kararı (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119607>) (Erişim. 01.05.2015). Devletlerin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi açısından hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayrımcılık yasağının pozitif görünümü eşitlik ilkesidir (Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 459). (Eşitlik).

- Yasal düzenlemelerin işlerliğini sağlamak,
- İlgili makam ya da organlarca hak ihlalinde bulunan özel ilişki kapsamındaki taraf hakkında kovuşturma yapmak, faili tespit etmek ve suçu sabit görülenleri cezalandırmak⁶³¹,
- Özel ilişkiler alanındaki ihlalleri önleyici tedbirler almak⁶³².

Öte yandan, klasik hukuk anlayışında var olan temel hak ve özgürlüklerin genellikle devlete karşı dikey olarak korunması gerektiği görüşüne karşı, Alman hukukunda geliştirilen “*Temel Hakların Yatay Etkisi*” Doktrini’nde temel hak ve özgürlüklerin sadece devletle olan ilişkilerde değil, özel hukuk kişileri arasında da uygulanabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Burada ileri sürülen temel hakların yatay etkisi, *doğrudan yatay etki* (*direct horizontal effect*) ve *dolaylı yatay etki* (*indirect horizontal effect*) şeklinde ikiye ayrılmakta, ancak *temel hakların doğrudan etkisi*⁶³³ (*mutlak etki*⁶³⁴) oldukça tartışmalı olsa da, *doğrudan etki kuramında* temel

⁶³¹ AİHM, 23.09.2010 tarihli Schüth-Almanya Kararı’nda “iş mahkemeleri ile bu mahkemelerin kararlarını kontrol edecek bir anayasal yargı kurmakla devlet, iş hukuku alanında kendi yargısına tabi tüm kişilere yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiştir” diyerek başvuruçuların bu mahkeme önünde iddialarını ileri sürebilmelerini yeterli görmüştür.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119607> (Erişim. 01.05.2015).

⁶³² Korunma ve barınma evleri açmak, ihlalleri önlemek için bütçe tahsis etmek, özel sağlık birimleri oluşturmak, ihlalleri ortadan kaldırıci eğitimler vermek, ihlallere ilişkin alanda çalışan kişi ve organizasyonları desteklemek ve işbirliği yapmak, yazılı ve görsel basının sorumluluk ve işlevini belirlemek ve bunları hak ihlallerini önleme açısından kullanmak gibi tedbirler bulunmaktadır (Gemalmaz, C. 2, s. 542).

AİHM, 05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç Kararı’nda çalışma koşulları ve güvenliğinin eksikliği nedeniyle işçilerin yaşamlarının ve sağlıklarının tehlikeye düşmesi halinde, devletin işçilerin yaşamlarının korunması için gerekli tüm tedbirleri almış olsa dahi, başvuruçuların sağlıklarına yönelik zararlardan dolayı devletin sorumlu tutulmasının makul ve adil olduğunu belirtmiş ve devlete tehlike sorumluluğu yüklemiştir.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138597> (Erişim. 19.04.2015).

⁶³³ **Danıştay 10. Dairesi, 19.10.2009, E. 2006/4835, K. 2009/8958**, “ ... Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen kural; sözleşmeler ile yasalarımızın çatışması durumunda, sözleşmelerin, yasalara üstün tutularak öncelikle uygulanmasını öngörmektedir. Artık temel hak ve özgürlüklere, bir başka anlatımla insan haklarına ilişkin olan usulüne göre yürürlüğe konulmuş, yani onaylanmış uluslararası antlaşmalar, doğrudan uygulanmak zorundadır. Bunun bir başka anlatımı ise; bu antlaşma ya da sözleşmelerdeki kuralların, iç hukuka taşıyan yasal düzenlemeler yapılması, hatta yargı önünde ileri sürülmesi aşamasına gelmeden bizzat idarece kendiliğinden uygulanmasıdır. Sonuç olarak; Anayasa ya da yasalarda yer alan sözleşmelere aykırı kurallar değiştirilmemiş olsa da, sözleşme kuralları kendiliğinden uygulanmalıdır.

Böylece; 7.5.2004 tarihinde Anayasanın 90.maddesine eklenen ek cümle, onayladığımız insan hakları sözleşmelerine, Avrupa Birliği Hukuk Düzeni’nin tanımladığı, birbirini tamamlayan <Doğrudan uygulanabilirlik ve ulusalüstülük> (Gülmez, Mesut, Prof. Dr., Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, 1.Baskı, Belediye-İş Yayınları, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Eylül 2005, s.323) niteliğini Türk Hukuk Düzenine de yerleştirmiştir.

hakların normatif hukuk kuralları olarak kabulü ile bireylerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir. *Dolaylı yatay etki kuramında* ise, temel hakların normatif bir kural olarak kabul edilemeyeceği, ancak özel hukuktan doğan bir hak ilişkisi ile temel hak arasında dolaylı bir etkileşim olmasının mümkün olabileceği ileri sürülmektedir⁶³⁵.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Doğrudan Yatay Etkisi (Direct Horizontal Effect)

Temel haklar söz konusu olduğunda anayasal hükümlerin, her hangi bir yasal düzenlemeye, idari işleme ya da yargı kararına gerek olmaksızın, temel hakların *doğrudan yatay etkisi*⁶³⁶ yaklaşımı ile özel hukuk ilişkilerinde bireyin insan olarak koruması gerekmektedir. Bu nedenle, bireyin hem devlete hem de diğer bireylere karşı korunabilmesi için, temel haklar toplumsal yaşamın parçası haline getirilmektedir⁶³⁷. Özellikle insan haklarına ilişkin düzenlemelerde insan onurunun ve özgürlüğünün daha geniş bir alanda sağlanmasının temel amaç olduğu gözetildiğinde, temel hak ve özgürlüklerin “*Temel Hakların Yatay Etkisi*” (*The Drittwirkung Doctrine*) ile istihdam ilişkisi kapsamında üçüncü kişilere (işverene, diğer çalışanlara ve müşterilere) karşı da ileri sürülebilmesi gerekmektedir⁶³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereğince, Sözleşmeciler devletler (High Contracting Parties), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde koruma altına alınmış olan hak ve özgürlükleri herkese sağlamakla yükümlü olup, Sözleşme hükümlerinin

Burada önemli olan bir husus da şudur. Bir işlem tesis edilirken ya da yargı önünde uyumsuzluk çözülmürken, onaylayarak taraf olduğumuz sözleşmelerin, salt pozitif metinleri değil, her sözleşmenin oluşturduğu yetkili denetim organlarının çeşitli ülkelerle ilgili değişik olaylarda verdiği kararları da göz önüne alarak sonuca ulaşmak gerekmektedir” (Sinerji Mevzuat).

⁶³⁴ Ertürk, Temel Hak, s. 33.

⁶³⁵ Ağırbaşı, s. 133-134. Ayrıca bkz. Ertürk, s. 33-34; Soyer, s. 165 vd.

⁶³⁶ Öktem Songu, s. 616; Ertürk, s. Temel Hak, s. 42.

⁶³⁷ Ertürk, Temel Hak, s. 37-38.

⁶³⁸ Palmer, s. 170. “*Temel Hakların Yatay Etkisi*” doktrini (The Drittwirkung Doctrine), 1980’li yıllarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yalnız belirli bir sendika üyelerinin istihdam edildiği (closed shop agreement), fabrika veya sınaî ya da ticari işletmelerde örgütlenme özgürlüğünü desteklemek için kullanılmıştır (Palmer, s. 170). İşçinin belirli bir işyerinde çalışabilmesi için belirli bir sendikaya üyeliğini zorunlu kılan closed shop uygulaması, sendikalarca sendika lehine bir uygulama olması nedeniyle desteklense de, zorunlu sendika üyeliğine karşı yapılan bireysel başvuruların AIHM tarafından kabul edilmesi, AIHM’nin şekilci ve bireysel olmakla, kolektifliği gözetmemekle suçlanmasına neden olmuştur (Mantouvalou, s. 8).

Bkz. 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 515-516).

ihlali halinde, ihlali yapanın kim olduğuna bakmaksızın, Sözleşmeciler devletler sorumlu tutulmaktadır. Her ne kadar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel hukuk ilişkilerinden doğan hak ihlalleri nedeniyle devletlerin açık bir yükümlülüğünden bahsolunmamışsa da, Sözleşme'de öngörülen tüm hak ve özgürlüklerin zedelenmesinin önlenmesi yükümü devletlere ait bir sorumluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda Sözleşme hükümlerinin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere de doğrudan uygulanabilirliğinin kabul edilmesi gerektiğini söylemek mümkündür⁶³⁹.

Ama öte yandan, ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) kapsamında öngörülen temel hakların devlet tarafından müdahale edilemez olduğu, devletin sadece Sözleşme'de öngörülen koşullarda temel hakka müdahale edebileceği ve Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı ile 17. maddesinde öngörülen Sözleşme hükümlerinin kötüye kullanılması yasağının⁶⁴⁰ sadece devletlere ait bir yükümlülük olduğu düşünüldüğünde, devletler açısından öngörülen tüm yükümlülüklerin, bireyler için de öngörülmuş bir yükümlülük olduğunun kabulü zor görünmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin *doğrudan yatay etki* ile özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanabilirliğinin söz konusu değildir⁶⁴¹. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 30.06.1959 tarihli ve 434/58 başvuru numaralı X.-İsveç Komisyon (kabuledilebilirlik) Kararı'nda⁶⁴² 04.02.1952 tarihli Sözleşme'nin 25. maddesi gereği “*Yüksek Sözleşmeciler Taraf*” ifadesinin sadece devlet organlarını kapsadığını ancak özel kişilerin bu kavrama dâhil olmadığını belirtmiştir.

⁶³⁹ Anayasa hükümlerinin (temel hakların) özel hukuk ilişkileri üzerindeki doğrudan etkisini kabul eden görüş için bkz. Soyer, s. 166-168; Ertürk, Temel Hak, s. 36 vd.; Öktem Songu, s. 616-617.

⁶⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır (Yokuş, Kötüye Kullanım, s. 95).

⁶⁴¹ Ağırbaşı, s. 134-138. Ayrıca bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 386.

⁶⁴² “*Having regard to the declaration made in accordance with Article 25 of the Convention on 4th February 1952, ... Commission to receive petition from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be victims of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention*”.
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["434/58"\],"itemid":\["001-117006"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
(Erişim. 23.11.2014).

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümlerinin Pozitif Yükümlülük Açısından Özel Hukuk İlişkilerinde ve İş Hukukunda Dolaylı Yatay Etkisi (Indirect Horizontal Effect)

Temel hak ve özgürlükler alanında devletin özel hukuk ilişkilerine doğrudan müdahalesini kabul eden *doğrudan yatay etki teorisi*'nin yanı sıra, yine geniş bir kabul gören *dolaylı yatay etki teorisi*'de⁶⁴³ vardır ki, bu teoride özel hukuk ilişkilerinde anayasal hakların doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmese de, hâkimlerin yorumlarının temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkileri üzerinde etkisi olabileceği, mahkemelere verilmiş olan yasaları uygulama ve yorumlama yetkisi nedeniyle, devletin özel hukuk ilişkisi içindeki uyumsuzluğa taraf olduğu ileri sürülmektedir⁶⁴⁴. Devlet tarafından atanan hâkim, uyumsuzluklarda yasalara uygun olarak, özel hukuk ilişkisindeki tarafların anayasal temel hak ve özgürlüklerini sağlamakla yükümlüdür. Hâkim, her ne kadar temel hak ve özgürlükleri mevcut bir yasanın önüne geçirerek uygulayamasa da, o yasanın yorumunda temel hak ve özgürlükleri koruyucu ve geliştirici bir yorum yapmak ve özel hukuk ilişkilerinde dolaylı bir yatay etki yaratmak durumundadır. Temel hak ve özgürlüklerin evrensel ve objektif bir değerler bütünü olduğu gözetildiğinde bunun mahkemelerce dikkate alınması ve hukuk kurallarının bu değerler bütünü çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması ve temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde de bir “*yayılma etkisi (radiation effect)*” olduğunun kabulü gerekmekte ve bu da özel hukuk ilişkilerinde anayasal nitelik taşıyan temel hak ve özgürlüklerin *dolaylı yatay etkinin*

⁶⁴³ Dolaylı yatay etki teorisinin Alman Hukuku'nda dört temel dayanağı olduğu ve bu dayanakların Alman Anayasası m. 1/3'den kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bu hukuksal dayanaklardan ilkinde göre temel haklarla doğrudan bağlı olan devlettir ve bireyler açısından dolaylı bir etkiden söz etmek mümkündür. İkinci dayanağa göre temel hakları sadece devlete karşı korumadan bahsetmek mümkün olmayıp, temel hakların objektif bir değerler bütünü yaratmaktadır. Üçüncü dayanağa göre objektif değerler sisteminin bir “*yayılma etkisi*” (radiation effect) bulunmakta ve bu etki temel hakların özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olmasını sağlamaktadır. Dördüncü dayanağa göre ise devlet açısından var olan temel hakların yarattığı objektif değerler bütünü sadece anayasa ya da kamu hukukunu değil, tüm hukuk sistemini kapsamakta ve normlar hiyerarşi gereği var olan anayasal değerler tüm hukuk kurallarının yorumunda geçerlilik taşımaktadır (Boyar, s. 58-59).

⁶⁴⁴ Bu görüşte temel hakların muhatabının özel hukuk kişilerinin değil, devletin olduğu kabul edilerek, temel hakların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmasa da genel bir değerler sistemi yaratması nedeniyle, temel haklara özel hukuktan kaynaklanan saldırıları önlemenin devletin görevi olduğu kabul edilmektedir (Soyer, s. 169). 1982 Anayasası'nın 11. ve 138. maddeleri ile hâkimin “*Anayasaya uygun yorumda bulunma*” görevi olduğu belirtilmiş olup, hâkim bu hükümler gereği özel hukuktan doğan uyumsuzlukların çözümünde özel hukuk kurallarını anayasa uygun yorumlamakla yükümlü kılınmıştır (Ertürk, Temel Hak, s. 46; Kaneti, s. 20 vd.). Ayrıca bkz. Öktem Songu, s. 624 vd.

olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁴⁵. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin pek çoğu özel hukuk kuralları ile somutlaştırılmaktadır⁶⁴⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi'nin, Avrupa Konseyi ülkelerinde temel hak ve özgürlükler için ortak bir hukuk alanı yarattığı ve başvuruların bireyler tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirildiği, Sözleşme hükümlerinin bu başvurular temelinde yorumlanıp şekillendiği, kapsam ve sınırlarının belirlendiği gözetildiğinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde yatay etki doğurduğunun kabulü gerekmektedir⁶⁴⁷. Ancak burada yatay etki ile kastedilen, bireylerin birbirleri ile olan tüm uyumsuzlukları çözüm için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne getirebilmesinden çok, aleyhine başvuru yapılan devletlerin bireylerin birbirlerinin hak ve özgürlüklerini ihlal ettikleri noktada aldığı tutum ve davranışların niteliğinin tartışılması, bireyler arasındaki ihtilafların çözümünde ilgili devletin etkili bir çözüm yolu üretmesi ya da koruyucu önlemler alması ve yasal düzenlemeleri yapmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, Sözleşme gereğince devletler kendi organlarının ihlallerinden doğrudan sorumlu iken, bireyler arası ihlallerden de dolaylı olarak sorumlu bulunmaktadır. Devletler açısından doğan dolaylı sorumluluğun hukuksal temelini de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinin oluşturduğu kabul edilmektedir. Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde de belirtildiği üzere, devletler herkesin Sözleşme'den kaynaklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamakla yükümlü kılınmaktadır⁶⁴⁸. Bu nedenle, devletlerin, bireylerin birbirleri ile olan yatay ilişkilerinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bireylerin birbirleri ile ilişkide bulunduğu yatay düzlemdeki özel hukuk ilişkilerinden birini de işçi ve işveren arasındaki iş ilişkileri oluşturmaktadır. Devletin işçi-işveren arasında mevcut ilişkiye de müdahale etmesi, iş ilişkisinde dezavantajlı durumda bulunan işçiyi koruyucu önlemleri alması ve pozitif bir yükümlülük üstlenmesi gerekmektedir.

⁶⁴⁵ Boyar, s. 58-59. Soyer, s. 169 vd; Ertürk, Temel Hak, s. 39-40. Dolaylı etki kuramında anayasal temel haklar, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyumsuzlukların çözümünde yorum kaynağı olarak kullanılmaktadır (Öktem Songu, s. 618). Özel hukuktaki boşlukların anayasaya uygun şekilde doldurulması için bkz. Kaneti, s. 32-34.

⁶⁴⁶ Kaneti, s. 19.

⁶⁴⁷ 26.03.1985 tarihli X. Y.-Hollanda Kararı (Doğru, C. 1, s. 853-861).

⁶⁴⁸ Boyar, s. 60-61.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sözleşmeyi imzalayan devletlerin iç hukuklarını etkilemesi ve devletlerin iç hukuk kurallarını Sözleşme hükümlerine uydurması gerektiği noktasından hareketle, Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklere dolaylı bir etkisinin olduğu ve bu nedenle Sözleşme'de düzenlenen tüm temel hak ve özgürlüklerin, genel ve uyulması gereken bir temel değer olarak, bireyler arasındaki ilişkilere de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴⁹. Bu kabul ile Sözleşme'de öngörülen kavramlar genişlemekte ve iç hukukta kişiler arasında geçerli olan medeni hukuk normları açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel prensiplerinin esas alınması gerekmektedir. Bu kapsamda Sözleşmeciler devletler, uluslararası hukuktan ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan temel hak ve özgürlükler açısından kişileri, üçüncü kişilerin meydana getireceği hak ihlallerine karşı kanuni, idari ya da cezai düzenlemelerle koruma yükümlülüğünü üstlenmektedirler. Devletin, kişileri diğer kişilerin ihlallerine karşı korumak için gerekli tedbiri almakla yükümlülüğü olması nedeniyle, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi Sözleşmeciler devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal etmesine ve Sözleşme'de mevcut yaptırımlara maruz kalmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mevcut olan temel hak ve özgürlüklerin, özel hukuktan kaynaklanan kişiler arasındaki ilişkilere de dolaylı bir yan etkisinin olduğuna dair yapılan tespit kanaatimizce doğru bir yaklaşımdır ve kişiler arasındaki temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaktadır. Bu tespit Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 27.10.1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası-Belçika Kararı'nda⁶⁵⁰ da yapılarak, Sözleşmeciler

⁶⁴⁹ Ahlâki, felsefî, sosyolojik ve ekonomik açıdan kabul edilen ortak ilkelerin hukuktaki karşılığını oluşturan hukukun genel ilkeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından “bütün uygar memleketlerde kabul edilmiş bulunmak” ölçütü ile ifade edilmiş ve hukukun genel ilkeleri “kamu yararına olarak, geleceği düzenleyici, mücerret, şahsî olmayan, ...yayınlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldırmayan” hukuk kuralları olarak tanımlanmıştır (Kaboğlu, Kolektif, s. 171).

AYM, 27.03.1986, E. 1985/31, K. 1986/11 (RG. 09.05.1986-19102) “Hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir”.

AYM, 12.01.2012, E. 2010/90, K. 2012/4 (RG. 19.05.2012-28297) “Kazanılmış haklara saygı ilkesi de hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır”.

AYM, 18.10.2012, E. 2011/3, K. 2012/153 (RG. 28.03.2013-28601) “Hukukun genel ilkeleri gereğince de kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak iddiasında bulunamaz ve hukuk devletinde bir hakkın kötüye kullanılması koruma görevi”.

⁶⁵⁰ “Sözleşme ve Protokollerdeki normatif hükümler tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşme'nin 14. maddesi, birbirleriyle karşılaştırılabilir durumda bulunan bireyleri ve birey gruplarını, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımcılığa karşı

devletlerin belli koşullar altında özel kişilerin davranışlarından sorumlu olabileceği ve devletin bireyleri diğer bireylere karşı da koruma pozitif yükümlülüğünü üstlendiği kabul edilmiştir. Sözleşmecî devlet, Sözleşme'deki tüm hak ve özgürlükleri temel bir değer olarak sadece teorik ve varsayımsal olarak değil pratikte ve etkin olarak sağlamakla⁶⁵¹ yükümlü bulunmaktadır. Bu kapsamda, Mahkeme 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı'nda⁶⁵² *“Mahkeme önce, Sözleşme'nin 1. maddesine göre her Sözleşmecî Devletin, “Sözleşme'de... tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına aldıklarını” belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bu hak ve özgürlüklerden birinin ihlali, ulusal mevzuatın çıkarılmasında bu yükümlülüğe uymamanın bir sonucu olduğu takdirde, ihlalden ötürü Devletin sorumluluğu ortaya çıkar”* derken, 26.03.1985 tarihli X. Y.-Hollanda Kararı'nda⁶⁵³ da *“...yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa bile, özel yaşama saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını içerebilir”* demektedir. Mahkeme, 18.01.1978 tarihli İrlanda-Birleşik Krallık Kararı'nda⁶⁵⁴ ise devletin üst düzey yetkililerinin idari pratikten sorumlu olduğunu kabul ederek, *“Bir Devletin üst düzey yetkililerinin bu tür bir pratiğin varlığından habersiz olabilecekleri, en azından habersiz olma hakkına sahip olabilecekleri düşünülemez. Dahası, Sözleşme'ye göre bu yetkililer, kendilerine bağlı alt düzey görevlilerin davranışlarından kesinlikle sorumludurlar. Bu yetkililer, verdikleri emirlerin kendilerine tabi görevliler tarafından yerine getirilmesini sağlamakla görevlidirler; emirlerin yerine getirilmesini sağlayamamanın ardına sığınamazlar”* tespitinde bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Mahkeme'nin devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında öngördüğü bir takım kriterler, Sözleşme'de öngörülen diğer haklar için de geçerli sayılmaktadır. Zira 21.06.1988 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı'nda⁶⁵⁵ devletin görevinin sadece

korumaktadır” (27.10.1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası-Belçika Kararı) (Doğru, C. 1, s. 121-127).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57435#{"itemid":\["001-57435"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57435#{) (Erişim. 27.04.2014).

⁶⁵¹ Bkz. 09.10.1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı (Doğru, C. 1, s. 319-326).

⁶⁵² Doğru, C. 1, s. 515-516.

⁶⁵³ Doğru, C. 1, s. 853-861.

⁶⁵⁴ Doğru, C. 1, s. 194-228.

⁶⁵⁵ AİHM, 21.06.1998 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı'nda *“Mahkeme'nin içtihatlarına göre Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de*

“karışmama” şeklinde negatif bir yükümlülük olmadığı, makul ve gerekli tedbirleri almanın sözleşmecî devletlerin görevi olduğu belirtilmektedir⁶⁵⁶. Kaldı ki, iş ilişkisi gibi işçi-işveren ilişkisinde açık bir güç dengesizliğinin bulunduğu ve sosyal devlet ilkesinin hâkim olduğu ülkelerde pozitif yükümlülüğün iş hukukunda mevcut özel ilişkilerdeki eşitsizliğin ortadan kaldırılması için kullanılması gerekmektedir. Bu da ancak iç hukuk üzerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yatay etkisinin bulunması ile mümkündür. Ayrıca, Sözleşme’nin koruma altına aldığı, 2-12. maddeler arasında düzenlenen hak ve özgürlüklerin işyerlerinde de geçerliliği söz konusudur. Bu durum, özellikle işçinin mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı, hak ve özgürlüklerinin korunması için başvurmuş olduğu yasal yolun uzun sürmesi nedeniyle hak kaybına uğradığı, işe alım, kariyer ya da iş ilişkisinin sonlandırılması gibi anlaşmazlıklarda, ekonomik açıdan güçsüz durumda bulunan işçinin korunabilmesi daha da önem kazanmaktadır⁶⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendisini “*insan hakları alanında Avrupa Kamu Düzeni’nin anayasal aracı*” olarak tanımlamakta ve bu şekilde “*Ortak Hak ve Özgürlükler Hukuku*” oluşturmaktadır⁶⁵⁸. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin, özel hukuk hükümlerini kapsar şekilde geliştirici yorum yöntemini kabul etmektedir. Bu yorum

korunmuş olan hak ve özgürlüklerinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu savunulabilir sebeplerle iddia eden herkese, ulusal bir “makam” önünde etkili bir hukuk yolu sağlamaktadır; başka türlü bir yorum, bu maddeyi anlamsız kılar” diyerek en yakın tarihli karar olan 27.04.1988 tarihli Boyle ve Rice-Birleşik Krallık Kararı’na atıfta bulunmuştur. Söz konusu karar ile AİHM tarafından öngörülen kriterler Sözleşme’nin 10 ve 11. maddelerine de teşmil edilmiştir.

21.06.1998 tarihli Yaşam İçin Doktorlar Platformu (Plattform Ärzte Für Das Leben)-Avusturya Kararı (Doğru, C. 2, s. 607-612). 27.04.1988 tarihli Boyle ve Rice-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 2, s. 495-520).

⁶⁵⁶ Ağırbaşlı, s. 139 vd. Aynı yönde bkz. Özsoy, s. 501; Palmer, s. 179 vd.; Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 112. KSHUS ile de temel hak ve özgürlüklere hem devlet hem de özel kişilerin müdahalenin önlenmesi konusunda devlete pozitif yükümlülük yüklenmiştir (Ağırbaşlı, s. 147). Ancak AİHS’nin temel haklar üzerinde sağladığı korumanın, bir hizmet görevlisine ilişkin davada, üyelerinin faaliyetlerinin işyerindeki hiyerarşik dengeli bozması muhtemel olan bir eylem yönünde (fundamentalist bir hareketin üyeliği gibi) genişletilmesi mümkün değildir (01.07.1997 tarihli Kalaç-Türkiye Kararı). (http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/61_1996_680_870.pdf) (09.05.2015).

⁶⁵⁷ Palmer, s. 179-180. Aynı yönde bkz. Hugh Collins, “The Protection of Civil Liberties in the Workplace”, **The Modern Law Review**, Jul. 2006, Volume: 69, No: 4, pp. 623.

Ayrıca bkz. 02.07.1997 tarihli Balfour-Birleşik Krallık Kararı; 26.09.1995 tarihli Vogt-Almanya Kararı; 17.03.1997 tarihli Neigel-Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-3779> (Erişim. 08.05.2015).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{‘itemid’: \[‘001-58012’\] }](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58012#{‘itemid’: [‘001-58012’] }) (Erişim. 02.03.2014).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58026> (Erişim. 08.05.2015)

⁶⁵⁸ Kaboğlu, Demokrasi, s. 37.

yöntemiyle, özel şahıslar arasındaki hukuki ilişkilerde de Sözleşmeci Devletlere uluslararası bir sorumluluk yüklenmekte ve Sözleşme'nin yatay etki mekanizması oluşturulmaktadır. Bu yatay etki mekanizmasının ortaya çıktığı ilk karar 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı'dır⁶⁵⁹. Kararda Mahkeme, Sözleşme hükümlerinin özel hukuk üzerindeki yatay etkisini “*Yüksek Akit Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*” şeklinde ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eki niteliğindeki Protokollerin koruma altına aldığı tüm temel hak ve özgürlükler açısından Sözleşme'nin özel hukuk ilişkilerinde yatay bir ilişkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulandığı özel hukuk ilişkisi listesi her geçen gün uzayarak devam etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel hukuk ilişkilerinde Sözleşme'nin yatay etkisi için ya Sözleşme'nin etki alanını zaman ve mekân içinde yaymak ve genişletmek amacını güden Sözleşme'nin 1. maddesini kullanmakta ya da doğrudan devletler açısından pozitif bir yükümlülük öngörmektedir. Bu genişletme ve yayma yöntemi Mahkeme tarafından 29.02.2000 tarihli Fuentes Bobo-İspanya Kararı'nda⁶⁶⁰ ifade özgürlüğü açısından da kullanılmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin işçi ve işveren ilişkileri açısından da geçerli olduğuna karar verilmiştir. Güvence altına olan hakkın etkin korunması pozitif yükümlülük yöntemi ise Mahkemece 23.07.1968 tarihli Belçika'da Eğitim Dili Davası-Belçika Kararı'nda⁶⁶¹ uygulanmıştır⁶⁶².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum yöntemleri ve yine Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni “yaşayan bir belge” olarak değerlendirmesi esas alındığında, Sözleşme hükümlerinin zaman içinde değişen ve gelişen koşullarına göre ve pek çok hak ve özgürlüğü kapsayıcı şekilde geniş

⁶⁵⁹ Doğru, C. 1, s. 515-516.

⁶⁶⁰ Fuentes Bobo-İspanya Kararı Fransızca olup, aşağıdaki link ile kısmen İngilizce çeviriye ulaşılmıştır.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/3643eb0b675a20a6c125689e002ea370?OpenDocument> (Erişim. 15.12.2013).

AIHM, bir televizyon kanalı yöneticilerine karşı hakaret içeren sözler sarf ettiği gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen program yapımcısı için vermiş olduğu Fuentes Bobo-İspanya Kararı'nda AIHS m. 10 ile koruma altına alınan ifade özgürlüğünün, özel hukuk ilişkileri de dâhil olmak üzere, tüm işçi ve işveren ilişkilerine uygulandığını, bu nedenle de devletin gerekli tedbirleri alma yönünden pozitif yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmiştir (Durmuş Tezcan, **Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2002, s. 57).

⁶⁶¹ Doğru, C. 1, s. 53-57.

⁶⁶² Marguénaud, Yorum, s. 49-50.

yorumlanması gerekmektedir. Mahkeme'nin Sözleşme'yi "yaşayan bir belge" olarak nitelmesi ve Sözleşme hükümlerini değişen ve gelişen koşullara göre ve insan hak ve özgürlüklerini geliştirici ve genişletici şekilde yorumlaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları sayesinde iç hukukların değişmesine ve gelişmesine neden olmaktadır⁶⁶³. Mahkeme kararlarının Sözleşmeciler Devletler açısından bağlayıcı niteliği de gözönüne alındığında, Sözleşme hükümlerinin ve Mahkeme kararlarının "iç hukuku değiştirici etkisi" ortaya çıkmaktadır. Bu durum, devletlerin egemenlik hakkı ile Mahkeme'nin organlarının yetki alanı arasında bir çatışma doğurmaktadır. Ancak temel amacın hak ve özgürlüklerin etkin korunması ve kullanılması olduğu gözetildiğinde, bu çatışmanın çözümünde "demokrasiyi hukukla tanımlama" yoluna gidilmektedir⁶⁶⁴. Bu yolla klasik anayasalarda mevcut hak ve özgürlüklerle demokrasi kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınarak yeniden tanımlanmakta ve klasik anayasa anlayışından vazgeçilerek Sözleşme'nin Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.11.2001 tarihli Al-Adsani-Birleşik Krallık⁶⁶⁶ ve 12.12.2001 tarihli Bankoviç ve Diğerleri-Belçika ve Diğer 16 Sözleşmeciler Devlet Davası Kararları'ndan⁶⁶⁷ bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında sık sık Viyana Sözleşmesi'nin 31. ve 33. maddelerine atıf yaparak, bu sözleşme hükümlerinin esas alınması gerektiğini belirtmekte ve "Sözleşme'nin mümkün olduğunca parçası olduğu uluslararası hukukun diğer ilkeleri ile uyum içinde yorumlanması" gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶⁸.

"Dolaylı etki"nin Türk Anayasası açısından değerlendirilmesinde ise, özellikle Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını düzenleyen ve Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile idari makamları ve diğer kuruluş ve kişileri bağladığını belirten 11. maddesi öncelik taşımaktadır. Yine Anayasa'ya göre, görevlerinde bağımsız olan hâkimler vicdani kanaatlerine göre

⁶⁶³ AIHS'in iç hukuk düzeninde dolaylı yatay etki nedeniyle devletlerin ve iç hukuku uygulamakla yükümlü mahkemelerin iç hukuku yorumlarken AIHS ile uyumlu bir yorumda bulunmaları zorunlu olup, iç hukuk düzenlerinde mevcut mahkemelerin de AIHS hükümlerine uyması gerekmektedir (Collins, s. 620).

⁶⁶⁴ Yeniden tanımlamada kullanılan AIHM yorumlama teknikleri, yeni bir anlayışla ortaya çıkan anayasal yenilenmenin kurucu unsurunu oluşturmaktadır (Çavuşoğlu, s. 146).

⁶⁶⁵ Çavuşoğlu, s. 145-146.

⁶⁶⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885> (Erişim. 25.03.2014).

⁶⁶⁷ <http://aihmgoster.anadolueu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=100001> (Erişim. 25.03.2014).

⁶⁶⁸ Marguénaud, Yorum, s. 46. Ayrıca bkz. Sur, Esas, s. 64-65.

hüküm verirken Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun davranmak zorundadırlar (AY m. 138). Bu iki Anayasa maddesi dikkate alındığında, hâkimler, bireyler arası ilişkilerde herhangi bir ayırım yapmaksızın ve bu ilişkilerle bağdaştığı ölçüde Anayasa hükümlerine başvurmak ve doğrudan Anayasa hükümlerini uygulamak durumundadırlar⁶⁶⁹. Kural olarak Anayasal kuralların somut bir olaya uygulanabilmesi iç hukuk açısından yasal düzenlenme⁶⁷⁰ gerekse de, Anayasa Mahkemesi, 03.06.1976 tarihli, E. 1976/13, K. 1976/31 (RG. 24.9.1976/15717) sayılı kararında “*Anayasa'da sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiş*” olduğunu belirterek, bazı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliğini kabul etmektedir⁶⁷¹.

Türk hukuku ve özel hukuk kuralları açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin değerlendirilmesinde gözetilmesi gereken bir diğer hukuksal düzenlemeyi ise Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi oluşturmaktadır. Özel hukuk alanında ve dolayısıyla iş hukukunda temel haklara ilişkin yasal düzenlemelerden kaynaklanan eksikliklerin ya da boşlukların Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde mevcut, hâkime boşluk doldurma yetkisi veren düzenleme ile giderilebileceği ve bu yetkinin -istisnai bir durum olarak temel hakları ve anayasal ilkeleri açısından- özel hukukta *dolaylı yatay bir etkisinin* olduğu kabul edilmektedir⁶⁷². Yargıtay'ın eski bir içtihadı birleştirme kararında belirttiği üzere, “*Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye*

⁶⁶⁹ Ertürk, Temel Hak, s. 43-44.

⁶⁷⁰ **AYM, 22.05.1963, E. 1963/205, K. 1963/123 (RG. 14.08.1963/11480)** “*Anayasa hükümleri, ister ana çizgileriyle ilkeleri kısaca, ister bütün ayrıntılarıyla bazı konuları tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir. Yani bunlar üstün, bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Hiçbir kanunun hiçbir hükmü bu kurallara aykırı olamaz. Ancak uyumsuzluk ve çelişme durumlarında sonraki kanunun bazı hallerde önceki kanunun aykırı hükümlerini dolayısıyla kendiliğinden yürürlükten kaldırışı gibi, temel hukuk kuralının uyumsuzluğu ve çelişmeyi meydana getiren kanun hükmünü doğrudan doğruya kaldırarak onun yerine geçmesi mümkün değildir. Aykırılığın giderilmesi için mutlak bir eylem ve işlem gerekir ki bu da ya yasama yoluyla yahut iptal müessesesinin işletilmesiyle olur. Eğer Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte var olan kanunlardaki aykırı hükümleri kendiliğinden kaldıracağını düşünmek mümkün ve caiz bulunsaydı bu çeşit hükümlerin ayrıca iptali için bir yolun öngörülmesi hiç de gerekmezdi*”.

⁶⁷¹ Ertürk, Temel Hak, s. 44. 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devlete “*...kişinin temel hak ve hürriyetlerini... sınırlayan... engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma...*” görev ve yetkisi yüklenmiş olup, yine Anayasa'nın 40. maddesinde temel hak ve özgürlükleri koruma görevi olduğu belirtilmiştir (Soyer, s. 176).

⁶⁷² Ertürk, Temel Hak, s. 40.

aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lafızdan çıkan mana yerine, kanunun ruhundan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerektir ki, bu durum, Medeni Kanunun birinci maddesinde kabul edilen, kanunun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidesinin neticelerindendir”⁶⁷³. Bu nedenle, özel hukuk ilişkilerinde ve dolayısıyla iş hukuku ilişkilerinde ortaya çıkacak boşluk ya da eksikliklerin kanunla güdülen gaye ve kanunun ruhuyla uyumlu bir şekilde giderilmesi ve kanunun yorumunun da evrensel hukuk kuralları gözetilerek ve temel hak ve özgürlükler korunarak yapılması gerekmektedir.

Tüm bu hukuksal değerlendirmeler gözetildiğinde, bireyin ve dolayısıyla işyerinde işçinin temel hak ve özgürlükleri ile onurunun sadece devlete karşı değil, özel hukuktan kaynaklanan ilişkilerde üçüncü kişilere, işveren ve diğer çalışanlara karşı da korunmasının ve bireyler arasında temel hak ve özgürlüklere saygının sağlanmasının devlet için bir yükümlülük olduğu⁶⁷⁴ ortaya çıkmaktadır. Devletin bireyleri ve temel hakları koruma yükümlülüğünün özel hukuk alanını ve işçinin işyerindeki ifade özgürlülüğünü kapsaması nedeniyle yasa koyucu ve hâkimlerin irade özerkliklerini temel hakların ihlal edilmelerini önleme yönünde kullanmaları gerekmektedir. Bu yüzden, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde *dolaylı yatay etki* doğurduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu temel hakları koruma ve uygulama iradesinin kanunların etkin uygulayıcısı olan hâkimlerden önce yasa koyucunun (devletin) görevi olmalıdır⁶⁷⁵. Çünkü sosyal adaletin gerçekleşmesi ile yükümlü olan devletin, bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumada bir yandan toplum yararı gereği işçi-işveren ilişkilerinde sağlıklı bir denge kurması, diğer yandan da çalışanların birtakım meslek grupları ve kuruluşları oluşturmalarına ve bu grup ve kuruluşlar aracılığıyla çalışma koşullarında söz hakkına imkân tanınması ve işçi-işveren ilişkilerinde evrensel hukuk kurallarıyla temel hak ve özgürlüklerin uygulanabilirliğini sağlaması gerekmektedir⁶⁷⁶.

⁶⁷³ Yargıtay İBK, 27.03.1957, E. 1957/1, K. 1957/3 (Sinerji Mevzuat).

⁶⁷⁴ Ertürk, Temel Hak, s. 38. Aynı yönde bkz. Collins, s. 620-621.

⁶⁷⁵ Ertürk, Temel Hak, s. 41. Ayrıca bkz. Soyer, s. 176; Collins, s. 620.

⁶⁷⁶ Narmanlıoğlu, s. 6-7.

§10. ULUSLARARASI KURALLARIN İŞ HUKUKUNDA ANAFOR ETKİSİ

İnsan hakları hukuku kapsamında bulunan ulusüstü düzenlemelerin bağlayıcı gücü olmasa da ulusüstü hukuk ile bağlantılı olan her tür insan hakları belgesindeki insan hakları düzenlemeleri nedeniyle devletlerin iç hukukları etkilenmekte, değişmekte ve devletler insan hakları standartları ile bağlı hale gelmektedir⁶⁷⁷. İnsan hakları hukuku kapsamında düzenlenen belge ve sözleşmelerle devletlerin hukuk sistemlerinde yaratılan bu etki “*anafor (çekim alanı) etkisi*” olarak nitelendirilmektedir. Aslında devletlerin taraf oldukları insan hakları belgelerini içselleştirmesi ve bu belgeler ile iç hukuklarının uyumunu sağlamaları gerekmektedir. Devletlerin, ulusüstü sözleşmeler ve bu sözleşmelerle bağlantılı olan ve yaptırım gücü ve bağlayıcılığı sözleşmelere göre daha az ya da hiç olmayan diğer belge ve bildiriler açısından bu uyum çalışmalarını yapmaları ve bu uyum çalışmaları için devletlere belirli süreler tanınmaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da bir süre bulunmakta ve Sözleşmeciler devletler bu süre içinde iç hukuk ile Sözleşme hükümleri arasında uyum sağlamayı taahhüt etmektedirler. Devletler ayrıca, uluslararası alanda güç ve mevzi kazanma amacı ile de olsa, ulusüstü ve bağlayıcı bir nitelik taşımayan ulusüstü insan hakları hukukuna dâhil belgelere de taraf olabilmekte ve iç hukuklarının bu belgelere uyumunu sağlayabilmektedir. Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni ve diğer temel hak ve özgürlük belgelerini imzalanması da buna benzer bir nitelik taşımaktadır. Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinin tamamlanabilmesi için, Türkiye’nin Avrupa Birliği’nce kabul edilen pek çok insan hakları belgesini imzalaması ve iç hukukunu bu sözleşme ve belgelerle uyumlu hale getirmesi gerekmektedir⁶⁷⁸. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarla insan hakları hukukuna konu metinlerin, sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında anafor etkisi yaratmasına neden olmaktadır. Nitekim bu anafor etkisi, 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye

⁶⁷⁷ Kural olarak andlaşmaların, tıpkı borçlar hukuku sözleşmeleri gibi tarafları arasında haklar ve borçlar doğurması (res inter alios) söz konusu olsa da, uluslararası alanda yapılan anlaşımlar bazı durumlarda taraf sıfatını taşımayan üçüncü kişiler üzerinde, rızaları dışında, genel bir etki doğurmakta ve herkesi bağlayan bir takım uluslararası normlar ortaya çıkmaktadır (Sur, Esas, s. 59-60).

⁶⁷⁸ Gemalmaz, C. 2, s. 547-548. Aynı yönde bkz. Collins, s. 621 vd.

Büyük Daire Kararı'nda⁶⁷⁹ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hiçbir zaman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle korunan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında tek başvuru çerçevesi olarak değerlendirmemiştir. Tam aksine, Sözleşmeciler arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek olan bütün ilgili uluslararası hukuk kural ve ilkelerini de dikkate almalıdır... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metnindeki terim ve kavramların anlamlarını tanımlamada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışındaki uluslararası hukuk öğelerini, bu öğelerin yetkili organlarca yorumlanmasını ve Avrupa Devletlerinin bunların ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. Konusu spesifik olan uluslararası belgelerden ve sözleşmeciler Devletlerin uygulamalarından kaynaklanan görüş birliği, spesifik davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için mülhaza teşkil edebilir. Bu bağlamda, savunmacı devletin ilgili davanın konusuna ilişkin olarak uygulanabilir olan belgelerin tümünü onaylamış olması gerekmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için, ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan bir gelişimi ifade etmesi ve belirli bir alanda modern toplumlarda ortak bir zemin olduğunu göstermesi yeterli olacaktır” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca 12.11.2008 tarihli Demir ve Baykara-Türkiye Büyük Daire Kararı da dâhil olmak üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi olmak üzere pek çok uluslararası belgeye atıfta bulunmaktadır. Hatta Mahkeme kararlarında, Sözleşmeciler devletler taraf olmasa dahi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ve sözleşme formunda bulunmayan pek çok insan hakları belgelerine yapılan atıflarla, bu sözleşme ve metinlere, devletlerin dolaylı şekilde taraf olması sağlanmakta ve devletlerin iç hukuklarının bu belgeler ile uyumu beklenmektedir⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf> (Erişim: 16.05.2014).

⁶⁸⁰ AIHM, 21.02.1975 tarihli Golder-Birleşik Krallık Kararı, 13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı, 28.08.1988 Müller-İsviçre Kararı ile İHEB'e; Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda-Yunanistan davasında hazırlanan 05.11.1969 tarihli raporda 30.08.1955 tarihli BM “Mahpuslara Yapılacak Muameleler Hakkında Asgari Standart Kurallar” belgesine; 31.05.2005 tarihli Adalı-Türkiye Kararı, 27.09.1995 tarihli McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı, 26.02.2004 tarihli Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan Kararı ile 24.05.1989 tarihli BM “Yasadışı, Keyfi ve Acele İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair İlkeler”e; 13.11.2003 tarihli

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kabul edip uyguladığı yorum yöntemleri, Sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında anafor etkisi yaratmaktadır. Nitekim Mahkeme, evrimci yorum ilkesi gereği kararlarını Avrupa Konseyi haricindeki hukuki işlemlere ve gelişmelere de dayandırmakta ve bu metinleri karar gerekçelerinde kullanarak mahkeme kararlarını geliştirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Uluslararası Adalet Divanı, İnsan Hakları Amerika Mahkemesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi pek çok organın metinlerine, Avusturya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerin yargı organı kararlarına⁶⁸¹ atıf yapmakta⁶⁸² ve kararların bağlayıcılığı nedeniyle atıf yapılan temel hak ve özgürlükler Sözleşmeciler devlet iç hukuklarında anafor etkisi yaratmaktadır. İşyerinde ifade özgürlüğünün kabulüne dair Sözleşmeciler Devlet hukuklarında benzer bir etki yaratan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.07.2011 tarihli Heinisch-Almanya Kararı'nın⁶⁸³ da bu konuda önemli bir örnek teşkil ettiğini belirtmek gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin işyerine ifşa ve ihbar hakkını kullanan işçiyi işverene karşı koruma yükümlülüğü olduğunu kabul ettiği 21.07.2011 tarihli Heinisch-Almanya Kararı'nda⁶⁸⁴, davalı devlet açısından anafor etkisi yaratacak şekilde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin ifşacıların ve ihbarcılarının korunmasına (*Protect of Whistleblower*) ilişkin 1729 sayılı Kararı'na ve 1910 sayılı Tavsiyesi'ne, Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesi ve ekine ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ile yolsuzlukla mücadeleye ilişkin diğer uluslararası sözleşmelere atıf yapmaktadır. Anafor etkisi açısından dikkati çeken bir diğer nokta da, bu kararda Almanya'nın onaylamamış olduğu 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ne de gönderme

Elçi ve Diğerleri-Türkiye Kararı'nda, 1990 tarihli BM "Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler"e atıf yapmıştır (Gemalmaz, C. 2, s. 564 vd.) AİHM'in kararlarında atıf yaptığı belgelerdeki düzenlemelerin devletlerin iç hukuklarında anafor etkisi yarattığını söylemek mümkündür.

AİHM'nin atıfta bulunduğu pek çok uluslararası insan hakları belgesi mevcut olup, bu belge ve kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, C. 2, s. 564 vd.; Collins, s. 621 vd.

⁶⁸¹ Bkz. 15.12.2011 tarihli Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık Büyük Daire Kararı. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108072> (Erişim. 08.03.2015).

⁶⁸² Marguénaud, Yorum, s. 51.

⁶⁸³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-105777> (Erişim. 09.06.2014). Kararın Türkçe özeti için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-119493> (Erişim. 09.06.2014).

⁶⁸⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-105777> (Erişim. 09.06.2014). Kararın Türkçe özeti için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-119493> (Erişim. 09.06.2014).

yapılmasıdır⁶⁸⁵. Bu gönderme ile, söz konusu uluslararası hukukun temel kural ve düzenlemelerine taraf olmasalar dahi, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı (AİHS m. 46) düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin iç hukuklarında uluslararası metinlerin anafor etkisi olarak da adlandırılan hukuksal bir etki yarattığı görülmektedir.

§11. İŞÇİLERİN İŞLETMENİN VATANDAŞI (THE CITIZEN OF THE ENTERPRISE) OLMASI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dinamik bir şekilde ve günün koşullarına (living instrument) göre değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşü nedeniyle konut kavramı oldukça genişletilmiş ve bazı durumlarda bazı alanların da konut olarak kabulüne karar verilmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, bireyin mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmiş olduğu “işyeri”nin de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunması gerektiğine karar vermiştir⁶⁸⁶. Mahkemeye göre, konut değerlendirmesi Sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir nitelemedir⁶⁸⁷. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile bireyin, dolayısıyla işyerinde işçinin özel hayatını ve haberleşme hürriyetini koruma altına alınmaktadır⁶⁸⁸. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı'na⁶⁸⁹ 1981 tarihli

⁶⁸⁵ Alp, İfade, s. 397. Türkiye'nin de taraf olduğu Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı ILO Sözleşmesi'nde (m. 5-6) “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” de dâhil olmak üzere, hangi hallerin iş akdinin feshinde geçerli sebep oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 166 sayılı ILO Tavsiyesi ile zorunluluk taşımasa da geçerli feshin yapılmasına dair yol gösterilmiştir (**Çelik**, s. 244-245).

⁶⁸⁶ 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Niemietz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim. 26.05.2014).

⁶⁸⁷ Arslan Öncü, s. 193. Çalışanların kişisel verilerinin (ATHŞ m. 7) özel hayat kapsamında (AİHS m. 8) korunmasına dair Kıta Avrupası düzenlemeleri, Amerikan hukuku ile taban tabana zıt bir nitelik taşımaktadır (Lilian Mitrou and Maria Karyda, “Employee’s Privacy vs. Employers’ Security: Can they be balanced?”, **Telematics and Informatics**, Special Issue: Developing a Culture of Privacy in the Global Village, Volume: 23, Issue: 3, s. 168).

⁶⁸⁸ Muzaffer Aydemir, **İşyerinde Mahremiyet Olgusu**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2012, s. 19.

Avrupa Birliği Kuruluş Sözleşmesi'nin 7. maddesinde özel hayat, aile yaşamı ve iletişim özgürlüğü koruma altına alınırken, aynı sözleşmenin 8. maddesinde ise kişisel veriler korunmaktadır (**Aydemir**, s. 19).

⁶⁸⁹ 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Niemietz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim. 26.05.2014).

Fransız Auroux Raporu'nda⁶⁹⁰ (France-Rapport Auroux, 1981) bahsolunan “*işletme vatandaşlığı (the citizen of the enterprise)*” yol göstermiştir. Raporda bahsolunan işletme vatandaşlığı yaklaşımıyla çalışanlarla işverenler arasında, devletle birey arasında olduğu gibi bir vatandaşlık ilişkisi olduğu var sayılmakta ve hatta tüm hak ve özgürlüklerin işçi-işveren ilişkisinin içinde bulunduğu ve bunun “*tartışılmaz hak*” (*indisputable prerogative*) olduğu kabul edilmektedir⁶⁹¹. İşletme vatandaşlığı (the citizen of the enterprise) ile öngörülen varsayım bize göre özellikle temel hak ve özgürlüklerin işyerlerinde geçerliliği açısından önem taşımakta ve işyerinde devlet yerine otoriteyi temsil eden işveren için, işçilere ait temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında negatif ve pozitif yükümlükler oluşturmaktadır. Bu kapsamda işçinin, ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere, işyerinde tüm temel hak ve özgürlüklerinin korunması, geliştirilmesi ve bunları işverenden öngörülen sınırlar içinde talep etmesi mümkün olmaktadır.

İşçinin işverene ve diğer çalışanlara yöneltebileceği tüm hak ve özgürlükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iş ve özel hayat ayrımını reddetmesi⁶⁹² nedeniyle, işyerinde de geçerli olan temel hak ve özgürlüklerdir. Bu durum, kural koyan bir otorite olarak işverenlerin, işletmenin vatandaşı (the citizen of the enterprise) olan işçilerin işyerindeki özel alanlarına ve özgürlüklerine saygı göstermesini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, aynı zamanda işverenin işçilerin işyerindeki hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan denetim hakkının kısıtlanması olarak kabul edilmektedir⁶⁹³.

⁶⁹⁰ <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/auroux.pdf> (Erişim. 07.12.2014).

⁶⁹¹ Mitrou and Karyda, s. 169.

⁶⁹² “*Distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not*” (16 Aralık 1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı). [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Niemietz"\],"documentcollectionid":2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim. 26.05.2014).

⁶⁹³ Aydemir, s. 19.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞÇİ HAKLARINA ETKİLERİ

§12. İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞVERENE OLAN HAK VE BORÇLARINA ETKİSİ

I. Genel Olarak

Roma yasalarında özgürlük (libertas) “*insanın silah ya da yasalarla engellenmeksizin istediğini yapabilme yetisi*” olarak tanımlanırken, yasalarla yönetilen her toplumun kısmen kendi yasalarını kısmen de insanlığın ortak yasalarını uyguladığı ve bu yüzden Roma halkının da kendi yaptığı yasalara ve insanlığın ortak yasalarına bağlı olduğu⁶⁹⁴ ifade edilmektedir⁶⁹⁵. Görüldüğü üzere, Romalılardan bu yana insanların özgürlüğü, kendi ülkelerinin yasaları dışında insanlığın ortak yasaları ile de korunmakta ve denetlenmektedir. Bu kapsamda, bir vatandaş ve bir birey olarak temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu tartışmasız olan işçinin, iş ilişkilerinde kendi ülkesinin yasalarının yanısıra evrensel hukuk kurallarının korumasından da faydalanacağı ve insanlığın çok eski dönemlerden beri vicdanı ve tecrübeleri ile oluşturduğu insan hakları hukukundan doğan hak ve özgürlüklerini işverene karşı ileri sürebileceği ve hukuki menfaatlerinin korunması için taleplerde bulunabileceği gerçeği ortadadır.

