

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN
ÖZEL YAŞAMININ GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Yiğitcan Çankaya

Ankara, 2019

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN
ÖZEL YAŞAMININ GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Yiğitcan Çankaya

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Sarper Süzek

Ankara, 2019

KABUL VE ONAY

Yiğitcan Çankaya tarafından hazırlanan “İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği” başlıklı bu çalışma, 28.06.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku) Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Sarper Süzek (Danışman)

Prof. Dr. Süleyman Başterzi (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet İstemi (Üye)

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesi'ne uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

01.07.2019

Yiğitcan Çankaya

ÖZ

Özel yaşamın gizliliği, ortaya çıktığı ilk tarihten itibaren gelişen ve evrilen bir kavramdır. Öğreti ve yargı kararları tarafından bu kavramı açıklamaya ve sınırlarını belirlemeye yönelik birçok teori ortaya konulmuştur. Bu teoriler birbiri ile ilişkilidir ve birçok noktada kesişir.

Özel yaşamın gizliliğine bir insan hakkı özelliğini veren ise uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda düzenlenme biçimidir. Özel yaşamın gizliliği hakkı birçok uluslararası sözleşmede yerini almış olmanın yanı sıra, Türk hukukunda da Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin çeşitli hükümlerinde kurala bağlanmıştır. Bu hak, kural olarak hayatta olan gerçek kişilere aittir. Ad ve soyad, görüntü ve ses, cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel ilişkiler, aile yaşamı, onur ve saygınlık, kürtaj ve üremeye ilişkin haklar, etnik kimlik, konut, haberleşme ve kişisel veriler bu hakkın kapsamına girer.

İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı, işverenin işçinin kişiliğini koruma ve gözetme borcuna dayanan bir haktır. Bu hakkın iş ilişkisinin kurulmasında aday işçiye sorular sorulması, biyolojik veya psikolojik testler uygulanması, aday işçi hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanması yollarıyla ihlali mümkündür. İş ilişkisinin devamında ise işçinin işyerinde izlenmesi, üstünün ve eşyasının aranması, yaşam tarzı ve davranışlarına müdahale edilmesi, cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına müdahale edilmesi ve ulaşılabilir olmama hakkının ihlal edilmesi, bu hakkın ihlaline vücut verir. İş ilişkisinin sona erdirilmesi de bir başka ihlal biçimidir.

İş ilişkisinin kurulması esnasındaki ihlal, *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında değerlendirilir. İhlalin iş ilişkisinin devamında gerçekleşmesi hâlinde ise, kişilik haklarına saldırının hüküm ve sonuçları, işçi lehine haklı nedenle fesih, işverenin geçersiz veya haksız feshi ya da fesih hakkını kötüye kullanmasının hüküm ve sonuçları doğar.

Anahtar sözcükler: işçinin özel yaşamının gizliliği, işçinin kişiliğinin korunması, işyerinde izleme ve gözetleme, işçilere test uygulama.

ABSTRACT

Privacy, as a concept, is ever-evolving and expanding since it started to take part in scholarly works. Many scholars and the relevant case law have tried to conceptualize and demarcate privacy. However, each and everyone of these theories generally overlap and correlate with each other.

The ground that privacy finds itself as a human right is based on being regulated in international human rights human rights conventions or charters and constitutions. Right to privacy also takes place in Turkish law, mainly in the constitution, codes, bylaws and decrees. In principle, natural living persons are entitled to right to privacy. Name and last name, image and sound, sexual identity, sexual orientation, sexual relationships, family relations, personal dignity and reputation, reproductive and abortion rights, ethnical identity, correspondences, domicile and residence and personal data are all in the scope of right to privacy.

Employee's right to privacy is based on employer's contractual obligation to protect the employee's personhood. This right can be breached by the employer, in the conclusion of the employment contract, by the disclosure of information, application of biological or psychological tests and gathering information from a third-party. Similarly, surveillance and monitoring in the workplace, search and seizures, intervention to employee's life style and behaviors, sexual identity, sexual orientation and sexual life or the breach of employee's right to disconnect constitutes a breach of employee's right to privacy, as well as terminating the contract.