İş hukuku her ne kadar işveren ile işçi arasındaki hak ve borçları düzenleyen ve ekonomik yönden daha zayıf olan işçinin menfaatlerini işverene karşı koruyan

⁶⁹⁴ Gaius, Institutiones I, 1, 8-12. Bu görüş ünlü bir Romalı hukukçu olan Gaius tarafından ileri sürülmüştür.

⁶⁹⁵ Hasan Malay, **Çağlar Boyu Kölelik (Eski Yunan ve Roma)**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1990, s. 16. Roma İmparatoru Justinianus tarafından hukuk alanında reform yapmak ve eski Roma Hukuku'nu yeniden canlandırarak hukuk birliğini de sağlamak amacıyla hazırlanan Corpus Iuris Civilis; Institutiones, Digesta (Pandectae) ve Codex olarak üç bölüm olarak tasarlanmıştır. Corpus Iuris Civilis'in dördüncü bölümü olan Novellae ise ortaçağda derlemeye eklenmiştir. “*Hukuk kuralları anlamına gelen Institutiones, uygulanan hukukun ana hatlarını belli bir düzen içinde saptamak*” amacıyla hazırlanan hukuk bilimine başlangıç konusunda bir ders kitabı olup, başta Gaius olmak üzere pek çok klasik hukukçu tarafından aynı nitelikte eserler hazırlanmıştır. Digesta veya Pandectae ise klâsik dönem hukukçularının eserlerinden alınan ve belli bir sistem içinde toplanmış parçaların özetlerinden (*fragmenta*) oluşturulmuştur (http://tr.wikipedia.org/wiki/Corpus_iuris_civilis) (Erişim. 15.11.2014).

Digest ve Justinianus Enstitüleri Roma hukukunda Corpus Iuris Civilis'in parçasını oluşturmaktadır ([http://en.wikipedia.org/wiki/Gaius_\(jurist\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Gaius_(jurist))) (Erişim. 15.11.2014).

özel hukuk ilişkisi⁶⁹⁶ olarak kabul edilse de, bu hukuk dalı aynı zamanda kamu menfaatini de ilgilendirmekte ve bu nedenle kamu hukuku ile yakın ilişki içinde bulunmaktadır. Kamunun menfaatinin bir anlamda toplumda bulunan tüm bireylerin özel menfaatlerinin tamamından oluştuğunun kabulü halinde her bireyin sahip olduğu tüm hak ve özgürlükleri eksiksiz kullanılabilmesi gerekmektedir. Bireye sağlanan bu koruma, bireysel özgürlüklerin sınırsız kullanılabilmesi anlamına gelmemekte ve diğer bireylerin haklarının ve kamu menfaatinin korunabilmesi için temel hak ve özgürlükler sınırlanabilmektedir⁶⁹⁷. Bu sınırların işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlarının uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukuku ile çizilmesi gerekmektedir. İşçinin birey olarak sahip olduğu anayasal hakların sınırları belirlenirken iş hukukunun kendine has niteliklerinin ve işçinin bağımlılık unsurundan kaynaklanan sır saklama, sadakat gibi yükümlülükleriyle, işverenin sahip olduğu yönetim ve denetim hakkı gibi menfaatlerinin de gözetilmesi ve işçi-işveren ilişkilerinde bir denge sağlanması zorunludur. Ancak işçi ile işveren ilişkilerinde korunması gereken bu denge, özel hukuk ilişkisi olsa da, devletin iş ilişkisine ve özellikle işçinin işten çıkarılması aşamasında devletin zayıf olan işçiye koruyucu önlemleri alma ve denetimleri yapma konusunda pozitif yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23.09.2010 tarihli Schüth-Almanya Kararı'nda⁶⁹⁸ bir kilise çalışanının (org görevlisi) özel hayatında eşini aldatması (zina) nedeniyle işten çıkarılmasında devletin sorumlu olduğuna (AİHS m. 8) karar vermiştir. Burada esas olan işten çıkarmadaki meşru amaç ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği olup, meşru amaç işverenin menfaatidir. Ayrıca yapılacak müdahalede yapılan işin özel niteliğinin de gözetilmesi de gerekmektedir⁶⁹⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 19.10.2010 tarihli Özpınar-Türkiye Kararı'nda⁷⁰⁰ da benzer bir değerlendirmede bulunarak, işçinin özel hayatındaki davranışlarının profesyonel (iş) hayatına yansımaması durumunda işten çıkarma yapılamayacağı neticesine varmıştır. Mahkeme, bu kararında Niemietz-Almanya

⁶⁹⁶ Yargıtay İBBGK, 03.11.1948, E. 1948/11, K. 1948/7 (Sinerji Mevzuat).

⁶⁹⁷ Hayek, s. 220.

⁶⁹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100469> (Erişim. 19.04.2015).

⁶⁹⁹ Bkz. 16.04.2002 tarihli Société Colas Est ve Diğerleri-Fransa Kararı (Bozlak, s. 86).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60431> (Erişim. 10.05.2015).

⁷⁰⁰ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/20999-04.pdf> (Erişim. 19.04.2015).

Kararı'na da atıfta bulunarak “mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri “özel hayat” kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını bir kez daha belirtmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde 8. madde kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını, daha çok, hatta en çok, mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir” tespitinde bulunmaktadır⁷⁰¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 21.04.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı'nda⁷⁰² ise Sözleşme'nin 8. maddesinin ilk paragrafında kullanılan “saygı” teriminin devletlere bireylerin özel hayatlarına müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra bazı pozitif yükümlülükler de yüklediğine hükmetmiştir. “Özel hayat” kavramının oldukça geniş bir anlam içerdiğini sıklıkla tekrarlayan Mahkemeye göre;

- “Kişinin fiziksel ve moral bütünlüğü,
- Bireyin cinsel kimliği de dâhil olmak üzere fiziksel ve sosyal kimliği,
- Kişisel gelişme ve icra hakkı,
- Diğer insanlar ve dış dünya ile ilişkide bulunma hakkı”,

özel hayat kavramına dâhildir. Bu kavrama kişilerin kimliğinin tanınması, cinsel kimlik, kökenlerini bilme hakkı ve itibar hakkı da girmektedir⁷⁰³. İşçinin özel hayatının işyerinde sonlanmadığı, temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de devam ettiği dikkate alınacak olursa, aynı zamanda bireyin ifade özgürlüğünün de eksiksiz kullanabilmesinin unsurlarını barındıran mahremiyet hakkının işyerinde de geçerli olması gerekmektedir. İşçiye mahremiyet hakkının verilmesi devlet açısından olduğu kadar işveren açısından da bir yükümlülük olup, bu sayede işçinin işyerinde şeref ve

⁷⁰¹ AİHM, Niemietz-Almanya Kararı'na atıf yaptığı 16.11.2004 tarihli Ünal Tekeli-Türkiye Kararı'nda “soyadının, mesleki yaşamın yanı sıra, insanlarla sosyal, kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tanımladığını” tekrar etmiştir (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/unaltekel2004.pdf>) (Erişim. 04.05.2015).

⁷⁰² Doğru, C. 1, s. 308-318.

⁷⁰³ Akandji-Kombé, Pozitif, s. 37 vd. Ayrıca bkz. Collins, s. 622 vd.; Şimşek, Konut, s. 96 vd. “Ruhsal istikrarın muhafazası, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından yararlanmasının vazgeçilmez bir önkoşuludur” (06.02.2001 tarihli Bensaid-Birleşik Krallık Kararı) (AİHM Bilgi Notu-9).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59206> (Erişim. 06.05.2015).

itibarının, cinsel, fiziksel, ruhsal bütünlüğünün korunmasını, ırksal ya da etnik kimliğinin, cinsel yöneliminin, dininin, dilinin tanınmasını, korunmasını ve geliştirilmesini de işverenden talep etmesini mümkün kılmaktadır.

II. İş Hukukuna Hâkim Olan Prensipler

A. İşçinin Korunması İlkesi

Sosyal devlet ilkesinin⁷⁰⁴ en etkin olduğu alanlardan biri olan iş hukukunda, sosyal haklar başta olmak üzere, işçinin tüm temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için devletin etkin bir şekilde müdahale etmesi gerekmektedir. İş ilişkisinde üstlendiği bu pozitif yükümlülük sonucu sosyal devletin “*insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirerek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun bir hayat sürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun şekilde dağıtılması için gerekli önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlet*”⁷⁰⁵ olarak ortaya çıkması ve işverene kişisel ve ekonomik yönden bağımlı olan işçinin hem işverene hem de diğer işçilere karşı korunmasını zorunlu kılmaktadır⁷⁰⁶. Bu nedenle, iş hukukunun temel ilkelerinden birini işçinin korunması ilkesi⁷⁰⁷ oluşturmakta ve bu ilke sayesinde yalnızca ekonomik haklar

⁷⁰⁴ Ek açıklama için bkz. Bulut, s. 57 vd.; Günay, C. 1, s. 53.

⁷⁰⁵ AYM, 19.6.2008, E. 2006/101, K. 2008/126 (RG. 19.11.2008-27059).

⁷⁰⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 52-52. Aynı yönde bkz. Aktay ve Diğerleri, s. 7; Günay, C. 1, s. 51 vd. Anayasadaki işçiyi koruyucu esaslar için bkz. Çelik, s. 18 vd.

⁷⁰⁷ **Yargıtay HGK, 24.03.1976, E. 1975/9-762, K. 1976/1164** “İş hukukuna hâkim olan başlıca esaslardan biri de işçiyi koruma ilkesidir. İş hukukunun kapsamı dışında kalan bir sözleşme ile kabul edilen herhangi bir koşul Borçlar Kanununun 19. maddesi çerçevesinde akit serbestisi prensibi uyarınca geçerli sayılırken, aynı koşul İş Hukuku alanında işçiye koruma ilkesi ışığında yorumlandığında geçerli sayılmayabilir. Söz konusu ilke özellikle işverenin yasal yükümlülüklerinden kurtulmak amacından hareket etmesi suretiyle meydana gelen davranışlarında etkisini gösterir ve böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde işçi yararına çözüm yolunun benimsenmesi gerekir. Ancak işçiyi koruma ilkesi de uyumsuzlukların çözümünde sınırsız olarak uygulanması bu ilkenin benimsenmesi ile güdülen amacın gerçekleşmesini ortadan kaldırır” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay HGK, 25.01.1978, E. 1976/10-3435, K. 1978/23 “İş hukukuna egemen bulunan ilkelere biri de kuşkusuz işçiyi koruma ilkesi olup gerek yasa ile getirilen düzenleyici kuralların ve gerekse tarafların yani işçi veya hak sahipleri ile işveren arasındaki ilişkilere ait irade açıklamalarının yorumunda bu ilkenin ışığında hareket olunması zorunludur” (Sinerji Mevzuat).

açısından değil, aynı zamanda işçinin kişilik, onur, yaşam ve beden bütünlüğünün de korunması mümkün olmaktadır⁷⁰⁸.

İşçinin işverene karşı ekonomik ve kişisel bağımlılığının olması, iş hukukunda işçinin işverene karşı korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, işçi-işveren arasındaki ilişkilerde, özel hukuk sözleşmelerinde eşit kişiler ve özgür irade bulunduğu düşüncesinden uzaklaşmakta⁷⁰⁹ ve işçi lehine yorum ilkesi temel ilke olarak kabul edilmektedir. Ayrıca kamu düzeni ilkesi gereği öngörülen emredici kurallar ile devlet iş ilişkilerine geniş bir şekilde müdahale etmekte ve bu durum iş hukukuna hem özel hukuk hem de kamu hukuku niteliği kazandırmaktadır⁷¹⁰.

İş sözleşmeleri, işçinin işverene yoğun bir bağımlılık⁷¹¹ taşıması nedeniyle diğer sözleşme türlerinden ayrılmakta olup, bu bağımlılık unsuru, çalışma ortamı ve işyerleri açısından işçilerin her tür mesleki tehlike ve kazalara karşı işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün ve kişi onurunun korunmasını gerektirmektedir⁷¹². Bunun aksine tutum sosyal devlet ilkesinin ve uzun vadede toplum yararının zedelenmesine neden olacaktır⁷¹³. Devletin işveren karşısında ekonomik açıdan güçsüz olan çalışanları korumak, çalışma barışını sağlamak ve doğan yeni ihtiyaçları karşılamak için emredici hukuk kuralları tesis ederek işçi-işveren ilişkilerine müdahale etmesi, devletin iş ilişkilerine üçüncü bir unsur olarak dâhil olmasını gerektirmekte⁷¹⁴ ve bu durum devlete negatif yükümlülükler yanında pozitif bir yükümlülükler de yüklemektedir.

⁷⁰⁸ Yargıtay 9. HD, 29.01.2002, E. 2001 /15948, K. 2002/1627 (Sinerji Mevzuat).

⁷⁰⁹ Süzek, s. 33; Eyrenci ve Diğerleri; s. 3. Narmanlıoğlu, s. 4; Demir, s. 5-6.

⁷¹⁰ Süzek, s. 41; Narmanlıoğlu, s. 10-11; Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, **İş Hukuku - Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu - 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 8-9; Demir, s. 7; Günay, C. 1, s. 55 vd. İş hukukun özel hukuk ve kamu hukuku niteliği için ayrıca bkz. Doğan Yenisey, s. 36 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 4; Günay, C. 1, s. 50-51.

⁷¹¹ Bağımlı çalışma, “bir ücret karşılığında başkası için ve ona tabi olarak çalışma”yı ifade etmekte olup, işçiler başta olmak üzere, memur, sözleşmeli personel gibi oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 3).

⁷¹² İşçinin korunması ilkesi temel bir ilke olarak kabul edilse de, işçi-işveren ilişkilerinde bir denge sağlanması ve işletmenin teknik ve ekonomik zorunluluklarının, işletme gerekliliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir (Süzek, s. 18). İş ilişkisinin konusunu her ne kadar işçi ve işveren oluştursa da, iş hukuku bu taraflardan sadece işçiyi esas almakta, bu nedenle bazen iş hukuku için “işçilerin özel hukuku” nitelemesi de yapılmaktadır (Narmanlıoğlu, s. 4).

⁷¹³ Süzek, s. 16-18; Eyrenci ve Diğerleri; s. 3; Narmanlıoğlu, s. 6; Günay, C. 1, s. 51 vd.

⁷¹⁴ Süzek, s. 3; Çelik, s. 17 vd.

B. İş Hukukunun Emredici Niteliği

İş hukukunda emredici hukuk kuralları, genel emredici kurallardan farklılık göstermekte olup, bu kurallarının aynen iş hukuku alanına aktararak uygulanması mümkün değildir. Zira iş hukukunda emredici hukuk kuralları ile işçiyi koruma ilkesi temelinde sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmekte ve işçi lehine olan hükümlerde, öngörülen nispi emredici kurallarla işçi haklarına asgari bir koruma sağlanmaktadır⁷¹⁵. Emredici hukuk kuralları ve kamu düzeni, kıdem tazminatı⁷¹⁶ gibi bazı bireysel haklar ve özellikle kolektif (dayanışma) hakları açısından iş hukukunda oldukça önem taşımaktadır. İş hukukunda öngörülen emredici kurallarla ortaya çıkan kamu düzeni anlayışı sosyal bir kamu düzeni olup, bu anlayış işçi lehine yorum ilkesi temelinde, yargı kararları, toplu iş sözleşmeleri ile şekillenmekte ve böylece iş sözleşmesinin zayıf durumdaki tarafını, yani işçiyi koruyan asgari sınırlar⁷¹⁷ ortaya konmaktadır⁷¹⁸. Öte yandan, iş hukukunda öngörülen klasik emredici hukuk kurallarının negatif içerik taşıdığı ve sözleşmenin tarafları olan işçi ve işveren açısından bir “yapmama yükümlülüğü” içerdiği de kabul edilmektedir. Bu yükümlülükle iş sözleşmelerine devletin müdahalesinin kapsamı genişlemekte ve devlete ayrıca pozitif bir yükümlülük yüklemektedir⁷¹⁹.

Sözleşme özgürlüğünün hukuken temel bir prensip olduğu dikkate alındığında, işçi-işveren ilişkilerine emredici hukuk kuralları ile getirilen sınırlamaların sözleşme özgürlüğüne (TBK m. 26) müdahale olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak iş hukukunun niteliği gereği, emredici kurallar ile sözleşme özgürlüğüne yapılan bu müdahalelerle aslında işçinin özgürlüğü korunmaktadır. Zira iş ilişkisinde önemli bir unsur olan bağımlılık unsuru nedeniyle işveren, işçi üzerinde olumsuz bir etki yaratabilecek güce sahip olmaktadır. Emredici

⁷¹⁵ Süzek, s. 30; Çelik, s. 19-20; Narmanlıoğlu, s. 13-14; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 13 vd.; Demir, s. 7-9; Alpaslan Işıklı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 4-5; Günay, C. 1, s. 57 vd.

⁷¹⁶ **Yargıtay 9. HD, 12.02.2014, E. 2011/53179, K. 2014/4204** "...Kıdem tazminatına hak kazanma noktasında en az bir yıllık çalışma koşulu, İş Kanunu sistemi içinde nispi emredici bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Buna göre, toplu ya da bireysel iş sözleşmeleriyle, en az bir yıl çalışma süresi işçi lehine azaltılabilecektir..." (Sinerji Mevzuat).

⁷¹⁷ **Yargıtay 9. HD, 04.04.1990, E. 1990/1095, K. 1990/4438** "...Bu hüküm kamu düzenine dayalı, nispi emredici bir hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, sözü edilen maddede öngörülen süreler sözleşmelerle işçi aleyhine değiştirilemez..." (Sinerji Mevzuat).

⁷¹⁸ Doğan Yenisey, s. 193-195. Ek bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 15-16.

⁷¹⁹ Doğan Yenisey, s. 32-33; Işıklı, s. 4.

hukuk kuralları ile iş sözleşmelerine yapılan bu müdahalelerle, işverenin iş sözleşmesinde sahip olduğu güç işçi lehine dengelenmekte ve işçi-işveren arasında tam bir sözleşme serbestisinin sağlanması amaçlanmaktadır. Böylelikle emredici düzenlemelerinin iş hukukunun kamu hukuku ile ilgili olan alanına dâhil olduğu ve sözleşme özgürlüğüne müdahale eden tüm emredici kurallarının da kamu düzeni gereği olduğu kabul edilmektedir⁷²⁰.

C. İşçi Lehine Yorum İlkesi

Anayasa’da öngörülen ve işçiyi koruma ilkesinin bir uzantısı olan işçi lehine yorum ilkesinin sağlanabilmesi için gerek mevzuatın yapımında ve yorumunda ve gerekse uygulamada bu ilkenin esas alınması gerekmektedir⁷²¹. Ancak işçi lehine yorum ilkesinin de sınırları olup, bu ilkenin kamu ve işyeri yararının bulunduğu hallerde ve yasa ile sınırlanabilmesi mümkündür. Sosyal adaletin ve kamu yararının gerektirdiği bu sınırları ülkenin ve işyerinin ekonomik koşulları oluşturmaktadır⁷²². İşçiyi koruma ilkesini salt maddiyat ve iş güvenliği açısından düşünmek mümkün olmayıp, işçinin kişilik haklarının korunması da işveren için işçinin korunması yükümlülüğü kapsamındadır⁷²³. Kaldı ki, işçi lehine yorum ilkesi iş hukuku açısından öncelikli olup, iş hukukunun kaynakları açısından mutlak bir hiyerarşinin ya da kaynak önceliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir⁷²⁴. Nitekim bu durum 27.05.1958 günlü E. 1957/15, K. 1958/5 K. sayılı (RG. 26.09.1958-10017) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile açıkça ortaya konmuştur. Kararda “İş Kanunlarını kabul ettiren tarihî sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin

⁷²⁰ Doğan Yenisey, s. 1 ve 22.

⁷²¹ İşçi lehine yorum ilkesi, iş hukuku açısından geçerli bir yöntem olsa da, mutlak bir nitelik taşımamaktadır. Zira iş hukuku açısından hukukun temel ilkelerinin de gözetilmesi gerekmektedir (Süzek, s. 23). İşçi lehine yorum ilkesinin sınırını yasalar ve kamu yararı belirlemektedir (Işıklı, s. 5). Ayrıca bkz. Aktay ve Diğerleri, s. 10; Günay, C. 1, s. 55.

⁷²¹ YİBBGK, 28.05.1958, E. 1958/15, K. 1958/5 (RG. 26.09.1958-10017).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10017.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10017.pdf> (Erişim. 03.06.2014).

⁷²² Çelik, s. 20-21. Ayrıca bkz. Günay, C. 1, s. 55-57.

⁷²³ Tunçomağ ve Centel, s. 11.

⁷²⁴ Narmanlıoğlu, s. 49.

tefsirinde lâfzın gayenin ışıǰı altında manalandırılmasının gerektiǰi gözönünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukumun ana kaidelerinden olduǰu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır. Hâdiseye tatbiki gerekli metinler incelenince hemen hemen tereddüde yer olmamakla beraber, bir tereddüdün söz konusu olabileceǰi kabul edilse dahi, heyetçe varılan netice, burada hatırlatılan tefsir esasına da uygun bulunmaktadır” tespiti yapılmıştır.

Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.04.1968, E. 1968/157, K. 1968/4628 sayılı kararında⁷²⁵ söz konusu içtihadı yaptığı atıfla, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesinin iş hukukunun ana kaidelerinden olduǰunu belirterek, iş hukukunun normatif hükümlerinin başka görüşlere elverişli bulunması durumunda işçi aleyhine olacak bir yoruma gidilmemesi gerektiǰini ve yorum yapılırken iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmamasının önemli olduǰunu vurgulamıştır.

III. İşçinin İfade Özgürlüğünün İşverene Karşı Hakları ve Borçları ile İlişkisi

A. İşçinin İşverene Karşı Hakları

1. İşçinin Açıklama ve Eleştiri Yapma Hakkı

İşçinin işyerinde ifade özgürlüğü ile alakalı en önemli haklardan biri olan “işyerinde iş ile ilgili olmayan genel nitelikte açıklama yapma hakkı”⁷²⁶ demokratik toplum gereǰi olup⁷²⁷, eleştiri yapma hakkının da işçinin açıklama yapma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak işçinin işyerinde genel ya da işle ilgili olan açıklama ve eleştiri yapma hakkını kullanırken işyerinin düzenini veya işyeri barışını gözetmesi ve açıklamalarında ölçülü davranması şartı aranmaktadır⁷²⁸. İşçinin işyerinde açıklama yapması, tartışmalara katılması ya da işyeri uygulamalarına katılmasının sağlanması, işyerinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına

⁷²⁵ Sinerji Mevzuat.

⁷²⁶ Ertürk, Temel Hak, s. 122.

⁷²⁷ Yargıtay HGK, 23.06.1982, E. 1980/9-1229, K. 1982/719 “...İşveren işçinin çalışma koşullarında muvafakatini almadan aleyhinde deǰişiklik yapamaz” (Kazancı).

⁷²⁸ Ertürk, Temel Hak, s. 123.

ve yeni bilgilerin edinilmesine neden olmaktadır. Hatta ortaya çıkan bu yeni bilgilerden, işverenin özellikle yaratı ve hayal gücü gerektiren işlerde işyeri verimi ve işleyişi açısından menfaatinin bulunduğunu da söylemek mümkündür⁷²⁹. Ancak bu noktada işçinin işyerinde ifade özgürlüğünün “işyeri barışı” gibi bir nedenle kısıtlanıp kısıtlanamayacağının tartışılması gerekmektedir. Zira işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü kullanırken kullandığı saldırgan, tehdit ya da hakaret edici, küçük düşürücü ve aşağılayıcı ifadelerin huzurlu çalışma ortamını ortadan kaldırması, diğer çalışanları üzmesi, oyalaması ya da morallerini bozması işveren menfaatine aykırı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu gibi durumlarda, işverenin hem ticari menfaatlerini hem de diğer çalışanları korumak ve özen yükümlülüğünü yerine getirmek için gerekli tedbirleri almak zorunluluğu bulunmaktadır⁷³⁰. Bu durum, sadakat borcunun bir parçası olan ve işçi açısından bir borç doğuran işyeri barışının işçinin bir takım söz ve ifadeleri ile bozulması halinde işyeri barışını bozan işçinin iş akdinin haklı sebeple feshine neden olmaktadır. Ancak burada işyeri barışının bozulma tehlikesi tespitinin işverence yapılması sorun oluşturmaktadır. İşyeri barışının bozulmasına ilişkin bir tehlikenin olması ya da böyle bir tehlikenin doğması ihtimalini işverenin tek taraflı tespit etmesi anayasal temel bir hak olan ifade özgürlüğünün sınırlanması riskini ortaya çıkarmaktadır. İşçinin, temel bir hak olan ifade özgürlüğü kapsamında, işyerinde genel mahiyette ya da işin ve işyerinin gereklerinden veya işverenin davranışlarından dolayı yaptığı açıklamaların ya da eleştirilerin, işyeri barışını bozduğunun kabulü, işçinin fesih baskısı ile karşı karşıya kalmasına ve ifade özgürlüğünden feragat etmesine neden olmaktadır⁷³¹. Bu nedenle, işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü kullanmasının engellenmesi hukuken mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 03.06.1988, E. 1987/28, K. 1988/16 (RG. 20.08.1988/19905) sayılı kararında “Anayasa’yla güvence altına alınmış bir temel hakkın ortadan kaldırılamayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Şu halde, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece

⁷²⁹ Pearson, s. 429-431.

⁷³⁰ Pearson, s. 429-432.

⁷³¹ İşçinin açıklama ve eleştirilerinden dolayı işini kaybetme ya da herhangi bir eleştiriye maruz kalma korkusu, işçinin işyerinde ve çalışma süresinde ifade özgürlüğünü kullanmasını engellemektedir (Pearson, s. 431).

Yargıtay HGK, 25.06.2008, E. 2008/4-445, K. 2008/450 “Doğru olan, eleştiri hakkını kamuoyunun olumlu yönde oluşması ve toplumun ahlaki değerlere sadık kalınarak daha ileriye götürülmesi amacıyla kullanılmalıdır” (Sinerji Mevzuat). Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 26.03.2008, E. 2008/4-295, K. 2008/270 (Sinerji Mevzuat).

sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır. Bu maddede, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” denilerek sınırlandırmanın ölçüsü de konulmuştur” tespiti ile işçinin anayasal bir hak niteliği taşıyan ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılamayacağını ve bunun ancak yasalar çerçevesinde sınırlandırılabilceğini belirtmiştir⁷³².

Özgürlükçü demokrasilerde bireyin hem özel hem de iş hayatında düşüncenin ve bu düşüncenin ifadesinin sınırlanmaması genel kural olup, açıklanıp tartışılan düşünceler ile toplum menfaati arasında yakın bir ilişki bulunmakradır⁷³³. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünü demokratik toplumun ilerlemesi ve ferdin gelişimi için gerekli olan temel koşullardan biri olarak değerlendirmekte ve “sınır tanımayan”⁷³⁴ bir değer olduğunu kabul etmektedir⁷³⁵. Ancak Mahkeme'nin yaptığı sınır tanımayan değer atfı, bu hakkın sınırsız kullanılabilceği anlamına gelmemekte olup, ifade özgürlüğünün diğer kişilerin özgürlüklerini kısıtlayıcı şekilde kullanılmaması gerekmektedir.

İşçinin temel haklarından birini oluşturan açıklama ve eleştiri yapma hakkı, doğal olarak işçinin kendini ifade etmesine yarayan kılık-kıyafet, takı, dövme, aksesuar gibi materyalleri de kapsamakta ve böylelikle işçinin işyerinde siyasi, dini, felsefî görüşünü, cinsiyetini ya da cinsel yönelimini de açıkça ifade etmesi, giyim ve kuşamıyla kendini ifşa edebilmesi mümkün olmaktadır⁷³⁶.

İşyerinde işçinin ifade özgürlüğünü kullanması ve bir birey olarak kendi görüş ve fikirlerini, yaşam biçimini kamuya ve diğer çalışanlara sunması, onun kendi değer ve kişiliğini belirterek, toplumla ve işyerinde çalışanlarla bütünleşmesine

⁷³² **Yargıtay 9. CD, 18.09.2012, E. 2012/2893, K. 2012/9655** “...düşünce ve kanaat açıklaması yöntemi olarak kabul edilemeyecek olan terör örgütünün propagandasına dönüştürülen gösteri yürüyüşünde...” (Sinerji Mevzuat).

⁷³³ İlal, s. 70.

⁷³⁴ 17.07.2001 tarihli Ekin Derneği-Fransa Kararı (Doğru, C. 4, s. 321-339).

⁷³⁵ Tezcan, s. 7; Tezcan ve Diğerleri, s. 425. Aynı yönde bkz. Sunay, s. 63 vd. Ayrıca bkz. Öktem Songu, s. 638 vd.; Tezcan, s. 57. 29.02.2000 tarihli Fuentos Bobo-İspanya Kararı. <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/3643eb0b675a20a6c125689e002ea370?OpenDocument> (Erişim. 15.12.2013).

⁷³⁶ Öktem Songu, s. 644.

neden olmakta ve işyerinde işçiye bir kimlik sağlamaktadır⁷³⁷. Kaldı ki, işçinin işyerinde açıklama ya da eleştiri yapma hakkını kullanarak, kimlik ve görüşlerini herhangi kısıtlama ya da baskıya maruz kalmaksızın açıklaması insan onurunun bir gereğini oluşturmaktadır. Bu nedenle işverenin, işyerinde işçinin onurunu, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, kişilik haklarını, insan onuru ile bağdaşacak şekilde asgari yaşam koşullarını koruması ve hukuksal eşitliğini sağlanması gerektirmektedir. Aksine durum işçiye yapılan işin basit bir objesi haline getirecektir⁷³⁸. Nitekim bu husus Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin, 01.07.2014, E. 2014/9128, K. 2014/14954 sayılı kararında “...yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez...”⁷³⁹ şeklinde belirtilmiştir.

2. İşçinin İfşa ve İhbar (Whistleblowing) Hakkı

a. Genel Olarak

İş hukuku açısından oldukça yeni bir kavram olan *whistleblowing* terimi, “Çalışanın çalıştığı işletmede gerçekleşen hukuka veya etik kurallara aykırı gizli eylem ve işlemleri işletme içi veya işletme dışı kişi ve kurumlara ifşa ve ihbar etmesi”⁷⁴⁰ şeklinde tanımlanmaktadır. Bundan da anlaşıldığı üzere, ihbar ve ifşanın hem işletme içinde hem de işletme dışında yapılması mümkündür. İşletme içi ifşa, işletmede mevcut olan hukuka aykırılığın işçi tarafından bir üst makama, müdüre, yönetim kuruluna ya da işletmede bu tip olumsuzlukları tespitle görevli bir şikâyet kurumuna bildirilmesi iken, kamusal makamlara ya da medya, sendika gibi sivil organizasyonlara yapılan bildirim ise işletme dışı ifşayı oluşturmaktadır. Ancak işletme dışı ifşa durumunda, işverenin hukuki, idari ya da cezai bir takım

⁷³⁷ Joseph Raz (Çev. Erkan Çağlar), “Serbest İfade ve Kişisel Kimlik”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford, 1994, s. 19.

⁷³⁸ Şimşek, Veri, s. 130. Öktem Songu, s. 636 vd. Bkz. 06.11.2012 tarihli Redfearn-Birleşik Krallık Kararı (Pearson, s. 433).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114240> (Erişim. 15.04.2015).

⁷³⁹ Sinerji Mevzuat. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 13.03.2014 E. 2013/13973, K. 2014/8256; Yargıtay 22. HD, 17.01.2014, E. 2013/1758, K. 2014/262 (Sinerji Mevzuat).

⁷⁴⁰ Alp, s. 7. “İşyerinde öğrenilen yanlışları açığa çıkarmak ya da duyurmak” olarak tanımlanabilecek olan Whistleblowing kavramının Türkçe karşılığı olarak tam olarak bulunmasa da *whistleblowing* için “bilgi uçurma” terimi kullanılabilir (Ufuk Aydın, “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2002-2003, s. 80-81). Aynı yönde bkz. Öktem Songu, s. 642; Mercan ve Diğerleri, s. 171 vd.

müeyyidelerle karşılaşılabilmesi mümkün olduğundan, bu ifşa şeklinde işveren açısından daha ağır neticeler doğabilmektedir. Bu nedenle, işçi tarafından yapılan ifşa ya da ihbarın işçinin sadakat borcu ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir⁷⁴¹. İşyerinde meydana gelen hukuka aykırılıkların işyeri içinde ya da dışında işçi tarafından açıklanmasının ya da ifşa edilmesinin her ne kadar işveren aleyhine sonuçlar doğurabileceği düşünülebilirse de, aslında işverenin menfaatine de bir durum bulunmaktadır. Zira işçiden gelen bu ifşa ve ihbarlar ile özellikle işverenin, işverenin ortaklarının, piyasaların ve hatta kamunun menfaati de korunmakta, işyeri açısından ileride telafisi imkânsız zararların doğması engellenmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.02.2008, E. 2008/4-158, K. 2008/154 sayılı kararında⁷⁴² da belirtildiği gibi “...hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararadır...”. Bu kapsamda, işçinin işverene karşı üstlendiği sadakat yükümlülüğü de mutlak ve koşulsuz bir yükümlülük olmaktan çıkmakta ve çalışanların ve hatta işverenin de korunmasını sağlayacak bir denetimsel ve eleştirel bir sadakat yükümlülüğüne dönüşmektedir⁷⁴³. Bu durumda işyerinde mevcut hukuka ya da etiğe aykırılığının ifşa edilmesi işçi açısından hem bir hak hem de bir borç olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁴⁴.

İşyerlerinde ya da kurumlarda mevcut yolsuzlukların ya da hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasında işçinin/çalışanın ifşa hakkı giderek önem

⁷⁴¹ Görüşler ve yaşanmış örnekler için bkz. Alp, s. 6 vd.; Coşkun Can Aktan, “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlakî Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2006, s. 11 vd.; Lars Lindblom, “Dissolving the Moral Dilemma of Whistleblowing”, **Journal of Business Ethics**, December 2007, Volume: 76, No: 4, s. 414 vd.; Palmer, s. 194 vd.

⁷⁴² (Sinerji Mevzuat).

⁷⁴³ Alp, s. 19. Aynı yönde bkz. Aydın, Bilgi, s. 88-89; Arslan Ertürk, s. 299-304; Öktem Songu, s. 636. Whistleblowing kendine has özellikleri olan etik bir problem şeklinde ortaya çıkmaktadır. Zira bir taraftan işverene karşı yüklenilen ahlaki görev duygusu (sadakat yükümü) mevcut iken, diğer yandan da bir failin, suç işleyen birinin yanında çalışmaktan kaçınma ve neticesinde de kovulma ihtimali bulunmaktadır. Whistleblowing-ifşa ile ihbarcının (siyasi) ifade özgürlüğü ve işyerine karşı üstlendiği ahlaki görevleri çatışmakta ve ihbarcı açısından ahlaki bir ikilem ortaya çıkmaktadır (Lindblom, s. 413).

⁷⁴⁴ Alp, s. 1. Whistleblowing kavramının etik yönü için bkz. J. Vernon Jensen, “Ethical Tension Points in Whistleblowing”, **Journal of Business Ethics**, 1987, Volume: 6, No: 4, s. 321 vd.; Lindblom, s. 413 vd.

kazanmakta ve bir takım ulusal ve uluslararası düzenlemelerle⁷⁴⁵ bu hakkın ve bu hakkı kullanan işçinin daha fazla korunması için devlete bir takım yükümlülükler getirilmektedir⁷⁴⁶. Zira işyerinde hukuka ya da etiğe aykırılığı ifşa eden işçinin, iş akdinin feshedilmesi, mobbinge (işyerinde psikolojik taciz) maruz kalması, bir takım cezai ya da hukuki davalarla karşılaşması veya toplumda ya da işyerinde dışlanması, ayıplanması, muhbirlik ya da jurnalcilikle, ispiyonculukla suçlanması ya da iş bulma imkânlarının azalması gibi ağır bir takım neticelerle karşılaşması mümkündür⁷⁴⁷. Ancak bu noktada, işçiye bir hak olarak tanınan ihbar ve ifşa hakkının, işverene yönelik hukuka aykırı bir baskı aracına dönüştürülmesinin ya da işyeri huzurunu bozacak şekilde bazı işçilerin diğer işçiler üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılmasının da engellenmesi gerekmektedir⁷⁴⁸. Bu yüzden, hem işverenin hem de devletin bu olumsuzlukları engellemek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, devletin bireylerin ifade özgürlüğünü özel hukuk ilişkilerinde de korumak zorunda olduğunu kabul ettiği⁷⁴⁹ 21.07.2011 tarihli Heinisch-Almanya Kararı'nda⁷⁵⁰ devletin işletmedeki hukuka aykırılığı ihbar eden işçiye işverene karşı koruması gerektiğini belirtmektedir⁷⁵¹. Bu kararla Mahkeme, işçinin işvereni ifşa ve ihbar etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin ifade özgürlüğüne müdahale edildiğini kabul etmektedir. Ayrıca Mahkeme, ifade özgürlüğü kapsamında işçinin

⁷⁴⁵ Uluslararası hukuk ve diğer ülke hukuklarında ifşa hakkına dair yapılan düzenlemeler için bkz. Alp, s. 23 vd.

⁷⁴⁶ 07.04.2003 tarihli 4852 sayılı Kanunla (RG. 24.04.2003-25088) Türkiye'nin de onayarak tarafı olduğu Avrupa Konseyi'nin 4 Kasım 1999 tarihli Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi'nin, 9. maddesinde "Çalışanların Korunması" başlığında altında sözleşmeciler tarafından "kendi iç hukuklarında, iyi niyetle ve makul şüpheler temelinde, yolsuzluk fiillerini sorumlu kişi ya da makamlara ihbar eden görevlilere karşı doğrulanmamış her türlü haksız yaptırımın uygulanmaması amacıyla uygun bir koruma sağlama"ları öngörülmüştür.

(https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc087/kanuntbmmc087/kanuntbmmc08704852.pdf) (Erişim. 10.05.2015).

⁷⁴⁷ Whistleblowing kasıtlı, duyarlı, suçlayıcı, çok zaman medyayı aracı kılan, çürütücü, ajite edici bir eylem olarak ortaya çıkarken, whistleblower (ihbarcı) ise adalet sağlayıcı, iyi bilgilendirilmiş, motivasyonu yüksek bir kişi olarak bazen hain bazen de kahraman olarak nitelendirilmektedir (Jensen, s. 321).

⁷⁴⁸ Alp, s. 14. Aynı yönde bkz. Aktan, s. 11-12. İşçinin ifade özgürlüğünün işyeri barışı ya da işyeri huzuru nedeniyle feshedilip feshedilemeyeceğine dair işverene takdir hakkı verilmesi hususu tartışmalı olup, anayasal bir hakkın işyeri barışı ya da huzuru gibi bir gerekçeyle sınırlandırılması mümkün görünmemektedir (Öktem Songu, s. 630).

⁷⁴⁹ Alp, İfade, s. 399.

⁷⁵⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-105777> (Erişim. 09.06.2014). Kararın Türkçe özeti için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-119493> (Erişim. 09.06.2014).

⁷⁵¹ Alp, s. 13-15.

ifşa ve ihbar hakkını değerlendirirken kamu ya da özel işyeri ayrımı yapmamaktadır. Mahkeme sadece, ifşa ve ihbar nedeniyle işçinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumun gerekliliğine ve orantılı olup olmadığına bakmakta ve işçinin ihbar ve ifşa hakkı değerlendirmesinde işçinin, işverenin ve toplumun menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır⁷⁵².

b. İşçinin Ifşa ve İhbar (Whistleblowing) Hakkının Türk Hukukundaki Dayanakları

İşçinin ifşa ve ihbar hakkına (Whistleblowing) ilişkin yasal düzenlemeler hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta ciddi bir eksiklikler taşımaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin 5/c. maddesi ise bu konuya ilişkin uluslararası alandaki en önemli kaynak olarak gösterilmektedir. Sözleşme'de, işvereni şikâyet etmenin ya da işveren aleyhine başlamış olan bir sürece katılmanın iş ilişkisinin sonlandırılmasında geçerli bir neden oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ifşa ve ihbar hakkı için bir diğer uluslararası kaynak da, Avrupa Birliği Komisyonu'nun 1999/396/EC sayılı Kararı olup, bu kararla Avrupa Birliği'nin sahtecilik, suiistimal ve benzeri yasadışı faaliyetlerden arındırılması için çalışanların başvurabileceği şikâyet yolları teminat altına alınmaktadır⁷⁵³.

Türk hukukunda ise işçinin ifşa ve ihbar hakkını güvence altına alan özel bir düzenleme bulunmadığından, bu konuda ancak genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapmak mümkün olmaktadır⁷⁵⁴. Buna göre, işçinin ifşa ve ihbar hakkı kaynağını doğrudan dürüstlük kuralından (TMK m. 2) almakta ve işyerinde sadece üstlenilen borcun ifası yeterli görülmeyle, işçinin dürüstlük kuralından doğan bazı yan edimleri yerine getirmesi de beklenmektedir. İşçinin, iş görme edimi dışında, işverenin çıkarlarını da koruyucu ve zarar vermekten kaçınıcı birtakım davranışlarda

⁷⁵² Alp, İfade, s. 399-401. Aynı yönde bkz. Öktem Songu, s. 628. İşveren ile toplumun menfaatinin çatıştığı noktada, toplum menfaatlerine öncelik verilerek, ihbar ve ifşada bulunan işçinin hukuken korunması gerekmektedir (Alp, İfade, s. 402). Ayrıca bkz. Jensen, s. 325.

⁷⁵³ Aydın, Bilgi, s. 90.

⁷⁵⁴ 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmiş olup, ayrıca Anayasa'nın 74. maddesinde dilekçe hakkına yer verilmiştir. Bunun dışında ise 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile dilekçe hakkının kullanılma usul ve yöntemleri düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler gözetildiğinde herkes açısından geçerli bir anayasal bir hak olan şikâyet hakkının, işçi-işveren ilişkilerinde tanınmaması mümkün değildir (Öktem Songu, s. 639).

bulunması gerekmektedir. İşçi işini ifa ederken, sadakat ve özen borcunun bir gereği olarak, dürüstlük kuralına aykırı, doğruluk ve bağlılıkla uyuşmayan, işverenin şöhret ve itibarını sarsıcı davranışlardan uzak durmak, işverene zarar verici davranışlardan kaçınmak durumundadır. Ayrıca işçinin yan edim olarak da işyerinde görmüş olduğu aksaklık ve bozuklukları işverene bildirmesi, işle ilgili öğrendiği bilgileri üçüncü kişilere bildirmemesi gerekmektedir⁷⁵⁵. Aksine bir tutum, işçinin özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlaline ve haklı sebeple feshe neden olmaktadır. İş Kanunu'nda işçinin özen yükümlülüğüne dair özel bir düzenleme mevcut olmasa da, işçinin özen ve sadakat borcuna (TBK m. 396) aykırılık teşkil eden tutum ve davranışların işverene fesih hakkı (İş K. m. 25/II) tanıdığı kabul edilmektedir⁷⁵⁶. İş Kanunu'nun 25/II. maddesi dikkate alındığında işçinin yasal ve geçerli dayanakları olmaksızın işyeri ya da işveren hakkında yanıltıcı, suçlayıcı, zorlayıcı, küçük düşürücü bir takım isnat ve beyanlarda bulunması ya da ticari sırları ifşa etmesi halinde işçinin işyerinde ifade özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir⁷⁵⁷. Ayrıca işçinin (hakaret ve iftira oluşturmadığı sürece) işyerinde etik kurallara ve hukuka aykırı söz ve davranışları (mali suçlar, rüşvet, sahtecilik vs.) ifşa ve ihbar hakkı mevcut olup⁷⁵⁸, bu hak ifade özgürlüğü kapsamında bulunmamakta ve hatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesindeki düzenleme gereğince, işçinin işyerinde suça konu bir eylemi ya da işlemi ifşa ve ihbar etmesi yasal bir yükümlülük olarak ortaya çıkmakta ve işlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi

⁷⁵⁵ Aydın, Bilgi, s. 83. Ayrıca bkz. Arslan Ertürk, s. 340 vd.

⁷⁵⁶ Aydın, Bilgi, s. 82. Ayrıca bkz. Demir, s. 113 vd.; Arslan Ertürk, s. 135-136; Alp, İfade, s. 404. Türk hukukundaki görüşler için bkz. Alp, İfade, s. 405 vd.

Yargıtay 22. HD, 17.11.2014, E. 2014/30043, K. 2014/32162 “İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz” (Sinerji Mevzuat).

⁷⁵⁷ Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002, s. 146; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 525-528; Demir, s. 113 vd. Ayrıca bkz. Öktem Songu, s. 640-641. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kriterleri ve sınırlamanın sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, s. 50 vd.

Yargıtay 9. HD, 08.04.1988, E. 1988/2513, K. 1988/3945 “İşveren hakkında şikâyetlerde bulunan ve yapılan incelemelerde şikâyetlerinin asılsız suçlamalar olduğu belirlenen işçi, işverenin hakkında küçük düşürücü suçlamalarda bulunmuş sayılır. Bu durumda işverenin bildirimsiz-ödenesiz biçimde iş akdini bozması hakkıdır” (Erdal Egemen ve Semih Temiz, **İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar 1967-1991**, Ufuk Matbaası, İstanbul, 1991, s. 270-171).

⁷⁵⁸ Alp, İfade, s. 403.

açısından suçu bildirmeme (TCK m. 278)⁷⁵⁹ suçu oluşmaktadır⁷⁶⁰. Ancak ifşa ve ihbar edilen her bilginin korunması mümkün değildir. İşçinin ifşa ve ihbar hakkı kapsamında korunabilmesi için, öncelikle ifşa edilen bilginin “doğru ve önemli bir bilgi” olması gerekmektedir. Ayrıca, işçinin makul bir prosedür içinde hareket etmiş olması ve öncelikle işyerinde üstlerine hukuka aykırılığı bildirmesi, işletme içinde gerekli iç denetimler için başvurmuş olması, ancak iç denetim yollarından netice almaması ya da bildirme de bir yarar olmaması halinde hukuka aykırılığın kamuoyuna ve yetkili makamlara bildirmesi gibi koşullarında gerektiği belirtilmektedir⁷⁶¹. İşçinin ifşa ve ihbar hakkından bahsedebilmek için ifşa olunan durumun mutlaka hukuka ve etik kurallara⁷⁶² aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Bunun dışındaki, özellikle gizli tutulması gereken, rekabet etmeme ya da sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir takım ifşalar işçi açısından bilgi sızdırma olarak değerlendirilerek (insider trading vs.) bir takım cezai ve hukuki yaptırımlar söz konusu olabilecektir.

Ifşa ve ihbar hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki en önemli çelişkiyi işin ifası sırasında öğrenilen ve işverene ya da işyerine ait gizli bilgilerin ifşası oluşturmakta ve işçiye tanınan ifşa hakkı, işçinin sadakat yükümü ile çelişmektedir. Zira işçi tarafından açıklanan bilginin, gizli bilgi ya da sır kapsamında değerlendirilmesi halinde, işçinin gizli bilgiyi ifşası sadakat borcuna aykırı davranış⁷⁶³ olarak iş akdinin feshinde haklı sebep teşkil etmekte ve sadakat borcu işçinin ifade özgürlüğü açısından bir sınır oluşturmaktadır. İşçinin ifşa ve ihbar hakkının kullanmasının en önemli etkisi, işçinin çok zaman yasal hakları dahi ödenmeksizin işten çıkarılması, çıkarılmasa dahi işyerinde ayrımcı bir takım kötü muamelelere maruz kalmasıdır⁷⁶⁴. İş akdinde bir gizlilik maddesinin öngörülmesi durumunda ise, işçinin emredici yasa

⁷⁵⁹ Suça ve suçluya çok zaman ihbar ile ulaşıldığı düşüncesinden hareketle zararın ya da suçun ortadan kaldırılmasına ilişkin hukuksal yarar sağlanması amaçlanarak yasal düzenlemeler yapılmışsa da, özellikle liberal devletlerde suçun ve suçlunun kovuşturulmasında bireylere bu tip yükümlülükler yüklenmesinden genellikle kaçınılmaktadır (Mustafa Ruhan Erdem, “Suçu bildirmeme Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 80, 2009, s. 106).

⁷⁶⁰ **Yargıtay 4. CD, 12.02.2007, E. 2006/9628, K. 2007/1353** “Sanığın köy hükmi kişiliğine ait alana ev yapıldığını bilmesine karşın yetkili mercilere bildirilmemesi biçimindeki eyleminin suçu bildirmeme suçunu oluşturduğu...” (Sinergi Mevzuat).

⁷⁶¹ Aydın, Bilgi, s. 86-88.

⁷⁶² **Yargıtay 9. HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393** “... etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir...” (Kazancı)

⁷⁶³ Aydın, s. 145.

⁷⁶⁴ Aydın, Bilgi, s. 87.

kurallarına aykırılık teşkil etmedikçe bu gizlilik kuralına riayet etmesi gerekmektedir. Böylelikle, işçinin işyerinin imajı ya da ismi ile ilgili bir bilgiyi veya düşünceyi üçüncü kişilere aktarması söz konusu olamayacak ve aksine bir davranış iş akdinin haklı sebeple feshine neden olacaktır⁷⁶⁵. Her ne kadar iş akdine konu gizlilik maddelerinin ifşa ve ihbar hakkını kısıtladığından bahsetmek mümkünse de, bu kısıtlamanın suç oluşturan, etiğe ve hukuka aykırı davranışları da kapsayan mutlak bir gizlilik olarak anlaşılması ve işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü, ifşa ve ihbar hakkını kapsayacak şekilde dar yorumlanması mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü kapsamında iş ve işyeri gereklerine ilişkin bilgilerin gizlenmesinde doğal olarak işverenin üstün menfaatinin korunması gerekse de, bu korumanın yasaya aykırı davranışları koruyucu ya da kamunun menfaatini zedeleyici şekilde genişletilmesinin kabulü dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereği mümkün değildir.

3. İşçinin Bilgi Edinme Hakkı

İfade özgürlüğünün bir parçasını oluşturan bilgi edinme hakkı, işçinin herhangi bir hukuki ya da fiili engelle karşılaşmaksızın işyerindeki genel ve ulaşılabilir kaynaklara ulaşmasını ve bu kaynaklardan mevcut bilgiyi edinmesini sağlamaktadır⁷⁶⁶. İşçinin bilgi edinme hakkı, özellikle işyerinde ifade özgürlüğü korumasına da dâhil olan bilgi ve kanaat oluşturmaya sağlayan demokratik bir toplumda gerekli bir haktır. Bu nedenle işçinin, işyerinde demokratik bir toplumda mevcut her tür bilgi kaynağına (basın, radyo, televizyon, sergi, resim, ticaret sicilleri, şirket sicilleri, sanatsal faaliyetler vs.) ulaşması bilgi edinme hakkının bir gereğidir⁷⁶⁷. Ayrıca, işçinin bilgi edinme hakkı, iş sözleşmesini ve çalışma

⁷⁶⁵ Fatma Burcu Savaş, “İş Hukukunda Siber Gözetim”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 22, 2009/3, s. 119.

⁷⁶⁶ Bilgi edinme hakkı, işçinin işyerinde yönetime katılma hakkının bir parçasını oluşturmaktadır (Aktay ve Diğerleri, s. 10).

⁷⁶⁷ Şimşek, Veri, s. 143-144. Ek bilgi için bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu– 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu - 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu – 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu** İşlenmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014, s. 25 vd. (Mollamahmutoğlu ve Diğerleri).

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 21 ve 22. maddelerinde yer verilen çalışanların yönetime katılma, bilgilendirme ve açıklama yapma hakkı, işyerinde işçinin ifade özgürlüğünü kullanabilmesini de sağlayan haklar olarak ortaya çıkmakta olup, işçinin işyerinde yönetime katılması ya da bilgilendirme ve açıklama yapma hakkı açısından Türk iş hukukunda doğrudan bir düzenleme ve kabul

koşullarını, işin ve işyerinin gereklerini, işçinin işe ilişkin var olan ya da olması muhtemel riskleri, hastalıkları, kazaları öğrenmesini de içermesi gerekmektedir. Devletin, özellikle mesleki riskler konusunda gerekli önlemleri almak, işyerlerinde işçi sağlığının korunması için gerekli denetimleri yapmak, mesleki hastalık ve kazaları, teknik hususlardaki bilgileri işçiye aktarmak ya da işveren tarafından bilgilendirmenin yapılmasını sağlamak yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁶⁸. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, işveren yanında devletin de yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır⁷⁶⁹. Kaldı ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun bir kısım düzenlemelerinde de işçinin bilgi edinme hakkına, bu hakkın işveren açısından bilgi verme yükümü oluşturduğuna dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda İş Kanunu'nun iş sözleşmesi koşulları (İş K. m. 8), geçici iş ilişkisi (İş K. m. 7 ve 13), çalışma koşullarında değişiklik (İş K. m. 22), toplu işten çıkarma (İş K. m. 29) ve iş sağlığı ve güvenliği (mülga İş K. m. 77) gibi maddelerinde işçinin işe ve işyeri gereklerine ilişkin bilgi edinme hakkının koruma altında olduğunu söylemek mümkündür⁷⁷⁰.

bulunmamaktadır. Ancak doğrudan bir ilişkisi bulunmasa da, sözleşme koşullarında değişiklik (İş K. m. 22) ve toplu işten çıkarma (İş K. m. 29) gibi durumlarda dolaylı bir bilgilendirmeden bahsetmek mümkündür (Çil, s. 63)

⁷⁶⁸ “Mahkeme bu noktada devletlerin bireylerin yaşamlarına ilişkin riskleri değerlendirebilmesini sağlayacak gerekli bilgileri temin etmek şeklinde bir yükümlülüklerinin olduğunu vurgulamıştır” (05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç Kararı).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150863> (Erişim. 19.04.2015).