Breaches in the conclusion of the employment contract, is to be resolved under the liability of *culpa in contrahendo*. Concerning the breaches in the employment relation, the legal consequences of the breach of personhood, employee's rightful termination of the employment contract or employer's unjust, invalid or misused termination of the contract are to be applied.

Keywords: employee's right to privacy, protection of employee's personhood, workplace surveillance, employee testing and monitoring.

TEŞEKKÜR

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki lisans öğrenimimden başlayarak İnsan Hakları, Borçlar Hukuku ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku disiplinine bağlılık ve merak duymamı sağlayan, Fakültemize araştırma görevlisi olarak kabul edilmemden bu yana bana her zaman yol gösteren, bana inanan ve emek veren, samimi desteğini ve sevgisini her zaman arkamda hissettiğim, bana ideal bir akademisyen ve hukukçu olmayı sözleri ve en önemlisi de davranışlarıyla kalıcı bir biçimde öğreten ve hatırlatan, akademik çalışma alanlarım konusunda beni her zaman yüreklendiren saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Sarper Süzek'e, her ne kadar bu teşekkür yazısı emeklerinin hakkını vermekte yetersiz kalacaksa da, içtenlikle teşekkür ederim.

Ayrıca, bu çalışmanın ortaya çıkmasında bana yardımcı olan, tavsiyeler veren, aklıma takılan her sorunu danışabildiğim, çalışmamı zenginleştirmek için çaba sarf eden, özverili davranışlarıyla bana sürekli desteklerini sunan sayın hocalarım Prof. Dr. Süleyman Başterzi'ye, Dr. Öğr. Üyesi Aslı Şimşek'e, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet İstemi'ye, Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Sever'e, Öğr. Gör. Dr. Abbas Kılıç'a ve tez yoldaşım Öğr. Gör. Dr. Damla Songur'a da minnetlerimi sunmam gerekir.

Son olarak, yüksek lisans öğrenimim boyunca beni sürekli motive eden, kendimden şüphe ettiğim zamanlarda kararlılığımı korumamı sağlayan, beni yapabileceklerime inandıran, manevi desteklerini her zaman somut olarak gördüğüm çok sevgili ailem ve arkadaşlarıma, emekleri için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	ii
TEŞEKKÜR	iii
İÇİNDEKİLER	v
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKI

1. ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI	5
1.1. Özel Yaşamın Gizliliği Kavramının Ortaya Çıkışı ve Uğradığı Değişim	5
1.1.1. Özel yaşamın gizliliği kavramının ortaya çıkışı	5
1.1.2. Özel yaşamın gizliliği kavramının uğradığı değişim	11
1.2. Özel Yaşamın Gizliliğini Kavramlaştırma Güçlüğü	19
1.2.1. Özel yaşamın gizliliğinin kavramlaştırılması ve tanımlanması bakımından ileri sürülmüş olan teoriler	19
1.2.1.1. Yalnız bırakılma hakkı, dış müdahalelerden uzak olma hakkı ve en az müdahale talebi	21
1.2.1.2. Mahremiyet ve manevi varlığın korunması	25
1.2.1.3. Birey özerkliği ve sınırlı erişim	29
1.2.1.4. Kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti	31
1.2.1.5. Üç alan teorisi	35
1.2.2. Bu teorilerin değerlendirilmesi	39