Aynı yönde bkz. 19.02.1998 tarihli Guerra ve Diğerleri-İtalya Kararı ve 24.09.2011 tarihli Brinkat ve Diğerleri-Malta Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58135> (Erişim. 19.04.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145790> (Erişim. 19.04.2015).

⁷⁶⁹ “Bu önleyici tedbirler arasında, Sözleşme organlarının içtihatlarında ortaya çıktığı gibi, halkın bilgi edinme hakkına büyük önem verilmelidir. Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından tanınmış olan bu hakka (bk. yukarıda geçen Guerra ve Diğerleri kararı, parag. 60), özellikle Avrupa standartlarındaki mevcut gelişmelerin de desteklediği bir yorumla (bk. yukarıda parag. 62), kural olarak, yaşama hakkının korunması bakımından da dayanılabileceğine dair Dairenin görüşüne (bk. Daire kararı, parag. 84) Büyük Daire de katılmaktadır.

Her halükarda söz konusu düzenlemeler, bu faaliyetlerin teknik yönlerini de dikkate alarak, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir” (30.11.2004 tarihli Öneriyıldız-Türkiye Kararı). <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=4806> (Erişim. 19.04.2015).

⁷⁷⁰ Avrupa Birliği’nin 14.10.1991 tarih ve 91/533/EC sayılı “İş Sözleşmesi veya Çalışma Koşullarında Uygulanacak Kurallar Hakkında İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü Üzerine Yönerge”de mevcut düzenlemeler için bkz. Yusuf Yiğit, “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum**, S. 23, 2009/4, s. 82 vd.

4. İşçinin İşyerinde Mahremiyet (Özel Yaşam) Hakkı

Mahremiyet ya da özel yaşam hakkı ile ifade özgürlüğü arasında çok zaman hakların yarışması olarak da nitelenebilecek bir ilişki mevcut olup, hem ifade özgürlüğünün hem de mahremiyet hakkının temelinde insan onuru ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, ifade özgürlüğü ve mahremiyet hakkı, işyerinde de olsa, pek çok noktada iç içe geçmekte⁷⁷¹ ve mahremiyet hakkı ile ifade özgürlüğü arasında *lex specialis-lex generalis* hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından pozitif ihtilafın doğması halinde de ifade özgürlüğüne dair Sözleşme'nin 10. maddesinde yapılan düzenlemenin "*lex generalis*" (*genel hüküm*), 8. maddenin (ve AİHS m. 9 ve 11'de dâhil olmak üzere) ise "*lex specialis*" (özel hüküm) olarak dikkate alınması gerekmektedir⁷⁷². Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birbirleriyle bağlantılı olan bu haklarda 10. maddeyi genel ve geniş bir alana uygularken, aynı davada (şikâyetle) bağlantılı hak ihlali olması halinde genel görünüme dair değerlendirme yapmakta ve diğer madde ihlallerini değerlendirmemektedir⁷⁷³. Tüm bu değerlendirmeler ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 ve 10. maddelerinin içerikleri farklı olsa da, teknik yapılarının birbirinin aynısı olduğunun ve bu maddelerin benzer yapıya sahip bulunduğunun gözetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bu hak ve özgürlüklerden (AİHS m. 8, 9, 10, 11) biri hakkında mevcut genel değerlendirmeler (*mutatis mutandis*) diğerleri açısından da geçerlilik taşımakta ve hem mahremiyet hakkı hem de ifade özgürlüğü açısından yapılan değerlendirmelerin çok zaman müştereken ve bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır⁷⁷⁴. Bu nedenle işyerinde mahremiyet hakkı kapsamında, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruması altında olan işçinin mahrem alanı, aynı zamanda "*lex generalis*" (*genel hüküm*) olarak ifade özgürlüğünün (AİHS m. 10) de konusunu oluşturmaktadır.

Mahremiyet ya da özel yaşam hakkı terimiyle, bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmesi için diğer kişilerle özellikle duygusal ilişki kurma ve

⁷⁷¹ Sunay, s. 8 ve 10.

⁷⁷² Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 357; Özsoy, s. 504. Ayrıca bkz. Akbulut, s. 381; Sunay, s. 30, Korkmaz, s. 107. "Mahkeme'ye göre 9 ve 10. maddelerin sağladığı kişisel görüşleri koruma, 11. maddede güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün de hedefleri arasında yer alır" (13.08.1981 tarihli Young, James ve Webster-Birleşik Krallık Kararı) (Doğru, C. 1, s. 515-516).

⁷⁷³ Özsoy, s. 504; Özdek, s. 241.

⁷⁷⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 330-333; Palmer, s. 184.

bunu devam ettirme hakkı ifade edilmektedir. Ayrıca bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ile bir isme sahip olma hakkı, bireyin kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmesinin bir parçasını oluşturmakta ve özel hayat kavramına dâhil olmaktadır⁷⁷⁵. Ancak gelişen teknolojiler, günümüz toplumunda hem özel hem de iş hayatına ilişkin özel yaşam hakkının ihlalinin kolaylaştırmakta ve işveren ile işletmelerin işletmesel sırlarının korunması giderek zorlaşmaktadır. Bunun yanında teknolojik gelişmeler beraberinde çalışma koşullarında da ciddi ihlallere neden olabilmektedir. Bu gelişmeler, özellikle işletmesel sırların korunması başta olmak üzere, tüm iş ilişkilerinde değişime yol açarak işçilerin işyerinde sahip oldukları tüm temel hak ve özgürlüklerin dar yorumlanmasına neden olmakta ve bu daralma için de işyeri verimliliği ya da güvenlik gibi gerekçeler gösterilmektedir. Ancak işyerinde yapılan tüm izleme ve gözlemler ile işverenin kısmen de olsa menfaatinin koruduğu kabul edilse bile, temel hak ve özgürlükler açısından işçilerin işyerindeki özel hayatına, ifade özgürlüğüne ve kişilik haklarına tecavüz edilmektedir. Bu durum kapitalist bir yaklaşımla, işverenin ekonomik menfaatlerinin işçinin temel hak ve özgürlüklerine göre daha fazla korunmaya değer olduğunun kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19.10.2010 tarihli Özpınar-Türkiye Kararı'nda⁷⁷⁶ da belirtmiş olduğu üzere, işçinin özel hayatındaki davranışlarının profesyonel hayatına (iş yaşantısına) yansımaması durumunda işten çıkarma yapılamaz ve mesleki hayata getirilen sınırlamalar da bireyin işyerinde gelişme hakkını ve sosyal ilişkilerini etkileyemez⁷⁷⁷. Bu nedenle, işyerinde işçinin fiziksel ve moral bütünlüğünün, cinsel kimliği de dâhil olmak üzere fiziksel ve sosyal kimliğinin, kişisel gelişme ve icra hakkının, dış dünya ile ilişkide bulunma hakkının korunması gerekmektedir⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 334. "...özel yaşam kavramı, kişinin cinsel yaşamı dâhil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavramdır" (26.03.1985 tarihli X ve Y-Hollanda Kararı) (Doğru, C. 1, s. 853-861).

⁷⁷⁶ <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/20999-04.pdf> (Erişim. 19.04.2015).

⁷⁷⁷ Aynı yönde bkz. 16.11.2004 tarihli Ünal Tekeli-Türkiye Kararı.

(<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/unaltekeli2004.pdf>) (Erişim. 04.05.2015).

⁷⁷⁸ 21.04.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı (Doğru, C. 1, s. 308-318).

a. Genel Olarak

Mahremiyet hakkı ya da özel yaşam⁷⁷⁹ (*right to privacy*), Anglo-Sakson hukukunda kullanılan bir terim olup, Kıta Avrupası hukuk sisteminde bunun yerine daha geniş bir kapsama sahip olan kişilik hakkı (*right of the personality*) terimi tercih edilmektedir⁷⁸⁰.

Mahremiyet (özel yaşam) hakkı, uluslararası hukukta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan *“Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onur ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılamayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı kanun ile korunma hakkı vardır”* hükmü ile mahremiyet (özel yaşam) hakkı koruma altına alınmış ve bu maddede sayılan hakların birey açısından keyfi müdahaleye maruz bırakılamayacak temel haklar olduğu belirtilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer verilen mahremiyet (özel yaşam) hakkı ile bireyin temelde insan onuru ve maddi-manevi yönünü koruma altına alınmaktadır. Böylece, kişi bütünlüğü temelinde genelde insan hakları, özelde ise mahremiyet (özel yaşam) hakkı ile kişinin bedensel (maddi) varlığı, düşünceleri (manevi varlığı) ve 3. kişilerle olan ilişkileri korunmaktadır⁷⁸¹. Beyanname'de mahremiyet (özel yaşam) hakkının korunması, ilgili devletler açısından hem negatif hem de pozitif yükümlülük oluşturmaktadır. Mahremiyet (özel yaşam) hakkı açısından devletin üstlendiği negatif yükümlülük, devlet erkini kullanan kişiler ya da makamlar açısından mahremiyet hakkına keyfi müdahalenin yapılmaması olarak ortaya çıkarken, pozitif yükümlülüğü ise müdahaleleri önleyecek gerekli tedbirleri almak oluşturmaktadır. Bu nedenle, devletlerin uluslararası ve ulusüstü insan hakları hukuku kapsamında üstlendikleri negatif ve pozitif yükümlülük, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13.06.1979 tarihli Marckx-Belçika Kararı'nda⁷⁸² belirtildiği üzere, keyfi müdahalenin önlenmesi için hem ceza hem de özel hukuk açısından yasal düzenlemelerin yapılmasını ve yapılan

⁷⁷⁹ “Özel yaşam ya da mahremiyet, genel olarak, kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alan ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder” (Yüksel, Mahremiyet, s. 182). Ek bilgi için bkz. Şimşek, s. 177 vd.

⁷⁸⁰ Arslan Öncü, s. 2.

⁷⁸¹ Gemalmaz, C. 1, s. 199-200. Ek olarak bkz. Mantouvalou, s. 22.

⁷⁸² Doğru, C. 1, s. 308-318.

düzenlemelerin etkin bir şekilde işletilmesini sağlayıcı cezai, hukuki, idari, mali müeyyideler öngörülmesini ve bu müeyyidelere işlerlik kazandırılmasını gerektirmektedir⁷⁸³.

Mahremiyet (özel yaşam) olgusunun ya da kişilik hakkının korunmasının, insan hakları, demokrasi ve etik kuralları ile yakın bir ilişkisi mevcut olup, bireyin kişilik haklarının korunması hem özel hem de iş hayatında geçerlidir. İşyerinde mahremiyet (özel yaşam) hakkı, başta ifade özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile yakın bir ilişki içindedir. Çünkü bireylerin, çalıştıkları işyerlerinde de kendilerine has bazı tercihlerini, yaşam tarzlarını ve özel hayatlarını korumaları, sürdürmeleri ve bu koruma kapsamında gerek işverenle ve gerekse diğer çalışanlarla kişisel ilişki kurmaları gerekmektedir. Bu nedenle, işyerlerinde insanlara kendi kişilik haklarını ifade edecek ve koruyacak bir alan yaratılması ve bu alanın hukuken koruma altına alınması büyük bir önem taşımaktadır. Aksi halde işyerinde, çalışanların kişilik haklarını zedeleyecek şekilde, onların özel alanlarına müdahale eden dedikodu, gözetleme, ifşa gibi insan onurunu ve mesleki yaşamı ihlal eden psikolojik, cinsel ya da fiziki bir takım davranışlar ortaya çıkacaktır⁷⁸⁴. Ayrıca gelişen teknolojiler de işçiyi işyerinde ya da özel hayatında taciz edici bu türden ortamlara zemin hazırlamaktadır⁷⁸⁵.

İşyerinde yapılan üst, çanta ya da dolap aramalarının da işçinin mahremiyet hakkına müdahale olarak değerlendirilmesi gerekli olup, işçinin kendini, duygu ve düşüncelerini, kimliğini ortaya koyan kişisel eşyalarının bulunduğu çalışma masası, dolap, çanta ya da üst aramaları, işçinin üzerinde baskı aracı olarak kullanılabileceği gibi, bu tür uygulamalar işçinin düşünce ve ifadelerinin birer aracı olan eşya ve kıyafetleri istediği gibi kullanmasına engel olacak ve işçi işyerinde herhangi bir uyarı alma, tenkit edilme ya da küçük düşme, aşağılanma korkusu ile kendini oluşturan öğeleri kullanmaktan kaçınacaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26.07.2007 tarihli Peev-Bulgaristan Kararı'nda⁷⁸⁶ "*çalışma mekânı ya da en azından çalışma masası ve dosya dolabı gibi özel eşyalarını koyduğu alanlar hakkında,*

⁷⁸³ Gemalmaz, C. 1, s. 201-202.

⁷⁸⁴ Aydemir, s. 13-17. Aynı yönde bkz. Ertürk, Temel Hak, s. 86. Özel hukukta özel hayat ve kişisel veriler kişilik hakkı kavramı ile korunmakta ve kişilik hakkı kavramının anayasal temelleri olduğu kabul edilmektedir (Şimşek, s. 199).

⁷⁸⁵ Yüksel, Mahremiyet, s. 183. Ek olarak bkz. Şimşek, Konut, s. 88.

⁷⁸⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81914> (Erişim. 10.05.2015).

makul şekilde özel mülkiyeti gibi bir beklenti olabileceği, aksi davranışın özel hayatın gizliliğinin korunmasına haksız bir müdahale sayılacağı”⁷⁸⁷ belirtilmektedir.

b. İşyerinde İşçinin Mahremiyet (Özel Yaşam) Hakkını İhlal Eden Haller

Mahremiyet ya da özel yaşam hakkı, bireyin özel hayatına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini, kişisel bilgileri üzerinde denetim ya da egemenlik hakkı tanınmasını içerdiği gibi, ona fiziki ve ahlâki bütünlüğünü, kişiliğini geliştirme özgürlüğünü ve başkalarıyla kişisel ilişkiler kurarak sosyalleşme hakkını ve ayrıca profesyonel iş yaşamına ilişkin etkinliklerini koruma, geliştirme haklarını da içermektedir⁷⁸⁸. Bu nedenle, üçüncü kişilerin bireyin kendisi, özel hayatı veya çalışma ortamı hakkında kendi değer yargılarını, düşünce ve kanaatlerini oluşturmak üzere, bilgi toplamalarının engellenmesi gerekmektedir. Çünkü bireyin, bilgisi ve izni dışında edinilen bu bilgiler üzerinde herhangi bir düzeltme hakkı yoktur ve bu bireyin özel hayatı açısından kişilik haklarına bir saldırıdır⁷⁸⁹. Bu anlamı ile mahremiyet (özel yaşam) hakkı, bir şey yapma, yapmama ya da önleme yükümlülüklerini içeren hem pozitif hem de negatif bir nitelik taşımaktadır⁷⁹⁰.

İnternet teknolojilerinin gelişmesi, bilgi ve deneyimin çok sayıda kişi arasında yer ve mekân sınırı olmaksızın dolaşmasını sağlamakta, örgütsel ve hiyerarşik yapıları değiştirmekte ve bireye özgür bir iletişim ve geniş bir ifade özgürlüğü tanımaktadır⁷⁹¹. Ancak aynı teknoloji, birey üzerinde oldukça kuvvetli bir denetim aracı oluşturmakta ve bireyin hem işyerinde hem de özel yaşamında

⁷⁸⁷ Bozlak, s. 86.

⁷⁸⁸ Yüksel, Yaklaşım, s. 278-279. Hukuk devletinde bireyin kendisini toplumun ya da kamunun denetiminden uzaklaştırması hukuksal bir hak olup, bireyin özel konutunda yalnızlıktan yararlanma ve özel konutunda rahatsız edilmeme hakkı mevcuttur. Bu hak bireyin sadece kendisini ilgilendiren özel alanından oluşmaktadır (Şimşek, s. Konut, s. 89)

⁷⁸⁹ Durmuş Tezcan, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Anayasa Yargısı**, 1991, Cilt: 8, s. 386.(Özel Hayat).

⁷⁹⁰ Yüksel, Yaklaşım, s. 278-279. Aynı yönde bkz. Şimşek, Konut, s. 91.

⁷⁹¹ Uluslararası hukuk ile koruma altına alınan iletişimin gizliliği, kişiler arasındaki noktasal bir koruma sağlamakta olup, iletişimin gizliliği iletişimin gerçekleştiği aktarım çeşidi (kablo ya da telsiz, analog ya da dijital şekilde söz, resim, ses, işaret ya da diğer verilerin aktarımı vs.) ne olursa olsun internet dâhil tüm telekomünikasyonu kapsamaktadır (Korkut Kanadoğlu, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Türkiye Barolar Birliği Paneli**, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 60).

mahremiyet hakkının ve kişisel özgürlüklerinin ihlaline yol açmaktadır⁷⁹². Bu ihlallerin önlenmesi ve bireyin korunması için devlete bazı yeni düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu düzenlemelerden biri, 10.11.1975 tarih ve 3383 (XXX) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile kabul edilen “*Bilimsel ve Teknolojik İlerlemenin Barış Yararına ve İnsanlığın Menfaatini İçin Kullanılması Bildirisi*”dir.⁷⁹³ Bu bildiri ile tüm devletler, nüfusun tüm katmanlarının bilim ve teknolojinin sonuçlarından yararlanmasını sağlamakla yükümlü kılınmaktadır. Bildiri’de sözü edilen bu yükümlülükler yerine getirilirken, devletlerce “*özellikle mahremiyete (özel yaşama) saygı gösterilmesi ve insan kişiliğinin ve bedensel ve entelektüel bütünlüğünün korunması*” da gerekmektedir⁷⁹⁴. Ayrıca, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin bireyin ya da grubun haklarını ihlal edecek kötüye kullanımlarını ve bu gelişmelerin kötüye kullanımlarından doğacak olası zararlı etkilere karşı önlemlerin alınması da devletler için bir yükümlülük oluşturmaktadır⁷⁹⁵.

aa. İşyerinde İşçinin Elektronik Yolla Gözetlenmesi ve İzlenmesi

İşyerinde gözetim ve izleme (workplace surveillance and monitoring) e-posta, internet, telefon, kamera, sağlık taramaları, genetik, psikiyatrik, alkol testleri gibi testlerle⁷⁹⁶, GPS (Global Positioning System), akıllı kart vs. aracılığıyla⁷⁹⁷, işçilerin

⁷⁹² *Avci*, s. 27.

⁷⁹³ Declaration on the Use of Scientific and Technological Progress in the Interests of Peace and for the Benefit of Mankind.

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx>

(Erişim: 16.11.2014)

⁷⁹⁴ Mahremiyet kapsamında olan kavramların ve bu kavramların içeriklerinin tam olarak belirlenmesi mümkün olmayıp, mahremiyet olgusu zamana ve mekâna göre değişerek yorumlanan, çok zaman subjektif nitelikler barındıran bir değer olarak ortaya çıkmaktadır (Gür, s. 3).

⁷⁹⁵ Gemalmaz, C. 1, s. 205-206. Aynı yönde bkz. Zankova, s. 27-28.

⁷⁹⁶ İşçiye yapılan her testin mutlak olarak işçinin kişilik hakkına müdahale olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Burada önemli olan işçinin hukuken korunan kişilik hakkına işyerinde yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığıdır (Şükran Ertürk, “İşçinin Kişilik Hakkının Korunması”, **İzmir Barosu İş Hukuku Çalıştayı (Yayınlanmamış Tebliğ)**, 2008, Kişilik, s. 12).

⁷⁹⁷ İşyeri dışında kullanılan elektronik yer belirleme sistemleri için bkz. Zeki Okur, **İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2011, s. 136 vd.

“Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa’da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da Devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli

işyerindeki davranışları hakkında bilgi edinme, verimlilik, güvenlik gibi gerekçeler gösterilerek işverenlerce yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir. Ancak bu izlemeler işçilerin hem yer hem de bilgi mahremiyetlerini ihlal etmekte ve bunlar çoğu zaman kişilik haklarına ve ifade özgürlüklerine saldırı niteliği taşımaktadır. Teknolojik gelişmeler gün geçtikçe işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin azalmasına ve daralmasına neden olmaktadır⁷⁹⁸. Bu gelişmeler sonucu, gizli gözetleme ve kayıt yapmak giderek kolaylaşmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de gizli gözetleme ve izleme bireyin özel hayatını (AİHS m. 8) ihlal etmez⁷⁹⁹. Bu nedenle Mahkeme, 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri-Almanya Kararı'nda da belirtildiği üzere “...ferdi olaylarda kötüye kullanmanın potansiyel olarak çok kolay olduğu ve bir bütün olarak demokratik toplum için zararlı sonuçların doğabileceği böyle bir alanda, denetimi prensip olarak bir yargıca vermenin arzu edilebilirliğini kabul etmektedir”⁸⁰⁰.

İşyerlerinde özellikle kameralar aracılığıyla yapılan gözetlemeler yemekhane, lobi gibi özel alanlarda da yapılmakta⁸⁰¹ ve bu gözetlemelerde işçinin kimlerle arkadaşlık ettiği, dinlenme ya da mesai saatleri içinde kimlerle ve ne konuştuğu, yiyecek içecek tercihleri, günlük alışkanlıkları gibi, işçinin ifade özgürlüğü kapsamında bulunan davranışları hem mesai saatleri içinde hem de dinlenme saati gibi sadece işçiye ait olması gereken bir süreç içinde gözetlenmekte ve davranışları takip edilmektedir. Benzer bir gözetleme ve izleme de işverene ait olan ve işçi

izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir... İzleme sisteminin işleyeceği koşulların belirlenmesine gelince: Mahkeme, ulusal yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullanabileceğine işaret etmektedir... Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğu ikna olmalıdır. Bu değerlendirmenin sadece görece bir niteliği vardır. Değerlendirme, muhtemel önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu önlemleri emretmek için gerekli sebeplere; bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır” (06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri-Almanya Kararı) (<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30>) (Erişim. 09.05.2015).

⁷⁹⁸ Aydemir, s. 27 vd. Aynı yönde bkz. Şimşek, Konut, s. 89 vd.

⁷⁹⁹ Palmer, s. 186.

⁸⁰⁰ <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=30> (Erişim. 09.05.2015).

Ayrıca bkz. 02.08.1994 tarihli Malone-Birleşik Krallık Kararı.

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=86> (Erişim. 09.05.2015).

⁸⁰¹ Aydemir, s. 47. Ek bilgi için bkz. Hayrunnisa Özdemir, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, s. 244 (H. Özdemir). Elektronik gözetlemenin hukuki koşulları için bkz. Okur, Gözetleme, s. 85 vd.

tarafından kullanılan araçların araç takip sistemleri ile izlenmesi olup, bu sistemler ile mesai saatleri dışında dahi gözetlenmesi mümkün olmaktadır. Bu nedenle işçinin işyerindeki cihazlarla yaptıkları telefon görüşmelerinin, elektronik mesaj ve internet bağlantılarının denetlenme, izlenme ve dinlenme riski olduğundan haberdar edilmesi, araçlarının GPS ile izlenebileceği konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bilgilendirmenin yapılmadığı hallerde, işçinin işyerinden yapmış olduğu bu görüşme ve yazışmalar özel olup, aksine durum işçinin temel hak özgürlüğüne müdahaledir⁸⁰².

İşyerinde yapılan gözetleme ve izlemelerin her ne kadar işverenin mülkiyet hakkından kaynaklandığı ve burada işverenin menfaatinin bulunduğu ile sürülebilirse de, devletin işçinin özel hayatının korunması (AİHS m. 8) ile işverenin mülkiyet hakkı (AİHS Ek. 1. No.lu Protokol m. 1) arasında adil bir denge kurması ve bu bunun için gerekli önlemleri alması gerekmektedir⁸⁰³.

İşyerinde yapılan bu izleme ve gözleme ilkelerini düzenleyen ya da sınırlarını belirleyen yasal düzenlemeler yetersiz durumdadır. İşçilerin ifade özgürlüklerini kısıtlayıcı şekilde işyerlerinde izlenmesi ve internet erişimleri ile telefon konuşmalarının dinlenmesi gibi hususlarda Uluslararası Çalışma Örgütü'nün işçi haklarını koruyucu doğrudan bir düzenlemesi bulunmasa da, Örgüt'ün hazırladığı Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması İçin Uygulama Kodu (Code of Practise on the Protection of Workers' Personal Data)⁸⁰⁴ bulunmaktadır. Bu Uygulama Kodu'nda örnekleyici sayım yapılarak çalışanların bilgisayar, kamera, video gibi görüntülü kayıt araçları ile telefon ve diğer iletişim araçları kullanılarak izlenmesi ile elde edilen veriler çalışanların korunması gereken kişisel verisi olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar bu Uygulama Kodu ile çalışanların işyerlerinde izlenmeleri yasaklanmamışsa olsa da, özel hayatın ve diğer özgürlüklerin ihlalinin en aza indirgenmesi için bir takım genel ilkeler (m. 5) getirilmiştir⁸⁰⁵. Özellikle Uygulama Kodu'nun 3. maddesinde örnekleyici sayımla belirtilen ve işçilerin

⁸⁰² 25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı ve 03.04.2007 tarihli Copland-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039> (Erişim. 15.11.2014).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/copland.pdf (Erişim. 25.04.2015).

⁸⁰³ Adil denge için bkz. 17.10.1986 tarihli Rees-Birleşik Krallık Kararı (Doğru, C. 1, s. 127-136). 05.10.2010 tarihli Köpke-Almanya Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101536> (Erişim. 08.04.2015).

⁸⁰⁴ http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_engl.pdf (Erişim. 16.02.2014).

⁸⁰⁵ Savaş, s. 100-101; Aydemir, s. 20-21. Kişisel verilerin toplanma ve denetlenme biçimleri için bkz. Tezcan, Özel Hayat, s. 386 vd.

işyerinde bilgisayar, kamera, video gibi görüntülü kayıt araçları ile telefon ve diğer iletişim araçları kullanılarak izlenmesi ve işyerindeki ifade ve beyanlarının kayıt altına alınması işyerinde ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir.

İnternet⁸⁰⁶ ve bilgisayarın artan bir şekilde işyerlerinde kullanılmaya başlanması ile iş saatlerinde işverenin menfaatlerine zarar verecek şekilde sohbet ortamlarına katılma, pornografik ya da ırkçı içerikler taşıyan bir takım sitelere girme, yasa dışı yollarla müzik, film indirme, kumar ya da oyun oynama, alışveriş sitelerinde gezme gibi bir takım iş akdine aykırı kullanımlar işveren açısından yeni sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu iş akdine aykırı uygulamaları engellemek için, işveren tarafından alınan bir kısım önlemlerin de işçilerin özel hayatını, haberleşme ve iletişim ve ifade özgürlüğü gibi birçok temel hak ve özgürlüğünün ihlal etmesi muhtemeldir⁸⁰⁷. Teknolojik gelişmeler neticesinde özellikle akde aykırı ya da yasa dışı kullanımların önlenmesi amacıyla da olsa işyerinde işçilerin, e-postaların veya bilgisayar kayıtlarının denetlenmesi, telefonlarının dinlenmesi ya da yazışmalarının okunması, araçlarının takip edilmesi, özellikle bilgisi dışında ve tuvalet, yemekhane, yatakhane gibi özel alanlar da dâhil olmak üzere kamera kayıtlarının alınması hem işyerindeki mahremiyetini hem de ifade özgürlüğünü zedelemektedir⁸⁰⁸. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce, işverenlerce çalışanların telefon ve internet kullanımının izlenip kontrol edilmesinin bazı durumlarda meşru olduğu kabul edilse de, çalışanın telefon, e-posta ya da internet kullanımını takip ederek meşru sınırların aşılması ve çalışanın kişisel verilerine ulaşılması halinde, çalışanın özel hayatına ve haberleşme hürriyetine müdahale olduğu tartışmasızdır⁸⁰⁹. Tüm bu kısıtlamalar

⁸⁰⁶ “İnternet, bilgisayar ağlarının (network) aralarında bağlantı kurmalarıyla oluşan ve bu şekilde küresel olarak gelişen toplumsal, kültürel, ticari, eğlendirici küresel bir kitle iletişim sistemidir” (Avcı, s. 27).

⁸⁰⁷ İş amaçlı kullanmak üzere tahsis edilmiş bilgisayar ve internetin kişisel amaçlar için kullanılması ile sanal kayıtlar meydana gelmektedir (Edip Özücü ve Harun Yıldız, “İşyerinde Kişisel İnternet ve Teknoloji Kullanımı: Sanal Kayıtlar”, **Ege Akademik Bakış**, Ocak 2014, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 99).

⁸⁰⁸ AİHM, 03.04.2007 tarihli Copland-Birleşik Krallık Kararı’nda bir yüksekokuldaki müdür yardımcısının kişisel asistanın e-postalarını izlemesini özel hayata müdahale olarak kabul etmiştir (AİHM Bilgi Notu). http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/copland.pdf (Erişim. 25.04.2015). AİHM, 05.10.2010 tarihli Köpke-Almanya Kararı’nda hırsızlık yaptığından şüphelenilen süpermarket çalışanın görüntülerinin gizlice videoya alınması ile ilgili olarak, elde edilen görsel verilerin kasayı ve kamuya açık alanı kapsar nitelikte olduğu, verilerin dedektiflik bürosu ve kısıtlı sayıdaki çalışan tarafından işlendiği, bu verilerin sadece işten çıkarma işleminde ve iş mahkemelerinde kullanıldığını gözeterek, özel hayata müdahale yapılmadığına karar vermiştir (AİHM Bilgi Notu-4).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101536> (Erişim. 08.04.2015).

⁸⁰⁹ 03.04.2007 tarihli Copland-Birleşik Krallık Kararı (AİHM Bilgi Notu-4).

http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/copland.pdf (Erişim. 25.04.2015).

nedeniyle işçinin işyerinde sahip olduğu özel hayat ve kişilik hakları için sağlanan alan daralmakta ya da ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere müdahale eden tüm bu teknolojik gelişmelerin işyerinde kullanılabilmesi için işverenin ve işçinin menfaati arasında bir denge kurulması gerekmektedir⁸¹⁰. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 05.10.2010 tarihli Köpke-Almanya Kararı'nda⁸¹¹ taraflar arasındaki menfaat dengesinin yeni ve daha gelişmiş teknolojilerin ortaya çıkması halinde değişebileceğini kabul etmektedir⁸¹².

bb. İşçinin Psikolojik, Genetik vs. Testlere Tabi Tutulması

İşe alımlarda ya da işin devamında işçiler, iş verimliliğinin ya da güvenliğinin sağlanması gibi bazı nedenlerle bir takım psikolojik, genetik⁸¹³ vs. bazı testlere veya uyuşturucu tahlillerine tabi tutulmaktadır. Ancak işçinin tabi tutulduğu psikolojik ve genetik testler, işçilerin kişilik profillerinin veya gen haritalarının çıkarılmasını ve psikolojik ya da genetik davranış modelleri oluşturulmasını mümkün kılmakta ve bu şekilde işçilerin muhtemel davranış şekilleri, eğilimleri, dini, siyasi ya da cinsel tercihleri⁸¹⁴ veya hastalıkları öğrenilmektedir⁸¹⁵. Yine bu yolla, işçilerin ifade

⁸¹⁰ Savaş, s. 97-99; Yüksel, Mahremiyet, s. 210-211; Kaplan, s. 10; Şimşek, Konut, 92 vd. İnternet ve e-posta kullanımının gözetlenmesi hakkında bkz. Okur, Gözetleme, s. 168 vd. ; H. Özdemir s. 238 vd. İşyerinde kullanıma sunulan internet ve bilgisayar gibi teknolojik aletler bir taraftan işçiler arasındaki iletişimi kolaylaştırırken, diğer yandan da internetin sunmuş olduğu öğrenme olanakları çalışanın bilgi edinmesini ve işçilerin daha yaratıcı bireyler olmasını sağlamaktadır (Örücü ve Yıldız, s. 99-100).

Yargıtay 9. HD, 13.12.2010, E. 2009/39671, K. 2010/37399, “İşçinin mesai saatlerinde iddia oyunu için düzenlenmiş internet sitelerine girecek kadar iddia isimli futbol bahis oyununa düşkün olduğu, müşterilerle bazen arşivde bu oyunu oynadıktan, şube müdürü konumundaki görevinin önemi ve ağırlığı tartışılmaz olan davacıyı ihtiyaç olduğunda ilçedeki iddia bayiine telefon ederek çağırdıklarının dahi olduğu, akşamları kasayı kapatmaya geç geldiği için çalışanların şubeden ayrılmadıkları göz ardı edilemez, işçinin açıklanan davranışları ile işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Belirtilen nedenler, haklı fesih sebebi oluşturmamaktadır. Ancak işçinin bu davranış şeklini sergilemesi iş akışını bozucu niteliktedir. Artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemez. Fesih geçerli nedene dayanmaktadır ve davanın reddi gerekmektedir” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 22. HD, 19.09.2011, E. 2011/133, K. 2011/836, “Davacının iş sözleşmesi, şirketin bilgisayarını mesai saatleri içinde kişisel maillerini göndermede kullandığı, işyeri çalışanlarına iş harici mailler gönderdiği, günlük çalışma süresinin büyük bir kısmını internette surf yaparak geçirdiği gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca feshedilmiş olduğundan savunma istenmesi gerekmez” (Sinerji Mevzuat).

⁸¹¹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101536> (Erişim. 08.04.2015).

⁸¹² AIHM Bilgi Notu. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Work_TUR.pdf (Erişim. 08.04.2015).

⁸¹³ Genetik test tipleri için bkz. Trudo Lemmens, “What about Your Genes?” Ethical, Legal, and Policy Dimensions of Genetics in the Workplace”, **Politics and the Life Sciences**, Mar. 1997, Volume: 16, No: 1, s. 59 vd.

⁸¹⁴ Bkz. 27 Eylül 1999 tarihli Smith ve Grady-Birleşik Krallık Kararı (LGBT Davaları, s. 19-20). Aynı yönde bkz. **Collins**, s. 625.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58408> (Erişim. 09.05.2015).

özgürlüğü kapsamında koruma altında olan ifade ve davranışları, günlük alışkanlıkları, psikolojik ve fiziksel tepkileri kayıt altına alınmaktadır⁸¹⁶. Dahası işyerlerinde, işin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluk olmadığı halde kullanılan tek tip kıyafetler, üniformalar ya da çalışanların kalp atışı ya da vücut ısısı gibi değerlerini ölçebilen akıllı giysiler (smart clothing) de işçilere ait verilerin takibi için kullanılabilir⁸¹⁷.

Görüldüğü üzere, işyerinde işin niteliğinden kaynaklanan bir neden olmaksızın yapılan tüm bu testler ve kayıtlarla işçinin kişilik hakları ihlal edilmekte ve işçi, tıbbi muayene, grafolojik raporlar, psikolojik uyum testleri vb. ile denetim altına alınmakta ve bu durum işçinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline neden olmaktadır⁸¹⁸.

⁸¹⁵ İşe almada, işin devamında ya da işten çıkarmada işyeri uygulaması haline gelen genetik testler veya diğer testler çalışanın bireysel özgürlüklerin özüne zarar vermesinin yanında bir takım etik sorunlar da doğurmaktadır, işyerinde işçinin sosyal yaşamına ve kendini işyerine ait hissederek işyeri ile bütünleşmesine de zarar vermektedir. Hâlbuki işyeri uygulamalarının amacının, işçinin sosyal yaşamını, haklarını ortadan kaldırmaktan ziyade, istihdamı destekleyici olması, ancak bu yapılırken işyeri menfaatlerinin de gözetilmesi gerekmektedir. Ayrıca işçi ve işveren menfaatleri arasında ölçülük ilkesi gözetilirken, ayrımcı uygulama oluşturacak davranışlardan da kaçınılmalıdır (Lemmens, s. 58).

⁸¹⁶ Aydemir, s. 55. Ayrıca bkz. Palmer, s. 188 vd.; Rehbinder, s. 747-749; Lemmens, s. 58 vd.

⁸¹⁷ Aydemir, s.63. Ayrıca bkz. 03.10.2013 tarihli I.B.-Yunanistan Kararı

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127055>) (Erişim. 09.05.2015).

⁸¹⁸ İşyerinde yapılan uyuşturucu ve alkol testleri, işçinin kişilik hakları ve özel hayatına müdahale anlamı taşısa da, kamu yararı ve kamu güvenliğinin ön planda olduğu işyerlerinde bu tip testlere izin verilmesi gerektiği genel olarak kabul görmekte, kamu yararı bireyin bireysel hak ve özgürlüklerine tercih edilmektedir. İşyerlerinde yapılan uyuşturucu ve alkol testlerinin işveren açısından önceliğini işçinin işyeri etkinliğinin (performans) azalmasının önlenmesi ve işyeri güvenliğinin sağlanması oluşturmaktadır. Ancak bu testlerin insan sağlığı ve güvenliği açısından risk taşıyan işlerde kamusal yönü de bulunmakta ve uçak, gemi, metro, tren gibi toplu ulaşım araçlarını kullananlar, bu araçların sinyalizasyon sistemleri ile ilgili çalışanlar, nükleer santral gibi yüksek risk içeren alanlarda çalışanların yapmış oldukları işler açısından -ki bu çalışama alanlarını eğitim, inşaat, sağlık gibi alanlara yaymak mümkündür- işverenin önceliklerinden ziyade kamu sağlığı ve kamu güvenliği söz konusu olmaktadır. Yine bu çalışanların uyuşturucu ya da alkol nedeniyle neden olabilecekleri kaza ve zararların hem ülke ekonomisine hem de sosyal güvenlik kurumlarına ek maliyetler yüklediği belirtilerek özellikle kamu yararını doğrudan ilgilendiren işlerde uyuşturucu ve alkol kullanımının doğuracağı zararlar nedeniyle, işyerinde uyuşturucu ve alkol testlerinin yapılabilirliği ileri sürülmektedir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi (the United States Supreme Court) kamu güvenliğini ilgilendiren durumlarda uyuşturucu testlerinin yapılabilirliğine, bu durumun anayasasal haklara aykırı olmadığına karar vermiştir (Debra R. Comer, "A Case Against Workplace Drug Testing", **Organization Science**, Volume: 5, No: 2, May 1994, pp. 259-262).

Söz konusu mahkeme kararları için bkz. Skinner v. Railway Labor Executives' Association (1989) (No. 87-1555) <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/489/602> (Erişim. 01.04.2015).

Bkz. National Treasury Employee Union v. Von Raab (1989) (No. 86-1879).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/656/case.html> (Erişim. 01.04.2015).

4857 sayılı İş Kanunu açısından işçinin ya da işverenin işyerine alkol ve uyuşturucu madde kullanarak gelmesi veya işyerinde alkol ve uyuşturucu kullanması hem işveren hem de işçi açısından iş akdini hakli sebeple fesih nedeni oluşturmaktadır (İş K. m. 24-25). İş Kanunu'nun içki veya uyuşturucu

Türk hukuku açısından, işyerinde işçinin beden bütünlüğüne dokunulması anlamına gelecek testler konusunda sorun bulunmaktadır. Zira işyerinde yapılan “*beden muayenesi*” ve “*vücuttan örnek alma*” vücut bütünlüğüne (*bedene*) müdahaledir. Bireyin vücut bütünlüğü ise anayasal koruma altındadır. Anayasa’nın 17. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*” (AY m. 17/2). Buna göre, kişinin vücut bütünlüğüne ancak tıbbî zorunluluk gerektiren hallerde ve kanunla öngörülen durumlarda müdahale edilebilmesi söz konusudur. Türk iş hukukunda beden muayenesinin yapılabilmesi ve vücuttan örnek alınabilmesi konusunda herhangi bir yasal düzenleme mevcut olmasa da, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. ve 76. maddelerinde bu konuya ilişkin şartlar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre koruma tedbiri niteliği taşıyan beden muayenesinin “*cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından*” (CMK m. 75) talep edilmesi mümkündür⁸¹⁹. Görüldüğü üzere, beden muayenesi yapılmasını talep edebilecek kişiler arasında işveren bulunmamaktadır.

Bu söylenenler ışığında, bizce beden bütünlüğüne yönelik bir eylem olması nedeniyle, işyerinde yapılacak test ve incelemelere ilişkin yasal bir düzenlemeye yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu test ve incelemeler yapılırken iş hukukunun genel prensiplerinin gözetilmesi, tüm çalışanlar açısından eşitlik ilkesinin (İş K m. 5 ve AY m. 10) sağlanması ve işçinin yazılı muvafakatinin alınması da önem taşımaktadır. Bunun yanında işyerinde yapılacak düzenlemeler ile işçinin beden bütünlüğüne yönelik işlemler ve bunların iş ilişkisindeki sonuçları, varsa işin niteliğinden kaynaklanan riskler ve bu riskler nedeniyle tabi tutulması gereken testler hakkında bilgilendirilmesi⁸²⁰, işçi açısından hukuki öngörülebilirliğin sağlanması da işçinin kişilik haklarının korunması için aranan koşullardan olmalıdır.

madde kullanma yasağını açıkça düzenleyen 84. maddesi ise 6331 sayılı Kanun’un 37. maddesi ile mülğadır (RG. 30.06.2012-28339).

⁸¹⁹ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, Cilt: LXX, Sayı: 1, s. 20 vd. Ayrıca bkz. Mahmutoglu, s. 1 vd.

⁸²⁰ 05.12.2013 tarihli Vilnes ve Diğerleri-Norveç (AİHM Bilgi Notu-3).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-138597> (Erişim. 19.04.2015).

cc. Türk Hukukunda İşyerinde Özel Amaçlı Bilgisayar, İnternet, Telefon vs. Kullanımının Hukuksal Niteliği

Türk Hukuku açısından işçinin işyerinde özel amaçlı telefon, bilgisayar ve internet kullanımının hukuksal sınırlarını belirleyen herhangi bir yasal düzenlemenin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle işçinin işyerinde telefon, bilgisayar ve internet kullanımını genel hükümler çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. İşçinin işyerinde telefon, bilgisayar ve internet vs. kullanımı hukukumuzda genellikle işverenin gözetim ve yönetim hakkı, özel hayatın gizliliği ya da kişilik hakları ve Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme hürriyeti açısından ele alınmaktadır. Ayrıca konunun hukuk devleti ilkesi (AY m. 2), insan onuru (AY Başlangıç 6. Paragraf), din ve vicdan özgürlüğü ile düşünce ve ifade özgürlüğü (AY m. 24/3), çalışma hakkı (AY m. 48 vd.), konut dokunulmazlığı (AY m. 21) ve bilim ve sanat hürriyeti (AY m. 27) gibi temel haklarla da bağlantısı bulunmaktadır⁸²¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 25.06.1997 tarihli Halford-Birleşik Krallık Kararı'nda⁸²², çalışanın işyerinde (ofisinde) yaptığı telefon görüşmelerinin tespitini özel hayata saygının ihlali olarak değerlendirmiştir⁸²³. Bu nedenle, mesai saatlerinde iş ya da cep telefonu ile yapılan özel görüşmelerin de ifade özgürlüğü kapsamında sınırlarının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Günümüzde oldukça yaygın bir şekilde kullanılan cep telefonu ve akıllı telefonlar aracılığıyla yapılan sesli, görüntülü, elektronik ya da yazılı görüşmeler iş ilişkilerinde giderek artmaktadır⁸²⁴. Bir iş akdinde işçinin belirli bir süre ve ücret karşılığı çalışması, emeğini işverene sunması ve bu çalışmayı işverenin emir ve talimatları doğrultusunda yapması gerektiği gözetildiğinde, bağımlı çalışılan saatlerde işçinin işverenin denetim ve gözetimi altında olacağı açıktır⁸²⁵. İşçinin üstlendiği işi yerine getirme borcu bulunmakta ve bu borç işin özenle görülmesini de gerektirmektedir. Bu nedenle işçi, işin ifası için tüm dikkat ve özenini, mesleki

⁸²¹ Savaş, s. 115; Ertürk, Temel Hak, s. 96; Şimşek, Konut, s. 90.

⁸²² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58039> (Erişim. 15.11.2014).

⁸²³ AİHM Bilgi Notu-4. Aynı yönde bkz. Palmer, s. 188 vd.

⁸²⁴ İşyerinde sosyal medya kullanımı nedeniyle yapılan işten çıkarmalar giderek artmakta ve bu şekilde işyerinde işçinin ifade özgürlüğü zedelenmektedir (Wragg, s. 1).

⁸²⁵ Sosyal medyanın kullanımı her ne kadar modern hayatın bir gereği olarak ortaya çıksa da, sosyal medyanın işyerinde yaygın şekilde kullanımı işçilerin performanslarına zarar vererek işverenin zararına yol açmaktadır (Wragg, s. 3-4).

bilgisini ve bedeni kabiliyetlerini eksiksiz şekilde kullanmak ve işverenin menfaatlerini korumak zorundadır. İşçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği tüm bu yükümlülükler, işçinin işin ifası süresince iş görme borcu ile bağdaşmayan tüm davranışlardan kaçınmasını gerektirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, işçinin işyerinde özel amaçlı telefon, internet, e-posta ya da SMS (Short Message Service) kullanımı işçi davranışlarından kaynaklanan bir haklı sebeple fesih nedeni oluşturmaktadır⁸²⁶. Ancak bu davranışların mutlak bir fesih nedeni olarak sayılması mümkün olmayıp, fesih nedenlerinin somut olay açısından değerlendirilmesi zorunludur. Çünkü bu gibi işçi davranışları için objektif bir ölçü belirlenmesi mümkün olmadığı gibi, işyerinde işçinin hareket serbestisini ve temel haklarını ortadan kaldırıcı, ahlâk, iyiniyet ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde haklı sebeple fesih hakkının işverene mutlak olarak tanınması da mümkün değildir. Bu nedenle, işyerinde internet, telefon, e-posta ya da SMS gibi özel amaçlı kullanımların işçinin iş akdi ile üstlendiği özen ve iş görme borcuna aykırılık teşkil edip etmediği her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir⁸²⁷. Bu kapsamda işçinin işyerinde

⁸²⁶ **Yargıtay 9. HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294** “İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebilir. Özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sistemi kullanımı sınırsız kullanımına meşru değildir. İşçiye interneti özel amaçlı kullanımı sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart değildir. Bu yönde izin örtülü olarak da verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir. İşçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtar gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir. Acil durumlarda ve işine ilişkin sebepler gibi meşru bir neden yoksa işçinin mesai saatleri içinde özel telefon görüşmesi yapması geçerli fesih nedeni kabul edilebilir. Özel telefon görüşmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshi için bu konudaki yasağın daha önce işçiye bildirilmiş olması veya önceden ihtar verilmesi şarttır” (Sinerji Mevzuat).

⁸²⁷ Vahap Ünlü, “Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir mi?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 22, Haziran 2011, s. 210 vd.

Yargıtay 9. HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393 “Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işi yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır” (Kazancı).

bilgisayar ve internet kullanımının öncelikle “özel amaçlı” bir kullanım olması gereklidir⁸²⁸. Ancak bu kullanımlar iş ilişkileri açısından yeni hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olmakta ve işverenin denetim ve gözetiminin sınırlarının belirlenmesini oldukça zorlaştırmaktadır⁸²⁹.

İşverenin, yönetim ve denetim hakkı kapsamında işyerinde bilgisayar ve internet kullanımına dair bir takım düzenlemeler getirmesi mümkün olup, özellikle işverence sağlanan araç ve gereçlerin kullanımının belirlenmesi de bu düzenleme dâhilinde değerlendirilebilir. Bu nedenle işveren, özel amaçlı telefon, bilgisayar ve internet kullanımını belirleme hakkına sahiptir. Ancak işyerinde özel amaçlı kullanıma dair herhangi bir sınırlama ya da yasak olmasa bile, işçinin iş saatleri içinde işverenin işyerine ait araç ve gereçleri iş amacı dışında kullanması mümkün değildir⁸³⁰.

İşyerinde özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa bile, telefon, bilgisayar ve internetin genel yükümlülöklere ve dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması gerekli olup, işyerinde kişisel kullanım için verilen isim ya da şifrelerin diğer kişilerle paylaşılması, virüs içeren e-postaların kasıtlı gönderilmesi, şirket verilerinin işyerinde ya da internette paylaşılması, işveren ya da diğer çalışanlar hakkında gerçeğe aykırı, şeref ve haysiyeti zedeleyici beyanlarda bulunulması, pornografik içerikli söz ya da yayın yapılması gibi davranışlarda bulunulması mümkün olmayıp⁸³¹, bu gibi davranışların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

⁸²⁸ Zeki Okur, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi”, **Kamu-İş**, Cilt: 8, Sayı: 2, 2005, s. 50-51. Ek olarak bkz. Özücü ve Yıldız, s. 99 vd.

Yargıtay 22. HD, 02.07.2014, E. 2014/12560, K. 2014/21257 “...bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin yurt dışı kaynaklı internet sitelerinde bahis oynadığı, ortalama net maaşının üzerinde olan tutarlarda ödemeler yaptığı sabittir. İşçinin eylemlerinin işverende meydana getirdiği etki göz önüne alındığında işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden iş sözleşmesinin feshinin haklı sebep ağırlığında kabul edilmese dahi geçerli sebebe dayandığı...” (Sinerji Mevzuat).

⁸²⁹ **Okur**, İnternet, s. 47-48.

Yargıtay 4. HD, 31.10.2000, E. 2000/6487, K. 2000/9467 “Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görölmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yasama ve hatta son derece gizli kalması gereken yaşamın gizliliğine saldırı teşkil eder. Kişi toplum tarafından tanınan bilinen anonim bir kişi olsa dahi, özel yaşam hiçbir şekilde açıklanamaz. Hatta hiç kimsenin telefonu da dinlenemez. Davalı telefonu dinlememiş olsa dahi, ele geçen kaseti dinletip, kopyasını dağıtmış olması, aynı sonucu doğurur ve kişinin gizli alanına saldırıdır. Bu bakımdan davalının eylemi ağır kusuru oluşturur” (Sinerji Mevzuat).

⁸³⁰ **Okur**, İnternet, s. 52-53.

⁸³¹ **Okur**, İnternet, s. 63-64.

dd. İşyerinde Yapılan Gözetlemelerin Neticeleri

Teknolojik gelişmelerle birlikte işçinin işyerinde ya da işyeri dışında gözetlenebilmesi imkân ve ihtimallerinin artması, işçiyi mesleki geleceğini ve kariyerini koruma güdüsü ile zorla itaat eden, düşünce ve kanaatlerini özgürce beyan edemeyen bir kimliğe büründürmektedir. Ayrıca yapılan izleme ve gözetleme neticesinde bir işçi hakkında elde edilen bazı veriler, işçiler arasında eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlaline de neden olabilmektedir⁸³². Öte yandan işyerinde yapılan izleme ya da gözlemler sayesinde işçiler arasında çalışma ortamını bozabilecek veya herhangi bir yasal yaptırımı gerektirebilecek cinsel ya da psikolojik taciz oluşturan ya da bir diğer işçinin ifade özgürlüğünü ihlal eden ırkçı, ayrımcı, aşağılayıcı vs. davranışları engellendiği de ileri sürülmektedir⁸³³. Ancak bizce, işyerinde olsun ya da olmasın, işçinin teknolojik gelişmeler aracılığıyla gözetlenmesi

Yargıtay 9. HD, 28.05.2013, E. 2011/16044, K. 2013/16158 “Davacının işyerindeki bilgisayardan başka bir şirketin çalışanı ile yaptığı MSN yazışmalarında şirket ortakları ve çalışan kadın işçiler hakkında hakaret ve cinsel içerikli yazışmalar barındıran ifadeler kullandığı, bu hususun tutanak ile tespit edilip ertesi gün savunması istenmesine rağmen davacının savunma vermediği ve iş sözleşmesinin bu olay nedeni ile işverence 06/03/2009 tarihli Noter ihtarnamesi ile sona erdirildiği, davacının eylemlerinin işverene haklı fesih imkanı tanıyacak nitelikte olduğu göz önüne alındığında işverence gerçekleştirilen feshin haklı olması...” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 7. HD, 11.07.2014 E. 2014/8175, K. 2014/16160 “Davacı davalı işyerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışmıştır. 28/03/2012 tarihinde görevini savsaklayarak telefonla konuştuğu tespit edilmiştir. Aynı nitelikte daha öncede tutanak tutulmuştur. Bu tutanaklarda da sürekli telefonla konuştuğu, görev saatinde internete girdiği ve böylece iş yeri güvenliğini tehlikeye düşürdüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle yapılan davalı feshi haklıdır” (Sinerji Mevzuat).

⁸³² Aydemir, s. Eşitlik ilkesi, toplumda ya da çalışma hayatında dezavantajlı olan kadın, çocuk, engelli, farklı cinsel kimlik ya da dini azınlık mensubu kişi ya da gruplar açısından önem taşımakta olup, Türkiye’nin dezavantajlı gruplar başta olmak üzere tüm çalışanlara iş ilişkilerinde eşitlik ilkesinin sağlanacağı konusunda BM, ILO ya da Avrupa Konseyi gibi pek çok uluslararası kurum ve kuruluşlar nezdinde hukuksal taahhütleri bulunmaktadır (Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, s. 22-23).

⁸³³ **Aydemir**, s. 80-81. **Yargıtay 9. HD, 14.03.2008, E. 2008/3122, K. 2008/4922** “Çağdaş iş hukuku bir taraftan uluslararası sözleşmeler, diğer taraftan Avrupa normları işçinin huzur içerisinde işini görmesi, emeğinin karşılığını alması, çalışma ilişkisinin, karşılıklı güvene dayanan tam bir uyum içerisinde olmasını amaçlamıştır.

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) çağdaş hukukun son zamanlarda mahkeme kararlarında ve öğretide dile getirdiği bir hukuki kurumdur. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasden güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. (BAG, 15.01.1997, NZA. 1997) Görüleceği üzere işçi bir taraftan diğer işçiye, diğer taraftan işverene karşı korunmaktadır. İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığını tartışmasız kabulünü doğurur.

Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Emare işte bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alındığında verilecek sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır. (Üstündağ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku B.6, İstanbul 1997; sh.622*)” (Sinerji Mevzuat).

ve denetlenmesi, işverenin işçiyi kontrol araçlarından birini oluşturmakta ve işveren çalışanlarını işyerinde ya da dışında takip ederek, işçinin ifade özgürlüğü ve düşünce özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, özel hayatın korunması gibi temel haklarını ortadan kaldırarak, onu kendi menfaati doğrultusunda kontrol altına almakta, denetlemekte ve kendini ifade edemez hale getirmektedir⁸³⁴. Bu noktada işçi üzerinde gerçekleşen teknolojik denetim bir baskı ve ihlal aracına dönüşmekte, herhangi bir yaptırımda bulunmasa bile işverenin işçinin düşünce ve ifadeleri üzerinde fazladan denetim yapmasına ve işçinin düşüncelerini özgürce açıklamasından kaçınmasına neden olmaktadır. Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesi dikkate alındığında, bir temel hak ve özgürlüğün sadece başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlanabilmesi mümkündür. Bu nedenle, işyerinde işyerinde işçilerin gizlice dinlenmesi ve gözetlenmesi, mektup, SMS, e-posta gibi özel kayıtlarının okunması, ses ve görüntülerinin kaydedilmesi, kişisel verilerinin izni ve bilgisi dışında açıklanması,

⁸³⁴ **Yargıtay 9. HD, 12.04.2010, E. 2009/18377, K. 2010/10115** “...Davacının tanık anlatımlarına göre yaklaşık bir yıl önce bir işçi tarafından ve telefonuna alınan 3 dakikalık görüntülerde müzik eşliğinde oynaması ve müzik dinlemesi davranışının haklı neden niteliğinde olmadığını değerlendirme yerinde olup, ancak bu davranışın geçerli fesih nedeni olabileceği, davalı işveren tarafından davacı hakkında işyerindeki tutum ve davranışı nedeniyle bir tutanak tutulmadığı, bir disiplin soruşturması açılmadığı, davacının yazılı bir savunmasının alınmadığı ve davacıya bir fesih ihbarı tebliğ edilmediği feshin bu nedene geçerli neden dayanmadığı gerekçesi hatalı ise de, olayı cep telefonuna çeken ve işyerinden ayrılan işçinin bu olayı işverene haberdar etmesinden sonra fesih yoluna başvurulduğu, davanın bu davranışının müşteri veya hasta yakını tarafından şikâyet konusu edilmediği, işyerinde olumsuzluklara yer açığının kanıtlanmadığı, bu nedenle feshin geçerli nedene de dayanmadığı anlaşıldığından sonuç itibarı ile doğru olan kararın bu gerekçe ile onanmasına...” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 7. HD, 28.05.2014, E. 2014/7037, K. 2014/11543 “...işverence, davacının şifreli bilgisayardan nöbet listesini alması, hastanede kullanılan bir takım malzemeleri facebook sayfasında yayınlaması sebebiyle yapılan feshin haklı nedenle olduğu savunulmuşsa da davacının gizliliği olmayan nöbet listesini alması, haklı olduğunu düşündüğü bir konuda internet ortamında Facebook sayfasından yayın yapmasının haklı fesih gerekçesi olmadığı gibi geçerli fesih nedeni de sayılmayacağı...” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 9. HD, 27.05.2010, E. 2008/26934, K. 2010/14752 “...davacının iş sözleşmesi mesai saatleri içinde sürekli MSN ile işi ile ilgili olmayan görüşmeler yaptığı ve böylece işini aksattığı için feshedilmiştir. Davalı bunu kanıtlamak için davacının bilgisayar kayıtlarını sunmuş ve mahkeme bu kanıtı değerlendirerek feshin haklı olduğuna hükmetmiştir. Ancak yapılan chatleşmelerin işin görülme düzeyini ne derece bozduğu, davacının işini ne kadar aksattığı ve bunun geçerli neden veya haklı neden ağırlığında olup olmadığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmeden eksik inceleme ile kıdem, ihbar tazminatının reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 9. HD, 05.04.2007, E. 2006/23685, K. 2007/9601 “...davalıya ait işyerinde çalışan ve bayan olan davacının çalıştığı yerdeki ve davacının da kullandığı bilgisayardan vali muavini ile chatleştiği ve bilgisayar vasıtasıyla vali muavinine kadının güzelliğini ortaya koyacak pozların gönderildiği izlenimi uyandırmaktadır. Bu chatleşmenin işverene ait bilgisayarda davacı tarafından yapılıp yapılmadığı kadın fotoğraflarının davacıya ait olup olmadığı ve davacı tarafından gönderilip gönderilmediği etraflıca araştırılıp belirlenmeden davanın kabulü hatalıdır” (Sinerji Mevzuat).

yayınlanması gibi davranışlar işçinin kendini ifade özgürlüğüne ve kişilik haklarını müdahale anlamı taşımaktadır. Ancak işçinin bilgisi dâhilinde ya da işyeri gereklerinden kaynaklanan bazı müdahalelerin olabileceği, bunun sınırını da ifade özgürlüğüne müdahale sınırları ile diğer yasal sınırların oluşturacağı kuşkusuzdur.

İşçinin, yaptığı işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle işyerinden verilen araba, telefon ya da bilgisayar gibi bazı teknik araçlarla iş yaşamı dışında izlenmesi ya da gözetlenmesi ve böylece davranışlarının kontrol altına alınması da mümkündür. Bu kapsamda futbolcu ya da manken gibi fiziksel özelliklerini korumak için özel yaşamlarına ihtimam göstermesi beklenen bazı işçilerin özel hayatlarının işverence sınırlandırılması mümkündür. Çünkü bu tip iş gruplarında çalışanın özel yaşamı onun iş hayatını doğrudan etkileyebilmektedir. Ayrıca herhangi bir teknik araç verilmesi de, internet kullanımının yaygınlaşması ve özellikle cep telefonları ile internete ulaşmanın kolaylaşması bireylerin her türlü bilgiyi herhangi bir kısıtlama olmaksızın paylaşabilmelerini mümkün hale getirmektedir. İşçilerin bilgi paylaşımı amacıyla kullandıkları facebook, twitter, instagram gibi sosyal paylaşım araçları, bloglar ve web sayfaları işveren tarafından da takip edilebilmekte ve işçilerin özel hayatlarında ve ifade özgürlüğü kapsamında yaptıkları bilgi paylaşımları denetlenebilmektedir. Ayrıca, devlet uygulamalarının dijital ortama aktarma çalışmaları nedeniyle ülkemizde kullanımı giderek yaygınlaşan e-devlet sistemi de bir taraftan günlük yaşantının kolaylaşmasını sağlarken, diğer taraftan da işçilerin kişisel verilerine ulaşmayı kolaylaştırmaktadır⁸³⁵.

5. İşçinin Yönetime Katılma Hakkı

Çağdaş iş hukukunda, işyeri demokrasisinin bir gereği olarak, işçilerin çalıştıkları iş yerlerinde işyerinin ya da işletmenin yönetimine katılmaları gerektiği kabul edilmektedir. İşçi sıfatlarını koruyarak ve yasa ve toplu iş sözleşmesi sınırları içinde kalmak koşuluyla, işçilerin işyerinde yönetime katılmaları, onların kendi ekonomik ve sosyal durumlarını etkileyecek konularda bilgi sahibi olmalarını, kararların alınma ve uygulanma sürecine katılımlarını, işçilerin doğrudan ya da

⁸³⁵ Aydemir, s. 66-69. Kişisel verilerin gizliliğinin ihlali halinde cezai yaptırımları için bkz. Esat Şen, “Kişisel Verilerin Kamu Otoritesine Verilmesi: Sağlıkta Fişleme”, **Yargı Dünyası**, Sayı: 205, 2013, s. 11 vd.(E. Şen).

temsilcileri aracılığıyla düşüncelerini ifade etmelerini mümkün kılmaktadır. İşçilere tanınan yönetime katılma ve işyeri uygulamalarına yönelik fikir ve görüşlerini ifade etme hakkı, bir taraftan demokratik ilkelerin çalışma ilişkilerinde yayılmasını sağlarken, diğer taraftan da işçiler arasında dayanışma ve işbirliği bilincini geliştirmekte ve çalışma barışının kurulmasını kolaylaştırmaktadır. İşçinin yönetime katılması ayrıca işverenin yönetim hakkını sınırsız kullanmasını engellemekte, işçinin kişilik ve onurunun korunmasını sağlamakta ve iş hukukunun amaçları doğrultusunda bir çalışma ortamı yaratmaktadır⁸³⁶.

6. İşçinin Kişiliğini Geliştirme Hakkı

Bireyin kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında genel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmekteyse⁸³⁷ de, işyerinde işçiye tanınan ifade özgürlüğü sadece işçinin Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarını korumamakta, bunun yanında işçinin kendini işyerinde özgürce ifade ederek, cinsel kimlik, fiziksel görünüm, söz ya da farklı bir ifade aracı ile de kendini geliştirmesini ve gerçekleştirmesini sağlamaktadır. Bu düşünceden hareketle, işçinin işyerinde ifade özgürlüğü ile işçinin kendini geliştirme ve gerçekleştirme hakkı arasında yakın bir ilişki bulunduğunu söylemek mümkündür⁸³⁸. Çünkü işçinin işyerindeki demokratik katılımının sağlanması için, ifade özgürlüğünün engellenmemesi ve hukuka aykırı şekilde disiplin sağlamak üzere sınırlanmaması gerekmektedir. İşyerindeki demokratik katılım hakkı, işçilerin bir yandan sosyal bir yaşam alanı olan işyerinde işçilerin kendi gibi düşünenlerle bir araya gelmesini sağlarken, diğer yandan da işçilerin, hem işyerinde hem de dışarıda kişisel gelişimlerini sağlayacak bilgi ve düşünceleri öğrenmelerine olanak vermektedir. Bu durum, işçilerin işyerindeki

⁸³⁶ Süzek, s. 47-49. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 22 ve 75 vd.; Balkır, s. 197 vd.; Işıklı, s. 6; Ertürk, Temel Hak, s. 94-96; Aktay ve Diğerleri, s. 10-12; Günay, C. 1, s. 59.; B. Douglas Skelley, "Workplace Democracy And Od: Philosophical and Practical Connections", **Public Administration Quarterly**, Summer 1989, Volume: 13, No: 2, s. 177 vd.

⁸³⁷ Arslan Öncü, Saygı, s. 307.

⁸³⁸ İşçinin kendini geliştirme hakkı, çalışanın işyerinde demokratik katılımı için gereklidir (Wragg, s. 9).

kişisel özerkliği ve kendini gerçekleştirme, geliştirmesi, ifade etmesi ve kendi bakış açısını diğer çalışanlara sunması için önem taşımaktadır⁸³⁹.

B. İşçinin İşverene Karşı Borçları

1. Sadakat ve Özen Borcu

İş akdinin kurulması ile birlikte doğan sadakat borcu (TBK m. 396), işçinin işverenin çıkarlarını koruma ve gözetmeyi gerektirmektedir⁸⁴⁰. Bu nedenle, işçinin sadakat borcu sadece işyerinde değil, işyeri dışında da uyulması gereken bir borçtur⁸⁴¹. İşçinin iş dışında da işverenin çıkarlarını koruması ve gözetmesi, işverene ve işyerine zarar verici davranışlardan kaçınması⁸⁴² ve işin görülmesinde özenli davranması (özen borcu [TBK m. 400]) gerektirmektedir. Ancak işyerinde ifşa (whistleblowing) niteliği taşıyan beyanlar sadakat ve özen borcu kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bir iş ilişkisinde varlığı tereddütsüz olarak kabul edilen sadakat borcu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde açıkça düzenlenmiş, ancak sadakat borcuna dair açık bir tanım yapılmaktan kaçınılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesiyle bu kavram "haklı sebeple fesih imkânı taşıyan haller" kapsamında somut bir nitelik kazanmıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanun'un 396. maddesinde

⁸³⁹ Pearson, s. 437 vd.

⁸⁴⁰ Yargıtay HGK, 25.12.2013, E. 2013/13-412, K. 2013/1708 (Sinerji Mevzuat).

⁸⁴¹ Demir ve Demir, s. 2. Ayrıca bkz. Rehbindir, s. 750 vd.

23.09.2010 tarihli Schüth-Almanya Kararı'nda AİHM, başvurunun iş akdini imzalamakla Katolik kilisesine karşı özel hayatına saygı hakkını belli bir derece sınırlandıran bir sadakat yükümlülüğü altında olacağına, ancak bu imzanın eşinden ayrılma veya boşanma durumunda cinsel ilişkiye girmeden yaşama konusunda kesin bir şahsi sorumluluk alma olarak yorumlanamayacağına karar vermiştir. Ancak AİHM'nin bu kararını mutlak olarak işçinin özel hayatına saygının sınırlandırılması olarak değerlendirmek mümkün olmayıp, burada, işçinin kilise görevlisi olmasından yani işin niteliğinden kaynaklanan özel bir durumu mevcuttur. Nitekim AİHM, 19.10.2010 tarihli Özpar-Türkiye Kararı'nda, devletin bazı kamu görevlilerine ve yargıçlara giyim şekli konusunda sınırlamalar getirilebileceğini kabul etse de, bu kişilerin de özel hayatlarının korunması gerektiğini, herhangi bir vatandaşa getirilemeyecek sınırlar konulamayacağını kabul etmiştir.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119607> (Erişim. 01.05.2015).

⁸⁴² Demir ve Demir, s. 9. Ayrıca bkz. Kazım Yücel Dönmez, **İşçinin Borçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 161 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 93 vd.; Günay, C. 2, s. 1573-1574. Özen borcu işçinin işgörme ediminden doğan bir yan borçtur (Recep Makas, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, Cilt: XVI, Sayı: 4, s. 150).

sadakat borcunun özel görünüm şekillerini oluşturan rekabet etmeme ve sır saklama borçlarına da yer verilmiştir⁸⁴³.

İşçinin sadakat ve özen borcu, sadece işçinin kendi söz ve davranışları ile işverene zarar vermemesi ile sınırlı bulunmamaktadır. İşçi, işin görülmesi sırasında saptadığı, işyerine zarar verici tehlike ve arızaları da bildirmek zorundadır⁸⁴⁴. Bu bildirim zorunluluğu aynı zamanda zarar verici nitelik taşıyan her tür söz ve beyanları da kapsamaktadır.

Sadakat ve özen borcu gereği, işçinin iş görme borcu kapsamında bulunan işyerinde mevcut çalışma koşullarına, işverenin hukuka aykırılık taşımayan talimatlarına ve iş hukukunun emredici kurallarına uymak zorundadır. İşçi, iş görme borcunu yerine getirirken, kusuru ile işverene vermiş olduğu zararlardan sorumludur. İşçinin sadakat ve özen borcuna aykırılık teşkil eden davranışları haklı sebeple fesih (İş K. m. 25/II) nedeni kabul edilmektedir⁸⁴⁵. Ayrıca, sadakat ve özen borcunun yerine getirilmesinde, diğer borç ilişkilerinde de olduğu üzere, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) geçerli olup, işçinin dürüstlük kuralına uygun davranması beklenmektedir⁸⁴⁶. Her ne kadar İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmese de, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, meslek sırlarını ifşa etmesi gibi davranışlar sadakat ve özen borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle İş Kanunu'nun 25/II-b, c, d, ı hükümlerinin, dürüstlük kuralının İş Kanunu'ndaki yansımaları olduğunu söylemek mümkündür⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Alp, s. 115-116. Ayrıca bkz. H. Özdemir, s. 253 vd.; Makas, s. 150 vd.

⁸⁴⁴ Demir ve Demir, s. 10.

⁸⁴⁵ Çelik, s. 136-139. Özen borcuna aykırılığın hukuki sonuçları için bkz. Makas, s. 161 vd.

⁸⁴⁶ **Yargıtay 9. HD, 16.03.2009, E. 2008/36337, K. 2009/6945** “*Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar*” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁴⁷ Gülsevil Alpagut, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, Mart 2012, s. 23. Ek bilgi için bkz. Arslan Ertürk, s. 18 vd. ; Aktay ve Diğerleri, s. 93-94; Günay, C. 2, s. 1573-1574; Sabahattin Yürekli, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2014, Cilt: LXXII, Sayı: 2, s. 542 vd. Sadakat borcunun sınırları için bkz. Alp, s. 121 vd. Demir ve Demir, s. 2-3; Arslan Ertürk, s. 217 vd. Tali bir borç olarak ortaya çıkan işçinin özen borcu, TMK m. 2/1’de öngörülen dürüstlük kuralının iş sözleşmesindeki yansımasıdır (Makas, s. 151).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 21.07.2011 tarihli Heinisch-Almanya Kararı'nda⁸⁴⁸ işçinin sadakat borcunun önemli bir rolü olduğunu kabul ederek, işçinin işverenin sırlarını ve ticari itibarını korumakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Ancak işçinin sadakat borcunun da bir sınırı bulunmaktadır. Yine aynı kararda Mahkeme, işverenin hukuka aykırı uygulamalarını açıklayan işçinin, ifşa hakkını kullanırken iyiniyetli ve ölçülü⁸⁴⁹ olması koşuluyla, ifade özgürlüğüne müdahale edilemeyeceğini, yapılan ifşanın sadakat borcunun ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Heinisch-Almanya Kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işçinin sadakat borcu ile kamu menfaati arasında bir denge oluşturmaya çalışmaktadır⁸⁵⁰. Mahkeme'nin vermiş olduğu karardan da açıkça anlaşıldığı üzere, işçinin sadakat borcunun⁸⁵¹ ifade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı bir şekilde yorumlanması mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işçinin sadakat ve özen borcu ve ifade özgürlüğü ile ilgili olarak 18.01.2000 tarihli R. Predo-Avusturya Kararı'nda⁸⁵², Avusturya Demiryolları Federal Şirketi'nde çalışan bir işçinin işvereni bildirilerle ve bir dergide yayınlanan bir açık mektupla eleştirmesine ilişkin olarak verilen disiplin cezasına dair başvuru için kabuledilmezlik kararı verirken, başvurusunun *"kamu yararına dayanan bir tartışmaya katılmamış olduğunu"* belirterek, müşterilerin gözünde işverenin ününe zarar verme tehlikesi olan ifadelerle, işverenin hizmetlerini açıkça ve sert bir şekilde eleştirmesi nedeniyle verilen disiplin cezasının demokratik bir toplumda gerekli ve güdülen yasal amaçla orantılı olduğunu kabul etmiştir⁸⁵³.

⁸⁴⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-105777> (Erişim. 09.06.2014). Kararın Türkçe özeti için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/pages/search.aspx?i=001-119493> (Erişim. 09.06.2014).

⁸⁴⁹ Ölçülülük ilkesi (proportionality) AIHM tarafından menfaatler arasında *"adil bir denge"* (fair balance) kurulması olarak anlaşılmaktadır (Aldabak, s. 92). Ayrıca bkz. Şahbaz, s. 216 vd.; Özkan, s. 35-36.

⁸⁵⁰ Alp, İfade, s. 413-419.

⁸⁵¹ Bir iş akdinde, işçinin işverenin ve işyerinin ekonomik, ticari ya da mesleki çıkarlarını koruması olarak ortaya çıkan sadakat borcu, işveren açısından işçinin kişiliğinin, ekonomik, ticari ya da mesleki menfaatlerinin korunmasını gerektirmekte, ayrıca bu koruma yükümü işveren açısından önleyici tedbirleri almayı da kapsamaktadır (Şen, s. 129). İşçi ve işveren arasında güven ilişkisinin önemi, sadakat borcunu bir iş ilişkisinin özünde mutlaka var olması gereken bir yan borç haline gerektirmektedir (Alp, s. 115).

⁸⁵² Kararın Fransızca metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-65499> (Erişim. 15.05.2015)

⁸⁵³ Tezcan, s. 59.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dini propaganda amacıyla görevini kötüye kullanmaktan dolayı görevine son verilen bir hâkimin yapmış olduğu başvuru için verdiği 08.02.2001 tarihli G. Pitkevich-Rusya Kabuledilmezlik Kararı'nda⁸⁵⁴ ise, göreve son verme eyleminin gerekçelerinin başvurucunun özel hayatında açıkladığı fikirlerine değil, mesleki faaliyetine dayandığını, göreve son vermenin başvurucunun kilise mensubu oluşuna ya da dini inançlarına dayanmadığını belirtmiştir⁸⁵⁵. Bunun dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 04.12.2000 tarihli De Diego Nafria-İspanya Kararı'nda⁸⁵⁶ İspanya Merkez Bankası'na ve bazı banka çalışanlarına yönelik hakaret içerir mektuplar yazılması gerekçesiyle yapılan bir işten çıkarma başvurusunu kabuledilebilir bulmuştur⁸⁵⁷.

2. Rekabet Etmeme Borcu

İş akdinin kurulması ile doğan sadakat borcu, işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetmesini gerektirirken, rekabet etmeme borcu ise işçinin işverene olan sadakat borcunun olumsuz yönünü oluşturmaktadır. Rekabet yasağı, işçinin işe alındığı andan işten çıkarılacağı ana kadar işverenle rekabet yapmamasını gerektirmektedir. Çünkü iş akdi devam ederken işverenle yapılacak bir rekabet, işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil eder⁸⁵⁸.

Fiil ehliyetine sahip olan bir işçinin, gerek iş akdinin devamı sırasında gerekse sona ermesinden sonra, işverene karşı rekabet içeren bir faaliyet göstermesini yasaklayan bir borç olan rekabet etmeme borcunun⁸⁵⁹ yani rekabet

⁸⁵⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-5726> (Erişim. 23.11.2014).

⁸⁵⁵ Tezcan, s. 62.

⁸⁵⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-64881> (Erişim. 23.11.2014). Kararın Fransızcası mevcut olup, İngilizce metin yayınlanmamıştır.

⁸⁵⁷ Tezcan, s. 60; Korkmaz, s. 189.

⁸⁵⁸ Yargıtay HGK, 25.12.2013, E. 2013/13-412, K. 2013/1708 (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 7. HD, 03.02.2015, E. 2014/20901, K. 2015/885 “Mahkemenin davacının, iş sözleşmesi devam ederken rekabet teşkil edebilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünü ihlal ederek sadakat borcuna aykırı davrandığı ve bu eylemin İş Kanununun 25/2. maddesine girdiği yönündeki tespiti yerindedir” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 22. HD, 15.12.2014, E. 2013/27493, K. 2014/35492 “Somut olayda tekstil işi ile iştigal eden davalı işveren yanında çalışan davacının, aynı işyerinde çalışan bir başka kişi tarafından kendisine gönderilen ve ürünlere ait bilgileri içeren elektronik postaları, tekstil işi ile uğraşan bir başka işyerinde çalışan kişiye gönderdiği, yine işyeri çalışmanı olmayan aynı kişiye ürün tasarımlarına ait resimleri gönderdiği sabittir. Davacının eylemleri, doğruluk ve bağlılığa uymayan nitelikte olup, işveren feshi haklı sebebe dayanmaktadır” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁵⁹ **Yargıtay 7. HD, 16.01.2014, E. 2013/15685, K. 2014/453** “Davacı şirket ile davalı B. Ö. arasında düzenlenen 03.07.2009 tarihli Rekabet ve Sır Saklama Yükümlülüğüne İlişkin İş Sözleşmesi Eki sözleşmesinin 3-b maddesinde; Personelin kendi isteği ile işten ayrılması durumunda ayrıldığı

yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması, yer, zaman ve işlerin türüne göre bir sınır içermesi gerekmektedir⁸⁶⁰. Buna göre, sözleşme ile öngörülen rekabet yasağına ilişkin hükümlerin hakkaniyet kuralları çerçevesinde ve işçinin ekonomik geleceğini yok eden ya da tamamen ortadan kaldıran hükümler içermemesi lazımdır (TBK m. 444). Ayrıca, sözleşmede rekabet yasağına dair bir cezai şart öngörülmesi halinde, işçinin bu cezayı ödeyerek rekabet yasağını kaldırması (TBK m. 446) da mümkündür⁸⁶¹.

tarihten itibaren 6 ay süre ile mevcut işkolunda şirketin işbirliği içerisinde olduğu yurt içi ve yurt dışında faaliyet gösteren işyerlerinde işveren tarafından üretilen veya üretilmesi planlanan mal ve/veya hizmetlerin tümünü, bazılarını veya birini üreten ve/veya muhasebe, pazarlama ve satışını faaliyet konusu yapan başka bir işverene ait işyerinde çalışmamayı, doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi kurmamayı kendisine ait veya ortak olacağı bir işyeri kurmamayı kabul ve taahhüt eder şeklinde hüküm mevcut olduğu görülmektedir.

Taraflar arasında imzalanan aynı tarihli iş sözleşmesinin 18. maddesinde de çalışan, hizmet ilişkisi sona erdikten sonra takip eden 1 yıl içerisinde kendi namına işveren ile rekabet edecek aynı işi yapamaz, aynı veya benzeri bir iş nezdinde iştirak eden kurum ve kuruluşta çalışamaz veya ortak yahut diğer bir sıfatla alakadar olamaz. Bu yükümlülüğe aykırı harekette bulunanlar bu muhalefet sebebi ile işverenin uğradığı bütün zararları tazmin ile mükelleftir. İşe giren, hizmet akdini imzalamakla rekabetten kaçınma yükümlülüğünü yerine getireceğini ve aykırı harekette bulunmanın sonuçlarını kabul ve taahhüt etmektedir şeklindeki düzenleme ile rekabet yükümlülüğünün 1 yıl olarak belirlendiği görülmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen rekabet yükümlülüğüne ilişkin sözleşmelerde yükümlülüğün başlangıç tarihi açıkça işçinin işten ayrıldığı tarihi olarak belirlenmiştir. Bu durumun tespiti karşısında Yargıtay H.G.K.nun 27.02.2013 ve 2012/9-854 E. 2013/292 K. sayılı kararında da kabul edildiği üzere davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığı kabule yeterli değildir. Zira, bu taahhüt iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır.

Gerek davalı işçinin açıklanan taahhüdünün kapsamı, gerek davalının davacıya ait işyerinden istifaen ayrılmış ve başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması ve gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 348. maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁶⁰ **Yargıtay HGK, 25.12.2013, E. 2013/13-412, K. 2013/1708** “İş görme ve sadakat borçlarının yerine getirilmesi sadece sözleşmenin yürürlüğü sırasında söz konusudur. Buna karşılık BK’nda düzenlenmiş olan rekabet etmeme borcu ise iş sözleşmesinden sonraki süre içinde yerine getirilir. Rekabet etmeme yükümüne ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması, iş ve süre ile sınırlandırılmış olması, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmaması ve işçinin reşit olması gerekir” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁶¹ Çelik, s. 146-148. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 545 vd. ; Demir ve Demir, s. 19 vd.; Dönmez, s. 205 vd. ; Aktay ve Diğerleri, s. 94-95. Rekabet yasağı sözleşmeleri için bkz. Atlan Kazan, s. 153 vd.; Fevzi Şahlanan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, 08-09 Haziran 2007, s. 71 vd. **Yargıtay 9. HD, 11.09.1990, E. 1990/10229, K. 1990/10393** “... Davacı tekstil işkolunda faaliyet gösteren davalıya ait işyerinde klima ve kazan işinde çalışmakta ve İsviçre’den getirilen klima tesisleri üzerinde uzmanlaşmış iken, işverenin bilgisi dışında aynı işkolunda faaliyette bulunan başka bir firmanın klima tesislerinin montaj işini yaptığı anlaşılmaktadır. TİS. hükmü uyarınca oluşan disiplin kurulunca davacının bu hareketi işverenin güvenini kötüye kullanmak, doğruluk ve bağlılığa uymayan

3. Sır Saklama Borcu

İşçinin, işyerine ve işverene ait olan ve herhangi bir yolla öğrendiği bilgileri üçüncü kişilere açıklamaması anlamına gelen sır saklama yükümlülüğü⁸⁶², iş hukukunda işçinin ifade özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturmaktadır. İşçinin sır saklama yükümlülüğü öncelikle işletme ile ilgili üretim ve iş sırlarını kapsamakta (BK m. 321-TBK m. 396) ve aksine bir davranış, işveren açısından haklı sebeple fesih nedeni oluşturmaktadır. İşçinin sır saklama yükümlülüğü iş ilişkisinin devamı süresince var olsa da, bazı durumlarda, işin görülmesi sırasında öğrenilen bilgilerin işin sonlanmasından sonra da saklanmasını gerektirmektedir. Ancak bu yükümlülük, işçinin ifşa ve ihbar hakkı ile çelişmemektedir. Nitekim ifşa ve ihbar hakkının kullanıldığı durumlarda kamunun menfaati işverenin korunmaya değer menfaatinden daha önce gelmekte, ancak menfaat dengesinin ölçülülük ilkesi doğrultusunda sağlanması gerekmektedir⁸⁶³.

İşçinin saklamakla yükümlü olduğu sırrın yapılan işle ilgili olmasının yanı sıra, bu sırrın ekonomik bir değer içermesi koşulu da aranmaktadır. Ancak işçinin saklamakla yükümlü olduğu sırrın kapsamına dair yasal bir düzenleme mevcut olmadığı gibi, net bir kanuni tanımının yapılması da bizce pek mümkün görülmemektedir. Zira burada, mesleki sır, ticari sır, gizli bilgi gibi pek çok farklı nitelik taşıyan ve işletmeye ve işçinin niteliğine ve mesleki tecrübesine göre değişebilen bir sır kavramı söz konusudur. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğünün sınırları ancak genel hatları ile belirlenebilmektedir. Buna göre, bir bilginin işletme ya da işverene ait sır olarak kabul edilebilmesi için, bilginin işle ilgili olması, işverenin bu bilgiyi gizli tutmak istemesi ve bu isteğinde haklı bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar dikkate alındığında, iş sırrı kapsamı oldukça genişlemekte ve hatta kimi zaman sıradan mesleki bilgiler dahi iş sırrı olarak

davranışlar şeklinde görülerek iş akdinin 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesinin II. bendinin (d) fıkrası uyarınca ve oybirliği ile feshine karar verilmiş ve işveren tarafından disiplin kurulu kararı yerine getirilmiştir...” (Sinerji Mevzuat ve Çelik, s. 285)

⁸⁶² İşçinin sır saklama ve rekabet etmeme borcunun, sadakat borcu altında değerlendirilmesi gerekli olduğu ileri sürülmektedir (Aydın, Bilgi, s. 83). İş sözleşmesinin devam ettiği süre içinde işçinin sadakat borcundan kaynaklanan sır saklama borcu, rekabet etmeme borcu altında değerlendirilmelidir (Atlan Kazan, s. 156). Aynı yönde bkz. Şahlanan, s. 72.

⁸⁶³ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 542-544; Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Prof. Dr. M. Polat Soayer’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, s. 681 vd. (Orantılılık).

korunmaktadır⁸⁶⁴. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde öğrenmiş olduğu iş sırlarını kendi yararına veya rekabet⁸⁶⁵ için kullanamayacağı, açıklayamayacağı gibi, işçi bu sırları hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da saklamakla yükümlüdür (TBK m. 396/3-4). Aksi halde, işverenin iş akdini haklı sebeple fesih (İş K. m. 25) ve tazminat isteme (İş K. m. 26/2) hakkı doğacaktır⁸⁶⁶.

IV. İşçinin İfade Özgürlüğü açısından İşverenin İşçiye karşı Hak ve Borçları

A. İşverenin Hakları

1. İşverenin Yönetim (Talimat Verme) Hakkı

İşçinin, iş sözleşmesinde belirtilmeyen, ancak ifa etmekle yükümlü olduğu, işin ayrıntılarına ilişkin boşlukların, işverenin yönetim (talimat verme) hakkı kapsamında doldurularak işverenin işin görülmesini ve işçilerin davranışlarını düzenleyeceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda verilen talimatları, işin niteliğine bağlı olmayan ancak iş düzeni ve güvenliğinin gerektirdiği talimatlar oluşturmaktadır ve işçinin işveren tarafından verilen emir ve talimatlara uyma (itaat) borcu⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ M. Fatih Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2003, s. 24-37.

⁸⁶⁵ İşçinin rekabet etmeme borcu için bkz. Çelik, s. 146-148; Uşan, s. 119 vd.; Demir, s. 132-134; Arslan Ertürk, s. 306 vd.

Rekabet etmeme borcu kapsamında işçi ve işveren menfaati arasında adil bir dengenin kurulması gerekli olup, aradaki mevcut dengenin işçinin aleyhine olarak bozulması, işçinin korunması ilkesi ile çelişmektedir (Savaş Taşkent ve Mahmut Kabakçı, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 16, 2009, s. 23).

⁸⁶⁶ Çelik, s. 145. Ayrıca bkz. Alpagut, s. 24 vd.; Mollamahmutoğlu ve Astarlı; 543-544; Uşan, s. 175 vd.

İş sözleşmesinin kurulmasıyla üstlenilen ve sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcu (TBK m. 396 ve TMK m. 2) ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan ve rekabet yasağı sözleşmesinin (TBK m. 444-446) konusu olan rekabet etmeme borcu birbirinden farklı bir nitelik taşımaktadır (Atlan Kazan, s. 157). Aynı yönde bkz. Şahlanan, s. 71.

⁸⁶⁷ Bir işyerinde yönetim ve en üst düzeyde talimat verme hakkı doğal olarak işin sahibi olan işverene aittir. Ayrıca işveren dışında işi yönetim yetkisinin kısmen ya da tamamen devredildiği işveren vekillerinin de emir ve talimatlarına işçinin uyması (İş K m. 2/4) gerekmektedir (Süzek, s. 72).

Yargıtay 7. HD, 06.05.2014, E. 2014/6016, K. 2014/9858 “İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına

bulunmaktadır (TBK m. 399). Ancak işverene tanınan yönetim hakkı sınırsız bir hak olmayıp, çalışma ilişkisinde en alt sırada yer almakta ve iş hukukunun temel kaynaklarını oluşturan hem emredici (mutlak-nispi) hem de yedek hukuk kuralları tarafından sınırlandırılmaktadır. Ayrıca, yönetim hakkının sadece işin görülmesi, işyeri düzeni ve güvenliği ile ilgili bir hak olması nedeniyle, işçinin, bu sınırı aşan ve özel hayatına ya da işyeri dışındaki davranışlarına müdahale eden emir ve talimatlara itaat borcu bulunmamaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesindeki, sözleşmeler açısından genel bir sınır oluşturan düzenleme, gerek iş ilişkilerinde gerekse işverenin emir ve talimatları açısından da bir sınır oluşturmaktadır. İşverenin ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı, konusu imkânsız emir ve talimat vermesi mümkün değildir. İşverenin işçiye gözetme borcu ile objektif iyiniyet kuralları (TMK m. 2) ve eşit işlem yapma borcu, işverenin emir ve talimat verme hakkının sınırını oluşturmakta olup, işveren emir ve talimat yetkisini dürüstlük kurallarına ve işyeri gerekliliklerine uygun şekilde kullanmak durumundadır. Aksi halde işçinin dürüstlük kuralını ve diğer sınırları aşan, hukuka uygun olmayan, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunmadığı (TBK m. 399) gibi, yönetim hakkının hukuka aykırı

ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunun 22nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İş Kanununun 25nci maddesinin IInci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih nedeni olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, yukarıda da ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nun gerekçesine göre, işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedenidir” (Sinerji Mevzuat).

olması halinde, emir ve talimatlara uymayan işçiye herhangi bir yaptırım uygulanması da mümkün değildir⁸⁶⁸.

İşverenin yönetim hakkı uyarınca vermiş olduğu talimatların dürüstlük kuralına ve işyeri gereklerine uygun olması gerekmektedir⁸⁶⁹. İşverenin talimat ve yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu emir ve talimatların bazı durumlarda işçinin kişilik haklarını ihlal etmesi mümkündür. İşçinin işe giriş çıkışlarında yapılan üst ve eşya aramaları ya da zaman zaman işyerinde yapılan dolap aramaları ile işçinin özel hayatına müdahale edilmekte ve Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen, kimsenin özel hayatının gizliğine dokunulamayacağına ve üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmayacağına dair emredici kural ihlal edilmektedir. İşçinin muvafakatinin alınmış olması veya yaptığı iş sözleşmesinde bu tür aramalara genel bir izin vermesi halinde dahi, bu aramalar işçinin temel hak ve özgürlüğünü ihlal etmektedir. Zira işçiden alınan bu tip muvafakatlar Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesindeki, *"kimsenin hak ve fiil ehliyetinden, özgürlüklerinden kısmen ya da tamamen vazgeçemeyeceği, üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetki olmaksızın hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağı"* kuralına aykırılık teşkil etmektedir⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Süzek, s. 72-75. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 530 vd.; Ertürk, Kişilik, s. 28 vd.; Balkır, s. 198 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 91-92; Gaye Burcu Yıldız, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **III. Çalışma Yaşamı Kongresi**, 2-4 Nisan 2010, s. 302 vd.; Gülnur Erdoğan, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Davranışlarının Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi", **Bilim İnsanları Derneği 2012 Uluslararası Kongre (İşyerinde Psikolojik Taciz)**, İzmir, 2012, s. 101 vd. (Erdoğan, G., Mobbing). İşçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmamasının hukuki sonuçları için bkz. Serkan Odaman, "4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin: Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları", **Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası**, Ağustos-Kasım 2004, s. 81 vd.

⁸⁶⁹ **Yargıtay 9. HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393** "İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerlerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar" (Kazancı).

⁸⁷⁰ Çelik, s. 140-141. Ek bilgi için bkz. Kaplan, s. 6. İşçinin kişilik hakkı ihlalinde manevi tazminat için bkz. Özlem Bal, Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 50 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 131-133.

İşverenin, yönetim hakkını işyerinde işçinin ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı ya da engelleyici şekilde değil, onun ifade özgürlüğünü sağlayıcı, kolaylaştırıcı şekilde kullanması gerekmektedir⁸⁷¹.

Kural olarak işçi, işin görülmesi sırasında işverenin işyerindeki davranışlara ilişkin olarak vermiş olduğu talimatlara ve genel düzenlemelere, dürüstlük kuralı gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır (TBK m. 399). Bu durum, işçinin itaat borcunun bir gereğidir. Ancak işverenin yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu bu emir ve talimatların veya genel düzenlemelerin Anayasa'ya, İş Kanunu'na, sözleşme hükümlerine ve hukukun genel kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Aksi halde, işçinin hukuka aykırı düzenleme ve talimatlara aykırı davranmasından bahsolunarak itaat borcuna aykırılıktan dolayı hukuksal ya da cezai yaptırımlara tabi tutulması mümkün değildir.

İşverenin, denetim hakkı kapsamında, işçiyi işyeri içinde ve dışında gözetlemesi işçilerin sahip olduğu pek çok temel hak ve özgürlükle yakından bağlantılı olup, denetim ve gözetlemelerin işçinin genel kişilik haklarına bir müdahale oluşturmaması gerekmektedir⁸⁷².

İşverenin işyerinde ve işçiler üzerinde sahip olduğu denetim hak ve yükümlülüğünü, aynı zamanda denetim ve yönetim yöntemlerini belirleme hak ve yetkisini de içermektedir. Bu yetki kapsamında günümüzde işverenler denetim hakkının kullanma usulü olarak teknik ve elektronik yöntemleri sıklıkla tercih etmekte olup, işverenler işçilerini ve işyerini, genel olarak kamera, e-postaların ya da telefon görüşmelerinin takibi gibi yollarla denetlemektedir⁸⁷³. Ancak işverene bu hak ve yetkinin tanınmış olması, bu hakkın sınırsız kullanılabileceği anlamına

⁸⁷¹ Alp, İfade, s. 412. İşverenin yönetim hakkını hukuk kuralları ve etik kuralları çerçevesinde kullanması gerekmekte olup, işverenin yönetim hakkı kapsamında vermiş olduğu emir ve talimatların ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusunun imkânsız olmaması gerekmektedir. Ayrıca işverenin iş ve işyeri dışında ya da işçinin özel yaşamına ilişkin talimatlar vermesi de mümkün değildir (Balkır, s. 201-204).

⁸⁷² Okur, Gözetleme, s. 27. İşyerinde içki-sigara içme yasakları ile işçinin üstünün ve eşyalarının aranması, kapı denetimlerine dair işyeri uygulamaları işçinin kişilik haklarını ihlal etmekte, hak ve özgürlükler açısından ciddi sorunlara açmaktadır (Dönmez, s. 154 vd).

⁸⁷³ **Yargıtay 9. HD, 13.12.2010, E. 2009/447, K. 2010/37516** "İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp işverene hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasanın 25 II-b.maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı..." (Sinerji Mevzuat).

gelmediği gibi, bu hak ve yetkinin kullanılmasında işçinin kişilik haklarının korunması da gerekmektedir⁸⁷⁴.

2. İşyeri İç Yönetmelikleri ve İşyeri Uygulamaları

İşyeri uygulamalarını düzenleyen ve *işverenlerin özel iş hukuku* ya da *işverenin özel yasası* olarak nitelendirilen işyeri yönetmelikleri (iç yönetmelikler, personel yönetmelikleri, işyeri etik kurulları) ve işyeri uygulamaları⁸⁷⁵, işyerinde veya işletmede bir yandan işçinin çalışma koşullarında bir netlik sağlarken, diğer yandan da işçinin işyerindeki sosyal, ekonomik ve teknik şartlara uyumunu sağlamada yardımcı olmaktadır⁸⁷⁶. Ancak bunun yanında işyeri yönetmelikleri ve uygulamaları da, işçinin işyerinde ifade özgürlüğüne ve mahremiyet hakkına ilişkin bazı emir ve talimatlar içermektedir. Özellikle işyeri yönetmelik ve uygulamaları ile getirilen çalışma düzenine; sandalet ya da beyaz çorap giymeme, bıyık-sakal bırakmama, kot ya da düşük belli pantolon, kısa etek gitmeme, kırmızı oje ya da ruj kullanmama, aşırı makyaj, sallanan küpe takmama, sarıya-kızıla saç boyamama gibi işçinin kılık ve kıyafetine⁸⁷⁷; işyerindeki özel alanlarda işçinin sergilediği tavır ve davranışlarına; şirket politikalarıyla çelişen yazılar, makaleler yazmama, araştırmalar yapmama gibi akademik araştırma ve yazılara; herhangi bir siyasi partiye üyeliğe ve işyerinde bu partiye ilişkin olarak bir amblem, fular ya da kravat vs. kullanma gibi siyasi faaliyette bulunmalarına; bir sivil toplum örgütüne üye olmalarına ve bu örgütlerde aktif çalışmalarına müdahale edilmesi, işyerinde yapılan özel ya da zorunlu ziyaretlere, telefon konuşmalarına, yazışmalara, vücudun görünen bir yerinde dövme bulunmasına, piercing takılmasına vs. engel getiren uygulamalar

⁸⁷⁴ Okur, Gözetleme, s. 201; H. Özdemir, s. 232. Ayrıca bkz. Aktay ve Diğerleri, s. 124 vd.

Yargıtay HGK, 01.10.1986, E. 1985/9-349, K. 1986/807 "*İşçinin hizmet akdi ile yükümlendiği hizmeti yerine getirmek için işyerinin denetim ve gözetimi altında geçireceği süre, başka bir anlatımla çalışma süresi ilke olarak hizmet akdi ile belirlenmekle beraber, yasa koyucu işçiyi koruma amacıyla düzenleyici kurallar koymuştur*" (Sinerji Mevzuat).

⁸⁷⁵ İşyeri uygulamaları için bkz. Narmanlıoğlu, s. 38 vd. İşyerinde yeknesak bir uygulama alanı yaratan işyeri uygulamaları, işçiler ve işveren arasındaki ilişkilerde düzenleme yapan genel iş koşullarından biridir (M. Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir, 1986, s. 44).

⁸⁷⁶ Narmanlıoğlu, s. 34-35. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 76 vd. ; Aktay ve Diğerleri, s. 16-17.

⁸⁷⁷ **Yargıtay 9. HD, 03.02.1984, E. 1984/343, K. 1984/916** "*Davacı işçi sakalını kesmediği için işten çıkarılmıştır. Böyle bir olay, iş sözleşmesinin haklı olarak sona erdirilmesi için yeterli neden sayılmaz*" (Egemen/Temiz, s. 257).

bizce amacını aşmakta ve işçinin kişilik haklarına, temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımaktadır⁸⁷⁸.

İşyeri yönetmelikleri ve uygulamaları, hukuksal açıdan işyerindeki genel iş koşullarını tek taraflı bir şekilde ortaya koyan, soyut ve genel düzenlemeler olup, Borçlar Hukuku'ndaki genel işlem koşullarının (TBK m. 20-25) işlem ve esaslarına tabi olmaktadır. Bu nedenle, işyeri uygulamalarının genel işlem koşulu olarak geçerli olabilmesi için, işçinin bu uygulamalar konusunda bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme neticesinde bunları kabul etmesi gerekmektedir⁸⁷⁹. İş akdinin bir parçası olan ve usulüne uygun olarak düzenlenmesi ile iş sözleşmesinin bir parçası haline gelen işyeri uygulamaları ve iç yönetmelik koşulları normlar hiyerarşisine uygun olarak kanunun ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinden sonra uygulanabilir bir nitelik taşımakta olup, bu iç yönetmelikler ve işyeri uygulamalarında işçi lehine yorum ilkesi geçerlilik taşımaktadır⁸⁸⁰. Genel iş koşulu niteliği taşıyan bu yönetmelik ve uygulamalar, yine genel işlem koşulları gibi, mahkemelerce içerik denetimine de tabi olmaktadır⁸⁸¹. İçerik denetimi hem genel iş koşulu oluşturan işyeri düzenlemeleri için hem de işyeri kaydı değişikliği anlamına gelen kayıtlar içinde geçerlilik taşımakta, sonradan meydana gelen kayıt değişikliklerinde de içerik denetimi söz

⁸⁷⁸ **Yargıtay 9. HD, 16.04.2007, E. 2007/3143, K. 2007/10684** “İşyerinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçilerin 2003 yılından itibaren işkolunda örgütlü sendikaya üye oldukları, sendikanın alt işverenin faaliyet alanındaki işkolunda çoğunluk yetkisini aldığı ve alt işveren ile 16.05.2006 tarihinde Toplu İş Sözleşmesi yapma görüşmelerine başladığı, bu süreç devam ederken, işveren ile sendika yetkilileri ve sendika üyesi işçiler arasında olumsuzluklar yaşandığı, 213 işçinin iş sözleşmelerinin davalı alt işveren şirket tarafından 02.06.2006 tarihinden başlayan ve 06.06.2006 tarihinde son bulan sakal bırakma, yemek saatinde birlikte ayrılma, alkışlı protesto gibi eylemler ve son olarak işyerinde sendika odasının boşaltılması nedenini gerekçe yapılarak saat 10.30 kadar işbaşı yapılmayarak oturma eylemi yapılması ve ile 09.06.2006 tarihinde feshedildiği, sendika ile davalı alt işveren arasındaki görüşmelerin 30.06.2006 tarihinde uyuşmazlık ile sonuçlandığı anlaşılmaktadır” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁷⁹ İşyeri uygulamaları işçiye bir talep hakkı sağlamaktadır. Bu nedenle işçinin işyeri uygulamalarının içeriği hakkında genel bir fikrinin olması yeterli olmayıp, işçinin gerektiğinde işyeri koşullarını oluşturan belge üzerinde inceleme yapmasını, genel iş koşullarını oluşturan düzenlemeden bir suret almasını ve hatta bu uygulamalara ilişkin olarak beyanda bulunmasını da içerecek şekilde işçinin bilgilendirilmesini gerektirmektedir (Soyer, s. 45 ve 78 vd.).

⁸⁸⁰ Genel iş koşullarının yorum yöntemleri için bkz. Soyer, s. 127 vd.

⁸⁸¹ Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 5-8 (Genel). Ayrıca bkz. Mustafa Alp, “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Aralık 2006, s. 40 vd. (Denetim); Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s.66 vd.; Barış Alp Özden, “Emek Süreci ve Hukuk: Türkiye’de Çalışma Disiplinin Geliştirilmesinde İşyeri İç Yönetmeliklerinin Yeri”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 36, 2013/1, s. 296-299; Genel iş koşulları ve genel işlem koşulları arasındaki ortak özellikler hakkında bkz. Soyer, s. 30 vd.

konusu olmaktadır⁸⁸². Buna göre, bir iç yönetmeliğin ya da işverenin işyerinde yaptığı tek taraflı bir düzenlemenin bağlayıcı olması için, işverenin işçiyi işyeri koşulları hakkında ayrıntılı ve anlaşılır şekilde bilgilendirmesi ve işçinin bu koşulları kabul etmesi gerekmektedir. Ayrıca, işyeri açısından yapılan düzenlemelerin iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmaması da gerekmektedir. Aksi halde, işçi açısından işyeri iç yönetmeliğindeki hükümler yazılmamış sayılır⁸⁸³. İşveren tarafından tek taraflı ve yeknesak olarak önceden yazılmış iç yönetmelik hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu m. 315'e uygunluk açısından işçiye bildirilmesi gerekmektedir⁸⁸⁴.

İş sözleşmesinin eki niteliğini taşıyan personel yönetmeliği ya da işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamaları, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında sayılmaktadır⁸⁸⁵. Ayrıca, işyeri için belirlenmiş etik kurallar da iş sözleşmesinin eki niteliğini taşımaktadır⁸⁸⁶. Bu nedenle, işyeri iç yönetmeliklerinin ve uygulamalarının genel ve yeknesak çalışma koşullarını belirlemesi⁸⁸⁷ ve işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda kural olarak işçiye bildirilmesi gerekmektedir.

3. İşverenin İşçiye Soru Sorma Hakkı

İş sözleşmesinin tarafları olarak işçi ve işverenin menfaatleri birbirinden farklı olup, iş sözleşmesinin kurulması sırasında taraflar birbirlerine dürüstlük kuralı ve güven ilkesi doğrultusunda doğru bilgi verme ve soru sorma hakkına sahiptir. Ancak bu durum tarafların ve özellikle işverenin sınırsız bir soru sorma hakkı olduğu anlamına gelmediği gibi, soruların işçinin kişilik haklarını da ihlal etmemesi gerekmekte ve taraflarının birbirlerine doğru bilgi verme yükümlülüğü

⁸⁸² Alp, Denetim, s. 38-39. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 66-70; Soyer, s. 135 vd.; Yıldız, s. 303-304.

⁸⁸³ Narmanlıoğlu, s. 36-37. Ayrıca bkz. Soyer, s. 45 ve 78 vd.

⁸⁸⁴ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 68.

⁸⁸⁵ **Yargıtay 7. HD, 28.05.2014, E. 2014/4202, K. 2014/11475** “Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması, bağlayıcılık açısından gereklidir. İşveren tarafından kanuni ve sözleşmesel bir zorunluluk olmadığı halde, işverence işyerinde uygulana gelen işyeri uygulamaları da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁸⁶ Yargıtay 9. HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393 (Kazancı).

⁸⁸⁷ Sarper Sözek, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1995, Cilt: 44, Sayı: 1, s. 183 (Yönetmelik).

bulunmaktadır⁸⁸⁸. Ayrıca işveren, iş sözleşmesinin kurulması ya da devamı aşamasında edinmiş olduğu işçiye ait bilgileri saklamakla yükümlüdür. Kişilik haklarını ihlal etmediği sürece, işçinin iş ilişkisi kapsamında sorulacak sorulara, dürüstlük kuralı kapsamında, cevap vermesi gereklidir. Ancak, işçinin düşünce ve kanaat özgürlüğünü, özel yaşamını ihlal eden sorulara cevap vermesinin beklenemez⁸⁸⁹.

B. İşverenin Borçları

1. Eşit Davranma (Eşit İşlem) Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyete, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılamayacağı”na ilişkin eşitlik ilkesi ve ayırım yasağı⁸⁹⁰ İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenmiş olup, madde anayasal dayanağını 1982 Anayasası’nın 10. maddesinden almaktadır⁸⁹¹. Bu aynı zamanda

⁸⁸⁸ İşçinin bilgi verme yükümlülüğü, işçinin kişiliği, yetenekleri vs. gibi durumlarla ilgili olup, sadece kendisine soru sorulup, bilgi vermesi istendiğinde bulunmaktadır (Ertürk, Temel Hak, s. 78). Ek bilgi için bkz. Arslan Ertürk, s. 298-299; Öktem Songu, s. 633 vd.; Kaplan, Veri, s. 377 vd.; Rehbindir, s. 752 vd.; Yıldız, s. 298-299.

⁸⁸⁹ Süzek, s. 294-295. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, Kişilik, s. 4 vd.; Rehbindir, s. 751 vd. İş ilişkisinin kurulmasından önce verilen iş ilanlarında işe alma sırasında yaş, cinsiyet vs. açısından olarak dolaylı ayrımcılık yapılabilmektedir (Yıldız, s. 299-302).

⁸⁹⁰ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işverenin borçlarından birini oluşturan işyerinde eşitlik ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde yapılan düzenleme ile Türk iş hukuku’nun temel bir nitelik kazanmıştır. Ayrıca 4857 sayılı Kanun ile eşitlik ilkesine aykırı davranışa maruz kalan işçi lehine bir ayrımcılık tazminatı da öngörülmüştür. Avrupa Birliği’nin 76/207/AB Yönergesi’nde ise ayrımcılık tazminatının bir tavanla sınırlanamayacağı belirtilmiştir (Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı: 11, s. 63 ve 76-77) (Eşitlik); Mustafa Kılıçoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 40-41 (Kılıçoğlu, M.). Ayırım yasakları ve eşitlik ilkesi ek bilgi için bkz. Süzek, s. 466 vd.

İnsan haklarının eylemli olarak kullanılmasını sağlayan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, insan onuru kavramından kaynaklanmakta olup, genel olarak bölünmez ve birbirini tamamlayan iki prensip olarak ortaya çıkmaktadır (Gülmez, Ayrımcılık, s. 245).

⁸⁹¹ İş hukukunda işveren açısından kabul edilen eşit işlem borcu, kaynağını Anayasanın 10. maddesi yanında, hukukun genel prensiplerinden olan hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralından (TMK m. 2) da almaktadır (Doğan Yenisey, Eşitlik, s. 63); Narmanlıoğlu, s. 324 vd.; Yıldız, 287 vd.

AYM, 01.04.2015, E. 2013/50, K. 2015/38 “...yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, birbirinin aynı durumda olanlar için ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Kimi kişilerin haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmakta, özelliklere ve aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar da, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa ile eylemli değil, hukuksal eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir

herkesin kanun önünde eşitliğini öngören hukuk devleti ilkesinin (AY m. 2) de bir gereğidir⁸⁹². Hakkaniyet esasından doğan ve *eşit işe eşit hak* şeklinde formüle edilen bu ilke ile işverene, işçisine yönelik olarak yapma, yapmama ve kaçınma borcu yüklenmekte ve ayrımcılık yasaklanarak çalışma barışının sağlanması amaçlanmaktadır⁸⁹³. Öte yandan, İş Kanunu'nun 18/1-d. maddesinde ırk, renk, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, din, siyasi görüş ve benzer nedenlerle işyerinde ayırım yapılamayacağı ve bunların fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağı ayrıca belirtilmiştir. Bu düzenlemelerle işverenin işçiye karşı eşit davranma (eşit işlem) borcu⁸⁹⁴, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, hem iş akdinin devamında ve çalışma şartlarının oluşturulmasında hem de işçinin işe giriş ve iş akdinin sonlandırılması aşamalarını kapsamaktadır. İşverenin biyolojik ve işin niteliğinden kaynaklanan bir sebep olmaksızın cinsiyet ve gebelik gibi nedenlerle ayrımcılık yapması yasaktır. Ancak işverenin işçiye eşit davranma borcu, işçiler arasında mutlak eşitliğin sağlanması şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle, yasada öngörülen eşitlik, aynı işte, eşit verimlilikte çalışan işçilerin eşitliği olup, kıdem, vasıf ya da yaptıkları iş gibi kriterlere bakılmaksızın tüm işçilerin aynı hak ve imkânlardan faydalanması anlamına gelmemektedir⁸⁹⁵.

İşyerinde işçinin eşitliğinin, hem birey olarak işçinin sahip olduğu temel haklarda, hem de diğer işçilerle ilişkilerinde sağlanması gerekmektedir. Eşitlik ilkesi temelinde ideal olan, işçinin işyerinde kendini tanımladığı ya da ifade ettiği dinsel, siyasal, ırksal ya da cinsel kimliği ile korunması, kendisini sözle, giyim kuşamla ya da davranışları ile eksiksiz ifade edebilmesidir⁸⁹⁶. Bu nedenle, bir yandan işçiye

anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁹² “Hukukunun amacı, bütün bireylere bir toplumda mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkân temin etmektir” (Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 21).

⁸⁹³ Çelik, s. 187-189; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 24 vd.(Eşit); Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 653 vd.; Okur, Gözetleme, s. 82- 84; Tunçomağ ve Centel, s. 137 vd. ; Yıldız, s. 2287 vd.

⁸⁹⁴ Eşit işlem borcu, bir işyerinde eşit değerde işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarının sağlanması amacı ile ortaya çıkmış olup, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile eşitlik ilkesi bağdaştırmaktadır (Demir, s. 165).

⁸⁹⁵ Narmanlıoğlu, s. 324 vd. Ayrıca bkz. Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayınları, Bursa, 2009, s.132 vd.; Kılıçoğlu, M., s. 38 vd.; Yıldız, s. 293 vd.

⁸⁹⁶ Nergis Karadağ, **Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Nisan 2008, s. 18. Ek bilgi için bkz. Aktay ve Diğerleri, s. 124 vd.; Kılıçoğlu, M., s. 38 vd. Türk iş hukukunda ayrımcılık uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 294 vd.

işyerinde ifade özgürlüğünün, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uygun şekilde sağlanması, diğer yandan da ifade özgürlüğünün kullanılmasında eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uyulması ve böylece diğer çalışanların hak ve özgürlüklerin korunması gerekmektedir⁸⁹⁷. Bu kapsamda, işçinin işverenden, işyerinde kendisine eşit işlem yapılmasını ve ayrımcılıktan kaçınılmasını talep etme hakkı vardır. İşverenin, işyerinde ortaya çıkacak, işçinin kişilik haklarını ihlal eden, ifade özgürlüğünü kullanmasını kısıtlayan, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) ve eşitlik ilkesine aykırı olan, diğer işçilerin lehine ve fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuran ve eşitsizlik yaratan, işçiye eza ve cefa veren, işçinin dini, siyasi kimliğini, cinsiyetini, cinsel tercihini, dış görünüşünü aşağılayan, ayrıştıran ya da küçük düşüren talimatlar vermesi mümkün değildir. Buna göre işveren talimat

Yargıtay 22. HD, 25.02.2014, E. 2013/5723, K. 2014/403 “...kendisine karşı ağır ve galiz küfürler edilen ve fiziksel saldırıya maruz kalan bir işçinin sessiz ve sakin kalarak durumu işverene veya onun temsilcilerinden birisine bildirmesini beklemek hayatın olağan akışına ve hayatın gerçeklerine uygun değildir. Böyle bir davranış veya saldırı karşısında makul bir tepki gösterilmesini tepki veren işçinin lehine yorumlamak ve eylem iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiriyorsa bunu geçerli nedenle feshe dönüştürmek hayatın olağan akışına, hakkaniyet ve adalete daha uygun bir uygulamadır.

Sataşma durumunda olayı ilk başlatanı, sataşmanın şiddetini, yoğunluğunu ve ağırlığını göz önüne alarak buna gösterilen tepkinin makul sınırlar içinde kalıp kalmadığını veya bu sınırları aşmış olduğunu belirlemek, diğer bir deyişle haksız tahrik olup olmadığını ve tahrikin sınırları içinde kalıp kalmadığını araştırmak ve sonucuna göre karar vermek iş hukukunun amacına, temel ilkelerine ve hakkaniyete daha uygundur. Haksız bir eylemde bulunanla buna makul bir tepki gösteren kimsenin davranışını aynı yaptırma veya hukuki sonuca bağlamak eşit işlem olarak değerlendirilemez. Davaya konu somut olayda; M. ve A. isimli çalışanların, önündeki işine eğilerek ölçü almakla meşgul olan bayan işçinin kısmen görünen göğüslerine belli bir süre, dikkatlice ve ısrarla baktıkları, davacının da sorumluluğu altındaki bir bayan işçiye etik ve ahlak dışı bakan işçilere kızarak Terbiyesiz adamlar, s..tirin gidin işinizin başına dediği, anılan işçilerin özür dilemek yerine usta başları olan davacıya misliyle karşılık verdikleri, davacının tepkisinin bir haksızlığı (cinsel taciz) sonlandırma amacı taşıdığı, sataşma kastıyla hareket etmediği, haksız davranışı sona erdirdikten sonra sataşma sayılacak hiçbir söz söylemediği ve kendi işine döndüğü dosya kapsamından anlaşılmaktadır. M. ve A. isimli işçilerin davranışlarının cinsel taciz olduğu hem tarafların hem de mahkemenin kabulündedir.

Sonuç olarak bir işçiye sataşan kimsenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek hukuka uygunsa da böyle bir haksızlık veya sataşma karşısında makul bir tepki gösteren, diğer bir deyişle haksız tahrikin sınırları içinde kalarak cevap veren işçinin eyleminin aynı sonuca bağlamak adalete, hakkaniyete ve hukuka uygun bir yaklaşım değildir” (Sinerji Mevzuat).

⁸⁹⁷**Yargıtay 7. HD, 03.02.2015, E. 2014/20392, K. 2015/878** “...birçok rahatsızlığı bulunan ve ilaç kullandığı anlaşılan davacının diğer bir çalışana sataşma niteliğindeki eyleminin belirtilen rahatsızlıklarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kullandığı ilaçların öfke kontrolünü etkileyip etkilemediği tıp uzmanlarından alınacak raporla tespit edilmeli, toplanmış deliller toplanacak deliller ile birlikte değerlendirilerek ayrıca işverenin eşit işlem borcuna uygun davranıp davranmadığı da irdelenerek feshin haklı mı, haksız mı yoksa geçerli nedenle mi yapıldığı saptanmalı...” (Sinerji Mevzuat).

verirken eşit işlem borcuna ve işçinin ifade özgürlüğüne riayet etmekle yükümlüdür⁸⁹⁸.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, ülkelerin iç hukuklarından ziyade, uluslararası ya da ulusüstü insan hakları hukukundan doğmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ndeki “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar*” (İHEB m. 1) hükmü ile eşitlik ilkesi temel bir prensip olarak kabul edilirken, 2. maddesinde ayrımcılık yasağı “*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, hukukun her alanında bireyler arasında eşitliğin sağlanması, devletler için bir yükümlülük oluşturmaktadır⁸⁹⁹. Bu yükümlülüklerin öngörüldüğü uluslararası ya da ulusüstü düzenlemeler arasında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan belge ve sözleşmelerin özel bir yeri bulunmaktadır. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB m. 1, 2, 7, 23) dışında, eşitlik ilkesine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS m. 14) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Ayrımcılığa dair 12 No.lu Protokol'de, Avrupa Sosyal Şartı'nda (ASS m. 4), 111 sayılı İş ve Mesleki Bakımından Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nde ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nde de yer verilmektedir. Belirtilen tüm bu sözleşmeler Türkiye tarafından da onaylanmıştır. Nitekim iş hukuku alanında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde bulunan eksikliklerin giderilmesinde, pek çok ülkede ulusüstü (supranational) belgelerin kabulü⁹⁰⁰ önem taşımaktadır.

⁸⁹⁸ Yargıtay 7. HD, 01.07.2014, E. 2014/9128, K. 2014/14954 (Sinerji Mevzuat).

⁸⁹⁹ AİHM, 17.02.2004 tarihli Gorzelik ve Diğerleri-Polonya Kararı'nda “...bazen bireysel çıkarların bir grubunkilere tabi kılınması gerekse bile demokrasi her zaman çoğunluğun görüşlerinin hâkim olması anlamına gelmez: azınlıklara adil muamele sağlayan ve egemen grubun suistimalini bertaraf eden bir dengeye ulaşılmalıdır” demektedir (Bissera Zankova (Der. Yasha Lange). “Diyalog, Anlayış ve Sosyal Uyum”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloğa, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2010, s. 22).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61637> (Erişim. 04.05.2015).

⁹⁰⁰ Can Tuncay, “Anayasanın İş Hukuka İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 18, Haziran 2010, s. 154. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri arasında konusu doğrudan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi olan pek çok BM, ILO ve UNESCO Sözleşmeleri vardır (Gülmez, Ayrımcılık s. 245).

Avrupa Birliği Hukuku kapsamında, kural olarak “*Üye Devletler, amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması şartıyla, ilgili somut mesleki faaliyetlerin niteliği veya bunların içinde yürütüldükleri bağlam nedeniyle, özgün ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde [korunan hukuki menfaat] ile bağlantılı bir özelliğe dayanan bir muamele farkının ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilirler*”⁹⁰¹. Bu nedenle işverenlerin, mesleğin gerektirdiği görevleri yapmak için uygunluk veya yetkinlik ile doğrudan bağlantılı olarak korunan bir hukuki menfaati gerçekleştirmek için, işyerinde işçilere karşı ayrımcılık uygulaması mümkündür. Ancak, mesleğin gereğinden doğan ve işverenin mali menfaatlerini ilgilendiren bu ayırım yapabilme hakkı, işveren açısından sınırsız bir hak değildir. İşverene tanınan bu hakkın sınırı 29.04.2008 tarihli Burden-Birleşik Krallık Kararı’nda⁹⁰² da belirtildiği üzere “...benzer durumlardaki kişilere muamelede bir fark... nesnel ve makul bir gerekçesi olmadığı takdirde ayrımcılıktır; başka bir deyişle, muamele meşru bir gayeyi takip etmiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık yoksa ayrımcıdır”⁹⁰³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık yasağı ayrıca, Sözleşme’ye Ek 12. No.lu Protokol ile de düzenlenmiştir. Fakat ayrımcılık terimi hem Sözleşme’nin 14. maddesinde hem de Sözleşme’ye Ek 12. No.lu Protokol’de aynı anlamda kullanılmaktadır. 12 No.lu Ek Protokol ile yapılan düzenlemeyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS m. 14’den farklı olarak) ayrımcılığa karşı bağımsız bir hak tesis etmekte, ulusal mevzuat veya uygulamanın oluşturduğu ya da bu ulusal düzenlemeden doğan çıkarsama yoluyla elde edilebilen her türlü hak bu Protokol’ün kapsamında kabul edilmektedir⁹⁰⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde yapılan düzenleme, Sözleşme tarafından teminat altına alınan olan tüm hak ve özgürlüklerin kullanımında eşitliği garanti etmektedir. Ancak Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi koruması altında olan haklardan biri ile ilgili olmadığı müddetçe ayrımcılık konusunda yapılan şikâyetleri incelemede yetkisiz bulunmaktadır. Mahkeme, Sözleşme’deki korunan maddi haklardan biri temelinde ayrımcılık olduğu takdirde, ayrımcılık kapsamında

⁹⁰¹ Cinsiyet Eşitliği Yönergesi m. 14/2; Irk Eşitliği Yönergesi m. 4; İstihdamda Eşitlik Yönergesi m. 4/1.

⁹⁰² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-86146> (Erişim. 02.01.2015).

⁹⁰³ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 44.

⁹⁰⁴ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 85. Ek olarak bkz. Kılıçoğlu, M., s. 38 vd.

değerlendirme yapmakta ve Sözleşme’deki medeni ve siyasi hakların yanısıra belli ekonomik ve sosyal hakları da korumaktadır. Sözleşme’de öngörülen maddi haklar oldukça geniş kapsamlıdır. Mahkeme, ancak bu maddi haklar ile ilgili hallerde Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi ihlalini değerlendirmektedir⁹⁰⁵. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 12. No.lu Protokol ile ayrımcılık yasağı müstakil bir hak haline getirilmiş ve “*kanunla düzenlenen tüm hakların kullanımı*” bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır. Protokol ile getirilen bu düzenleme, Sözleşme’nin 14. maddesine göre daha geniş bir kapsama sahiptir⁹⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 12 No.lu Protokol’ün⁹⁰⁷ 1. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi uyarınca bireylerin kamu gücüne, cinsiyet, ırk, ten rengi, dil, din, siyasi görüş ve düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, azınlığa tabiiyet, mülkiyet, doğum ya da herhangi bir statü bakımından ayrımcılığa tabi tutulması yasaklanmıştır. Bu Protokol’deki ayrımcılık yasağı ile her insanın eşit hak ve özgürlüklere sahip olduğunun altı çizilerek, bu kişiler için aşağılayıcı, küçültücü ifadeler kullanılması, farklılıklarından dolayı sözlü, fiili ya da hukuki ayrıma maruz kalınması engellenmek istenmiştir⁹⁰⁸. Ayrıca Protokol’ün gerekçeli açıklama raporunda devletlerin ayrımcılığı önleme yükümü olduğu vurgulanmaktadır. Ancak bu yükümlülüğün özel kişiler arasında her türden ayrımcılığı önleme ve uygun önlemleri alma şeklinde yorumlanması mümkün değildir⁹⁰⁹. Açıklayıcı Rapor’da özel kişiler açısından getirilen bu kısıtlama Sözleşmeciler Devlet açısından bir pozitif yükümlülük oluşturmada ziyade *dolaylı yatay etkiyi* ortaya koymaktadır⁹¹⁰. 12 No.lu Ek Protokol’ün 1. maddesinin birinci ve ikinci bent hükümlerinde bahsolunan *dolaylı yatay etki* ile her ne kadar devletler açısından pozitif yükümlülükler dışlanmasa da, öncelikle devletler açısından geçerli olan negatif yükümlülükler

⁹⁰⁵ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 60. Ayrıca bkz. Murdoch, s. 83; Mantouvalou, s. 20.

⁹⁰⁶ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 63.

⁹⁰⁷ 12 No.lu Ek Protokol, 04.11.2000 tarihinde Avrupa Birliği’ne üye 25 devlet tarafından imzalanarak, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹⁰⁸ Ağırbaşı, s. 27-28 ve 41. Ayrıca bkz. 23.04.1992 tarihli Castells-İspanya Kararı.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/faaliyet21/aihm_diger_ulke/1.pdf (erişim. 27.04.2014).

Protokol ile genel bir ayrımcılık yasağına kolektif bir uygulama getirilmiş ve AİHS m. 14’de yer verilen “eşitlik ve ayrımcılık yapmama” ifadesinden kaynaklanabilecek eksiklikler giderilmiştir (Gemalmaz, C. 2, s. 116).

⁹⁰⁹ Ağırbaşı, s. 150-151.

⁹¹⁰ Ağırbaşı, s. 166.

öngörülmektedir. Protokol'e ilişkin Açıklayıcı Rapor'da, özel kişiler arasında meydana gelebilecek ayrımcılık uygulamalarında devletler açısından pozitif yükümlülüğüm Birleşmiş Milletler'in spesifik sözleşmelerinde yer aldığı belirtilmektedir⁹¹¹. Bu nedenle, özel kişiler arasında meydana gelebilecek çok açık ve çok ağır durumlarda 12 No.lu Protokol'ün iç hukukta dolaylı yatay etkisi söz konusu olabilecektir. Ancak bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12. No.lu Protokol ile açık bağlantısı bulunan ve birlikte okunması gereken temel hak ve özgürlüklerin (özellikle AİHS m. 8 ve 12) özel kişiler için öngörülebilecek devletlerin pozitif sorumluluğu açısından sorun oluşturmaktadır⁹¹².

a. İşyerinde Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

İşyerinde kimi zaman, önyargılardan, dini ya da siyasi alışkanlıklardan kaynaklanan, işçinin kendini ifade etme hakkının ve kişisel haklarının ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsiyetine ilişkin ayrımcı davranışlar da görülmektedir. İşe alım ve işten çıkarmalarda özellikle kadın ya da erkek çalışan tercih edilmesi, hamile veya küçük çocuklu kadınların öncelikle tercih edilmemesi gibi ortaya çıkan doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık uygulamaları işçinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmasına neden olmaktadır. Ayrıca işyerinde cinsiyet üzerinden yapılan şakalar, karikatürler, yazışmalar, resimler ile de bireyin kişilik hakkını zedelemektedir. Bu nedenle, işyerinde işçiyi taciz eden, kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan cinsiyete dayalı fiziki, sözlü ya da cinsel içerikli ifadelerin ya da davranışların da engellenmesi gerekmektedir.

İşçinin kadın veya erkek olmasına dayanan cinsiyet ayrımcılığı, çok zaman işyerindeki kadınların erkeklere göre “daha az elverişli” muamele görmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ama bu durumun erkek aleyhine olan istisnaları da görülmektedir⁹¹³. İşyerinde kadına karşı ayrımcılık, cinsiyeti nedeniyle aşağılama, görev tanımı dışında işler yükleme, düşük ücret ödeme, terfinin engellenmesi gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, Kadına Karşı Ayrımcılığın

⁹¹¹ BM tarafından insan hakları alanında hazırlanan sözleşme ve bildiriler için bkz. Civelek, s. 197 vd.

⁹¹² Gemalmaz, C. 2, s. 119.

⁹¹³ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 90. Aynı yönde bkz. Gülmez, Ayrımcılık, s. 269 vd.; Yıldız, s. 295-296.

Ortadan Kaldırılması Komitesi⁹¹⁴, 19 No.lu Genel Tavsiye'sinde kadın işçiye yöneltilen ayrımcılığın önlenmesi ve kadın işçiler açısından eşitliğin sağlanması için, hak ihlallerinin önlenmesinde, şiddet eylemlerinin soruşturulmasında ya da cezalandırılmasında ve tazminat sağlanmasında devletlerin özen yükümlülüğü bulunduğu, aksine davranış gösterilmesi halinde özel hukuk kişilerinin eylemlerinden de devletin sorumlu olacağını belirtmiştir⁹¹⁵.

İşyerinde kadın işçiye gerek işveren gerekse diğer işçiler tarafından ifade özgürlüğü kapsamında korunması mümkün olmayan sözlü, fiili ya da cinsel içerikli bir tacizin yöneltilmesi ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim Avrupa Birliği'nin 2006/54/EC sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına dair 5 Temmuz 1996 tarihli Direktif'in⁹¹⁶ Başlangıç Bölümü'nün 8. Paragrafında, taciz ve cinsel taciz⁹¹⁷ halinin kadın erkek arasındaki eşit işlem ilkesine aykırı olduğu, bu tip bir davranışın Direktif'in amaçları açısından bir cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu belirtilmiştir⁹¹⁸. Söz konusu Direktif'te cinsel taciz, *“Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan, özellikle yıldırı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan veya o sonucu doğuran, istenmeyen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır”* (m. 2/1-d) olarak tanımlanmıştır⁹¹⁹.

⁹¹⁴ BM'nin 18.12.1979 tarihli, 34/180 sayılı kararı ile kabul edilen ve 01.03.1980'de imzaya açılan Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 03.09.1980 yılında yürürlüğe girmiş olup, Türkiye 20.12.1985 tarihinde katılma belgesini depo ederek sözleşmeye taraf olmuştur (Arslan Öncü, s. 135)

⁹¹⁵ Arslan Öncü, s. 142.

⁹¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF> (Erişim. 18.02.2014)

⁹¹⁷ Avrupa Birliği'nin cinsel taciz konusunda standartlarını belirleyen direktif olma özelliği taşıyan 2002/73 sayılı Avrupa Konseyi Direktifi'nde cinsel taciz cinsel yarar sağlama olarak tanımlanmış ve bu tanımlama ile AB normları, Amerikan hukukundan daha geniş bir içerik kazanmıştır (Erdem. Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006, s. 90). Ek olarak bkz. Yıldız, s.375 vd.

⁹¹⁸ K. Ahmet Sevimli, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 36, 2013/1, s. 114.

⁹¹⁹ Sevimli, s. 117. Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, Eşitlik, s. 69 vd.; Ekin, s. 161 vd. Avrupa Konseyi'nin 2002/73 sayılı Direktifi'nin 2/2. fıkrasına göre cinsel taciz, istenilmeyen, insan onuruna aykırı, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı, saldırgan bir şekilde suistimal edilen çalışma ortamı olması şeklinde üç unsurdan oluşmaktadır. Avrupa Birliği hukukunun katkısı bu tanımdaki mevcut unsurlarla cinsel taciz ile insan onuru bağdaştırılmış ve cinsel taciz kavramı insan onuruna aykırı kabul edilmiştir (Özdemir, Taciz, s. 84-85). Avrupa Birliği İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Direktifler için bkz. **Kaya**, s. 59 vd. Cinsiyet ayrımcılığı yasağının uluslararası alandaki hukuki dayanakları için bkz. Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, 1. Baskı, Belediye-İş Sendikası Yayınları, Ankara, 2008, Eşitlik, s. 52 vd.

Bunun yanısıra Birleşmiş Milletler Yasası'nın temel insan haklarına, insan itibar ve kıymetine ve erkeklerle kadınların eşit haklara sahip olmaları gereğine inancın vurgulandığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi⁹²⁰ (CEDAW) ile de, taraf Devletler tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemeyi kabul ve taahhüt etmişlerdir (CEDAW m. 2).

b. İşyerinde Irk, Etnik Mensubiyet, Renk ve Ulusal Bir Azınlığa Aidiyet ve Kültürel Ayrımcılık Yasası

aa. Genel Olarak

Bütün insanların eşit ve her kişinin insan olarak bir takım temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu genel bir kural olarak kabul edilse de, bu hakların korunması çok zaman kişilerden ziyade, ülkede yapılan yasal düzenlemelere ve siyasal kararlara bağlı olmaktadır⁹²¹. Bu nedenle, işyerinde eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi, özellikle dezavantajlı grupları oluşturan kadın, çocuk, engelli, yaşlı, cinsel, ırksal, dinsel, kültürel azınlıkların işyerlerinde kendilerini ve düşüncelerini ifade etmelerinin bir aracı olan cinsel, ırksal, dinsel, kültürel farklılıklarının korunması ve bu dezavantajlı grupların ifade özgürlüklerini koruyucu, geliştirici pozitif tedbirler alınması gerekmektedir.

bb. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasasında Azınlık Kavramı

Bir kişi ya da grup hakkında azınlık tanımının yapılabilmesi için sayı, etnik ya da ırksal köken, dini inanç, cinsel yönelim gibi kriterler yeterli olmayıp, bir azınlıktan bahsolunabilmesi için ilgili ülkenin vatandaşlığının bulunması, sosyo-politik olarak baskın olmama, dil, renk gibi farklılıkların ve mevcut grup içinde dayanışma kriterlerinin bulunması gerekmektedir⁹²².

⁹²⁰ http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html (Erişim. 02.01.2015).

⁹²¹ Kuçuradi, Sorunsal, s. 6.

⁹²² Karadağ, s. 17.

cc. Irkçılık ve Ayrımcılık İçeren Etnik, Cinsel, Kültürel ya da Başka bir Nedene Dayanan Nefret

İrk ve etnik mensubiyet kavramlarının ve dil, din, milliyet ve kültürün ırktan ayrılamaz olabileceğinin kabul edildiği 13.12.2005 tarihli Timişev-Rusya Kararı'nda⁹²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*Etnik mensubiyet ve ırk, bağlantılı ve örtüşen kavramlardır. İrk kavramı, insanların, cilt rengi veya yüz özellikleri gibi morfolojik niteliklere göre alt türlere biyolojik tasnifi düşüncesine dayanırken, etnik mensubiyetin kökeni ortak milliyet, kabile aidiyeti, dini inanç, paylaşılan dil veya kültürel ve geleneksel kökenler ve temeller düşüncesinde yatar*"⁹²⁴ demektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararına göre, devletin işyerinde ortaya çıkan ırkçılık ya da ayrımcılık ve etnik, cinsel, ırksal ya da başka bir sebebe dayanan bir nefreti veya önyargıyı içeren ifadeler için devletin gerekli soruşturmaları yapma yükümlülüğü yanı sıra, gerekli tedbirleri⁹²⁵ alma ve bu ihlalleri önleme yükümlülüğü de bulunmaktadır⁹²⁶. Bu yükümlülük kapsamında devlet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mevcut hakları özel hukukta ihlal edilen herkesin ve bu arada da devlet memurlarının ulusal bir makama etkili başvuru yapabilmesini sağlamak zorundadır⁹²⁷. Ayrıca işyerinde ırkçılık ya da ayrımcılık veya etnik, cinsel, ırksal ya

⁹²³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71627> (Erişim. 02.01.2015).

⁹²⁴ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 105.

⁹²⁵ Ayrımcılık yasağının etkili bir şekilde uygulanarak eşitlik ilkesinin sağlanabilmesi için Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan bir toplantı ile (7th International Colloquy on The Convention on Human Rights) ile Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanabilmesi (Right of Persons Deprived of Their Liberty Equality and Non-discrimination), Irkçılık ve Hoşgörüsüzlükle Mücadele Komitesi (The European Commission against Racism and Intolerance), Kadın ve Erkek Eşitliği için Yürütme Komitesi (The Steering Committee for Equality between Women and Men) ve İnsan Hakları Yürütme Komitesi (The Steering Committee for Human Rights) olmak üzere üç komite oluşturulmuştur (Ağırbaşı, s. 70 vd.).

⁹²⁶ Ağırbaşı, s. 66-68. 06.07.2005 tarihli Nachova ve Diğerleri-Bulgaristan Kararı. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69630#{"itemid":\["001-69630"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69630#{) (Erişim. 27.04.2014).

Ayrıca bkz. 06.11.2012 tarihli Redfearn-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114240> (Erişim. 15.04.2015).

⁹²⁷ Ek bilgi için bkz. Akandji-Kombé, Pozitif, s. 60-62. Devletin pozitif yükümlülüğü kaynağını AİHS m. 1'de yer verilen insan haklarına saygı yükümlülüğünden almakta olup, bu temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için AİHS m. 13'de düzenlenen etkili başvuru hakkı pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi için hukuksal bir zemin oluşturmakta ve hakların etkin ve pratikte korunmasını sağlamaktadır (Metin, Pozitif Yükümlülük, s. 118).

"Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri öne sürebilme imkânı veren bir başvuru yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Bu hükmün etkisi, Sözleşme'ye dayanan, 'savunulabilir bir şikâyetin' içeriğinin incelenmesini sağlayan bir iç başvuru yolu ve uygun telafinin sağlanmasıdır. 13. maddenin, sözleşmecî devletlere yüklediği yükümlülüğün kapsamı, başvuranın şikâyetinin türüne bağlı olarak değişmektedir. Bununla birlikte, 13. maddenin gerektirdiği başvuru

da başka bir sebebe dayanan bir nefreti veya önyargıyı içeren ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyecek ve bunun aksine olan tutum ve davranışlar, Sözleşme ile tanınan ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması (AİHS m. 17) anlamına gelecek ve ifade özgürlüğü korumasından faydalanamayacaktır⁹²⁸.

İnsanların tek bir türün mensupları olduğunu ve halkların eşit olarak doğduğu ve insanlığın ayrılmaz parçasını oluşturduklarını (m. 1/1) vurgulayan 27.11.1978 tarihli Irk ve Irksal Önyargılar Bildirisi'nde⁹²⁹ (Declaration on Race and Racial Prejudice), tüm bireylerin ve grupların farklı olma ve kendilerini farklı olarak görme ve kendi farklılıklarıyla dikkate alınma hakları (m. 1/2) olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu Bildirge ile bireye tanınan farklı olma ve kendini farklı görme hakkının hiçbir şekilde ırksal önyargılar için bahane olarak kullanılması ya da herhangi bir yasal düzenlemede yer verilen ayrımcılık uygulaması için gerekçe oluşturması mümkün değildir. Ayrıca kökene dayalı kimlik ile hiçbir şekilde insanların farklı yaşam tarzına sahip olmasının ya da kültürel kimliklerin korunmasının da engellenmesi söz konusu değildir (m. 1/3). Zira tüm dünya halklarının entellektüel, teknik, sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasi gelişmelerde en yüksek katılım için eşit yetenek ve yeterliliği bulunmaktadır (m. 1/4). Aynı Bildiri'de, kişilerin doğuştan “üstün” (superior) ya da “aşağı” (inferior) sınıf olduğuna dair iddiaların kabul edilmezliği vurgulanmakta ve ırksal ya da etnik grupların üstün ya da aşağı olduğuna dair ileri sürülen her tür iddia ya da teoriler “bilim dışı” kabul edilerek, bu tür yaklaşımların ahlâki ve etik yönden temel insan haklarına aykırı olduğu (m. 2) söylenmektedir. Devletlerin de Bildiri'de belirtilen ırksal ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli yasaların çıkarılması ve ortaya çıkabilecek ırksal ayrımcılıkları etkin ve sistemli şekilde soruşturan idari mekanizmalarla, doğacak zararlar için adli giderim şekillerini kurma yükümlülüğü mevcuttur. Ayrıca devletler,

yolu, hukuken ve uygulamada ‘etkili’ olmalıdır” (19.04.2007 tarihli Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya Büyük Daire Kararı). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116508> (Erişim. 03.04.2015)

⁹²⁸ Nefret içeren ya da saldırgan nitelik taşıyan söylemlerin, hakkın kötüye kullanılması yasağına (AİHS m. 17) dair genel düzenleme karşısında korunabilmesi mümkün değildir (Murdoch, s. 73). Aynı yönde bkz. McGonagle, s. 10.

⁹²⁹ Bildiri, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO-United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) tarafından hazırlanmıştır. http://portal.unesco.org/en/ev.php-RL_ID=13161&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Erişim. 20.05.2014).

ırksal ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli eğitim ve araştırma programları ile gruplar arasındaki karşılıklı saygının geliştirilebilmesi için pozitif siyasal, sosyal, eğitimsel ve kültürel önlemleri de almak zorundadır. Aynı zorunluluk, toplumda bulunan dezavantajlı gruplar için de geçerlidir. Aksi halde ırksal ayrımcılığa ilişkin her uygulama uluslararası hukukun ihlalidir⁹³⁰.

İrk ve Irksal Önyargılar Bildirisi'nin 7. maddesinde ise, hukuki, siyasi ve ekonomik önlemler alma dışında *“bireyler arasında onurda ve haklarda eşitliği temin etme”* nin gerekli olduğu belirtilerek, devletler, ırksal ya da etnik grupların üstünlüğünü iddia eden fikir ya da teorilere dayanan her tür ırksal nefret ve ayrımcılığı haklı göstermeye ya da teşvike yönelik herhangi bir propagandayı, her türlü örgütü ya da herhangi bir uygulamayı engellemenin temel aracı olarak yükümlü kabul edilmektedir. Bu kapsamda, Devletler açısından ırksal ya da etnik ayrımcılığı ya da nefreti önleyecek yasal düzenlemeleri yapmak uluslararası bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yükümlülük bireyler ve tüzel kişiler açısından da vardır. Bu yükümlülük kapsamında, bireyler ve her tür kamusal ya da özel alanda bulunan kurumlar, Bildirge ile devletin koymuş olduğu bu yasal düzenlemelere uymak ve ırksal ya da etnik ayrımcılığı önlemek için uygun araçları kullanmakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere, ırkçılık ve ırksal önyargılara ilişkin ayrımcılığın ortadan kaldırılması sadece kamu makamlarını değil, bireyleri ve özel hukuk kapsamında bulunan kurumları da kapsamakta ve böylece bireylerin ve grupların onurda ve haklarda eşitliği temin edilmeye çalışılmaktadır⁹³¹. Bu düzenleme çerçevesinde, işverenler de işyerlerinde ortaya çıkacak ırkçılık içeren ya da ırksal önyargıların ifadesi anlamına gelecek olan her tür söz, davranış ve uygulamayı ortadan kaldırmakla yükümlü bulunmaktadır.

İrk ve Irksal Önyargılar Bildirisi (m. 7) ile devletlere getirilen bu yükümlülük 21.12.1965 tarihli Birleşmiş Milletler Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması

⁹³⁰ Gemalmaz, C. 1, s. 924-930. Uluslararası hukukta ırksal ayrımcılık yasağının jus cogens (emredici kural) olduğu ileri sürülmekte ve çok zaman ırksal ayrımcılık kavramı soykırım ve soykırımı önleme faaliyetleri ile birlikte anılmaktadır (Gökçen Alpkaya, “BM’de Irksal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, No: 3, 2011, s. 2). Aynı yönde Karan, Eşitlik, s. 459.

⁹³¹ Gemalmaz, C. 1, s. 929. Irksal ayrımcılık uluslararası alanda insan hakları hukuku ihlali olarak ortaya çıksa da, ayrımcılık fiili, suça dönüştüğü noktalarda hem yerel hem de uluslararası ceza hukukunun konusunu da oluşturmaktadır (Alpkaya, s. 2).

Sözleşmesi'nde⁹³² de yer almaktadır. Bu Sözleşme'nin 4. maddesine göre, ırksal üstünlüğe ya da nefrete dayanan fikirlerin her türlü yayılmasının, ırksal ayrımcılık kışkırtmasının ve bunun yanı sıra herhangi bir ırka ya da renge yahut etnik kökene mensup bireylere karşı her türlü şiddet eylemlerinin yahut bu tür şiddet eylemlerinin kışkırtılmasının ve ırkçı faaliyetlerin finanse edilmesinin kanunla öngörülen bir suç olarak düzenlenmesi ve yasadışı ilan edilmesi gereği devletler açısından bir yükümlülük oluşturmaktadır⁹³³.

Öte yandan, 04.11.1966 tarihli Uluslararası Kültürel İşbirliği İlkeleri Bildirisi'nde (Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation)⁹³⁴ de “*her kültür saygı gösterilmesi ve korunması gerekli saygınlığı ve değeri haiz*” (m. 1/1) olduğu belirtilerek “*her halk kendi kültürünü geliştirme hakkına ve ödevine sahiptir*” (m. 1/2) vurgusu yapılmış ve kültürel farklılıklar nedeniyle ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Bu Sözleşme'yle, kültür çeşitliliği bir zenginlik olarak kabul edilmekte ve bu kültürlerin birbirini karşılıklı olarak etkilemesi nedeniyle tüm kültürler “*insanlığın bütününe ait olan ortak mirasın parçası*” (m. 1/3) olarak değerlendirilmektedir⁹³⁵.

Tüm bu uluslararası kurallar ve prensipler çerçevesinde işyerinde işçinin bir diğer çalışana, işverene ya da müşteri gibi üçüncü kişilere yöneltmiş olduğu ırk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal bir azınlığa aidiyet ve kültürel ayrımcılık içeren söz ve davranışların⁹³⁶ işçinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün

⁹³² http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowDoc/WLP+Repository/diyih/doc/bm_sozlesme_tr/3 (Erişim. 20.05.2014).

⁹³³ Gemalmaz, C. 1, s. 929-930. Ek bilgi için bkz. Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012, s. 133 vd. “...Diğer şeyler arasında bir kişinin etnik kökeni yüzünden yapılan ayrımcılık, bir tür ırk ayrımcılığıdır. Irk ayrımcılığı, ayrımcılığın insanları inciten bir türüdür ve tehlikeli sonuçları dikkate alındığında yetkililerin özel önem vermesini ve güçlü bir şekilde tepkide bulunmasını gerektirmektedir. Bu yüzden yetkililerin kendilerine elverişli olan her türlü imkânı kullanarak ırkçılıkla mücadele etmeleri ve farklılıkların bir tehdit olarak değil, bir tür zenginlik olarak görüldüğü demokratik toplum vizyonunu güçlendirmeleri şarttır. AIHM ayrıca tamamen ya da büyük oranda kişinin etnik kökenini temel alan uygulama farkının, çoğulculuk ve farklı kültürlerle saygı ilkeleri üzerine kurulu olan çağdaş demokratik toplumlarda nesnel olarak gerekçelendirme potansiyeline sahip olduğunu tespit etmiştir (13.12.2005 tarihli Timişhev-Rusya Kararı) (AIHM Bilgi Notu-5).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71627> (Erişim. 01.05.2015).

⁹³⁴ http://portal.unesco.org/en/ev.php-RL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Erişim. 20.05.2014).

⁹³⁵ Gemalmaz, C. 1, s. 924.

⁹³⁶ İşçinin sosyal medya da paylaştığı “Afrika’ya gidiyorum. Umarım AIDS kapmam. Sadece şaka. Ben Beyazım” gibi ırkçı tweetler, resimler, karikatürler, küfür ve aşağılamalar işçinin ifade özgürlüğü kapsamında bulunmamaktadır. Bu beyanlar her ne kadar bir diğer çalışana ya da işverene yöneltilmemiş olsa da beyanların işyerinin itibarına zarar vermesi söz konusudur (Wragg, s. 4).

bulunmamaktadır. İş hukuku açısından hakkın kötüye kullanılması (AİHS m. 17 ve TMK m. 2) niteliği taşıyan bu beyanların, çalışma düzenini bozucu, başkalarının şöhret ve haklarını ihlal eder nitelikte bulunduğu ve bazı durumlarda suç teşkil eden bir eylem olduğu gözetildiğinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlama halleri geçerli olmaktadır. Bu nedenle, işyerinde ifade özgürlüğü kapsamında olmayan bu tür ifadeler işveren açısından haklı sebeple fesih hakkı (İş K m. 25/II) doğururken, bu haksız tutum ve davranışlara maruz kalan işçilere ise, özellikle işçiyi koruma yükümünün yerine getirilmediği durumlarda, haklı sebeple fesih (İş K. m. 24/II) imkânı tanımaktadır. İşçinin işyerindeki bu tip ayrımcı davranışları ayrıca Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmakta ve bu tutum ve davranışlara maruz kalan kişilerin de kişilik haklarını ihlal etmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce işverenin, özellikle bu beyanların işverenin ve işyerinin itibarını sarsabileceği düşünüldüğünde, işyerinde işçiyi gözetme borcu ve talimat verme hakkı kapsamında ırk, etnik mensubiyet, renk ve ulusal bir azınlığa aidiyet ve kültürel ayrımcılık içeren söz ve davranışları engelleme ya da yasaklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksine durum işyeri barışının korunmasından da sorumlu olan işveren açısından sorumluluk doğuracaktır.

dd. İşyerinde Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim Ayrımcılığı Yasağı

İşyerinde işçinin kendini ifade etmesinin bir diğer aracı olan cinsel kimlik (sexual identity) ve cinsel yönelimin (sexual orientation) korunması sadece ifade özgürlüğünün korunması açısından değil, insan onurunun korunması açısından da önem taşımaktadır⁹³⁷. Bu nedenle, cinsel hakların birinci kuşak temel hak ve özgürlüklerden olduğu kabul edilmekte ve devletler cinsel hakların korunması konusunda negatif ve pozitif yükümlülük üstlenmektedirler⁹³⁸.

Ayrıca bkz. 16.11.2004 tarihli Norwood-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67632> (Erişim. 04.05.2015).

⁹³⁷ Karadağ, s. 19. Bkz. 16.09.2008 tarihli Pay-Birleşik Krallık Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88690> (Erişim. 10.05.2015).

⁹³⁸ Karadağ, s. 21.

Danıştay 10. Dairesi, 27.12.1993, E. 1992/4706, K. 1993/5536 “Davacı ameliyat sonucu kadın olmuş ve mahkemece cinsiyeti kadın olarak değiştirilerek bu durum nüfusa tescil edilmiştir. Yargı kararı ile kadın olan davacının kadınlara tanınan tüm haklardan yararlanma hakkı olması

Cinsel kimlik ve cinsel yönelim arasında yakın bağlantı bulunsa da bu iki terim arasında fark bulunmaktadır. Cinsel kimlik, bireyin romantik duygular beslediği ve cinsel çekim hissettiği kişilerle ilgili olarak kendisini nasıl tanımladığını ifade ederken, cinsel yönelimi ise kişinin karşı cinse, hemcinsine ya da her iki cinse hissettiği ya da hissetmediği romantik duyguları ya da cinsel çekimi ifade etmektedir. Buna göre, bireyin cinsel kimliğinin her zaman cinsel yönelimiyle uyuşması mümkün değildir⁹³⁹.

Cinsel kimlik ve cinsel yönelim açısından yapılan ayrımcılık ihlallerinde bir bireyin işyerinde homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi çok zaman söz konusu olsa da, heteroseksüel olma temelinde yapılacak her tür ayrımcılık da yasak kapsamında bulunmaktadır⁹⁴⁰. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde mevcut ayrımcılık düzenlemesinde cinsel kimlik ve cinsel yönelim, korunan hukuki menfaat olarak açıkça sayılmamaktadır. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli davalarda⁹⁴¹ cinsel yönelimin de Sözleşme'nin 14. maddesiyle korunan 'diğer' hukuki menfaatler arasında yer aldığını kabul etmektedir⁹⁴².

Türk hukuku açınsından, 1982 Anayasası'nda cinsel kimlik ya da cinsel yönelim konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'da bu konuda herhangi bir düzenlemenin bulunmaması hukukumuz açısından farklı cinsel yönelimlere sahip kişiler açısından eşitlik ilkesi temelinde hareket edildiğini, bu kişiler açısından anayasal bir eşitsizlik yaratılmadığını göstermekteyse de, bu kişilere ilişkin olarak hukuksal bir düzenlemenin mevcut olmaması cinsel azınlıkların özellikle ayrımcılığa karşı korunmasını zorlaştırmaktadır⁹⁴³.

gerekmektedir. Ölen babasından dolayı kendisine yetim aylığı bağlanmasını talep eden davacının, erkekken cinsiyet değiştirerek kadın olan kız çocuklarına yetim aylığı bağlanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle talebinin reddedilmesi Yargıtay'ca yerinde görülmemiş, yetim aylığı bağlanabilmesi için gerekli koşullara sahip olan davacıya yetim aylığı bağlanmamasında hukuka uygunluk görülmemiştir” (LGBT Davaları, s. 61).

⁹³⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_kimlik (Erişim. 02.01.2015).

⁹⁴⁰ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 97.

⁹⁴¹ Bkz. 09.01.2003 tarihli S.L.-Avusturya Kararı ve 22.01.2008 tarihli E.B.- Fransa Kararı.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60877> (Erişim. 02.01.2015).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571> (Erişim. 02.01.2015).

⁹⁴² Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 98.

⁹⁴³ Karadağ, s. 82.

Danıştay 10. Dairesi, ?, E. 2002/4332 K. 2005/480 “*Malatya İdare Mahkemesi’nce Devlet memuru H.O.E, “...daha önce tanıdığı bir şahısla fiili livatada bulunduğu anlaşılan ve bu fiil ile üzerine atılı bulunan disiplin suçunu işleyen davacının devlet memurluğundan çıkarılma cezasıyla cezalandırılması*

Bu nedenle, işyerinde cinsel kimlik ve cinsel yönelimlerle ilgili olarak yapılan aşağılama, hakaret ya da küfürler, şakalar, karikatür, resim gibi paylaşımlar, söz ve davranışlar, imalar, sorular, hakkı ihlal eden işçi için işveren açısından haklı sebeple fesih hakkı (İş K m. 25/II) doğururken, bu haksız tutum ve davranışlara maruz kalan, kendisine cinsel tercih ve yönelimlere ilişkin sorular sorulan işçinin, özellikle işverenin işçiyi koruma yükümünü gereği gibi yerine getirmedeği durumlarda, haklı sebeple fesih (İş K. m. 24/II) imkânı bulunmaktadır⁹⁴⁴. Ayrıca, kişilerin kendini ifadesinin bir aracı olan cinsel kimliğini ve yönelimini ihlal edici ifadelerin işyerinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde sınırlar ve TMK m. 2 dâhilinde kısıtlanabilmesi ya da engellenmesi bizce mümkündür. Aksine bir durum, işçiyi koruma borcunu yerine getirmeyen işverenin sorumluluğuna yol açacaktır⁹⁴⁵.

2. İşçiyi Gözetme (Koruma) Borcu

İşçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturan işverenin işçiyi gözetme (koruma) borcu⁹⁴⁶, insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden

yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır” gerekçesiyle devlet memurluğundan çıkarılmıştır. Davacının temyiz etmesi üzerine karar Danıştay’ca onaylanmıştır. Davacının karar düzeltme talebi reddedilmiştir” (LGBT Davaları, s. 64).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, 28.12.1993, E. 1993/569, K. 1993/1180 “Davacının gayri tabii mukarenet iddiasıyla rütbesinin geri alınmasına hükmolunmuştur. Yerel mahkeme, davacının kı- tadaki erle pasif surette gayri tabii mukarenet eylemini sabit görerek Türk Silahlı Kuvvetleri’nde kalmaya uygun olmadığına karar vermiş ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de söz konusu kararı onamıştır” (LGBT Davaları, s. 68).

⁹⁴⁴ **Yargıtay 9. HD, 19.09.2005, E. 2005/654, K. 2005/30275** “Aynı işyerinde çalışan eşcinsel çift ayrılmış, bunun üzerine otomobil borcunu bahane ederek kavga etmişlerdir. Bu kavga sebebiyle işvereni tarafından iş sözleşmesi feshedilen davacı, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi için mahkemeye başvurmuş, mahkeme davayı kabul etmiştir. Yargıtay, işçiler arasındaki eşcinsel ilişkiyi İş Kanunu’nun 17. maddesindeki “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller” kapsamında değerlendirecek, davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağına, bu sebeple birinci derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir” (LGBT Davaları, s. 63).

⁹⁴⁵ **Yargıtay HGK, 26.05.1999, E. 1999/9-307, K.1999/467** “Uzun yıllar boyu eşcinsel birliktelik yaşayan davacı ve davalının ayrılması sonrası davalı, davacının işlerini görmesi sebebiyle aralarında bir hizmet akdi olduğundan bahisle davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile sair işçilik haklarının ödenmesi için dava açmıştır. Yerel mahkemece tarafların arasında eşcinsellik ilişkisinden öteye geçmeyen bir ilişki olduğu tespit edilmiş ve hizmet akdi bulunmaması sebebiyle istekler reddedilmiştir. Davacı kararı temyiz etmiştir. Yargıtay’ca tarafların arasında hizmet akdi bulunduğu dair karar verilmesine rağmen Karşı Oy yazısında “tarafların ilişkisinin temelini yasalarımızın korumadığı, toplumumuzun ahlak yapısına uymayan, ahlaka (adaba) aykırı birlikteliğe dayandığı, olayda hizmet akdinin unsurlarının oluşmadığı, hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile mevzunun ve temelini ahlaka (adaba) aykırı bulunması sebebiyle Borçlar Kanunu’nun 19. ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamıyla batıl olduğu” hüküm altına alınmıştır” (LGBT Davaları, s. 62).

⁹⁴⁶ Doktrinde işçiyi koruma (gözetme) borcuna, “ihtimam ve yardım borcu”, “özen borcu” gibi isimler de verilmektedir (Narmanlıoğlu, s. 321).

doğmakta olup, bu konuda salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşamalar dikkate alınarak gerekli tüm önlemlerin de işveren tarafından alınması gerekmektedir⁹⁴⁷.

İnsan onuru ile bağlantısı nedeniyle oldukça geniş kapsamlı bir borç olan işçiyi gözetme borcu, mevcut iş sözleşmesi çerçevesinde, işverenin işçinin çıkarlarını zedeleyici her tür davranıştan kaçınmasını, ona yardımcı olmasını ve işin görülmesi nedeniyle uğrayabileceği her tür zarardan işçiyi korunmasını sağlayıcı her tür tedbiri almasını gerektirmektedir⁹⁴⁸. Bu bağlamda işveren, işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü kullanması için gerekli tedbirleri almak, bu özgürlüğü ortadan kaldıracı uygulamalardan kaçınmak ve bir işçinin diğer çalışanların ifade özgürlüğünü ortadan kaldıracı, engelleyici söz ve davranışlarını engellemekle yükümlüdür. Ayrıca, işverenin yine işçiyi gözetme borcu temelinde işçiye gerekli bilgilerin verilmesini, ilgili makamlara yasal süreler içinde bildirimlerde bulunulmasını ve işçinin kendini ilgilendiren belge ve bilgilere ulaşmasını sağlaması gerekmektedir. Bu borcun

İşçiyi gözetme borcunun karşılığı olan işçinin sadakat borcunda, işçinin işi işverenin yararına uygun biçimde yapması, işverenin şöhret ve itibarını sarsmadan, işverene zarara verecek tehlikeleri önler şekilde davranması, işçinin işyerinde olumlu davranışlarda bulunması, ayrıca ahlâk ve iyiniyet kuralları gereği (İş K. m. 25, II-b, d, e) işçinin belli davranış ve söylemlerden kaçınması gerekmektedir (Çelik, s. 143-144).

⁹⁴⁷ **Yargıtay HGK, 09.10.2013, E. 2013/21-102, K. 2013/1456** (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 10. HD, 24.06.2013, E. 2013/12872, K. 2013/14294 “İşçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır” (Sinerji Mevzuat).

⁹⁴⁸ İşverenin işçiyi koruma (gözetme) borcu genellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri alma borcu olarak anlaşılsa da, bu kapsamda işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu (TBK m. 417/1) da bulunmaktadır. İşyerinde işverenin, işçinin maddi ve manevi varlığını koruma borcunu gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle işçinin ölmesi, hastalanması ya da sakat kalması durumunda, işverene karşı genel hükümler (TBK m. 54 ve 417/3) uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açılması mümkün olup, işverenin hem cezai hem de hukuki sorumluluğu bulunmaktadır. Ayrıca işçinin kişiliğine, şeref ve haysiyetine, işverenden, diğer işçilerden ya da işle ilgili üçüncü kişilerden gelecek müdahale ve tecavüzlere, cinsel ve psikolojik tacize karşı işverenin gerekli önlemleri de alması gerekmektedir. Aksi halde işçinin haklı sebeple iş akdini feshetme hakkı (İş K. m. 24/II) vardır. Bunun dışında işverenin gözetme borcu, işçinin fiziki ve manevi varlığının yanında, işçinin eşyalarını da kapsamaktadır (Çelik, s. 174-187). Ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.

Güngör Turan, “1982 Anayasası’nın Sosyal İçeriği ve Avrupa Sosyal Hukukuna Uyumu”, **Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2010, Sayı: 55, s. 128 vd.; Ertürk, Temel Hak, s. 86; Ayrıca bkz. Güzel ve Ertan, s. 174-176; Fuat Bayram, “Türk İş Hukukunda Psikolojik Taciz”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul, 08/09 Haziran 2007, s. 178 vd. ; Erdoğan, G., **Mobbing**, s. 98 vd.

kapsamı ve sınırları, işçi lehine olan tüm yasal hükümler, dürüstlük ve iyiniyet kuralı (TMK m. 2) dikkate alınarak belirlenmektedir⁹⁴⁹.

İşveren açısından asli bir borç olan işçinin korunması borcu, işçinin işyerinde ve çalışma koşulları kapsamında korunması yanında, onun üçüncü kişiler karşısında da korunmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle, işçinin üstlerine, diğer işçilere ve müşterilere karşı korunması için gerekli önlemleri almak işverenin gözetme borcu kapsamında bir yükümlülüktür⁹⁵⁰. Ayrıca, işçinin korunması onun beden bütünlüğünün, kişiliğinin ve kişilik haklarının korunmasını da kapsamaktadır. İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçinin yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, onur ve şerefini, kişisel ve mesleki saygınlığını, özel yaşamını ve her tür ahlâki ve moral değerlerini, kısacası her tür hak ve özgürlüğünün korunmasını sağlamak zorundadır. İşverene yüklenen bu koruma yükümlülüğü işyerinde işçilerin psikolojik ya da cinsel tacize uğramalarının engellenmesi ve işçilerin kişisel verilerinin korunmasını da gerektirmektedir⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Süzek, s. 405; Narmanlıoğlu, s. 321. Ayrıca bkz. Demir, s. 129; İlhan Uluhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 1-2; Kaplan, s. 3; İşçiyi gözetme borcunun hukuki niteliği için bkz. Ertürk, Temel Hak, s. 91-92 ve 116 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 111 vd.; Bayram, s. 178 vd.

Yargıtay İBBGK, 29.06.1960, E. 1960/13, K. 1960/15 "İşverenin İş Kanununun 57. maddesine dayanarak işçinin sağlığını korumak üzere alınabilecek tedbirler hakkında çıkarılmış bulunan tüzüklere aykırı davranmış olmasından ve bu tüzüklerde hüküm bulunmayan hallerde dahi işverenin Borçlar Kanununun 332. maddesi gereğince alması gerekli tedbirleri almamış bulunmasından doğan cismani zararların tazmini davaları, iş akdine aykırı hareketten doğan tazminat davalarıdır. İşçinin işyeri dışında çalıştırılmış olmasından doğan veya işveren veya vekili tarafından kast ile zararlandırılmış bulunmasına dayanan tazminat davaları ise yine iş akdine aykırı davranmadan doğan davalarıdır. Zira iş veya hizmet akdi hükümlerince işverenin işçiyi akitle kararlaştırılandan başka bir iş görmeye mecbur tutması ve cismani tamamıyeti üzerine akit il dahi ihtimam etmekle mükellef bulunduğu bir kimsenin cismani tamamıyetini isteyerek halele uğratması akde aykırı bir davranış teşkil eder. Nitekim İş Kanununun 15 ve 16. maddelerinde bu gibi hallerin fesih için haklı sebep sayılmış bulunması dahi bu görüşü haklı göstermektedir. Bu gibi durumlarda işçinin açacağı tazminat davası Borçlar Kanununun 96. maddesine dayanır" (Sinerji Mevzuat).

⁹⁵⁰ Ertürk, Temel Hak, s. 90. İşçinin kişiliğine, işverenin talimatıyla ya da talimatı dışında diğer çalışanlarca da saldırılabilmesi mümkündür (K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)", **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 24, 2010/1, s. 302) (Tazminat).

⁹⁵¹ İşveren açısından oldukça geniş yorumlanan işçiyi gözetme borcu, işçilerin bilgisayar ortamında ya da özlük dosyalarında (İş K. m. 75) tutulan verilerini, özel ya da mesleki yaşamına ilişkin her tür kayıt ve bilgilerinin saklanması (TBK m. 419) işçinin kişiliğinin korunması kapsamında işverene ait bir borç olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 20. maddesine 07.05.2010 tarih, 5982 sayılı Yasa (RG. 13.05.2010-27580) ile yapılan ek ile anayasal bir hak olarak herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerinin korunmasını, silinmesini ya da düzeltilmesini isteme hakkı mevcuttur. Ancak TBK m. 419 ve İş K. m. 75 düzenlemelerinde, 1982 Anayasası'nın 20/3. maddesinden farklı olarak kişisel verilerin işlenmesinden değil, "kullanılma"sından bahs olunmaktadır. Kanunlarda sadece "kullanma" eylemine yer verilmesi, işçilerin kişisel verilerinin korunmasında yetersiz kalmasına neden

Öte yandan, işçiyi gözetme borcu, işyerinde işçilere yapılan HIV, genetik, psikolojik ya da uyuşturucu testi gibi bir takım testlerle, işçilerin üst ya da eşya aramalarını, e-posta ya da internet kullanımının kontrolünü, GPS gibi araç ya da yazılımlar vasıtasıyla işçilerin araçlarının, telefon ve bilgisayarlarının takibini, işyerinde yapılan sesli ya da görüntülü kayıtlar gibi işyeri uygulamaları ile işçinin hem işyerinde hem de özel yaşamında yapılan müdahalelerin gözetim ve denetim sınırları içinde kalmasını ve işçinin kişilik haklarının korunmasını da içermektedir. İşçinin kişilik haklarını koruma borcu, özellikle anayasal olarak korunan temel hak ve özgürlükler yönünden, işveren için anayasal bir yükümlülük oluşturmaktadır. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ile de işçinin kişiliğinin ve saygınlığının doğrudan korunması amaçlanmakta ve tüm kişilik değerleri koruma altına alınmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun bu maddesi ile işveren, işçiyi koruma borcu kapsamında işçisini psikolojik ve cinsel tacize karşı korumakla yükümlü bulunmaktadır. İşverene getirilen bu yükümlülükle işçinin rahat bir ortamda çalışması amaçlanmaktadır⁹⁵². Görüldüğü üzere, işverenin işçiyi gözetme borcu, işveren açısından sadece iş sağlığı ve güvenliği açısından değerlendirilecek bir borç değildir. Gözetme borcu her tür akdi ve kanuni borcu kapsamakta⁹⁵³ olup, işçi hem kamu hem de özel hukuk hükümleri ile korunmakta ve işverenin işçiyi gözetme borcu, hem iş akdinden ve İş Kanunu'ndan hem de Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca iş sağlığı güvenliğini sağlama yükümlülüğü işverenin kamu hukukundan kaynaklanan bir borcudur ve Anayasa'da mevcut sosyal devlet ilkesi gereğince bu kamusal yükümlülük genişlemektedir⁹⁵⁴.

Teknik imkânların artması ve eğitim düzeyinin yükselmesi ile birlikte, işyerinde işçiye, işveren ve diğer çalışanlar tarafından yöneltilecek cinsel, fiziksel ya

olmaktadır. Bu nedenle hem TBK hem de İş Kanunu kişisel verilerin elde edilmesi dâhil olmak üzere, elde edilen bu verilerin hukuka aykırı şekilde yapılan tüm müdahaleleri korunmamaktadır (Süzek, s. 409-410). Ayrıca bkz. Murat Şen, "İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.02.20012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 27, Aralık 2012, s. 134 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 124 vd.; Bayram, s. 178 vd.

⁹⁵² Süzek, s. 406-407; Narmanlıoğlu, s. 321 vd. Ayrıca bkz. Şen, s. 134 vd.; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 13 vd.; Okur, Gözetleme, s. 71 vd.; Kaplan, s. 3; Özdemir, H, s. 242-243.; Aktay ve Diğerleri, s. 129 vd.; Erdoğan, G., Mobbing, s. 98 vd.

⁹⁵³ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 640 vd.; Uluşan, s. 23. Ayrıca bkz. Ekin, s. 87 vd.

Levent Akın "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, s. 152-153. Ayrıca bkz. Erdoğan, G., Mobbing, s. 99-100; Bayram, s. 178 vd.

da psikolojik taciz, tahkir, sömürü gibi davranışlar daha incelikli bir şekilde ortaya çıkmakta, işçinin ruh ve beden bütünlüğüne, kişilik haklarına zarar verici davranışların niteliği ve içeriği karmaşık bir hale gelmektedir⁹⁵⁵. Ancak işveren, işçinin işyerinde karşılaşabileceği her tür tacizi ortadan kaldırıcı önlemi almak zorundadır (TBK m. 417/1). Bu zorunluluk, işveren açısından tacizde bulunan işçinin iş akdinin haklı sebeple feshini de kapsamaktadır. Aksi halde işçiden, kanuna ve iş akdine uygun olmayan bir işyerinde dürüstlük kurallarına göre hizmet akdini yerine getirmesini beklemek mümkün değildir (TBK m. 435/2)⁹⁵⁶. Zira işçiyi koruma ve gözetme borcunu yerine getirmeyen işveren, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş akdinde, sözleşmeye aykırı davranmış olmaktadır. Bu kapsamda borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen borçlu-işveren, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklı-işçinin bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112). Ayrıca, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi ya da kişilik haklarına zarar verilmesi halinde işçinin, işverenden sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlarının tazminini (TBK m. 417/3) istemesi mümkündür⁹⁵⁷.

3. İşçinin Verilerinin Korunması

Bir iş ilişkisinde, işin şahsen ifasının gerekmesi, işçinin pek çok kişisel değerinin işverenin hâkimiyet alanına girmesine neden olmaktadır⁹⁵⁸. Bu durum, işçinin işyerindeki sosyal konumunu, özel hayatını, işyerindeki ifade özgürlüğünü ve işverenin işçi hakkında sahip olduğu tüm bilgi ve verileri işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında geniş şekilde korunan hukuki değer haline getirmektedir⁹⁵⁹.

İşyerinde işçinin kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesi halinde, öncelikli olarak korunması gereken işçinin yüksek menfaattir. Bu menfaat, bir yandan işçinin

⁹⁵⁵ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 11. Psikolojik taciz işyerinde işçinin iletişimine, sosyal ilişkilerine ve sosyal konumuna yapılan saldırılar olarak sınıflandırılabilen davranışlardan oluşmaktadır (Erdoğan, G., Mobbing, s. 89).

⁹⁵⁶ Centel, s. 15. Ayrıca bkz. Güzel ve Ertan, s. 162vd.; Bayram, s. 176 vd.

⁹⁵⁷ Şen, s. 135. Ayrıca bkz. Bal, s. 43 ve 267; Erdoğan, G., Mobbing, s. 98 vd.

⁹⁵⁸ Kaplan, s. 6. İşçinin kişilik değerlerinin bir parçasını oluşturan verilerin bilgisayar ortamında korunması halinde işverenin bu verileri sadece işçinin işe yatkınlığı ve işin ifası için, ancak zorunlu olduğu ölçüde kullanması gerekmektedir (TBK m. 419) (Aktay ve Diğerleri, s. 128).

⁹⁵⁹ Kaplan, s. 3. Ek olarak bkz. Rehbindir, s. 751-752.

işyerinde özel hayatının, diğer yandan da işçinin kamusal alandaki kendini ifade etme aracı olan davranışlarının korunmasını gerektirir⁹⁶⁰. Bu nedenle, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi ve korunması özellikle gerçek kişileri, kamu kurum ve kuruluşlarını ve özel sektörü de kapsayan bir işveren yükümlülüğü oluşturmaktadır⁹⁶¹.

İşçinin kişisel verilerinin işyerinde korunması, demokratik ve özgür bir toplum düzeninde işçiye işyerinde kişisel alanını ve yaşamını özgürce belirleme serbestisi tanıyan temel bir hak niteliği taşımaktadır. Bu hak, işçinin işyerinde karar verme ve verdiği kararları ifade etme özgürlüğünü de güvence altına almakta ve özgürce davranma imkânı tanımaktadır⁹⁶². Bu özgürlüğün ortadan kaldırılması halinde ise hakkında yasa dışı şekilde verileri toplanan kişi, bu veriler ister devletçe ister özel şahıslarca toplansın, “*hukusal açıdan özür*” duruma düşürülmekte ve temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmektedir⁹⁶³. Bu nedenle işyerinde gerek iş ilişkisinin devamında gerekse iş ilişkisinin sonlanmasından sonra, hukuka aykırı bir şekilde, işçinin rızası ve bilgisi olmaksızın, kişisel verilerin eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını ihlal eder şekilde işlenmesi ve depolanması mümkün değildir. Ancak bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan hızlı değişim, işyeri uygulamalarını değiştirmekte ve işyeri güvenliği, işyerinin ve çalışanların gözetlenmesi, çalışanların kişisel verilerinin güvenli şekilde saklanması gibi önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Gelişen teknolojilerin, bilgisayar ve internet kullanımının yaygınlaşması, işyerinde işçinin özel alanının daha fazla kontrol edilebilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, işyerinde işçinin temel hak ve özgürlüklerini daraltan ya da ortadan

⁹⁶⁰ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2008, s. 119.

⁹⁶¹ Songül Atak, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 59-60, s. 204. Ayrıca bkz. Kaplan, Veri, s. 376 vd.; Palmer, s. 175 vd.; Collins, s. 620; Eken, s. 65.

“...Başkalarının sağlığını ve hak ve özgürlüklerin, korunmak üzere tasarlanmış kişisel dosyalar, ilgili gizlilik ve erişim kurallarıyla korunur... Sadece belirli kategorideki kişilerin erişimine açıktır” (09.07.1991 tarihli Chave-Fransa Kararı) (AİHM Bilgi Notu-6).

⁹⁶² Şimşek, Veri, s. 111-112.

⁹⁶³ Müslüm Akıncı, Güvenlik Kayıtları ya da Bilgi Fişlerinin İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 45. İşçinin işyerinde verilerinin korunması, işçinin insan onuru ve kişiliğini geliştirme hakkı ile yakından alakalı bir haktır. Ancak tüm haklar gibi verilerin korunması hakkı da sınırsız olmayıp, bu hakkın kullanılmasının sınırını genel olarak kamu yararı oluşturmaktadır. Kamu yararının ise hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri çerçevesinde, insan onurunun korunması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir (Şimşek, Veri, s. 124).

kaldıran bu tip ihlallerin önlenmesi ve işçinin bilgi-işlem teknolojilerine karşı korunması için yasal düzenlemeler yapılmaya çalışılmaktadır. Bu düzenlemelerden, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 17.09.1980 tarihli “İnsanları Kişisel Bilgilerin ve Otomatik Olarak Değerlendirilmesine Karşı Koruma Anlaşması” ile Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından hazırlanan 23.09.1980 tarihli “Özel Alanın Korunması İçin ve Kişisel Bilgilerle Sınır Ötesi İlişkiler Konusunda Direktif” uluslararası alanda öne çıkmaktadır⁹⁶⁴.

§13. İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KİŞİLİK HAKLARINA ETKİSİ

I. Genel Olarak

İfade özgürlüğü için yapılan tüm temel değerlendirmeler ve kısıtlamalar, işçinin işyerindeki ifade özgürlüğünü açısından da geçerlidir. Bu yüzden işçinin, yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, işyerinde ortaya çıkacak olan bir takım olumsuzlukları ya da işyerinden, diğer çalışanlardan veya işverenden kaynaklanan hukuka ya da işyeri güvenliğine aykırı durumları, bazı durumlarda, ifşa etme, eleştirme ya da uyarıda bulunma hakkı bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre, bireylerin gerek özel yaşamlarında gerekse iş yaşantılarında kimliklerine ve kişisel gelişmelerine saygı gösterilmesi (right to identity and personal development) temel bir haktır. Ayrıca, bireyin hem özel yaşantısında hem de iş yaşantısında kendini ifade etmesini sağlayan, diğer insanlarla, dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkı (right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world) mevcuttur. Bu kapsamda işyerinde işçinin akıl sağlığının, maddi ve manevi bütünlüğünün korunması gerekmektedir⁹⁶⁵.

Bireyin özgürlüğünün ve bireyi diğer bireylerden ayıran niteliklerinin ve düşüncelerinin hukuken tanınarak korunması için, bireye öncelikle kendi kişiliğini oluşturma ve geliştirme hakkının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, bireyin

⁹⁶⁴ Gören, Kişilik, s. 181.

⁹⁶⁵ Gemalmaz, C. 1, s. 206-207.

Bkz. 06.02.2001 Bensaid-Birleşik Krallık Kararı ve 13.02.2003 tarihli Odievre-Fransa Kararı.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59206> (Erişim. 16.11.2014).
[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935#{\"itemid\":\[\"001-60935\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60935#{\) (Erişim. 16.11.2014).

kimliğini ya da kişiliğini oluşturan ve kendini ifade etmesine imkân tanıyan cinsiyet, cinsel yönelim, isim, din ve fiziksel görünüm gibi hakların işyerinde de tanınması önem taşımaktadır. Ayrıca, bireyin hem özel hayatta hem de işyerinde sosyalleşme hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın işyerinde kullanılabilmesi için bireyin kişiliğini geliştirmesi ve iş ortamında olsa dahi kamunun, işverenin ya da diğer çalışanların merakından uzak bir şekilde diğer insanlarla ve dış dünya ile iletişim kurması, bu ilişkilerini geliştirmesi gerekmektedir. Ancak bireyin iş yaşamı ile özel yaşamını kesin bir şekilde ayırmak her zaman mümkün değildir⁹⁶⁶. Bu noktada, evrensel bir hak olan çalışma hakkı da, sosyal adalet kavramı çerçevesinde işçinin işyerinde sosyalleşmesinin bir aracını oluşturmaktadır⁹⁶⁷.

İşyerinde işçilerin iletişim kurma hakkının ve sosyalleşmesinin ortadan kaldırılması ile işçinin işyerinde ifade özgürlüğü ortadan kalkmaktadır. Özellikle geleneksel çalışma ortamlarında ifade özgürlüğünün engellenmesi bir disiplin aracına dönüşmektedir. Bu nedenle, işçinin işyerindeki ifadeleri çok zaman işverenin çıkarlarına aykırı görülerek, işçinin önemsiz düşünceleri dahi engellenmeye çalışılmakta ya da yok sayılmaktadır⁹⁶⁸. Ancak işçinin önemli olsun olmasın her tür görüşü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin koruması altında bulunmaktadır⁹⁶⁹.

II. İşçinin Kişilik Hakları

İşçilerin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunması, işyerinde hukuksal çıkarlarının korunmasını da kapsamaktadır. Bu yüzden işçinin, işyerinde özel hukuk kişilerince ve öncelikle de işveren ya da diğer çalışanlar tarafından yöneltilebilecek her tür şiddetten korunması gerekmektedir⁹⁷⁰. Böylece devlet, işçiye işyerinde

⁹⁶⁶ Arslan Öncü, s. 206 vd. ve 323.

⁹⁶⁷ Arslan Öncü, s. 321.

⁹⁶⁸ İşçinin işyerinde sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak çok zaman yüzeysel analizler yapılarak, AIHS m. 10'un sadece önemli ifadeleri koruduğu gibi bir yaklaşım sergilenmekte, hatta mahkemeler nezdinde dahi bu şekilde değerlendirme yapılmaktadır. Bu durum iş ilişkisinden doğan ve işçinin işyerinde temel bir hakkı olan ifade özgürlüğünün değerini azaltmakta ya da temel bir hak olarak korunurluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle özellikle işyerinde sosyal medya kullanımı nedeniyle işten çıkarmalar giderek artmakta ve işyerinde işçinin ifade özgürlüğü zedelenmektedir (Wragg, s. 2). Aynı yönde bkz. McGoldrick ve O'Donnell, s. 455.

⁹⁶⁹ Wragg, s. 2.

⁹⁷⁰ 1982 Anayasası'nın herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen 17. maddesi ile yine Anayasa'nın Başlangıç hükmünde yer verilen her Türk Vatandaşının

yöneltilebilecek fiili ya da sözlü şiddeti engellemek hem dikey hem de yatay bir yükümlülük üstlenmektedir⁹⁷¹. Bu nedenle, devlet bir taraftan işçiyi koruyucu doğrudan düzenlemeler getirirken, diğer taraftan da işvereni işçiyi koruyucu önlemler almaya zorlamaktadır. Devlet açısından negatif ve pozitif yükümlülük oluşturan bu görev, işyerinde herhangi bir şekilde gerçekleşmiş olan fizikî, sözlü, ekonomik vs. şiddeti ortadan kaldırıcı cezai, hukuki ve idari önlemlerin alınmasını gerektirmektedir⁹⁷². İşyerinde özel hukuk kişilerince işçilere yöneltilen şiddetin genellikle kadın, çocuk, yaşlı, engelli ya da farklı cinsel, dinsel, ırksal, politik tercihlere sahip kişiler üzerinde yoğunlaştığı gözetildiğinde, devlet tarafından işyerinde şiddet ve ayrımcılığı ortadan kaldırıcı düzenlemelerin yapılması, evrensel insan hakları değerlerine sahip, demokratik sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁷³. Bu nedenle, hem devlet hem de işveren işçinin parayla ölçülmesi mümkün olmayan değerlerini de kapsayacak şekilde, onun kişiliğine ve kişiliğini oluşturan ırk, cinsiyet, dil, din, politik görüş, cinsel tercih, onur, ismi gibi değerlere de saygı göstermek ve bu değerlerin korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak zorundadır⁹⁷⁴.

Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşit, sosyal adalet gereklerince yararlanarak... onurlu bir hayat sürdürme, maddi-manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisini haiz olduğunu belirten düzenleme Türk Hukukundan işçinin kişilik hakkının korunmasına ilişkin temel düzenlemenin anayasal dayanağını oluşturmaktadır (Ertürk, Kişilik, s. 22). Ek olarak bkz. Erdoğan, G., Mobbing, s. 93 vd.

⁹⁷¹ İnsan hakları hukukunun asıl amacı dikey uygulamalar ve bireyi devlete karşı korumak olarak ortaya konsa da, bu yaklaşım özel hukuk alanında meydana gelen hak ihlallerine karşı bireyi korumasız bırakmakta, bireylerden gelen hak ihlallerinin engellenmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle uluslararası hukukta geliştirilen yatay etki (yatay uygulama) doktrini ile özel hukuk alanında özel kişiler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlalleri için devletlerin sorumluluk üstlenmesi gerektiği kabul edilmektedir (Arslan Öncü, s. 77). Temel hakların etkisi için bkz. Ertürk, Temel Haklar, s. 35-36.

⁹⁷² **Yargıtay HGK, 30.04.2008, E. 2008/4-351, K. 2008/350**, “Davacı Ankara Üniversitesi Rektörü, davalı da aynı üniversitede öğretim üyesidir. Bir öğretim üyesinin üniversite rektörlüğünden bilgi edinmek için yapacağı başvuru ile ilgili davalıdan görüşünü sorması üzerine, davalı yanlışlıkla tüm liste üyelerine gönderdiği dava konusu e-mailde <bilgi edinme başvurusu yapmak iyi fikir ama giriş kısmı çok Onur K... kokuyor. Adama bel altına vurmak için koz verme. Sadece soruları sor derim ben. Geçireceksen de sorular içerisinde sor o kendisi sana saldırsın...> demektedir .

Dosya içinde bulunan idari soruşturma evrakları ve diğer kanıtlardan dava konusu e-mailde davacının kastedildiği ve içeriği itibarıyla davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunun kabulü gerekir. E-mail'in liste üyelerine yanlışlıkla gönderilmesi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak bir durumdur” (Sinerji Mevzuat).

⁹⁷³ Arslan Öncü, Saygı, s. 304-305; Ertürk, Temel Hak, s. 85.

⁹⁷⁴ Sevimli, s. 111-112. Ayrıca bkz. Kaplan, Veri, s. 369 vd.; Erdoğan, G., Mobbing, s. 119-120.

III. İşçinin Kişilik Haklarının ve İfade Özgürlüğünün İhlalinin Hukuksal Sonuçları

A. İş Kanunu Açısından

1. Genel Olarak

İş hukuku açısından işçinin işverene bağlı (İş K. m. 8) olarak, işverenin denetim ve gözetimi altında çalışması ve işçinin sadakat borcunun bulunması işçinin kişilik haklarının korunmasını daha önemli bir hale getirmekte ve bu nedenle işverene işçiyi koruma borcu yüklenmektedir. Bu kapsamda işin görülmesi için işveren tarafından verilen emir ve talimatların hukuka uygun olması, İş Kanunu'nda ve diğer kanunlarda öngörülen emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Söz konusu emredici hükümler sadece işverenin emir ve talimat verme sınırını değil, aynı zamanda işçinin sadakat ve iş görme borcunun sınırlarını da belirlemekte, hem İş Kanunu'ndan hem de diğer yasalardan (AY, TMK, TBK vs.) kaynaklanan ve işçinin kişilik haklarına, kanuna, genel ahlâka aykırı bir müdahale, işçi açısından fesih hakkının (diğer yasal hak talepleri ile birlikte), işveren açısından ise işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında, işçinin kişilik haklarına, kanuna, genel ahlâka aykırı bir müdahale eden işçinin iş akdinin haklı sebeple feshedilmesi hakkının doğmasına neden olmaktadır⁹⁷⁵.

Fesih nedenlerinin ayrıntılı bir şekilde değerlendirildiği Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.03.2008 tarih, E. 2007/27583, K. 2008/5294 sayılı kararında, İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işverenin iş sözleşmesini işçinin

⁹⁷⁵ İbrahim Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi", **Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 6, Kasım 2005, s. 22-23. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 538 vd.; Erdoğan, G., Mobbing, s. 100-101; Ertürk, Kişilik, s. 3-4; Aktay ve Diğerleri, s. 130 vd.; Kaplan, Veri, 371 vd.; Bayram, s. 181 vd. **Yargıtay 9. HD, 13.12.2010, E. 2009/447, K. 2010/37516**, "*Somut uyumsuzlukta, dosya kapsamına göre davacının görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için kendisine verilen bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak iş akdi daha önce feshedilen S.A. ile işle ilgili olmayan elektronik yazışmalar yaptığı, bu yazışmalar sırasında işverenin şahsına yönelik hakaret niteliğinde sözler sarf ettiği işyeri sırrı sayılabilecek konularda da yazışmalar yaptığı anlaşılmıştır. İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp işverene hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasanın 25 II-b. maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*" (Sinerji Mevzuat).

davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebileceği belirtilmiştir. Bu kararda, işverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları İş Kanunu'nun 25. maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte, işçinin işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, sosyal açıdan olumsuz bir davranış ve toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumun geçerli sebeple fesih nedeni oluşturduğu kabul edilmiştir. Ancak işçinin olumsuz tutum ve davranışı işyerinin üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, bu davranışlar geçerli sebeple fesih nedeni sayılmayacaktır. Buna göre işçinin davranışlarının feshe neden olabilmesi için, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden makul ölçüler içerisinde beklenmemesi gerekmektedir⁹⁷⁶.

Bir iş akdinde geçerli fesihten bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülükleri kasıtlı ihlali şart olmayıp, işçinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal edilen ihmali davranışı da geçerli fesih için yeterlidir. Ayrıca, işçinin kusurunun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde etkili olmaktadır. Çünkü işçi, işverenin yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara uymak zorundadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene, duruma göre, iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkı vermektedir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin h. fıkrasında, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, İş Kanunu'nun gerekçesine göre işçinin *“işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi”*

⁹⁷⁶ **Yargıtay 9. HD, 13.03.2014 E. 2013/13973, K. 2014/8256** “4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez” (Sinerji Mevzuat).

geçerli fesih nedenidir⁹⁷⁷. İşçi, görevini uyarıya rağmen hiç yerine getirmezse işverenin haklı nedenle derhal; eksik, kötü veya yetersiz bir biçimde yerine getirirse geçerli fesih hakkı mevcuttur. Ancak hiç kimsenin sürekli olarak hatasız çalışmayacağı düşünülürse, bir iş ilişkisinde her yapılan hatalı üretim veya hizmetin işverene, iş sözleşmesini fesih hakkı vermediğinin, bir başka deyişle bir işçiden yapması beklenebilecek ortalama üretim veya hizmet hatasının iş sözleşmesinin fesih nedeni olmadığının kabulü gerekmektedir. Fakat işçiye tanınan hata payı sınırsız olmayıp, bir işçiden yapması beklenebilecek hata payının tolerans sınırının üstünde olması halinde, hatalı bir üretim veya hizmet iş sözleşmesinin feshinde haklı ya da geçerli sebep oluşturacaktır. Bu nedenle, işçinin davranışlarına dayanan bir fesih için öncelikle, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmiş olması şarttır. Bu gerekçe ile iş sözleşmesinin feshi için, işçiye hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin ve onun hangi davranışı ile bu sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi ve işçinin dileseydi bu yükümlülüğü ihlal etmekten kaçınıp kaçınamayacağının da belirlenmesi gerekmektedir. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediğine ve ihtara rağmen bu davranışını sürdürürdü ise İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunmasının alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine de bakılmalıdır. Ancak ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesini sürdürmesinin beklenemeyeceği hallerde, işçiye bu davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek bulunmamaktadır⁹⁷⁸. Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranmasının ve iş

⁹⁷⁷ İşçinin davranışlarından (ya da yetersizliğinden) kaynaklanan bir neden varsa, ancak bu neden İş Kanunu'nun 25. maddesi gereği haklı sebeple derhal feshe imkân sağlayacak bir ağırlık taşııyorsa, işyerinin normal çalışmasını bozan, iş görme borcunun yerine getirilmesini engelleyen ya da işyerindeki çalışma huzurunu ve uyumunu ortadan kaldıran işçi davranışları İş K. m. 18'de belirtilen şekilde geçerli bir nedene dayanarak iş akdinin geçerli sebeple feshine imkân sağlamaktadır. İşçinin iş akdinin geçerli sebeple (sürelî) feshedilebilmesi için öngörülen bir kısım davranışlar, İş Kanunu'nun gerekçesinde, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliği yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde iş arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işin akışını ya da iş ortamını olumsuz etkileyecek şekilde diğer kişilerle ilişkiye girmek, işi aksatacak kadar uzun telefon konuşmaları yapmak, işyerinde geçimsizlik göstermek, sıkça tartışmak vs. şeklinde örnekleyici olarak sayılmıştır. Burada esas olan işçinin davranışlarından kaynaklanan bir nedenle işçi-işveren arasında güven ilişkisinin zedelenmesi ve taraflardan iş ilişkisinin devamının beklenemeyecek oluşu söz konusudur (Süzek, s. 583-585). Ayrıca bkz. Çelik, s. 272 vd.; Narmanlıoğlu, s. 418 vd.; Bayram, s. 186 vd.; Erdoğan, G., Mobbing, s. 98 vd.

⁹⁷⁸ İş Kanunu'nun 19/2. maddesi ile 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 7. maddesine uygun bir düzenleme yapılmış ve İş K. m. 25/II'de düzenlenen haklı sebeple fesih halleri saklı kalmak üzere, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, o işçinin davranışları ya da verimliliği sebebi ile feshedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (İş K. m. 19/2).

ilişkinde devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu sayılmakta, aksi takdirde işverenin ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmesi mümkün olmaktadır. Buna göre, İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverene derhal fesih hakkı veren hallerden dolayı, işçiye önceden ihtar verilmesi gerekli görülmektedir. İş akdi ile üstlenilen yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelen birden fazla davranış için işçiye ihtarla bulunulması halinde ise, fesih nedeni bakımından işçinin en son davranışı önem taşımaktadır. Ancak ihtarın işçiye ciddi bir şekilde uyarılması, açıkça ortaya konan kusurlu davranışının tekrarlamamasını talep etmesi, tekrarı halinde iş ilişkisinin mevcudiyeti ve içeriği açısından aleyhe bir takım sonuçların doğacağı uyarısında bulunması gerekmektedir⁹⁷⁹.

Davranışı nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshi, ancak daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gereklidir. Ölçülülük ilkesi gereği işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi de bir çözüm oluşturmaktadır. Her ne kadar çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olsa ve işçi lehine hüküm doğursa da, işveren açısından bu tedbirin uygulanmasının mümkün olması ve kendisinden haklı olarak bu tedbiri uygulamasının beklenebilmesi gerekmektedir. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse, ölçülülük ilkesi ve *ultima ratio* prensibi ve İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshinin de düşünülmesi mümkündür⁹⁸⁰.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin d. fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedenidir. Bu gibi durumlarda işçinin Anayasa'nın 25 ve 26. maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanması mümkün değildir. İşçinin işveren aleyhine sarfettiği sözler bu ağırlıkta olmasa bile, eğer çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmaktadır. Ayrıca, işçi tarafından sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözleri de aynı şekilde değerlendirilmektedir. Bunun gibi, işveren veya onun aile üyelerinden olmamakla

⁹⁷⁹ Yargıtay 9. HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294 (Sinerji Mevzuat).

⁹⁸⁰ Yargıtay 9. HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294 (Sinerji Mevzuat).

birlikte, işverenin yakını veya yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması veya bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlarda bulunması, özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmelerde iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaktadır. İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması hali de İş Kanunu'nun 25/II-d. hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmaktadır. Ayrıca sataşma niteliğinde taşımasa da, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek de geçerli fesih nedenidir. Geçerli feshin varlığının değerlendirilmesinde, ilgili işyerinde veya iş dalında da mutad olan görüşme, görgü, nezaket kuralları ile işçinin eğitim ve ruhsal durumunun, konuşma ortamının ve işveren tarafından provoke edilme gibi durumların olup olmadığının dikkate alınması, işçi-işveren menfaat dengesinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yapıcı ve objektif ölçüler içinde kalmak koşuluyla, belirli bir uzmanlık alanına ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilmesi mümkün değildir⁹⁸¹.

2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Haklı Sebeple Fesih Halleri (İş K. m. 25)

Kaynağını objektif iyiniyetten (dürüstlük kuralı) alan haklı sebeple fesih hakkının hukuksal dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde belirtilmiş olup, maddede hizmet ilişkisini sürdürmesi iyiniyetle beklenemeyen taraflardan her birinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshedebileceği hüküm altına alınmıştır. İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde ise hukuksal dayanak belirtilmeksizin haklı sebeple fesih hakkı tanıyan haller sayılmıştır. Bu bağlamda, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddesinde yer verilen hallerden birinin varlığı halinde, hem işveren hem de işçi herhangi bir bildirim süresini beklemeksizin, hem belirli süreli hem de belirsiz süreli iş akdini derhal sonlandırabilmektedir⁹⁸². Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddelerinde, iş güvencesi kapsamında bulunan işçilere, iş sözleşmelerini

⁹⁸¹ Yargıtay 9. HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294 (Sinerji Mevzuat).

⁹⁸² İhbar tazminatının İş K. m. 17'de belirtilen sürelerle uymaksızın iş akdi feshedilen tarafça istenebilmesi mümkün olup, İş K. m. 24 ve 25'e dayanarak yapılan haklı sebeple fesih bildirimlerinde, iş akdini haklı sebeple fesheden tarafın ihbar tazminatı talebi mümkün değildir (*Süzek*, s. 727).

“işçinin davranışlarından”⁹⁸³ kaynaklanan bir nedenle geçerli (sürelî) fesih hakkı tanınmıştır (İş K. m. 18/1)⁹⁸⁴. İş akdini haklı sebeple sonlandırma halleri ise hem işçi (İş K. m. 24) ve hem de işveren (İş K. m. 25) açısından “sağlık nedenleri”, “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ve “zorlayıcı sebepler” olmak üzere üç başlık halinde toplanmış ve taraflardan birinin davranışı nedeniyle mevcut iş ilişkisinin temelinin çökmesi halinde, güven ilişkisi zedelenen tarafa haklı sebeple iş akdini feshetme imkânı tanınmıştır⁹⁸⁵. İş sözleşmesinin işçi ya da işveren tarafından yapılan tek taraflı bir bildirimle (irade beyanıyla) ortadan kaldırılması anlamına gelen fesih bildirimi, hem Borçlar Kanunu’nda hem de İş Kanunu’nda belirtildiği şekilde bir ihbar öneli ile (TBK m. 431, İş K. m. 17) yapılabileceği gibi, haklı bir sebebinin bulunması halinde derhal fesih (TBK m. 435, İş K. m. 24-25) şeklinde de yapılabilir. İşçi ve işverene tanınan tek taraflı fesih imkânı doğrudan kişi özgürlüğü kavramı ile alakalı olup, ister belirli süreli isterse belirsiz süreli olsun, dürüstlük kurallarına uygun olma koşuluyla, taraflara iş ilişkiden kendini kurtarma imkânı tanımaktadır⁹⁸⁶.

a. İşçinin İşvereni Yanıltması (İş K. m. 25/II-a)

İş ilişkisinin kurulması sırasında işçi, işvereni sözleşmenin esaslı unsurları ya da kendisinde bulunmayan vasıflar hakkında yanıltmışsa, işverenin derhal haklı sebeple iş akdini fesih hakkı doğmaktadır⁹⁸⁷. Ancak yanıltma, sözleşmenin kurulmasında esaslı bir unsur teşkil etmemekle birlikte, işyerinin işleyişini olumsuz

⁹⁸³ İş güvencesi kapsamında “işçinin yeterliliği” ve “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler” diğer geçerli (sürelî) fesih hakkı doğumu için gerekli nedenler (İş K. m. 18/1) olarak öngörülmüş ve ispat yükü kural olarak işverene yüklenmiştir (İş K. m. 20/2).

⁹⁸⁴ Süzek, s. 560. ILO tarafından 1982 yılında kabul edilen “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”nin Türkiye tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Kanun ile onaylanması ile iç hukukta iş güvencesi kapsamında yasal değişiklikler yapılmıştır (Çelik, s. 225).

⁹⁸⁵ Süzek, s. 695; Narmanlıoğlu, s. 410-415; Aktay ve Diğerleri, s. 179 vd. Ayrıca bkz. Öktem Songu, s. 637 vd.

⁹⁸⁶ Çelik, s. 198. Ayrıca bkz. Bayram, s. 178 vd.

⁹⁸⁷ Yargıtay 9. HD, 22.1.1998, E. 1997/19393, K. 1998/432 “İşçinin, güvenlik görevlisi olarak işe girerken sabıkasını gizleyerek yalan beyanda bulunması işverene iş sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız fesih hakkı verir” (Kazancı).

Yargıtay 9. HD, 06.06.2000, E. 2000/4727, K. 2000/7993 “İşçinin, işe girmeden önce müessir fiil suçundan hüküm giymiş olduğu halde, giriş formuna hiçbir sabıkası yani mahkûmiyeti bulunmadığı şeklinde cevap vermesi ve daha sonra durumun ortaya çıkması, işverene işi fesih hakkını verir” (Kazancı).

etkiliyor ya da işveren açısından güven ilişkisini zedeliyorsa, bu durum haklı sebeple fesih değil, geçerli sebeple fesih nedeni oluşturmaktadır⁹⁸⁸.

b. İşçinin İşveren Aleyhine Sözler Sarf Etmesi (İş K. m. 25/II-b)

İşçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda ya da asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması işveren açısından haklı sebeple derhal fesih nedeni oluşturmaktadır. Ancak işçinin işverene yönelttiği her eleştirinin ya da uyarının aleyhte olduğu kabul edilerek, iş akdinin feshi için bir neden sayılması mümkün değildir. Başka bir deyişle, işçinin ifade özgürlüğünü kullanması niteliğindeki fikir beyanları fesih nedeni sayılmamaktadır⁹⁸⁹.

c. İşçinin Geçimsizliği (İş K. m. 25/II-d)

İşçinin işverene veya onun aile üyelerinden birine ya da işverenin başka bir işçisine sataşması, dövmesi veya hakaret etmesi haklı sebeple derhal fesih nedeni oluştururken, işçinin amirleri ya da iş arkadaşları ile geçimsizlik göstermesi ya da onlarla sıkça ve gereksiz tartışması geçerli sebeple feshe sebep olmaktadır. Ancak anlaşmazlığa yol açan olay işverenin hukuk ya da ahlâk dışı bir talebinden

⁹⁸⁸ Süzek, s. 587; Narmanlıoğlu, s. 438-439; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, İş, s. 839 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 181; Günay, C. 2, s. 1609; Serkan Odaman, “İşçinin İşe Başvurusu Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, s. 1 vd. (Yanıltma). <http://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc>, (Erişim, 01.05.2015).

⁹⁸⁹ Süzek, s. 587-588; Narmanlıoğlu, s. 440; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, İş, s. 841; Öktem Songu, s. 637 vd.; Aktay ve Diğerleri, s. 181.

Yargıtay 9. HD, 02.05.1989, E. 1989/2074, K. 1989/4174 “İşçinin; çalıştığı kurum müdürü ve nöbetçi amiri hakkında gerçeğe aykırı şekilde gazeteye açıklama yapması, işverene bildirimsiz bozma hakkı tanıyan hali oluşturur” (Kazancı).

Yargıtay 9. HD, 16.11.1989, 1989/6824, K. 1989/9879 “İşçi sarhoşken gece işyerine gelerek gece bekçisinin yanında işverene hakaret etmiştir. Olayda, haklı nedenle fesih söz konusu olduğundan davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz” (Kazancı).

Yargıtay, 9. HD, 08.11.1999, E. 1999/13898, K. 1999/16874 “Mali müşavir, mali konularda yapılan bir anlaşma üzerine denetim yapmak için işyerinde bulunduğu ve işveren vekili sıfatını taşımadığı, işçiye hakaret etmesi davalı işveren için sorumluluğu gerektirmez. Bu itibarla olayda davacı işçi bakımından bildirimsiz fesih hakkı doğmuş değildir. Böyle olunca kıdem tazminatı isteği reddedilmelidir” (Kazancı).

kaynaklanmışsa, bu durumda iş akdinin işveren tarafından haklı ya da geçerli bir sebeple feshi mümkün değildir⁹⁹⁰.

d. İşçinin Görevi Yerine Getirmedeki Yetersizliği (İş K. m. 25/II-h)

İşçinin yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi haklı sebeple fesih nedeni oluştururken, işçinin uyarılara rağmen işini eksik, kötü ya da yetersiz yapması geçerli nedenle fesih nedenidir. Ayrıca, işçinin işe olan ilgisizliği, işyerinde sergilediği uzun süreli telefon konuşmaları, işyerinde amaçsızca dolaşması, işyerinde uzun sohbetler yapması, internette dolaşması ya da bilgisayarda oyun oynaması gibi sorumsuz davranışları da geçerli sebeple fesih nedeni sayılmaktadır⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ Süzek, s. 588-589; Narmanlıoğlu, s. 441 vd.; Arslan Ertürk, s. 348 vd.; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, s. 842 vd.; Günay, C. 2, s. 1611 vd.

Yargıtay 9. HD, 08.04.2008, E. 2007/27707, K. 2008/7806 “Davacı işçinin gerek tefeciden ve gerekse işyerindeki işçilerden borç para alması sonucu, iş arkadaşları ile ödeme konusunda tartışmaya girdiği, ciddi geçimsizlik gösterdiği sabittir. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenmez bir hal aldığı, davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunduğu kabul edilmelidir” (Kazancı).

Yargıtay 9. HD, 16.06.1998, E. 1998/8260, K. 1998/10375 “İşçinin işyerinde yasak bölüme girerek baklava yediği sırada başka bir işçinin uyarması üzerine kavga çıkarması, işverene akdi haklı nedenle fesih hakkı verir” (Kazancı).

Yargıtay HGK, 04.06.1975, E. 1975/627, K. 1975/724 “Çalışma saatleri içinde işçinin başka işçilere bıçak atması durumunda işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğar” (Kazancı).

Yargıtay 9. HD, 21.02.1994, E. 1993/13441, K. 1994/2600 “İşçinin, işyerinde, bir başka işçiyi bıçakla yaralaması, işverene, iş akdini bildirimsiz-ödenesiz feshetme olanağı kazandırır” (Kazancı).

⁹⁹¹ Süzek, s. 591; Narmanlıoğlu, s. 456-458.

Yargıtay 9. HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294 “İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebilir. Özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sistemi sınırsız kullanımına meşru değildir. İşçiye interneti özel amaçlı kullanımı sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart değildir. Bu yönde izin örtülü olarak da verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın farkedilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir.

İşçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtar gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir. Acil durumlarda ve işine ilişkin sebepler gibi meşru bir neden yoksa işçinin mesai saatleri içinde özel telefon görüşmesi yapması geçerli fesih nedeni kabul edilebilir. Özel

İşçinin yetersizliği ya da davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerinde işçinin iş akdinin sonlandırılmasında son çare ilkesine (*ultima ratio*) uyulması gerekmektedir⁹⁹².

e. Diğer Haller

İş Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan haller dışında, işyerinde ve iş ilişkilerinden doğan pek çok hukuksal ya da fiili durumla karşılaşılması söz konusu olup, tüm bu durumların tek tek yasa ile öngörülebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçi davranışlarından kaynaklanan, iş güvenliğini tehlikeye düşüren, cinsel veya psikolojik taciz oluşturmaya da bir iş ortamında uygunsuz kabul edilen ya da diğer işçilerde, işveren ve işveren vekillerinde rahatsızlık yaratan tüm haller geçerli nedenle fesih sebebi kabul edilerek, işverene iş akdini sonlandırma imkânı tanınmaktadır⁹⁹³.

3. İşverenin Davranışlarından Kaynaklanan Haklı Sebeple Fesih Halleri (İş K. m. 24)

İşçiye tanınan iş akdinin haklı sebeple fesih hakkı İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre işveren ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bir davranışı ile;

- a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada, bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa,
- b) İşçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa,

telefon görüşmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshi için bu konudaki yasağın daha önce işçiye bildirilmiş olması veya önceden ihtar verilmesi şarttır" (Sinerji Mevzuat).

⁹⁹² Süzek, s. 606; Çelik, s. 239.

İş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde, işverenin öncelikle feshi önleyecek daha hafif önlemlere başvurması, alınan önlemlerin yetersiz kalması halinde işçinin iş akdini feshetmesi gerekmektedir. Bu kapsamda feshin son çare olması ilkesi her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da, hem iş güvencesini getiren 4773 sayılı Kanun düzenlemesinin gerekçesinde, hem de bu düzenlemeyi benimseyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde belirtilmiş ve iş sözleşmesine bağlılık ilkesi esas, iş sözleşmesinin feshi istisna kabul edilmiştir (Süzek, s. 604-605).

⁹⁹³ Süzek, s. 592; Çelik, s. 275; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, s. 842.

- c) İşçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa,
- d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durum işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa,

işçinin haklı sebeple iş akdini feshetme hakkı bulunmaktadır.

B. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Açısından

Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelik taşıyan hükümlerinin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer özel hukuk ilişkilerine de uygulanacağı amir hükmü yer almakta olup, bu kanun hükümlerinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde iş ilişkilerine de uygulanması gerekmektedir⁹⁹⁴. Zira iş hukuku, iş sözleşmesi temelinde ortaya çıkmakta ve bu nedenle medeni hukuk ve borçlar hukuku iş hukukunu özellikle genel kurallar çerçevesinde yoğun bir şekilde etkilemektedir⁹⁹⁵. Medeni hukuk ve borçlar hukukunun genel hukuk hükümleri, özellikle işçinin kişiliğinin korunması önem taşımaktadır. İş hukukunun temel amacının ekonomik yönden zayıf olan işçinin işverene karşı korunması olduğu gözetildiğinde, işçinin işyerinde kişilik haklarının korunması şüphesiz öncelik taşımaktadır. İşçinin kişilik haklarının korunması için iş

⁹⁹⁴ Yargıtay 8. HD, 10.07.2014, E. 2013/15038, K. 2014/14699 "T.M.K.nun 5. maddesi yoluyla 6098 Sayılı T.B.K.nun 146. maddesinde yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı..." (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 2. HD, 21.04.2008, E. 2008/6331, K. 2008/5733 "Türk Medeni Kanununun genel nitelikli hükümler kenar başlığını taşıyan 5. maddesi uyarınca Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır" (Sinerji Mevzuat).

YBGK, 24.12.1973, E. 1973/4, K. 1973/6 "Yasada açık bir hüküm yoktur. Buna rağmen şartların gerçekleşmesi durumunda, kıyas yolu ile Borçlar Yasasının 44. maddesinin uygulama olanağı kabul edilmelidir. Çünkü Borçlar Yasasının 44. maddesinin niteliği itibarıyla geniş bir uygulama alanı vardır" (Sinerji Mevzuat).

⁹⁹⁵ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 6.

hukukunda özel hüküm bulunmadığından, işçinin zararının giderilmesi ancak genel hükümler çerçevesinde mümkün olmaktadır⁹⁹⁶.

İşçinin kişilik haklarını koruyan kurallar (TMK m. 23/2 ve TBK m. 27/1) emredici nitelik taşımaktadır. Bu kurallar ile özelde işçinin kişiliğinin, beden ve ruh sağlığının, onurunun, şeref ve haysiyetinin⁹⁹⁷, mesleki saygınlığının, mesleki şöhretinin⁹⁹⁸, genel de ise her tür temel hak ve özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır⁹⁹⁹. İşçinin kişisel ve ekonomik özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlayan, keyfi ya da ahlâka aykırı nitelik taşıyan ya da yapıldığı sırada konusu hukuken ya da fiilen imkânsız olan iş sözleşmeleri, işçinin kişilik hakkına müdahale olarak değerlendirilmekte ve geçersiz sayılmaktadır¹⁰⁰⁰. Ancak işçinin kişilik haklarının korunması sınırsız bir nitelik taşımamaktadır. Kişilik haklarının korunmasının sınırı Türk Medeni Kanunu'nun 24/2. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddeleri ile belirlenmektedir. Buna göre, işçinin rızası¹⁰⁰¹, özel ya da kamusal üstün bir menfaat

⁹⁹⁶ Bal, s. 52. “*Hak ve özgürlüklere sahip olan varlık*” olarak tanımlanan “*kişi*” kavramı ile kişiliğin temelini oluşturan insani değerler, şeref ve haysiyet kavramları da ifade edilmekte ve hukukumuzda kişi kavramı, Türk Medeni Kanunu'nun 1. Kitabı'nın Kişiler Hukuku bölümünde “*Kişilik*” başlığı altında 8 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir (Ülker Gürkan, “*Kişilik Kavramının Evrimi*”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s. 40).

⁹⁹⁷ Ulusüstü insan hakları hukukunda şeref ve haysiyete saygı gösterilmesi hakkı korunmuş olup, hiç kimsenin şeref ve şöhretine yönelik yasadışı saldırılara maruz bırakılamayacağı (İHEB m. 12, KSHUS m. 17, Ame. İHS m. 11) belirtilmiştir (Arslan Öncü, s. 172).

⁹⁹⁸ Bireyin şeref ve şöhretinin korunması 16.12.1992 tarihli Niemietz-Almanya Kararı'nda belirtildiği üzere mesleki şöhreti de kapsamakta ve bir kişinin şöhretinin korunması bir yandan özel hayat (AİHS m. 8) kapsamında değerlendirilirken, diğer yandan da ifade özgürlüğünün sınırlarından (AİHS m. 10/2) birini oluşturmaktadır. Bu nedenle şeref ve şöhretin dolaylı da olsa Sözleşme'nin 10. maddesinde sağlanan korumadan faydalandığını söylemek mümkündür (Arslan Öncü, s. 173-174).

⁹⁹⁹ **Yargıtay 4. HD, 09.10.2000, E. 2000/5521, K. 2000/8486** “*Davacı hakkında “utanç açıklaması yaptığı”, “gazetenin köpürttüğü hanım”, “kişisel hınçlarını cinsiyetine alet ettiği”, “ideolojik kinlerini her şeyin üstünde tuttuğu” şeklinde nitelendirmeler yapılması kişi haklarına saldırıdır ve manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmektedir*” (Hacı Ali Özhan ve Bekir Berat Özipek, **Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Temmuz 2003, s. 274).

¹⁰⁰⁰ Süzek, s. 322-323. Ayrıca bkz. Sevimli, Tazminat, s. 301; Kaplan, Veri, s. 370 vd.; Bayram, s. 191 vd.

Yargıtay HGK, 11.02.1976, E. 1973/4-1088, K. 1976/209 “*Bireylerin kişiliklerini ekonomik varlıklarının temellerini ahlâki anlayışlarla bağdaşamayacak bir biçimde fiziki, ahlâki, ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlanmalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılırlar*” (Sinerji Mevzuat).

¹⁰⁰¹ Kişinin rızası dışında -bazı durumlarda rızası olsa dahi- kişilik hakkına yapılan müdahaleler TMK'nın 24. ve 25. maddeleri ile koruma altında olup, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırıda bulunulan kimsenin hâkimden saldırıda bulunanlara karşı koruma isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi haklı bir müdahale sebebinin bulunmaması gerekmektedir (TMK m. 24).

ya da kanunen verilmiş bir yetkinin kullanılması halleri işçinin kişilik haklarına müdahale edebilmenin istisnalarını oluşturmaktadır¹⁰⁰².

Türk Medeni Kanunu gereği, işçinin kişilik hakları mutlak ve inhisarî bir haktır ve kişilik hakkından feragat mümkün değildir (TMK m. 23). Genel ve emredici bir hükümle koruma altına alınan kişilik hakları, kişinin sadece doğuştan getirdiği hakları değil, aynı zamanda yaşamı boyunca edindiği saygınlığı ve mesleki yaşamı gibi toplumda sahip olduğu değerleri de kapsamaktadır. Hukuken korunan kişilik haklarına kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü, fiziksel, ruhsal ve cinsel sağlığı gibi fizikî kişilik değerleri dışında, toplum içinde sahip olduğu isim, resim, marka, firma adı, unvanı ile özel hayatı, sır alanı, onur saygınlığı gibi sosyal kişilik değerleri de dâhildir. Kişinin ayrıca, birlikte yaşadığı ailesine, arkadaşlarına ve ailesiyle kurduğu ilişkiye saygı duyulmasını isteme hakkı da mevcuttur. Bunun yanında işçinin serbest irade ve karar hakkı gibi duygusal kişilik haklarını oluşturan değerlerinin de korunması söz konusudur. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda işçinin kişisel haklarını oluşturan değerler hukuken tek tek sayılmamakta, sadece kişilik hakkından bahs olunmaktadır (TMK m. 24)¹⁰⁰³.

İşverenin kendisinin ya da bir diğer çalışanın, işçinin işyerinde kişilik hakkını, kişisel değerlerini, temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesi halinde, işçinin

¹⁰⁰² Süzek, s. 411. Ek olarak bkz. Ertürk, Temel Hak, s. 1128 vd.

Yargıtay HGK, 09.10.2013, E. 2013/4-8, K. 2013/1458 “Anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasanın <Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği> başlığını taşıyan 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı açıklanmış, BK.nun 49. maddesinde ise saldırının yaptırımı düzenlemiştir. Hak arama özgürlüğü ile kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin bu iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Daha az üstün olan yararın, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Hak arama özgürlüğü, diğer özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmayıp kişi salt başkasını zararlendirmek için bu hakkı kullanamaz. Bu hakkın hukukten korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için şikâyet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların mevcut olması da zorunlu değildir. Şikâyeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bunlara dayanarak başkalarının da aynı olay karşısında davalı gibi davranabileceği hallerde şikâyet hakkının kullanılmasının uygun olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde şikâyetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı, kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır” (Sinerji Mevzuat).

¹⁰⁰³ Mehmet Beşir Acabey. “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2013, s. 14 vd. Ayrıca bkz. Erdoğan, G., Mobbing, s. 88; Ertürk, Kişilik, s. 1 vd.; Ulusan, s. 17; Kaplan, s. 13; Arslan Ertürk, s. 230 vd.; Kaplan, Veri, s. 370 vd.; Bayram, s. 191 vd.

işverenden temel hak ve özgürlüğünü, onur ve saygınlığını, düşünce ve ifade özgürlüğünü, özel yaşamını, ismini, resmini, maddi ve manevi tüm değerlerini korunmasını isteme hakkı doğmaktadır. İşyerinde korunan tüm bu değerler işçinin hem genel hem de özel kişilik haklarını oluştururken, işveren açısından ise sorumluluk oluşturmaktadır¹⁰⁰⁴. Aksine durum, işverenin hukuki, mali ve cezai sorumluluğunu gerektirmektedir.

İşverenin ya da bir çalışanın işçinin kişilik haklarına müdahale etmesi ya da işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması halinde, genel hükümler ve iş hukuku hükümleri kapsamında, işçinin;

- Tecavüzün (saldırının) önlenmesi,
- Tecavüze son verilmesi,
- Tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti,
- Tecavüzün kınanması,
- Tecavüze dair verilen kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayınlanması,
- Maddi ve manevi tazminat,
- Manevi tazminat yerine başka bir giderim biçimi ya da başka bir giderimin manevi tazminata eklenmesi,
- Ayrımcılık tazminatı,
- Sendikal tazminat,
- İş akdinin geçersizliği,
- İş akdinin haklı sebeple feshi ve tazminat,

gibi pek çok yasal yola müracaat hakkı bulunmaktadır¹⁰⁰⁵.

İşçinin hukuka aykırı eylemden elde edilmiş olan kazancı vekâletsiz iş görme hükümlerine göre isteme hakkı da vardır (TMK m. 25). Ayrıca işçinin kişilik hakkına saldırı halinde Türk Borçlar Kanunu'nun manevi tazminata dair 58. maddesinin (818 sayılı BK m. 49) de dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁴ Acabey, s. 10 vd. Aynı yönde Bal, s. 57; Bayram, s. 178 vd.

¹⁰⁰⁵ TMK m. 25, TBK m. 27, TBK m. 58, İş K. m. 5, İş K. m. 24/II-b-c-d, İş K. m. 26/2.

¹⁰⁰⁶ İşverenin hukuki sorumluluğu için bkz. Demir, s. 177 vd.; Okur, Gözetleme, s. 25 vd 185 vd. Ayrıca bkz. Süzek, s. 107 vd.; Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 11 vd.

Bu yaptırımlar dışında, işçinin kişilik hakkını ihlal eden davranışın Türk Ceza Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda suç teşkil ediyor olması halinde, bu ihlal eden davranışa cezai yaptırım uygulaması da mümkündür¹⁰⁰⁷. Bu nedenle işyerindeki bazı söz ve davranışların ifade özgürlüğü ya da temel hak ve özgürlük kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir. İşçiye işyerinde işveren ya da diğer bir çalışan tarafından yöneltilen tehdit, korkutma, aşağılama, manipüle etme, iletişimi kesme, dedikodu ya da söylentiler yayma gibi “*hukuka aykırı fiil*”¹⁰⁰⁸ oluşturan davranışlarla ve işyerinde şiddet (işyerinde zorbalık [bullying] ve işyerinde psikolojik taciz¹⁰⁰⁹ [mobbing] ya da cinsel taciz¹⁰¹⁰) ceza hukuku kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰¹¹. Bu davranışların işçinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca, işçinin işyerinde ortaya koyduğu eylemin bedensel ifadelerle ya da bazı araçlar kullanılarak meydana getirilmiş olması da işçinin ifade özgürlüğünün sınırlarını aşmadığı anlamına gelmemektedir¹⁰¹². Bu kapsamda cebir ya da şiddet kullanarak ya da hukuka aykırı bir davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişinin, mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılması söz konusudur. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinde yapılan bu düzenleme ile çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan

¹⁰⁰⁷ Süzek, s. 411. Ek bilgi için bkz. Kadriye Bakırcı, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Haziran 2006, s. 114 vd. (Güvence).

¹⁰⁰⁸ “*Hukuk nizamı tarafından tasvip edilmeyen fiiller*” olarak tanımlanmakta olan hukuka aykırı fiillerin hem hukuki hem de cezai anlamda bir takım sonuçları mevcuttur. Cezai alanda hukuka aykırı fiil suç kabul edilip cezalandırılırken, özel hukukta bu yaptırım tazminat gibi bir takım hukuki sonuçlara yol açmaktadır. Ancak her hukuka aykırı fiilin haksız fiil sayılıp suç teşkil edeceğini söylemek mümkün olmayacağı gibi, her haksız fiil oluşturan hukuka aykırı fiilinde tazminat gibi özel hukuk alanında bir sonuç doğuracağını söylemek mümkün değildir (Ahmet M. Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1973, Sayı: 29, Cilt: 3-4, s. 185).

¹⁰⁰⁹ İşyerinde zorbalık (Bullying) ve işyerinde psikolojik taciz için bkz. Ekin, s. 77 vd.; Erdoğan, G., Mobbing, s. 84 vd.; Ayrıca bkz. Güzel ve Ertan, s. 161 vd.; Bayram, s. 176 vd.

¹⁰¹⁰ Cinsel taciz, işçinin doğrudan kişilik hakları ve beden bütünlüğü ile ilgili bir kavram olup, işyerinde ahlâka uygun bir düzenin bulunması ve işçilerin rahat ve huzurlu bir ortamda çalışmalarının sağlanması işverenin sorumluluğunda bulunmaktadır (Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 20, 2006, s. 153). Ayrıca bkz. Güzel ve Ertan, s. 161 vd.; Bayram, s. 176 vd.

¹⁰¹¹ Teresa Ann Daniel (Çev. Ahmet Taşkın), “Amerikan Kurumlarında İşyeri Zorbalığı: Tanımadan Yasaklamaya Giden Yol (Workplace Bullying in American Organization: The Path from Recognition to Prohibition)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Haziran 2012, s. 180-181.

¹⁰¹² Aydın, Ö. D., s. 44-45.

kimselerin, belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden, cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile iş ve çalışma kavramları genişletilerek, gelir elde amacına dâhil olan her faaliyet madde kapsamında suç kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda yapılan bu düzenleme ile Anayasa’nın 2. maddesinde yer sosyal devleti ilkesinin korunduğunu söylemek mümkündür. Bu şekilde çeşitli baskı yöntemleriyle çalışmaya zorlanan tüm çalışanların emeği korunmaya çalışılmıştır. Ancak maddede sadece bireysel çalışma özgürlüğünün korunması hukuksal yarar olarak gözetilmiş olup, kolektif bir özgürlüğün korunması amaçlanmamıştır¹⁰¹³.

İşçinin işyerinde kişilik haklarının korunması için öngörülen düzenlemelerden biri de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesidir¹⁰¹⁴. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla ve özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü bulunmaktadır¹⁰¹⁵. Ayrıca

¹⁰¹³ Erdem ve Önok, s. 253 vd.

¹⁰¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 77. maddesinde işveren açısından öngörülen işçinin kişiliğinin korunması borcu, hukuki niteliği değişmiş olsa da, TBK m. 417/2’de yapılan düzenleme ile korunmuştur. Ancak İş K. m. 77 kamu hukuku niteliği taşıyan bir düzenleme iken, hükmün TBK içinde ifade edilmesi ile işçinin kişiliğinin korunması borcuna sözleşmeden doğan bir borç niteliği kazandırmıştır (Doğan Yenisey, s. 107). Türk Borçlar Kanunu’nun 417/2. maddesinde kusursuz sorumluluk esası kabul edilmiştir (Centel, s. 16). İş hukukunda kusursuz sorumluluk ve tehlike sorumluluğu için bkz. Nüvit Gerek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu”, **Sicil İş Hukuku**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 32 vd. Sanayi ve teknik alanda meydana gelen gelişmeler, işyerinde ortaya çıkabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarında önlenemeyen birtakım tehlikelere neden olmaktadır. İş ve meslek hastalıklarında kusur sorumluluğu esasının kabul edilmesi işçi açısından hak kaybına neden olmakta ve kusura dayalı sorumluluk anlayışı yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle işçi haklarının korunabilmesi için her tür önlem alınsa da, tam olarak ortadan kaldırılamayan bu iş kazaları ve meslek hastalıkları için kusursuz sorumluluk esası kabul edilerek, işçinin zararının tazmini yoluna gidilmektedir (Gerek, s. 31).

¹⁰¹⁵ **Yargıtay 9. HD, 06.06.2001, E. 2001/7060, K. 2001/9654** “*Davacının güvenlik görevlisi olarak davalıya ait işyerinde çalışırken bir bayan işçinin havanın sıcak olması sebebiyle çalıştığı odanın kapısını açarak havanın sıcaklığından söz etmesi üzerine “ateş başına mı vurdu” sözlerini söyleyerek o bayan işçinin elbisesinin fermuarını çekerek boyundan aşağı doğru indirdiği, bunun üzerine bayan işçinin durumu ilgililere bildirerek tutanak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gerçekten bayan işçi tutanak içeriğini mahkemede verdiği açık ve ayrıntılı ifadesinde doğruladığı gibi, öteki tanıklar da aynı olayı duyguya müstenit olarak açıklamışlardır. Bundan başka davacı işçi de sendelemesi üzerine elinin fermuarına dokunduğunu söylemek suretiyle bir bakıma tevil yoluyla davranışını kabul etmiştir. İş yerinde çalışan bir başka işçiye bu şekilde sözle ve elle davranışta bulunduğu açık olduğu halde,*

maddenin içeriği gereği işverenin, diğer kişilerin hukuka aykırı eylemlerine karşı işçiyi koruma borcu yanında, bizzat kendisinin de hukuka aykırı eylemlerde bulunmama borcu bulunmaktadır. İşverenin üstlendiği bu koruma borcu, işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ya da sağlığını koruma borcu da dâhil olmak üzere, ekonomik açıdan güçsüz olan işçiye bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarının ve kişilik haklarının zedelenmesini önlemeyi kapsar hale gelmekte ve genişlemektedir¹⁰¹⁶. Ayrıca, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi alması ve araç ve gereçleri noksansız bulundurması gerekmektedir (6098 sayılı TBK m. 417).

§14. İŞYERİNDE DAMGALAMA, AYRIMCILIK VE BASKI FESHİNİN İŞYERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. İşçilerin Birbirlerine Karşı Davranışlarından Doğan Baskı Feshi ve İfade Özgürlüğü

Bireyin her zaman sosyal bir kimliğin ve bir topluluğun parçası olma ihtiyacı sadece özel hayatında değil, çalışma hayatında da ortaya çıkmakta ve bu nedenle de bireyler gerek özel hayatlarında gerekse iş yaşantılarında kendilerini bir gruba dâhil edecek tutum ve davranışlar sergilemektedirler. İşyerinde bireyin işçi sıfatı ile ortaya koyduğu “dâhil olma” eğilimi uyma, itaat, özdeşleşme ya da reddetme gibi şekillerde kendini göstermekte, işçinin farklı şekillerde ortaya koyduğu bu davranış biçimleri, işyerinde diğer çalışanların kişilik haklarına ve ifade özgürlüğüne müdahale edebilmektedir. İşçinin yaşına, eğitimine, sosyal çevre ya da statüsüne bağlı olarak değişebilen bu müdahale şekilleri işyerinde kolaylıkla psikolojik tacize

sadece bayan işçinin beyanıyla olayın kabul edilmesinin doğru olmadığı sonucuna mahkemece varılmış olması hatalı olup dosya içeriği ile de bağdaşmamaktadır. Bu durumda işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı olduğu kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatının reddedilmesi gerekir” (Sinerji Mevzuat).

Yargıtay 9. HD, 16.12.2004, E. 2004/18435, 2004/28069 “Davacının, davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır. Bu durumda davacının iş aktinin feshi geçerli bir sebebe dayandığının kabulü gerekir” (Sinerji Mevzuat).

¹⁰¹⁶ Sevimli, s. 110. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve Astarlı, s. 642 vd. ; Ekin, s. 139 vd.; Kaplan, s. 7 vd.

ya da kötü muameleye¹⁰¹⁷ dönüşerek, diğerlerinden farklı özelliklere, dine, felsefeye, cinsel tercihe, görünüşe, düşünce ve söylemlere sahip işçiler üzerinde ciddi bir baskı oluşturabilmektedir¹⁰¹⁸. İşçilerin işverene müracaatla, bir ya da birkaç işçinin dini, siyasi görüşü, etnik ya da ırksal kökeni, dili, cinsiyeti, cinsel tercih ve yönelimleri, yaşı, dış görünüşü, kıyafeti, hastalığı gibi bazı nedenlerle bir ya da daha fazla işçiyi istemediklerini söyleyip onların işten çıkarılmalarını istemeleri, aksi takdirde kendilerinin çalışmayacakları, işi bırakacakları, greve gidecekleri vs. şeklinde bir direnç göstermeleri mümkün olup, bu gibi durumlarda işveren ekonomik menfaatlerini gözeterek işyerinde istenmeyen işçileri işten çıkarmak zorunda kalabilmektedir.

İşyerinde işçilerin ve işverenin bu olumsuz tutum ve davranışlarını etkileyen pek çok etken mevcut olup, kişisel özellikler, eğitim, geçmiş tecrübeler, din, siyasi görüş gibi pek çok etken ve önyargılar işçinin söz ve davranışını şekillendirmekte ve bireyin içinde bulunduğu sosyal konum ya da işyeri örgütlenmesinde ortaya çıkan yönetim zafiyeti gibi nedenler işçinin diğer işçiler üzerinde baskı oluşturan olumsuz davranışlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır¹⁰¹⁹. İşyerinde işverenin kendi iradesi dışında, üçüncü kişilerin -özellikle diğer işçilerin- bir ya da daha fazla işçi ile çalışmayı reddetmeleri gibi bir yöntemle yapılan bir baskı neticesinde bazı işçilerin iş aklının feshedilmesi, feshin özel hallerinden birini oluşturan “baskı feshi”dir¹⁰²⁰.

İşçilerin birbirlerine karşı haksız ve hukuka aykırı davranışlarından doğan kişisel çekişmeler nedeniyle işverene başka bir işçinin iş sözleşmesinin feshi için baskı ve zorlamada bulunulması halinde 4857 sayılı Kanun’un 25/d. fıkrasında mevcut “*işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması*” durumu söz konusu olmaktadır. Bu durumda işverenin, kendisini baskı feshine zorlayan işçilerin iş akitlerini haklı sebeple feshetme hakkı mevcuttur.

¹⁰¹⁷ “...bir kötü muamelenin Sözleşmenin 3. maddesinin uygulama alanına girebilmesi için, değerlendirilmesi kendiliğinden göreceli olan ve davanın tamamıyla ilgili unsurların, özellikle uygulanan muamelenin süresinin, fiziki ve ruhsal etkisinin ve bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi unsurların etkilediği minimum ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği...” (05.03.2013 tarihli Gülay Çetin-Türkiye Kararı).

http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gulay_cetin.pdf (Erişim. 23.04.2015).

¹⁰¹⁸ Meltem (Güngör) Delen, “Gruplar Arası İlişkiler Çerçevesinde Kurumsal Azınlıklar”, **Çalışma ve Toplum**, S. 26, 2010/3, s. 119-120 ve 128.

¹⁰¹⁹ Delen, s. 117-118.

¹⁰²⁰ Şükran Ertürk, “İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları”, **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2011, s. 62-63.

Kanunun aynı maddesinde belirtilen ve haklı sebeple fesih imkânı tanıyan “*sataşma*” eyleminde sözlü, fiziki ya da psikolojik yöntemlerden hangisinin kullanıldığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁰²¹.

Bir iş sözleşmesinde işçi ve işveren arasında işin konusu ve sınırları taraflar arasında serbestçe belirlenmekte ve taraflar dürüstlük kuralları gereği sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyi üstlenmektedir. Bu kapsamda işveren, vermiş olduğu talimatlarla işin düzenini ve güvenliğini sağlamakla yükümlü bulunmaktadır. Çünkü işverenin yönetim hakkının önemli bir bölümünü işçiyi koruma ve gözetme borcu oluşturmaktadır. Bu nedenle yönetim hakkı kapsamında diğer çalışanların baskısına maruz kalan işçisini korumayan ve gerekli tedbirleri almayan ya da baskıyı kabul ederek işçinin iş akdini fesheden işverenin, hem iş hukuku hükümleri (işe iade, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat vs.) hem de genel hükümler gereği işçinin bundan doğan maddi-manevi tüm zararlarından sorumluluğu bulunmaktadır (TMK m. 23-24). Bunun dışında, işverenin işçisine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu (TBK m. 116) ve koşulları varsa haksız fiil sorumluluğu (TBK m. 49) da mevcuttur. Ayrıca, baskı feshine maruz kalan işçinin, feshe neden olan baskıyı yapan diğer işçilere karşı da maddi ve manevi zararın tazmini için müracaat etme hakkı mevcuttur¹⁰²².

II. Hastalık Nedeniyle Baskı Feshi ve İfade Özgürlüğü

İşyerinde ifade özgürlüğü ve baskı feshi açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, HIV/AIDS, viral hepatit, cüzzam (lepra), tüberküloz gibi bulaşıcı bir hastalık taşıyan kişilerin çalışma hayatındaki konumlarıdır. Bu türden bir hastalık taşıyan kişilerin işyerinde karşılaştıkları damgalama ve ayrımcılık içeren davranışların ifade özgürlüğü ve sağlıklı yaşam hakkı kapsamına girip girmediği sorusu bir sorun oluştururken, hasta kişilerin çalışma hakkının ihlali, insan onuru ve kişilik haklarının korunması da bir diğer sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, özellikle bulaşıcı hastalıklarda kamu yararı, kamu sağlığı, kamu düzeni, işyeri güvenliği gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle hem kamu menfaati hem hastalık taşıyan işçi ve hem de diğer çalışanlar ve işveren

¹⁰²¹ Ertürk, Fesih, s. 59-60.

¹⁰²² Ertürk, Fesih, s. 73-77. Ayrıca bkz. Sevimli, Tazminat, s. 301-302.

açısından adil bir dengenin kurulması gerekmektedir¹⁰²³. Zira devletin hastaları koruma (protect) yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁰²⁴.

HIV/AIDS'in¹⁰²⁵ işyerinde ifşası halinde, bu hastalıklarla yaşayan insanlara yöneltilen damgalama ve ayrımcılık, bu kişilerin çalışma hayatından uzaklaştırılması ve geçim kaynaklarının elinden alınması anlamına gelmekte ve hastalık taşıyan işçi açısından günlük hayatta karşılaşılan damgalama ve ayrımcılıktan daha ağır neticeler doğmaktadır. Bu damgalama ve ayrımcılık içeren davranışlar, özellikle bu hastalığın bulaşma yollarının toplumda tam bilinmemesi, ölümcül bir hastalık olarak yapılan tanımlamalar, iş hayatında hem HIV/AIDS ile yaşayan hastaların hem de hasta yakınlarının işyerinden dışlanmasına neden olmaktadır¹⁰²⁶. Bu durum işçinin hem dışarıdaki hem de işyerindeki özel hayatına müdahale anlamına gelmektedir¹⁰²⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 03.10.2013 tarihli I.B.-Yunanistan Kararı'nda¹⁰²⁸ da belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde öngörülen özel hayat kavramı oldukça geniş bir kavram olup, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü, kişinin hem özel hem de iş yaşantısında diğer insanlarla ilişkileri geliştirmek hakkını, kişisel gelişimini, fiziksel ve sosyal kimliğini

¹⁰²³ AİHM, 25.01.2005 tarihli Enhorn-İsveç Kararı'nda HIV virüsünün bulaşmasının engellenmesi için uzun süre zorunlu tecrit uygulaması yapılması ve hasta açısından daha hafif tedbirler öngörülmemiş olması nedeniyle vermiş olduğu ihlal kararında HIV virüsünün yayılmaması ihtiyacı ile hastanın özgürlük hakkı arasında adil bir denge kurulmadığına karar vermiştir (AİHM Bilgi Notu-9).

¹⁰²⁴ Ida Elisabeth Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", **Nordic Journal of International Law** 72, 2003, s. 23. Ölme riski bulunan bir hastayı (AIDS hastasını) devletin koruma yükümlülüğü bulunduğu ve ölme riskine maruz kalacak şekilde sınırdışı edemeyeceğine dair bkz. 02.05.1997 tarihli D.-Birleşik Krallık Kararı.

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58035>) (Erişim. 16.05.2015).

¹⁰²⁵ HIV (Human Immunodeficiency Virus-İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü) kişinin direncini azaltarak normalde hastalığa neden olmayacak mikroplarla baş edemeyip kişilerin daha kolay hastalanmasına neden olan, bağışıklık sistemini zayıflatan bir virüs iken, AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome-Edinilmiş Bağışıklık Yetersizliği Sendromu) ise HIV virüsünün kişinin bağışıklık sistemini zayıflatması nedeniyle ortaya çıkan hastalıklar olarak tanımlanmaktadır (Mihrican Zorlu ve Selda İldan Çalım, "İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS", **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 35, 2012/4, s. 167; Ertürk, s. 1); <http://www.pozitifyasam.org/> (Erişim. 17.11.2014).

¹⁰²⁶ Zorlu/Çalım, s. 167. ILO tarafından "HIV/AIDS ve çalışma yaşamıyla ilgili ILO uygulama ve davranış kuralları" yayınlanmış olup, bu kuralların 7.1. maddesinde işyerinde ayrımcılık yapılması ve dışlanması anlamına gelecek davranışları, kuralları ve uygulamaları tespit edecek eğitim verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁰²⁷ Palmer, s. 188 vd.

¹⁰²⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127055> (Erişim. 09.05.2015).

Aynı yönde bkz. 03.10.2013 tarihli I.B.-Yunanistan Kararı'nda atıfta bulunulan 10.03.2011 tarihli Kiyutin-Rusya Kararı ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2000 tarihli Hoffmann v. South African Airways Kararı (Case CCT 17/00).

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103904> (Erişim. 09.05.2015).

<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/17.pdf> (Erişim. 09.05.2015).

ve bireyin kendi kaderini tayin etme hakkını kapsamaktadır. Bu bağlamda işverenin işçiyi, iş dışındaki özel faaliyetleri ya da hastalığı nedeniyle işten çıkarması durumunda devletin işçiyi, işverenin haksız müdahalesine karşı koruması, haksız işten çıkarmayı önleyici tedbirleri alması noktasında pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. HIV/AIDS de dâhil olmak üzere tüm hastalıklar, işyerinde olsa da, özel hayat kapsamında bulunmaktadır. Ancak HIV/AIDS gibi salgı yoluyla bulaşan hastalıkların insan üzerindeki etkisini sadece kişinin özel yaşamına ait medikal bir problem olarak kabul etmekte mümkün değildir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bu gibi bulaşıcı hastalıklardan kaynaklanan işten çıkarmaların Sözleşme'nin 8. maddesi açısından ayrı bir durum yarattığını, çalışılan ortamda çalışma güvenliğinin sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak öncelik işçinin işten çıkarılmaksızın çalıştırılması olduğundan, işverenin işyerinde gerekli önlemleri alması, çalışanları hastalığa ve hastalığın bulaşma yollarına ilişkin olarak bilgilendirmesi ve çalışanların konuya ilişkin olarak gerekli eğitimleri almasını sağlaması gerekmektedir. Ancak işveren tarafından tüm bu tedbirlerin alınmasına rağmen, diğer çalışanların hasta işçi ile çalışmak istememesi ve bu durumun işyeri huzurunu ve güvenliğini ya da işçilerin işvereni işi bırakmakla tehdit etmesi halinde ise tüm tarafların menfaatleri açısından adil bir dengenin kurulması şarttır. Özellikle hastalığa ilişkin semptomları göstermediği hallerde işçinin iş ilişkisine yapılan müdahalenin haksız olduğu, bunun işçinin kişilik haklarına ve özel hayatına müdahale anlamına geldiği kuşkusudur. Ancak işçinin hastalığının bulaşma ya da yayılma ihtimalinin olduğu durumlarda, kamu sağlığı ve kamu yararı nedeniyle devletin müdahale etmesi gerekmektedir. Ayrıca, hasta işçinin iş akdinin feshi için ortaya konan fesih nedeni de gözönüne alındığında, işçinin yeni bir iş bulma konusunda ciddi sorunlar yaşayacağı da ortadadır. Kaldı ki, bu kişinin yeni bir iş bulması halinde dahi, onun üzerinde ortaya çıkan psikolojik izlerin silinmesi ve yaşadığı zorlukların etkilerinin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Nitekim böyle bir hastalığı taşıyan işçinin durumunun işyerinde ortaya çıkan bir sakatlık durumundan herhangi bir farkı yoktur. HIV/AIDS de dâhil olmak üzere, işyerinde ortaya çıkan bu gibi hastalıklar nedeniyle yapılacak işten çıkarmalar özel hayata müdahaledir ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde belirtilen “diğer

haller” kapsamında, makul ve geçerli olmayan bir ayrımcılık teşkil etmektedir. Bu nedenle işveren, işyerinde diğer çalışanlarca yapılan bir şikâyet, baskı ya da iş huzurunu bozucu bir davranış bulunsa dahi, hasta işçinin işten çıkarılmasını gerektirecek ulusal mevzuatta öngörülmüş haklı ve geçerli bir sebep bulunmayan hallerde işçinin çalışmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu noktada devletin de hem hasta işçi hem de işveren üzerinde yaratılan bu baskıyı ortadan kaldıracı önlemleri almak yükümlülüğü bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, toplumda geçmişte önemli derecede ayrımcılığa uğramış, özellikle savunmasız olan dezavantajlı gruplara uygulanan temel hakların kısıtlaması kriterlerinin tespitinde, devletin takdir marjının çok daha dar olduğunu ve kısıtlamalar için çok ağır nedenlerin olması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak HIV pozitif gibi ciddi hastalıkları taşıyan kişilerde sadece medikal değil, sosyal, psikolojik ya da kişisel sorunlar ortaya çıkmakta ve eğitilmiş kimseler bile, bu kişilere ve hastalıklara karşı ciddi, köklü önyargılar taşımakta ve bu durum da işyerinde kişilerin damgalanmasına neden olmaktadır. Bu durum, HIV/AIDS taşıyan insanları da savunmasız, damgalanmış, dezavantajlı ve korunması gereken bir grup haline getirmektedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hastalık taşıyan işçilere ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde HIV/AIDS taşıyan kişilerin istihdamında ayrımcılıktan korunmaları ve bazı ayrıcalıklardan yararlanmaları gerektiğine dair 33 Avrupa Konseyi üyesi devlet tarafından yapılan ve halen 7 ülkede yürürlükte olan mevzuat çalışmalarını da dikkate almaktadır. Özel düzenlemesi olan bu 7 ülke dışında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan diğer devletler HIV/AIDS taşıyan kişiler için genel hükümler ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler ile bu hastalığı taşıyan çalışanları korumaktadır. Ancak özel düzenlemeleri olsun ya da olmasın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olan tüm devletler, hem özel hem de kamu sektörün çalışanlarını HIV/AIDS gibi hastalıklardan kaynaklanan ayrımcılığa karşı korumakla yükümlü bulunmaktadır. Zira bu ayrımcılık Ekonomik, Sosyal ve Haklar Komitesi, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kurumlarca yasaklanmıştır. Ayrıca, ILO’nun 200. No.lu Tavsiyesi ile de istihdamda ayrımcılık yasaklanmıştır. ILO’nun söz konusu tavsiye kararında HIV pozitif olan kişilerle ilgili hükümler de mevcuttur. Bu yüzden, baskı olsa bile, HIV/AIDS gibi hastalıklar iş sözleşmesinin feshi için haklı bir sebep değildir. Ayrıca, işveren karşısında daha zayıf

ve dezavantajlı durumda bulunan hasta işçinin menfaatleri ile işverenin menfaatleri arasında bir denge oluşturulurken oldukça dikkatli olunması ve diğer çalışanların ya da işverenin bu hastalıklara dair sübjektif yargılarının ve düşmanca tavırlarının fesihte etkili olmasının önlenmesi gerekmektedir. Bu durum işçinin hastalığının onun iş yapma yeteneğini etkilemediği durumlarda daha da önem taşımaktadır¹⁰²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 03.10.2013 tarihli I.B.-Yunanistan Kararı'nda¹⁰³⁰ ayrıntılı bir şekilde değerlendirdiği işyerlerinde damgalama ve ayrımcılık davranışları, sadece HIV/AIDS ile yaşayan kişiler için değil, tüberküloz, cüzzam, cinsel yolla bulaşan hastalıklar, obezite gibi sağlık sorunlarının bulunduğu kişiler için de ortaya çıkmakta, bu hastalıkları taşıyan kişilere yöneltilen söz ve davranışlar, evrensel, kültürel, dinsel düşüncelerle veya tarihsel önyargılar çoğu zaman ifade özgürlüğünü kullanmanın sınırları dışına çıkarak bu kişilerin itibarsızlaştırılmasına ve aşağılanmasına neden olan dedikodu, ifşa, izolasyon, işten çıkarma gibi damgalama ve ayrımcılığa dönüşmektedir¹⁰³¹.

İş güvenliğini ve işçi sağlığını korumak amacıyla işyerinde yapılan sağlık taramaları çoğu zaman hastalıklara ilişkin ifşaya ve bunun sonunda da damgalama ve ayrımcılığa neden olmaktadır¹⁰³². Ancak bu noktada, işyeri güvenliğinin ve işçi sağlığının korunmasının da işverenin işçiyi koruma borcundan doğan hukuki bir yükümlülük olduğunun unutulmaması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, işyerinde eşitlik ilkesini zedelemeksizin, hem hasta hem de hasta olmayan işçilerin korunması için işverenin üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmesidir. Zira Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı İş ve Meslek Ayrımcılığına Karşı Korumaya İlişkin Sözleşmesi ile işyerinde ve meslekte tabi olunacak muamele

¹⁰²⁹ 03.10.2013 tarihli I.B.-Yunanistan Kararı

(<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127055>) (Erişim. 09.05.2015).

¹⁰³⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127055> (Erişim. 09.05.2015).

¹⁰³¹ Zorlu/Çalım, s. 167-173.

Yargıtay HGK, 05.05.2004, E. 2004/4-272, K. 2004 / 255 “Dava, kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevî tazminat istemine ilişkindir. Davacı; lepra (cüzzam) hastası olmadığı sonradan sağlık kurulu raporuyla da teyit edilen davacıda anılan hastalığın bulunabileceği yolundaki, dayanaksızlığı ve gerçeğe aykırılığı saptanan kişisel düşüncesini hem sözlü olarak davacının çalıştığı kurumda diğer kişilere hem de dilekçeler marifetiyle davacının hiyerarşik olarak üstleri konumundaki makamlara bildirmiştir. Bunların sonucunda ise davacı; isteği dışında resmi sevk yoluyla hastaneye müracaat etmek zorunda kalmıştır. Gerçekte hiçbir ilgisi olmadığı halde, gerek okul ortamında ve gerekse bağlı bulunduğu kurum ve kişiler nezdinde lepra gibi herkesçe bilinen, önemli ve tehlikeli bir hastalığı taşıma ihtimali bulunan bir kişi durumuna düşürüldüğü; ayrıca, taşımadığı bir hastalık nedeniyle, hastaneye müracaat etmek ve bu konuda rapor almak, bu uğurda zaman ve emek harcamak zorunda bırakıldığı anlaşıldığından, davacı lehine tazminata hükmedilmesi gerekir” (Sinerji Mevzuat).

¹⁰³² Zorlu/Çalım, s. 175.

eşitliğini bozacak ya da yok edecek her türlü ayırım, üstün tutma ya da gözetme yasaklanmıştır¹⁰³³.

İşçinin hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I. maddesinde "Sağlık sebepleri" başlığı altında sayılan "*işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi*", "*bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi*" ve "*işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması*" hallerinde öngörülmüştür. Buna göre maddede sayılan sağlık sebeplerinin olması durumunda, süresi belirli olsun ya da olmasın iş sözleşmesinin işveren tarafından sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilmesi mümkündür¹⁰³⁴. Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, iş akdinin sağlık sebepleriyle feshi için öncelikle işçinin hastalığa kasten ya da derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğünden¹⁰³⁵ dolayı yakalanması gerekli olup, işçinin kastının bulunmadığı ancak ihmalinin olduğu hallerde bu hükme dayanarak iş akdinin feshi mümkün bulunmamaktadır¹⁰³⁶.

¹⁰³³ ILO'nun ayrıca HIV/AIDS ile doğrudan ilgili olarak 2001 tarihli "*HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları*" ve 2010 tarih – 200 sayılı "*Çalışma Yaşamı ve HIV/AIDS'e İlişkin Tavsiye Kararı*" bulunmaktadır (Zorlu/Çalım, s. 180).

¹⁰³⁴ **Yargıtay 22. HD, 03.06.2013, E. 2013/12772, K. 2013/13467** "...davacı işçi davalı işyerinde aşçı olarak çalışmakta olup, sağlık kontrollerinde davacının hepatit B hastası olduğu ortaya çıkmıştır. Davacı işçinin hepatit B hastası olması kural olarak 4857 Sayılı Kanun'un 25/II. maddesinde öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, aşçı olarak çalışan davacının bu hastalığının işyerinde işin görülmesini olumsuz etkilediği ve bu durumda, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren tarafından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği anlaşılmaktadır. Fesih geçerli sebebe dayandığından..." (Sinerji Mevzuat).

¹⁰³⁵ **Yargıtay 9. HD, 29.05.2008, E. 2007/21554, K. 2008/12960** "...dosyada bulunan 11.05.2004 tarihli ekipriz raporunda alkolizm tanısı konulduğu, bu şekilde davacının içkiye düşkünlüğünden doğan hastalığı nedeniyle devamsızlık yaptığı gerekçesi ile iş akdinin işverence feshedilmiştir. Davacı bu durumda 4857 sayılı İş Kanununu da 25/I-a bendi gereğince kıdem tazminatına hak kazanır" (Sinerji Mevzuat).

¹⁰³⁶ Ertürk, s. 5. Ayrıntılı bilgi için Narmanlıoğlu, s. 418-423.

Yargıtay HGK, 13.02.2009, E. 2008/9-133, K. 2008/126 "...İş Kanunu'nun 24. maddesine göre, süresi belirli olsun veya olmasın işçinin bazı hallerde iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği açıklanmış, bu haklı fesih hallerinin sağlık sebepleri başlıklı birinci bendinde; a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olması; b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halleri açıklanmıştır.

Bu maddenin (a) fıkrasında gösterilen şekilde işyerinde o hastalığın hayatı ve sağlığı için büyük bir tehlike arz etmese de, işçinin işyerinde yakın ilişkide bulunduğu, birlikte çalıştığı kişilerin bulaşıcı hastalığa tutulması halinde, hizmet sözleşmesini feshetmesine yeterli olabilir. Ancak yakın ilişkide

İş Kanunu dikkate alındığında, işyerinde çalışan bir işçide AIDS, cüzzam, hepatit gibi tehlikeli bir bulaşıcı hastalığın olması hem diğer işçiler (İş K. m. 24/1) hem de işveren (İş K. m. 25/1) açısından fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak her bulaşıcı hastalığın fesih nedeni olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰³⁷. Ayrıca, fesih için bulaşıcı hastalığının işin niteliği ile bağdaşıp bağdaşmadığının ve işçi ya da işveren sağlığı açısından tehlike arz edip arz etmediğinin de tespiti gerekmektedir. İş doğrudan etkilemeyen, diğer işçiler ile işverenin sağlığını veya yaşayışını tehdit etmeyen bir hastalık, hem işçi hem de işveren açısından fesih imkânı yaratmamaktadır. Bu nedenle, AIDS gibi hastalıkların fesih imkânı yaratıp yaratmadığı açısından, öncelikle bu tespitlerin yapılması ve buna göre fesih yetkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰³⁸. Ayrıca AIDS, normal temas ile bulaşan bir hastalık olmayıp, HIV virüsünün bir diğer kişiye aktarımı için enfekte kişi ile kan veya cinsel yolla bir irtibatın olmasını gerektirmekte ve özellikle gözyaşı ya da tükürük gibi salgılar aracılığıyla bulaşmanın olmayacağı, pek çok bulaşıcı hastalığın AIDS'ten daha kolay bulaştığı tıbben ifade edilmektedir. Buna göre, bir işyerinde normal bir sosyal ilişki çerçevesinde HIV virüsünün bulaşması oldukça zor görünmektedir. Ancak bu noktada yapılan işin niteliğinin de gözardı edilmemesi

bulunulan kişilerle veya diğer işçi ile sürekli bir şekilde işçinin işi gereği aynı ortamda ve ilişki içinde bulunması ve bunun işçinin hastalanmasına yol açabilecek nitelikte olması gerekir.

Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen bulaşıcı hastalığın nezle, grip vb. gibi basit ve kolaylıkla tedavi edilen, kısa süreli hastalıklardan olmaması gerekir. Örneğin önemli bir epidemik hastalık, lepra (cüzzam), Viral Hepatit gibi kolay bulaşabilen hastalıklar olmalıdır (Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Prof. Dr. Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. B. İstanbul 1999, s. 193, 213).

Öyle ise işçiye haklı fesih hakkı veren hastalık, çalışma arkadaşlarını veya hizmet sunduğu kişileri tiksindirici, itici, onların sağlığı ve yaşamı için tehlike oluşturacak şekilde bulaşıcı veya psikik hastalıklar olmalıdır (Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay-İş Hukuku, Ankara 2003, s. 486 vd.)

Doktor bilirkişiden alınan rapora göre; davacının yakalandığı Viral Hepatit hastalığının A sınıfı, Sağlık Bakanlığına bildirilmesi zorunlu bir hastalık olduğu, 5.5.2003 gün ve 25.100 sayılı Gıda Üretim ve Satış Yerleri Hakkındaki Yönetmeliğe göre; portör muayenesinde hasta olduğu anlaşılan işçinin kesinlikle çalıştırılmaması gerektiği, akut Viral Hepatit hastalığının kimi insanlarda hafif kimilerinde ise ölümcül olacak kadar ağır geçebilen önemli bir hastalık olduğu, hastanın kendisini bitkinlik düzeyinde yorgun hissedeceği, kesin tedavisinin olmadığı, hastaya dinlenmesinin önerildiği, çok çabuk ve kolay bulaşan bir hastalık olduğu, derideki bir çatlak ya da açık yara ile temas eden bir damla kan ya da tükürükle bile hastalığın bulaşabildiği Hepatit B virüsünün sigaradan sonra bilinen en yaygın kanserojen (kanseri nedeni) olduğu, bu nedenlerle böylesine ağır ve yaşamsal risk yaratma yeteneğine sahip olan bu hastalık nedeniyle işçinin İş Kanunu'nun 24. maddesine göre iş akdini haklı olarak feshetme hakkının bulunduğu bildirilmiştir.

Açıklanan bu durum karşısında somut olayda davacı işçinin çalıştığı yerin gıda işyeri olduğu, bu nedenle hastalığı bulaştırma riskinin çok yüksek olduğu, bu işyerinde çalışmasının, yakalandığı hastalığın niteliği de düşünüldüğünde işçi yönünden yaşamsal risk doğurabileceği anlaşılmakla, iş aktinin işçi tarafından haklı olarak feshedildiği..." (Sinerji Mevzuat).

¹⁰³⁷ Narmanlıoğlu, s. 422.

¹⁰³⁸ İşçinin kusuru ile bu hastalığa yakalanıp yakalanmadığı ayrımı ve bu ayrıma ilişkin yapılan hukuki değerlendirmeler için bkz. Ertürk, s. 20 vd.

gerekmektedir. Yapılan işin niteliği (özellikle sağlık kuruluşlarında çalışanların yüksek risk altında olduğunu söylemek mümkündür) HIV virüsünün bulaşmasını mümkün kılıyorsa, bu durumda aynı işyerinde çalışan diğer işçiler açısından bulaşma riskinin yüksek olduğunun kabulü ile yasal koşulların oluşması halinde iş sözleşmesinin taraflarına fesih hakkının tanınması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda işçinin hastalığı ile ilgili olarak bilgi verme yükümlülüğü olduğu gibi, işverenin de soru sorma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca hastalık kamu sağlığı ve kamu yararı ile de ilgilidir¹⁰³⁹.

İşyerinde çalışan bazı işçilerin, bulaşıcı hastalık taşıyan bir işçi ile çalışmak istememeleri halinde, onların bu tavrının ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığına ya da işverenin işçiyi gözetme borcunun hangi işçiler açısından öncelik taşıdığına bakıldığında, işverenin hukuken HIV virüsü taşıyan işçi ile diğer işçileri eşit derecede gözetme borcu bulunmaktadır. İşverenin, işçiler arasında yasal koşullar oluşmadan, eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde herhangi bir ayırım yapması mümkün değildir. Aksine bir davranış, İş Kanunu'nda öngörülen ayrımcılık tazminatı ödenmesine ve diğer yasal müeyyidelerin uygulanmasına neden olacaktır¹⁰⁴⁰. Bu nedenle, diğer işçilerin hasta işçinin işten çıkarılmasına yönelik olarak işverene yaptıkları baskıları da işin niteliğinden kaynaklanan haklı bir sebep yoksa bu kapsamda değerlendirilecektir. Kaldı ki, işverenin işyerinde ortaya çıkan baskıyı ortadan kaldırıcı önlemleri alması, örneğin işçiyi izole etmeyecek ve manevi taciz oluşturmayacak şekilde başka bir yerde çalıştırma gibi bazı imkânları kullanması ve

¹⁰³⁹ Ertürk, s. 7-10.

¹⁰⁴⁰ **Yargıtay 9 HD, 28.04.2005, E. 2004/25538, K. 2005/14932** "Anayasanın 10. maddesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi, inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir.

23.10.1973 de yürürlüğe giren "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin" ikinci maddesinde genel ayırım yasağı konmuş. Üçüncü maddesinde kadınlar açısından özel ayırım yasağı getirilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerin ve Anayasanın bu düzenlemesi fesih tarihinde henüz yürürlükte olmayan 4857 sayılı İş Kanununa da yansımıştır. Söz konusu Kanunun 5. maddesi gereğince işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ve farklı işlem yapamaz. Öte yandan aynı madde içerisinde yaptırım öngörülmüştür.

1475 sayılı Kanunun 13/C-3 maddesinde kötüniyet tazminatını düzenlemiştir. Medeni Kanunun ikinci maddesinin İş Kanunun aktarımıdır. Buna göre hukuken tanınmış bir hakkın varlığı, hakkın objektif iyiniyet kurullarına aykırı kullanılması ve hakkın kötüye kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesi ya da bir zarar tehlikesinin yaratılması durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır" (Sinerji Mevzuat).

diğer işçileri hastalığın bulaşma yolları ve hastalıktan korunma yöntemleri hakkında yeterince bilgilendirmesi gerekmektedir¹⁰⁴¹.



¹⁰⁴¹ Ertürk, s. 18-19.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin sadece devletten talep edilmesine dair düşünce günümüzde yerini temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde de korunması düşüncesine bırakmakta ve birey sadece vatandaş olduğu hukukun süjesi olmaktan çıkarak, uluslararası hukukun süjesi haline gelmektedir. Uluslararası hukukun süjesi olarak doğrudan talep hakkına sahip olan bireyin hem özel hem de iş hayatında temel hak ve özgürlüklerinin, evrensel değerlerin ve insan onurunun korunmasını ve geliştirilmesini doğrudan talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda, ifade özgürlüğü de modern hukuk devletlerinde bireyin hem özel hayatında hem de iş hayatında korunması ve geliştirilmesi gereken temel bir özgürlük olarak ortaya çıkmakta ve her tür temel hak ve özgürlüğün etkin olarak kullanılabilmesini ve bu şekilde daha güçlü bir demokratik ortamın oluşmasını sağlamaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de “herkes”in ifade özgürlüğüne sahip olduğu ve ifade özgürlüğünün “*kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin*” kanaat sahibi olma, bilgi ve kanaat açıklama (bilgi ve kanaat hakkı) ve bilgi ve kanaatlere ulaşma (haber ve görüş alma hakkı) özgürlüklerini içerdiği belirtilmektedir. İfade özgürlüğü kapsamında olduğu belirtilen bu üç özgürlük, gerçeğin araştırılması ve bireysel özgürlüklerin geliştirilmesine katkı vermekte ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturmasına neden olmaktadır. İfade özgürlüğünün taşıdığı bu felsefi ve siyasal değer, ifade özgürlüğünü diğer temel hak ve özgürlüklerden ayırmaktadır. Ancak ifade özgürlüğüne atfedilen bu önem, bu özgürlüğün mutlak ve sınırlanamaz bir şekilde kullanılabileceği anlamına gelmemekte, ifade özgürlüğünün, diğer kişilerin özgürlüklerini kısıtlayıcı şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Bu sınırlar çerçevesinde, ifade özgürlüğünün, diğer bireylerin kendini geliştirme ya da ifade etme hakkı sağlayan etnik ya da dini sebepleri, cinsiyet farkını ya da cinsel tercihleri, politik ya da düşünsel farklılıkları ortadan kaldırıcı şekilde kullanılması mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde belirtilen ve ifade özgürlüğünü oluşturan her bir özgürlük, bir taraftan tek başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin korumasından faydalanırken, diğer taraftan da koruma altında olan

toplantı hürriyeti gibi diğer hak ve özgürlüklerin bir unsuru olarak da korunmaktadır. Özellikle ifade özgürlüğünün ve diğer temel hak ve özgürlüklerin temelini, insan onuru ve insanın maddi-manevi varlığını geliştirme hakkının oluşturduğu gözetildiğinde, maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ifade özgürlüğü ile pek çok temel hak ve özgürlük iç içe geçmekte, bazen biri diğerinin unsuru ya da ön şartı olarak koruma altına alınmaktadır. Zira ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturmakta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin sınırları içinde kalmak koşuluyla, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler” için değil, ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de geçerli olmaktadır. Çünkü ifadeler, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik toplumdan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle ifade özgürlüğünü kısıtlayan her tür “formalite”, “koşul”, “yasak” ve “ceza”nın, izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Ayrıca ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen “ödev ve sorumluluklar”ı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2. fıkrasında yer verilen kısıtlamalar çerçevesinde, ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken, demokratik bir toplumda gereklilik koşulundan hareket ederek, çoğulcu demokrasiler için ifade özgürlüğünü temel değer olarak kabul etmektedir. Mahkeme, ifade özgürlüğüne müdahale değerlendirmelerinde ifadenin tahrik, şiddete teşvik vs. içeriğinden ziyade ifadenin toplumda doğuracağı etkiyi esas almakta, Türk yargısı ise ifade özgürlüğü açısından söylemin içeriğini esas alarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin yaklaşımından ayrılmaktadır.

İnsan haklarını ve insan onurunu korumak için öngörülen bir sistem olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğüne dair yorumlarında da, insanların din, politika, cinsiyet vs. temelinde ayrıma tutulmasının insan onuru için kilit bir önem taşıyan demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkeleri çerçevesinde kabul edilmesinin mümkün olamayacağını belirtmektedir. İnsan onurunun korunmasının, bireyin devlete karşı korunması

dışında, devletin bireyi koruması yönü de mevcut olup, devletlerin vatandaşlarının kişisel, siyasal, sosyal ve ekonomik haklarını koruması ve geliştirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, devletlerin kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik hak ve özgürlükler aracılığıyla, bireyleri bedenlen, ruhen koruması, kişisel değerlerine saygı göstermesi ve insan onurunu tam ve eksiksiz şekilde sağlaması yükümlülüğü vardır. Zira insan onuru bir hukuk devletinde en yüksek değeri taşıırken, aynı zamanda tüm temel haklar insan onurunun bir parçasını oluşturmaktadır. Yine bu kapsamda devlet, toplumsal dışlanma gibi onurlu yaşama hakkına aykırılık teşkil eden durumlarda güçsüz kesimleri koruyucu, insan onuruna uygun yaşamalarını sağlayıcı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirlerin alınması devlet açısından pozitif bir yükümlülük teşkil etmektedir. Zira *“insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında devamlı şekilde yükselen gereklilik seviyesi”* mevcuttur ve insan haklarının bütünselliği ilkesi gereği ister kişisel ve siyasal ister sosyal olsun, tüm hakların aynı düzeyde ve etkili şekilde korunması gerekmektedir. Her ne kadar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden beri pek çok belgede insan haklarının bölünmezliği ilkesi tartışmasız şekilde kabul edilse de, özel hukuktan doğan kişisel hakların ihlaline ilişkin adli yollara müracaat edildiğinde, mahkemelerce ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal hakların bir bütün olarak değerlendirilmesinden kaçınılmakta, haklar bölünmekte ve hatta bazı durumlarda sorgulanmaktadır. Ancak uluslararası hukukun iç hukuklarda doğurduğu etki, aynı zamanda bireylerin kişisel alanlarında da etki doğurmakta, bireyler arasındaki mevcut haklar ve ihlallerde insan haklarının evrenselliği temelinde, hakların bölünmez ve birbirine sıkıca bağlı olduğunun gözetilmesi gerekmektedir. Bu noktada, insan hakları belgelerinin iç hukukta uygulanmasında ve yorumlanmasında yerel mahkemeler oldukça önem taşımaktadır. Zira insan hak ve özgürlüklerinin temel bir değer olarak kabulü, uluslararası hukuk kurallarını ve ulusal hukuk sistemlerini gittikçe birbirine yaklaştırmakta ve insan hakları konusunda kabul edilen evrensel değerler, çağdaş hukuk devletlerinde, başta anayasa olmak üzere tüm hukuk dallarının ve hukuk kurallarının evrensel değerlere göre yeniden yorumlanması neticesini doğurmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yaşayan belge kabul ederek, günün değişen koşullarına göre ve pek çok hak ve özgürlüğü kapsayıcı şekilde geniş yorumlanmakta ve Mahkeme kararlarının “iç

hukuku değiştirici etkisi” bulunmaktadır. Her ne kadar, bu durum devletlerin egemenlik hakkı ile Mahkeme’nin organlarının yetki alanı arasında bir çatışma doğursa da, temel amacın hak ve özgürlüklerin etkin korunması ve kullanılması olduğu dikkate alındığında, bu çatışmanın çözümünde “*demokrasiyi hukukla tanımlama*” temel amaç olarak kullanılmaktadır. Bu tanımlama ile klasik anayasalarda mevcut hak ve özgürlükler ile demokrasi kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınarak yeniden tanımlanmaktadır. Bu tanımlama ile klasik anayasa anlayışından vazgeçilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Avrupa kamu düzeninin yeni anayasası olduğu kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yaşayan bir belge olarak kabulü, Sözleşme’nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları ile gelişmesine neden olmakta ve Mahkeme zaman içinde vermiş olduğu kararlarda ifade özgürlüğünün koruma alanını siyasi ya da kamusal alana ilişkin olarak kullanılan ifadelerden, okul kitaplarına, akademik makale ve araştırmalara, ticari söylemlere, reklam ve basın yoluyla yapılan işlemlere kadar genişletmektedir. Burada dikkat çeken nokta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi ile sadece ifade özgürlüğü kapsamındaki düşünce ve bilgilerin değil, bu düşünce ve bilgilerin naklediliş şekillerinin ve hatta negatif bir nitelik taşıyan susma hakkının da koruma altında olmasıdır. Buna da göre ifade özgürlüğü kavramı, bireyin, sadece konuşarak ortaya koyduğu sözel ifadeleri değil, insanın kendisini ifade etmesine yarayan görsel, sanatsal, yazılı anlatımları, giyim-kuşamı, siyasi, dini ritüeller gibi ifadeye dair her tür eylemi, iletişimsel davranış olarak nitelendirilen sembolik bir takım davranış şekillerini ve beden dilini de kapsamaktadır. İfade özgürlüğünün bu kadar geniş kapsamlı anlaşılması, aynı zamanda bireyin ortaya koyduğu ifadenin başka temel hak ve özgürlüklerin de konusunu oluşturabilecek bir eylem olmasına, ifade özgürlüğünün pek çok temel hak ve özgürlük ile yakın ilişki içinde bulunmasına ve ifade özgürlüğü ile pek çok temel hak ve özgürlüğün iç içe geçmesine neden olmaktadır. Böyle bir durumda ifade özgürlüğü çoğu zaman diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesinin ön şartı olmakta ve bir hak bir diğer hakkın sınırını ya da kapsamını belirleyebilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “*iki temel özgürlüğün uygulanmasına yönelik çelişkili çıkarların karşılaştırılmasını*” gerekli görerek, çıkar çatışmasında dengenin sağlanması gerektiğini kabul etmektedir.

İfade özgürlüğü için yapılan tüm temel değerlendirmeler ve kısıtlamalar, işçinin işyerindeki ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir ve insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğü sadece devletlere ait bir görev olmayıp, aynı zamanda devleti meydana getiren ve devletin bir unsuru olan kurumların (kamu ya da özel) ve ayrıca bireylerin de görevidir. Çünkü insan hakları işyerinin kapısında sona ermemektedir. Ayrıca iş ilişkisi gibi işçi-işveren ilişkisinde açık bir güç dengesizliğinin bulunduğu ve sosyal devlet ilkesinin hâkim olduğu ülkelerde, iş hukukundan kaynaklanan ilişkilerdeki eşitsizliğin ortadan kaldırılması için devletlerin negatif yükümlülük dışında pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu nedenle, devlet bir taraftan işçiyi koruyucu doğrudan düzenlemeler getirirken, diğer taraftan da işvereni işçiyi koruyucu önlemler almaya zorlamaktadır. Devlet açısından negatif ve pozitif yükümlülük oluşturan bu görev, işyerinde herhangi bir şekilde gerçekleşmiş olan fizikî, sözlü, ekonomik vs. şiddeti ortadan kaldırıcı cezai, hukuki ve idari önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. İşyerinde özel hukuk kişilerince işçilere yöneltilen şiddetin genellikle kadın, çocuk, yaşlı, engelli ya da farklı cinsel, dinsel, ırksal, politik tercihlere sahip kişiler üzerinde yoğunlaştığı gözetildiğinde, devlet tarafından işyerinde şiddet ve ayrımcılığı ortadan kaldırıcı düzenlemelerin yapılması, evrensel insan hakları değerlerine sahip, demokratik sosyal hukuk devletinin bir gereğini oluşturmaktadır. Bu nedenle hem devlet hem de işveren, işçinin parayla ölçülmesi mümkün olmayan değerlerini de kapsayacak şekilde, onun kişiliğine ve kişiliğini oluşturan ırk, cinsiyet, dil, din, politik görüş, cinsel tercih, onur, isim gibi değerlerine de saygı göstermek ve bu değerlerin korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak zorundadır. Zira çalışanlar için korunmaya değer bir kavram olan “onur” kavramının işyerinde korunabilmesi ve işçilere onurlu bir çalışma ortamının sağlanabilmesi için, evrensel nitelik taşıyan tüm temel hak ve özgürlüklerin işçiler açısından da geçerli olduğunun açıkça ortaya konması ve bu hak ve özgürlüklerin hem işverene hem de iş hukukunun hukuksal niteliğinden dolayı devlete karşı ileri sürülebilmesinin sağlanması, işyerinde de insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ve hangi kaynaktan gelirse gelsin ihlallerin önlenmesi gerekmektedir. Çünkü işçinin işyerindeki diğer temel hak ve özgürlükleri ile birlikte, ifade özgürlüğünün de korunması, demokratik toplum düzeninin bir gereği olarak kamuyu ilgilendiren, kamu yararı niteliği taşıyan bir hak oluşturmaktadır. Bu nedenle

devletin, istihdam politikaları yanında, işçinin işyerindeki temel hak ve özgürlüklerini koruyucu politikalar geliştirmesi ve işverenin işyerinde ifade özgürlüğünü koruyucu ve geliştirici önlemler almasını sağlaması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi her tür ifadeye sosyal bir değer atfetmektedir. Bu değer kapsamında işyerinde işçi, önemli olsun ya da olmasın kendini ifade etme, görüşlerini ve bakış açısını diğerlerine sunma ve bilgi edinme hakkını elde etmektedir. Bu durum, işçinin fikir ve düşüncelerinin, kişiliğinin hem işyerinde hem de dışarıda gelişmesini sağlamakta olup, işçinin işyerinde ifade özgürlüğüne sahip olması işçinin hem işyerindeki hem de toplumsal yaşamdaki demokratik katılımı için önem taşımaktadır. Ayrıca, işyerinde ifade özgürlüğü ile işçilerin birbirleriyle iletişimi ve kendisi gibi düşünenlerle bir araya gelmesi, örgütlenmesi ve düşüncelerini daha güçlü ve kolektif şekilde ifade etmesi imkânı doğmaktadır. Ancak işçinin işyerinde ifade özgürlüğünden yararlanması, işçinin her türlü eleştiriden muaf olmasını gerektirmediği gibi, bu ifadelere karşı diğer işçilerinde kendi ifade özgürlükleri kullanması, görüş ve düşünceleri eleştirmesi, kabul etmemesi ya da karşı propaganda yapması da mümkündür. Zira işyerinde karşıt görüşler ileri sürülmesi işçinin işyerinde ifade özgürlüğünü kullanmasına engel değildir. Kaldı ki, işçinin günlük yaşantısının büyük bir bölümünü geçirdiği ve diğer çalışanlarla düzenli bir etkileşim içinde olduğu bir ortam olan işyerinde politik, dini ya da sosyal konuların konuşulması, tartışılması son derece doğal olup, işyerleri de insanların birbirleriyle karşılaşp, görüş ve düşüncelerini ifade ettiği pek çok yer gibi, politik, sosyal ya da dini görüşlerinin yanında, ifade özgürlüğünün bir parçası olan kıyafet, cinsiyet, eğitim, cinsel tercih gibi işçiyi oluşturan ve kimliğini meydana getiren, işçiyi o kişi yapan pek çok özellik barındırmaktadır. Bu noktada, sadece ırk, cins, dil, din ayrımı yapan, cinsel ayrımcılık içeren saldırgan sözlerin, nefret söylemlerinin, aşağılayıcı, rencide edici, küçük düşürücü şakaların, çalışma ortamını bozucu bir ses tonuyla söylenen, hakaret ya da tehdit içeren ifadelerinin, küfür ve sataşmaların, imaların, cinsel içerikli tekliflerin, pornografik yayınların, azınlıklara, kadınlara veya toplum değerlerine yönelik bağınaz ve düşmanca yorumların, çalışanlar üzerinde korku ve baskı oluşturan ifadelerin ve buna benzer kötüniyetli davranışların, işverenin ya da diğer işçilerin kişilik haklarının ve çalışma huzurunun korunması için engellenmesi gerekmektedir. İşçinin işyerinde söz, yazı, resim ya da

benzer şekillerde göstermiş olduğu bu tür ifade ve tavırların engellenmesi işveren açısından bir yükümlülük oluşturmakta ve işverene, işçinin bu eylemleri karşısında haklı sebeple fesih imkânı tanımaktadır. İşyerinde meydana gelen kötünietli söz ve eylemleri önler ve gerekli tedbirler alınırken, işçinin işyerinde diğer çalışanlarla ve işveren ile sosyal ilişkiler kurması ile toplumda demokratik kuralların yerleşmesi ve gelişmesi arasında yakın bir bağ bulunduğunun da gözetilmesi ve alınan önlemlerin demokratik toplum gereklerine uygun ve çalışanlar arasında sosyal ilişkileri koruyucu ve kuvvetlendirici bir nitelik taşıması gerekmektedir. Ancak bilgi teknolojilerindeki gelişmeler, işçilerin hem iş ilişkilerinde hem de özel ilişkilerinde bu teknolojilerin daha fazla kullanılmasına neden olmakta ve bu yüzden e-posta, web siteleri, anlık mesajlaşmalar, bloglar, postcastler vs. aracılığıyla yapılan konuşma ve haberleşmeler işyerinde işçinin sahip olduğu ifade özgürlüğü tanımlarını değiştirmektedir. Ayrıca demokratik bir toplumun ortaya çıkmasında özel bir önem taşıyan ifade özgürlüğünün işyerinde işçiye tanınması ile yönetime katılım, işyerinde bilgilenme hakkı gibi yeni kavramlar da ortaya çıkmakta ve bu yeni kavramlar çerçevesinde işçilerin işyerinde sahip oldukları hak ve özgürlüklerin kapsamı da değişmekte ve gelişmektedir. Bu nedenle, işyerinde işçinin sahip olduğu ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde bir dengenin kurulması ve bu dengenin etik bir bakış açısı ile sağlanması, temel bir hak olan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde işçinin bireysel hak ve özgürlükleri ile işverenin ekonomik bağımsızlığı arasında bir dengenin kurulması ve ölçülü bir müdahale yapılabilmesi için Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin ve uluslararası iş hukukunun temel kuralların esas alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir. “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2013, s. 1-54.

Ağırbaşı, Şennur. **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Akandji-Kombé, Jean-François (Çev. Kurt, Gülden), “**Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları, Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**”, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 35-44.

Akandji-Kombé, Jean-François (Çev. Çınar, Özgür Heval ve Kaya, Abdülcélil). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, **Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, 1. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Şubat 2008. (Pozitif)

Akbulut, Olgun. “Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 381-423.

Akgül, Mehmet Emin. “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Sayı: 1, s.1-42.

Akıllıoğlu, Tekin. “Düşünce Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri-Sempozyum ve Açık Oturum, Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 25-34.

Akıllıoğlu, Tekin. “1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1984, Sayı: 5-6/1, s. 50-66. (Temel)

Akın, Levent. “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, s. 149-158.

Akıncı, Müslüm. “Güvenlik Kayıtları ya da Bilgi Fişlerinin İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 31-51.

Akkanat, Zehra Gönül. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İletişim Özgürlüğünün Sınırları”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 18, Sayı: 1, s. 171-186.

Akkaya, Rukiye. “İnsan Hakları Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin Bazı Düzenlemeler”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı: 7, Mart 2007, s. 123-131.

Akkutay, Berat Lale. “Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mart-Nisan 2014, Yıl: 26, Sayı: 111, s. 411-446.

Akkutay, Berat Lale. “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2014, Yıl. 26, Sayı: 113, s. 109-124. (Jus Cogens)

Aksoy İpekçioğlu, Pervin. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma” , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, Cilt: LXX, Sayı: 1, s. 19- 38.

Aktan, Coşkun Can. “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2006, s. 1-13.

Aktay, Nizamettin ve Arıcı, Kadir ve Senten-Kaplan, E. Tuncay. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2011. (Aktay ve Diğerleri).

Aldabak, Ersel. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 69-98.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, 11 Mayıs 2007. s. 153-166. (İç Hukuk)

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Düşünsel Özgürlük”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yılığ**, Cilt: 17, Sayı: 1, s. 11-31. (Düşünsel)

Aliefendioğlu, Yılmaz. “İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkemeler Kararlarında Gözlenen Etkisi”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yılığ**, Cilt: 21-22, s. 61-76. (Etki)

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Direnme Hakkı”, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, 1. Bası, Basım, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2002. (Direnme)

Algan, Bülent. **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Alp, Mustafa. **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi-Çalışanın Hukuk ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu (Whistleblowing)**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Aralık 2013.

Alp, Mustafa. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 385-422. (İfade)

Alp, Mustafa. “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 4, Aralık 2006, s. 37-53. (Denetim)

Alp, Mustafa. “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1, 2004, s. 1-41. (Hak)

Alpagut, Gülsevil. “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, Mart 2012, s. 23-32.

Alpkaya, Gökçen. “BM’de Irksal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, No.3, 2011, s. 1-27.

Altıparmak, Kerem. “Kutsal Değerler Üzerine Tezler V. İfade Özgürlüğü, Toplu Bir Cevap”, **İfade Özgürlüğü-İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 73-113.

Arsava, Füsün. “İnsani Devletler Hukuku ve İnsan Hakları Sözleşmeleri İlişkisi”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2009, Cilt: 5, Sayı: 19, s. 1-21.

Arsava, Füsün. “Temel Hakların Alman Anayasa Hukuku Örneğinde Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu ve Avrupa Birliği İlişkisi Çerçevesinde Yorumu”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2011, Cilt: 7, Sayı: 27, s. 1-24. (Yorum)

Arslan, Zühtü. “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 14-22.

Arslan Ertürk, Arzu. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2010.

Arslan Öncü, Gülay. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2011.

Arslan Öncü, Gülay. **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 301-332. (Saygı)

Aslan, Betül. “Güncel Sorunlar ve Hukuk Devleti”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 61-62, s. 93-107.

Atak, Songül. “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, Sayı: 59-60, s. 200-222.

Atay, Ender Ethem. “Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, s. 330-426.

Atlan Kazan, Hülya. “İş İlişkisinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 153-189.

Avcı, Artun. **Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Mart 2013.

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, 2010.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf
(Erişim, 01.12.2014).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Yeni Teknolojiler, Mayıs 2011.

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Work_TUR.pdf (Erişim, 08.04.2015).
(AİHM Bilgi Notu)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Avrupa Birliğine İlişkin İçtihatlar, Kasım 2014.

http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/avrupa/avrupa_birligi.pdf (Erişim, 08.04.2015). (AİHM Bilgi Notu-1)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Sendikal Haklar, Şubat 2012.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/sendikal.pdf> (Erişim, 08.04.2015).
(AİHM Bilgi Notu-2)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu,

Sayı: 169, Aralık 2013. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/duyuru/bilginotu/169.pdf>
(Erişim, 08.04.2015). (AİHM Bilgi Notu-3)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Çalışma Hayatına İlişkin Haklar,

Ağustos 2012. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Work_TUR.pdf (Erişim, 08.04.2015). (AİHM Bilgi Notu-4)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Irk Ayrımcılığı, Mart 2011, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/irk.pdf>, (Erişim, 08.04.2015), (AİHM Bilgi Notu-5)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Kişisel Verilerin Korunması, Temmuz 2012, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/bilgi/kisisel_veriler.pdf (Erişim, 08.04.2015). (AİHM Bilgi Notu-6).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tematik Bilgi Notu-Nefret Söylemi, Temmuz 2013, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/nefret.pdf>, (Erişim, 08.04.2015). (AİHM Bilgi Notu-7).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Uluslararası Sözleşmelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Kullanılması, Kasım 2012, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/diger/kullanilmasi.pdf>, (Erişim, 06.05.2015). (AİHM Bilgi Notu-8)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Notu-Ruh Sağlığı, Kasım 2012, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/saglik/ruh_sagligi.pdf, (Erişim, 06.05.2015). (AİHM Bilgi Notu-9)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yıllık Raporu-2005, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2005_ENG.pdf, (Erişim, 03.04.2005). (AİHM 2005 Yıllık Raporu)

Aydemir, Muzaffer. **İşyerinde Mahremiyet Olgusu**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2012.

Aydın, Öykü Didem. “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2011, s. 26-63. (Aydın Ö. D.)

Aydın, Ufuk. **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002.

Aydın, Ufuk. “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2002-2003, s. 79-100. (Bilgi)

Aydınlı, İbrahim. “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, **Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 6, Kasım 2005, s. 21-42.

Baka, Andras. “Açılış Konuşmaları”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 10-14.

Bakırcı, Kadriye. “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, s. 22-40.

Bakırcı, Kadriye. “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Haziran 2006, s. 114-121. (Güvence)

Bal, Özlem. **Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Baloğlu, Cem. “İfade Özgürlüğü Kapsamında Devlet Memurlarının Basına Bilgi ve Demeç Vermeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 28, Aralık 2008, s. 103-108.

Balkır, Z. Gönül. “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, **Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu**, Sakarya Üniversitesi Yayınları, Sakarya, 18-19 Kasım 2015, s. 197-209.

Barry, Norman P. (Çev. Yılmaz, Özlem). “Hukukî ve Siyasi Açıdan İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 7, Sayı: 27, Yaz 2002, s. 5-14.

Barry, Bruce. “The Cringing and The Craven: Freedom of Expression In, Around, and Beyond The Workplace”, **Business Ethics Quarterly**, Volume: 17, Issue: 2, pp. 263-296. (Barry, B.)

Bayram, Fuat. “Türk İş Hukukunda Psikolojik Taciz”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı**, İstanbul, 08/09 Haziran 2007, s. 177-206.

Bıçak, Vahit. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 55-77.

Bıçak, Vahit. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, **Liberal Yayınları**, Ankara, 2002. (İfade)

Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 53-80.

Bozkurt, Ömer. “Siyasi ve Kurumsal Yönleri ile Maastricht Antlaşması ve Avrupa Bütünleşmesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, Mart 1993, Cilt: 26, Sayı: 1, s. 7-26.

Bozlak, Ayhan. “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2013, Yıl: 26, Sayı: 109, s. 56-92.

Bowles, Samuel/Gintis, Herbert (Çev. Akınhay, Osman). **Demokrasi ve Kapitalizm, Mülkiyet, Cemaat ve Modern Toplumsal Düşüncenin Çelişkileri**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996.

Bulut, Nihat. **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Haziran 2009.

Can, Osman. “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 89-116.

Caniklioğlu, Nurşen. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Avrupa Sosyal Şartı Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 157-176.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 13-18.

Chablais-Fabrizzi, Isabelle (Çev. Kurt, Gülден). “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı: Son Gelişmeler”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 53-55.

Civelek, Jale. **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Marmara Müşavirlik, Marmara İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984.

Collins, Hugh. “The Protection of Civil Liberties in the Workplace”, **The Modern Law Review**, Jul. 2006, Volume: 69, No: 4, pp. 619-631.

Comer, Debra R. “A Case Against Workplace Drug Testing”, **Organization Science**, Volume: 5, No: 2, May 1994, pp. 259-267.

Çavuşoğlu, Naz. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1992, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 131-146.

Çeçen, Anıl. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **İfade Özgürlüğü ve Hukuk Devleti, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012**, Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 4-12.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2012.

Çınar, Özgür Heval. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Yeni Anayasa’da Sendikal Haklar Nasıl Düzenlenmeli?”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 133-152.

Çil, Şahin. “Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 18, Haziran 2010, s. 56-69.

Damjanović, Milan (Çev. Kantel, Semiramis). “Yaratma Hakkı”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hacettepe Yayınları, Ankara, 1996, s. 77-81.

Daniel, Teresa Ann (Çev. Taşkın, Ahmet). “Amerikan Kurumlarında İşyeri Zorbalığı: Tanımadan Yasaklamaya Giden Yol (Workplace Bullying in American Organization: The Path from Recognition to Prohibition)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Haziran 2012, s. 179-190.

Décaux, Emmanuel. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 9, 10 ve 11. Maddelerinin Yorumu”, **Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi**, Ankara, 2004, s. 500-511.

Delen, Meltem (Güngör). “Gruplar Arası İlişkiler Çerçevesinde Kurumsal Azınlıklar”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 26, 2010/3, s. 117-131.

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 5. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları (Birleşik Matbaa), İzmir, Ocak 2009.

Demir, Fevzi ve Demir, Gönenç. “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, Cilt: 11, Sayı: 2009, s. 1-37.

Denk, Erdem. “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 2, Nisan-Haziran 2001, s. 43-70.

Diplock, Lord Justice (Çev. Özman, M. Aydoğan). “Ulusal ve Uluslar-üstü Hukuk Sistemlerinin Geçişmesi (Interpenetration)” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, Cilt: 37, Sayı: 1-4, s. 179-191.

Dinç, Güney. “Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması) Türkiye Barolar Birliği Paneli**, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 14-54.

Doğan Yenisey, Kübra. **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, Sayı: 11 s. 63-81. (Eşitlik)

Doğru, Osman. “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlölükler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 11 Mayıs 2007, s. 193-120.

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt: 1, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Eylül 2004. (C. 1)

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt: 2, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Eylül 2004. (C. 2)

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt: 3, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Eylül 2004. (C. 3)

Doğru, Osman. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt: 4, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Eylül 2004. (C. 4)

Donnelly, Jack (Çev. Erdoğan, Mustafa ve Korkut, Levent). **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

Dönmez, Kazım Yücel. **İşçinin Borçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Duymaz, Erkan. “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, Cilt: XVII, s. 1367-1404.

Egemen, Erdal ve Temiz, Semih. **İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar 1967-1991**, Ufuk Matbaası, İstanbul, 1991.

Eken, Musa. “Bilgi Edinme Hakkı”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1996, Sayı: 17-18, s. 61-75.

Ekin, Ali. **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçinin Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Emerson, Thomas, I. “Freedom of Association and Freedom of Expression”, **The Yale Law Journal**, Nov. 1964, Volume: 74, No: 1, pp. 1-35.

Erdem, Mustafa Ruhan. “Suçu Bildirmeme Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 80, 2009, s. 105-120.

Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rıfat Murat. “İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m. 117)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 20, Aralık 2010, s. 253-268.

Erdoğan, Gülnur. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.(G. Erdoğan)

Erdoğan, Gülnur. “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Davranışlarının Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi”, **Bilim İnsanları Derneği 2012 Uluslararası Kongre (İşyerinde Psikolojik Taciz)**, İzmir, 2012, s. 84-150. (G. Erdoğan, Mobbing).

Erdoğan, Gülnur. “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül-Ekim 2008, Sayı: 78, s. 123-165. (G. Erdoğan, Şart)

Erdoğan, Mustafa. “Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, 8-13. (İfade)

Erdoğan, Mustafa. “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s 19-37. (Sınırlar)

Eren, Abdurrahman. **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2004.

Ertürk, Şükran. “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, s. 1-25.

Ertürk, Şükran. “İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları”, **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2011, s. 59-78. (Fesih)

Ertürk, Şükran. **İş Mücadelesinde Denge İlkesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1999. (Denge)

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. (Temel Hak)

Ertürk, Şükran. “İşçinin Kişilik Hakkının Korunması”, **İzmir Barosu İş Hukuku Çalıştayı (Yayınlanmamış Tebliğ)**, 2008. (Kişilik)

Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, 1. Baskı, Belediye-İş Sendikası Yayınları, Ankara, 2008. (Eşitlik)

Esener, Turhan. “Uluslararası İş Hukuku”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 607-620.

Estlund, Cynthia L. “Freedom of Expression in the Workplace and the Problem of Discriminatory Harassment”, **Texas Law Review**, March 1997, Volume: 75, No: 4, pp. 687-701, <http://heinonline.org>. (Erişim, 30.03.2015)

Estlund, Cynthia L. “What Do Workers Want? Employee Interests, Public Interests, and Freedom of Expression under the National Labor Relations Act”, **University of**

Pennsylvania Law Review, Jan. 1992, Volume: 140, No: 3, pp. 921-1004.
(Interests)

Eyrenci, Öner. “Avrupa Sosyal Şartı Karşısında Türk Mevzuatı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1998-1990, Cilt: 53, Sayı:1-4, s. 225-234.

Eyrenci, Öner ve Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2014. (Eyrenci ve Diğerleri)

Fuchs, Klaus (Çev. Gülmez, Mesut). “Avrupa Sosyal Şartı: Günümüzdeki Durum ve Perspektifler”, **Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kollokyumu - Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1993, s. 25-41.

Hakyemez, Yusuf Şevki. “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 17-40.

Hayek, Friedrich A. (Çev. Yayla, Atilla ve Erdoğan, Mustafa ve Öz, Mehmet); **Hukuk Yasama ve Özgürlük (I. Kitap-Kurallar ve Düzen, II. Kitap-Sosyal Adalet Serabı, III. Kitap-Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni)**, 1. Basım, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Eylül 2012.

ILO. “HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları”, **Uluslararası Çalışma Örgütü**, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/hiv aids.pdf>, (Erişim, 04.09.2014).

Işık, Rüçhan. “ILO’nun 14 Haziran 2012 Tarihli ve 202 Numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla İlgili Tavsiye Kararı Üzerine Bir Not”, **Sicil İş Hukuku**, Aralık 2012, Sayı: 28, s. 239-241.

Işıklı, Alpaslan. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.

İlal, Ersan. “Bilme Hakkı”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 69-75.

İnceoğlu, Sibel. “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s.7-20.

İnceoğlu, Sibel. “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 23-52. (Hak)

İnceoğlu, Sibel. “Etkili Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 439-457. (Etki)

Jensen, J. Vernon. “Ethical Tension Points in Whistleblowing”, **Journal of Business Ethics**, May 1987, Volume: 6, No: 4, pp. 321-328.

Jeze, Gaston (Çev. Özyörük, Mukbil). “Ferdî Hürriyetler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 214-227.

Jimena Quesada, Luis (Çev. Kaboğlu, İbrahim Ö.). “Avrupa Sosyal Şartı’nın İç Hukukta Uygulanması”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 65-70.

Juhan, S. Cagla. “Free Speech, Hate Speech, and The Hostile Speech Environment”, **Virginia Law Review**, November 2012, Volume: 98, No: 7, pp. 1577-1619.

Gemalmaz, Mehmet Semih. “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1990, Cilt: 15, Sayı: 18, s. 156-164.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt: 1, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, Aralık 2012. (C. 1)

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt: 2, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2012. (C. 2)

Gerek, Nüvit. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu”, **Sicil İş Hukuku**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 31-39.

Gören, Zafer. “Temel Hakların Sınırlanması - Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 39-59.

Gören, Zafer. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 6, Sayı: 12, Güz 2007/2, s. 21-37. (Onur)

Gören, Zafer. “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **Anayasa Dergisi**, 1992, Cilt: 9, s. 165-184. (Kişilik)

Gören, Zafer. Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları**, İzmir, 1993. (Teori)

Gölcüklü, A. Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1980, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 41-76.

Gözübüyük, A. Şeref ve Gölcüklü, A. Feyyaz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İncelemesi ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2005.

Gözübüyük, A. Şeref. “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri-Sempozyum ve Açık Oturum, Bildiriler ve Tartışmalar**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1992, s. 11-18.

Green, Leslie (Çev. Çağlar, Erkan). “İfade Özgürlüğü ve Dil Seçimi”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Clarendon Press, Oxford, 1994, s. 135-174. <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/serbest-ifade.pdf>, (Erişim, 18.11.2014).

Grellois, Christian (Çev. Dinçer, Hülya ve Yeşilyurt, İrem). “Sosyal Hakların Kaderi”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, Şubat 2012, s. 289-302.

Gruber, Annie (Çev. Özdemir, Erdem) . “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012 s. 240-256.

Gülmez, Mesut. Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 117-156.

Gülmez, Mesut. “Mesut Gülmez’in Konuşması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (AY md. 90/son)** , Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 5 Kasım 2004, s. 38-82. (İç Hukuk)

Gülmez, Mesut. “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, **Çalışma ve Toplum**, 2005/1,S. 4, s. 11-56. (Aykırılık)

Gülmez, Mesut. “Eşit Davranma ve Ayrımcılık Yasağı İlkesinin Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2-4 Nisan 2010, s. 245-286. (Ayrımcılık)

Gümüş, A. Tarık. **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Günay, Cevdet İlhan. **Şerhli İş Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Cilt: 1-2-3, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

Gündüz, Selim. “Yeni Mevzuat Işığında İşçiyi Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Türk Ağır Sanayi Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 6, Kasım 2005, s. 43-60.

Güneş, Mehmet. “Ekonomik Özgürlüklerin Hukuk Devletindeki Görünüşü”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 127-144.

Gür, İkbâl. **Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2010.

Gürkan, Ülker. “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s. 39-54.

Güzel, Ali. “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 279-288.

Güzel, Ali ve Ertan, Emre. “AB Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Psikolojik Taciz”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, 08-09 Haziran 2007, s. 161-176.

Güzel, Ali ve Ugan, Deniz ve Ertan, Emre. “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Ünal Narmanhoğlu’na Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, Özel Sayı, Cilt: 9, s. 43-74.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku 1 - İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, Yenilenmiş 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, Ekim 2013.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989. (Kolektif)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, 1. Baskı, , Legal Yayınları, İstanbul, Şubat 2012, s. 15-34. (Kolokyum)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “İnsan Hakları ve Güvenlik İlişkisi Üzerine”, **21.Yüzyılın Başında İnsan Haklarını Korumada Karşılaşılan Sorunlar (Konferans)**, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları No: 3, s. 111-122. (Güvenlik)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Yargıç, Demokrasi ve Egemenlik”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 30-38. (Demokrasi)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1502-1535. (Düşünce)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1990, Sayı: 12/1, s. 139-166. (Hukuk)

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1993’ten Ayrı Bası, Cilt: 15, s. 45-53. (Ölçüt)

Kamer, Gregory J. and Abbott, Scott M. “ How Much Can You Say In The Workplace?”, **American Bar Association**, Human Rights, Spring 1995, Volume: 22, No: 2, pp. 22-25.

Kanadoğlu, Korkut. “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Özel Yaşam”, **Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme ve Kişisel Verilerin Saklanması)**, Türkiye Barolar Birliği Paneli, Ankara, 18 Ekim 2008, s. 55-99.

Kaneti, Selim. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanına Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 6, 1989, s. 19-35.

Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, Yedinci Basım (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Kapani, Münci. “İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Yeni Gelişmeler ve Sorunlar” **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, 1979, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 64-79. (Yeni)

Kapani, Münci. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, 1. Basım, Bilgi Yayınları, Ankara, Şubat 1987. (Boyut)

Kaplan, Emine Tuncay. “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 2-16.

Kaplan, Emine Tuncay. “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1997, Cilt: 52, Sayı: 1, s. 367-386. (Veri)

Karadağ, Nergis. **Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Nisan 2008.

Karakaş, A. Işıl. “Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematiği: Teorik ve Pratik Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, 2005, Cilt: 22, s. 292-305.

Karakoç, İrem. “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s. 87-122.

Karan, Ulaş. “İfade Özgürlüğü Hakkı”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 355-379.

Karan, Ulaş. “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 459-494. (Eşitlik)

Karayalçın, Yaşar. “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 251-275.

Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayınları, Bursa, 2009.

Kayar, Nihat. “ ‘İki Anayasa’ (1961-1982): Temel Hakların Özü ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 379-412.

Kılıçoğlu, Ahmet M. “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1973, Sayı: 29, Cilt: 3-4, s. 185-225.

Kılıçoğlu, Mustafa. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2012, Cilt: 9, Sayı: 36, s. 37-58. (Kılıçoğlu, M.)

Koch, Ida Elisabeth. “The Justiciability of Indivisible Rights”, **Nordic Journal of International Law** 72, 2003, pp. 3-39.

Korkmaz, Ömer. **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Köker, Levent. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, **İfade Özgürlüğü ve Hukuk Devleti**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı Cilt: 3, Ankara, 10-14 Ocak 2012, s. 17-21.

Kuçuradi, Ioanna. “Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar-Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 45-51.

Kuçuradi İoanna. “Açılış Konuşmaları”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 3-6. (Açılış)

Kuçuradi, İaonna. **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2007. (Sorunsal)

Küçük, Adnan. “İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 8, Sayı: 32, Güz 2003, s. 41-77.

Ladenson, Robert F. “Free Speech in the Workplace and the Public-Private Distinction”, **Law and Philosophy**, 1988-1989, Volume: 7, No: 3, pp. 247-261.

Lee, Cynthia K. Y. “Freedom of Speech in the Public Workplace: A Comment on the Public Concern Requirement”, **California Law Review**, Oct. 1988, Volume: 76, No: 5, pp. 1109-1146.

Lemmens, Trudo. “What about Your Genes?” Ethical, Legal, and Policy Dimensions of Genetics in the Workplace”, **Politics and the Life Sciences**, Mar. 1997, Volume: 16, No: 1, pp. 57-75.

LGBT Davaları-AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, **SPoD Hukuk ve Adalet Erişim Kitaplığı 1**, Türkiyeli LGBT’lerin Adalet Erişim Mekanizmalarının Güçlendirilmesi Projesi, İstanbul, 2012. http://www.fes-uerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf, (Erişim, 09.05.2015). (LGBT Davaları)

Lange, Yasha. “Sonuç-Standartları Belirleme”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2010, s. 49-60.

Lawson, Rick. “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Üç Eğilim”, **Liberal Düşünce**, Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001, s. 78-88.

Lindblom, Lars. “Dissolving the Moral Dilemma of Whistleblowing”, **Journal of Business Ethics**, December 2007, Volume: 76, No: 4, pp. 413-426.

Macovei, Monica. **İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No. 2, Birinci Baskı, Strasbourg, Eylül 2005.

Magnet, Joseph (Çev. Çağlar, Erkan). “Kanada’da Nefret Propagandası”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford,1994, s. 223-250.<http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/serbest-ifade.pdf>, (Erişim, 18.11.2014).

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 1-25.
<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> (Erişim, 23.04.2015).

Makas, Recep. “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, Cilt: XVI, Sayı: 4, s. 149-180.

Malay, Hasan. **Çağlar Boyu Kölelik (Eski Yunan ve Roma)**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1990.

Mantouvalou, Virginia. “Are Labour Rights Human Rights?”, **UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers**–LRI WP X/2012, pp. 1-27.
http://www.ucl.ac.uk/laws/lri/papers/VMantouvalou_Are_labour_rights_human_rights.pdf, (Erişim, 10.05.2015).

Marguénaud, Jean-Pierre (çev. Kurt, Gülden). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme’nin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar-Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2012,s. 221-227.

Marguénaud, Jean-Pierre. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini Yorum Yöntemleri”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 46-53. (Yorum)

Mcgonagle, Tarlach (Der. Lange, Yasha). “Özgür İfade ve Başkalarına Saygı”, **Birlikte Yaşama, Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2010, s. 1-20.

Mcgonagle, Tarlach (Der. Lange, Yasha). “Demokratik Topluma Katılım”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloga, Anlayışa, Hoşgörüye ve Demokratik Katılıma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2010, s. 35-48. (Katılım)

Mcgoldrick, Dominic and O'Donnell, Thérèse. “Hate-speech Laws: Consistency With National And International Human Rights Law”, **The Journal of the Society of Legal Scholar - Legal Studies**, December 1998, Volume: 18, Issue: 4, pp. 453-485.

Mercan, Nuray ve Altınay, Ayşenur ve Aksanyar, Yaşar. “Whistleblowing (Bilgi İfşası, İhbar) ve Yolsuzlukla Mücadelede İç Denetimin Değişen ve Gelişen Rolü”, **Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, 2012, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 167-176.

http://www.sosbilko.net/dergi_YBD/arsiv/2012_2/nuray_mercan3.pdf, (Erişim, 10.04.2015). (Mercan ve Diğerleri)

Metin, Yüksel. “Avrupa Birliği Temel Haklar şartı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 4, s. 36-63.

Metin, Yüksel. “İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlölükler”, **Uluslararası İlişkiler**, Güz 2010, Cilt: 7, Sayı: 27, s. 111-132. (Pozitif)

Mitrou, Lilian and Karyda, Maria. “Employee’s Privacy vs. Employers’ Security: Can they be balanced?”, **Telematics and Informatics**, Special Issue: Devoloping a Culturel of Privacy in the Global Village, Volume: 23, Issue: 3, pp. 164-178.

Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Astarlı, Muhittin. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu - 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş 5. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012.

Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş, **İş Hukuku**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu – 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu - 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu – 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu İşlenmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014. (Mollamahmutoğlu ve Diğerleri).

Mouly, Jean (Çev. Kurt, Gülden). “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara c/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde Avrupa Mahkemesi”, **Anayasal Sosyal Haklar-Avrupa Sosyal şartı, Karşılaştırılmal Hukuk ve Türkiye**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, şubat 2012, s. 221-227.

Murdoch, Jim (Çev. Cengiz, Serkan). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması”, **Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları**, 1. Baskı, Strasbourg, 2012.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I** (Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2012.

Odaman, Serkan. “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin: Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, **Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Ağustos-Kasım 2004, s. 81-93.

Odaman, Serkan. “İşçinin İşe Başvurusu Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, s. 1-13. <http://web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc>, (Erişim, 01.05.2015) (Yanıltma)

Oğurlu, Yücel. “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, **Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan**, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2011.

Oğuşgil, V. Atilla. “AB Temel Haklar Ajansı’nın İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesindeki Rolü ve Etkinliği”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, 2013, Cilt: 9, Sayı: 35, s. 57-84.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**, 2006, Cilt: 8, Sayı: 4, s. 41 vd.

Okur, Zeki. **İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme**, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2011. (Gözetleme)

Okur, Zeki. “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, **Kamu-İş**, Cilt: 8, 2/2005, s. 47-75. (İnternet)

Omay, Umut. **Sosyal Haklar – Kısa ve Eleştirel Bir Bakış**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan 2011.

Öberg, Jacob. **The Doctrine Of Horizontal Direct Effect In EC Law And The Case Of Angonese**, Stockholm University Faculty of Law Master thesis, 11 October 2007. <http://www.lindgren-packendorff.com/Jacob-Oberg-masterthesis.pdf>, (Erişim, 08.04.2015).

Ökçesiz, Hayrettin. “Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi**, 6. Kitap, İstanbul, 2003.

Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğü’nün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 609-650.

Örücü, Edip ve Yıldız, Harun. “İşyerinde Kişisel İnternet ve Teknoloji Kullanımı: Sanal Kaytarma”, **Ege Akademik Bakış**, 2014, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 99-114.

Özbey, Özcan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 26, Sayı: 106, Mayıs-Haziran 2013, s. 41-92.

Özdek, Yasemin. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, Birinci Baskı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, Mart 2003.

Özdemir, Erdem. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 20, 2006, s.141-159.

Özdemir, Erdem. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 11, 2006/4, s. 83-96. (Taciz)

Özdemir, Hayrunnisa. “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, s. 231-270. (H. Özdemir)

Özden, Barış Alp. “Emek Süreci ve Hukuk: Türkiye’de Çalışma Disiplinin Geliştirilmesinde İşyeri İç Yönetmeliklerinin Yeri”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 36, 2013/1, s. 293-310.

Özhan, Hacı Ali ve Özipek, Bekir Berat. **Yargıtay Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, Temmuz 2003.

Özkan, Işıl. **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014.

Özkan, Işıl. “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı Cilt: 3, Sayı: 8, s. 2127-2176. (Hukuk)

Özman, M. Aydoğan. “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 195-218.

Özsoy, Şule. “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Düşünceyi Açıklama Hakkı Örneği”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 499-523.

Palmer, Stephanie. “Human Rights: Implications for Labour Law”, **The Cambridge Law Journal**, Mar. 2000, Volume: 59, No: 1, pp. 168-200.

Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, **Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 365-380.

Pazarcı, Hüseyin. “Hüseyin Pazarcı’nın Konuşması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (AY md. 90/Son)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 5 Kasım 2004, s. 156-161. (Haklar)

Pearson, Megan. “Offensive Expression and The Workplace”, **Oxfords Journals - Industrial Law Journal**, 2014, Volume: 43, Issue: 4, pp. 429-450.

Pech, Laurent (Çev. Vural, Hasan Saim). “Soykırımı İnkâr Yasaları: Tarihi Suç Konusu Yapmaya Yönelik Yanlış Bir Girişim”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 159-170.

Politis, Nicolas (Çev. Lütem, İlhan). “Devletlerarası Nizamda Ferdin Mevkii”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1946, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 199-213.

Pornography, Equality And A Discrimination-Free Workplace: A Comparative, Perspective (Harvard Law Review Notes), **Harvard Law Review**, Mar. 1993, Volume: 106, No: 5, pp. 1075-1092.

Poroy, Mehmet Akif. “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük, İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2006, Cilt: 80, Sayı: 3, s. 1005-1111.

Raz, Joseph (Çev. Çağlar, Erkan). “Serbest İfade ve Kişisel Kimlik”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford, 1994.

<http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/serbest-ifade.pdf> (Erişim, 18.11.2014).

Redmond, Sophie (Çev. Altıparmak, Kerem). “İfade Özgürlüğü Hakkını Düzenleyen Uluslararası Standartlar Düzeni”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, 39-44.

Rehbinder, Manfred. (Çev. Teoman, Ömer). “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, s. 745-759.

Sabuncu, M. Yavuz. “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Sayı: 7-8, Ankara, 1986, s. 15-26.

Savaş, Fatma Burcu. “İş Hukukunda Siber Gözetim”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 22, 2009/3, s. 97-131.

Savcı, Bahri. **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1980.

Servais, Jean-Michel (Çev. Ünan, Samim). “Avrupa Sosyal Şartı ve ILO Normları: Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1998-1990, Cilt: 53, Sayı: 1-4, s. 285-299.

Sevimli, K. Ahmet. “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı: 36, 2013/1, s. 107-146.

Sevimli, K. Ahmet. “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, S. 24, 2010/1, s. 295-308. (Tazminat)

Skelley, B. Douglas. “Workplace Democracy And Od: Philosophical and Practical Connections”, **Public Administration Quarterly**, Summer 1989, Volume: 13, No: 2, pp. 176-195.

Soyer, M. Polat. **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir, Aralık 1986.

Soygüt Arslan, Mualla Buket. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mialhe/Fransa Kararı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 8, Sayı. 16, Güz 2009 s. 159-171.

Summer, L. W. (Çev. Çağlar, Erkan). “Nefret Propagandası ve Sözleşme Hakları”, **Serbest İfade-Hukuk ve Felsefe Denemeleri**, Oxford, 1994, s. 153-174. <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/serbest-ifade.pdf>, (Erişim, 18.11.2014).

Sunay, Reyhan. **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyeti ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

Sungurtekin Özkan, Meral. “Sosyal Devlet Bağlamında Adli Yardım Kurumu ve Hukuksal Koruma Sigortası”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 10-14 Ocak 2012**, Cilt: 3, Ankara, s. 172-187.

Sur, Melda. “Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri”, **Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yıllığı**, Ankara, 1997-1998, Cilt: 19-20, s. 65-91.

Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**, Tıpkı 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013. (Esas)

Surlu, Aydan Ömür. “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010, Sayı: 87, s. 150-194.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum**, S. 28, 2011/1, s. 9-17. (Disiplin)

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1995, Cilt: 44, Sayı: 1, s. 183-191. (Yönetmelik)

Süzek, Sarper. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 5-11. (Genel)

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 24-38. (Eşit)

Şahbaz, İbrahim. **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Şahin, Kemal. **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü-Gerekçeleri ve Sınırları**, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, Mart 2009.

Şahin, Kemal. “Kitle İletişim Hukukunda Editöryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, Sayı: 3, s. 267-293. (Kitle)

Şahlanan, Fevzi. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin**

Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, 08-09 Haziran 2007, s. 71-89.

Şen, Esat. “Kişisel Verilerin Kamu Otoritesine Verilmesi: Sağlıkta Fişleme”, **Yargı Dünyası**, Sayı: 205, 2013, s. 11-18. (E. Şen)

Şen, Murat. “İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 13.02.20012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Aralık 2012, s. 129-139.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008. (Veri)

Şimşek, Oğuz. “Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı-Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, **İzmir Barosu Dergisi**, Nisan 1998, Sayı: 2, s. 88-107. (Konut)

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 10. Maddesi; İfade Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1316-1324.

Tanju, Erhan. **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

Tanör, Bülent. **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 22. Baskı, Yapı Kredi Kültür Yayınları, İstanbul, Nisan 2012.

Tanör, Bülent. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, Yön Matbaası, İstanbul, 1994. (Sorun)

Tarhanlı, Turgut. “Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi” **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 665-689.

Tarhanlı, Turgut. “İnsan Haklarını Uluslararası Korumanın Başka Bir Yolu: Sivil Toplum Kuruluşları”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998, Sayı: 22, s. 1284-1289. (STK)

Taşdemir, Hakan. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Güz 2002, Cilt: 2, Sayı: 3, s. 85-100.

Taşkent, Savaş ve Kabakçı, Mahmut. “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 16, Aralık 2009, s. 21-46.

Taşkın, Ahmet. “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2011, Sayı: 30, s. 452-490.

Tezcan, Durmuş. **Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İhtihat**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, 2002.

Tezcan, Durmuş. “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Anayasa Yargısı**, 1991, Cilt: 8, s. 385-392. (Özel Hayat)

Tezcan, Durmuş ve Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz. **Avrupa İnsan Hakları Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004. (Tezcan ve Diğerleri)

Tokuzlu, Lami Bertan. “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, **İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme-**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2013, s. 333-354.

Tuncay, Can. “Anayasanın İş Hukuka İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 18, Haziran 2010, s. 151-158.

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.

Turan, Güngör. “1982 Anayasası’nın Sosyal İçeriği ve Avrupa Sosyal Hukukuna Uyumu”, **Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2010, Sayı: 55, s. 165-192.

Türmen, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 17, 2000, s. 32-40.

Uluslan, İlhan. **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.

Uslu, Cennet. “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Ekim 2013, Sayı: 38, s. 185-202.

Uşan, M. Fatih. **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2003.

Uygun, Oktay. **Kamu Hukuku İncelemeleri – İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti**, Egemenlik, 2. Baskı (1. Baskıdan Tıpkı Basım), XII Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2013.

Uygun, Oktay. “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 746-761. (İfade)

Ünal, Şeref. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2000, Cilt: 17, s. 63-85.

Ünlü, Vahap. “Çalışanların Mesai Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir mi?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 22, Haziran 2011, s. 209-219.

Weber, Anne (Çev. Çulhaoğlu, Metin). **Nefret Söylemi El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg, Eylül 2009.

Wellington, Harry H. “On Freedom of Expression”, **The Yale Law Journal**, Volume: 88, No: 6, May 1979, pp. 1105-1142.

Wildhaber, Luzius (Çev. Çelik, Burak). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber’in Yargı Yılı Açış Konuşması (AİHM Yargı Yılı Açış Konuşması), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 64, s. 27-38.

Wilkinson, Alison Berry. “Free Speech Rights of Public Employees- May A Public Entity Discharge Or Otherwise Discipline An Employee Based On His/Her Speech?”, s. 1-4. <http://www.mef101.org/Resources/Free%20Speech%20Article.pdf> (Erişim, 18.11.2014).

Wolfe, Christopher, “The Limits of Free Speech”, **The Review of Politics**, Winter 1986, Volume: 48, No: 1, pp. 139-141.

Wragg, Paul. “Free Speech Rights at Work: Resolving the Differences between Practice and Liberal Principle”, **Industrial Law Journal**, Volume: 44, No: 1, March 2015, pp. 1-25.

Yalçın Sancar, Türkan. “Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde”, **İfade Özgürlüğü - İlkeler ve Türkiye**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 115-141.

Yazıcı, Serap. “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Devletin Değişen İçeriği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, Cilt: 54, Sayı: 4, s. 77-118.

Yıldırım, Gülşen. “Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2004, s. 385-426.

Yıldız, Gaye Burcu. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi**, 2-4 Nisan 2010, s. 287-381.

Yıldız, Gaye Mollamahmutoğlu ve Astarlı. “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Prof. Dr. M. Polat Soayer’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, s. 681-707. (Orantılılık)

Yiğit, Yusuf. “İşverenin Çalışanlara İş Koşulları Hakkında Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum**, S. 23, 2009/4, s. 79-114.

Yokuş, Sevtap. “Hak ve Özgürlüklere İlişkin Anayasal Hükümlerin Danıştay’ca Doğrudan Uygulanması”, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Yılı**, 1997-1998, Cilt: 19-20, s. 197-213.

Yokuş, Sevtap. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. (Kötüye Kullanım)

Yuvalı, Ertuğrul. **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2012.

Yüksel, Mehmet. “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2002, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 177-196.

Yüksel, Mehmet. “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt: 58, Sayı: 1, s. 182-213. (Mahremiyet)

Yüksel, Mehmet. “Mahremiyet Hakkına ve Bireysel Özgürlüklere Felsefi Yaklaşımlar” , **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2009, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 275-298. (Yaklaşım)

Yürekli, Sabahattin. “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2014, Cilt: LXXII, Sayı: 2, s. 541-580.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Necmi Yüzbaşıoğlu’nun Konuşması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (AY md. 90/Son)**, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 5 Kasım 2004, s. 83-91.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 782-818. (Anayasa)

Zankova, Bissera (Der. Lange, Yasha). “Diyalog, Anlayış ve Sosyal Uyum”, **Birlikte Yaşama-Sosyal Uyuma, Kültürlerarası Diyaloğa, Anlayışa, Hoşgörüyeye ve**

Demokratik Katılma Medyanın Katkısına İlişkin Avrupa Konseyi Standartları Hakkında El Kitabı, Avrupa Konseyi, Strasbourg, 2010, s. 21-33.

Zorlu, Mıhrıcan ve Çalım, Selda İldan. “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, **Çalışma ve Toplum**, s. 35, 2012/4, s. 165-187.

- <http://hudoc.echr.coe.int/>
- <http://aihm.anadolu.edu.tr/>
- <http://www.anayasa.gov.tr/>
- <http://www.danistay.gov.tr/>
- <http://www.yargitay.gov.tr/>
- **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası** (Kazancı)
- **Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı** (Sinerji Mevzuat)