2. BİR HAK OLARAK ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ	41
2.1. Genel Olarak Özel Yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin	
Düzenlemeler	44
2.1.1. Özel yaşamın gizliliğine ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri	44
2.1.1.1. Birleşmiş Milletler Belgeleri	45
2.1.1.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	46
2.1.1.1.2. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	49
2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	52
2.1.1.3. ILO Sözleşmeleri, Tavsiye Kararları ve Uygulama Kodları	57
2.1.1.4. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü	65
2.1.2. Özel yaşamın gizliliğine ilişkin Türk hukuku düzenlemeleri	68
2.1.2.1. Anayasa	68
2.1.2.2. Türk Medeni Kanunu	73
2.1.2.3. Borçlar Kanunu	76
2.1.2.4. İş Kanunu	79
2.1.2.5. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu	82
2.1.2.6. Türk Ceza Kanunu	84
2.1.2.7. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu	85
2.1.2.8. İnternet Kanunu	87
2.2. Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının Kapsamı	91
2.2.1. Özel yaşamın gizliliği hakkının öznesi ve zamansal sınırları	92
2.2.2. Özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren durum ve olgular	93
2.2.2.1. Ad ve soyad	93
2.2.2.2. Görüntü ve ses	97
2.2.2.3. Cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel ilişkiler	101
2.2.2.4. Aile yaşamı	107
2.2.2.5. Onur ve saygınlık	109
2.2.2.6. Kürtaj ve üremeye ilişkin haklar	113

2.2.2.7. Etnik kimlik	116
2.2.2.8. Konut	117
2.2.2.9. Haberleşme	122
2.2.2.10. Kişisel veriler	126

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKININ İHLALI VE BUNA BAĞLANAN HÜKÜM VE SONUÇLAR

1. İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA	135
1.1. Aday İşçiye Soru Sorulması	138
1.1.1 İşçinin kimliği ve kişiliğine ilişkin sorular	140
1.1.2. İşçinin eğitimi ve mesleki deneyimine ilişkin sorular	145
1.1.3. İşçinin gündelik yaşamına ilişkin sorular	148
1.1.4. İşçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular	149
1.1.5. İşçinin eski mahkumiyet veya tutukluluğuna ilişkin sorular	150
1.1.6 İşçinin sendika, dernek veya siyasi parti üyeliği ya da dinî, felsefî veya politik görüşlerine ilişkin sorular	152
1.1.7. İşçinin hamileliğine ilişkin sorular	154
1.1.8. İşçinin sağlık durumuna ilişkin sorular	157
1.2. İşçiye Biyolojik veya Psikolojik Testler Uygulanması	162
1.2.1. Alkol ve uyuşturucu testleri	163
1.2.2. Sağlık ve HIV testleri	169
1.2.3. Kişilik ve dürüstlük testleri	175
1.2.4. Genetik testler	178
1.3. Aday İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Toplanması	182
1.3.1. Eski işverenden bilgi edinilmesi	183
1.3.2. İşçinin verdiği referanslardan bilgi edinilmesi	184

1.4. İş İlişkisinin Kurulmasında İşçinin Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının İhlaline Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar	186
1.4.1. <i>Culpa in contrahendo</i> sorumluluğu	186
1.4.2. Ayrımcılık tazminatı	190
 2. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMINDA	196
2.1. İşçinin Üstünün ve Eşyasının Aranması ile Giriş ve Çıkışlarının Denetlenmesi	208
2.2. İşçinin Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale Edilmesi	213
2.2.1. İşyerindeki yaşam tarzı ve davranışlara müdahale edilmesi	213
2.2.1.1. İşçinin kıyafeti ve görünümüne müdahale edilmesi	214
2.2.1.2. İşçinin sigara içmesine müdahale edilmesi	220
2.2.2. İşyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlara müdahale edilmesi	222
2.3. İşçinin Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelimi ve Cinsel Yaşamına Müdahale Edilmesi	226
2.4. İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkının İhlali	230
2.5. İş İlişkisinin Devamında İşçinin Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının İhlaline Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar	233
2.6.1. İşçinin kişilik hakkının korunması	233
2.6.1.1. Kusur ve zarar şartını gerektirmeyen davalar	234
2.6.1.2. Kusur ve zarar şartını gerektiren davalar	236
2.6.2. Sözleşmenin veya sözleşmenin ilgili hükümlerinin geçersizliği	240
2.6.3. İşçinin fesih hakkının doğması	243
2.6.4. İdari yaptırımlar	246
2.6.5. Cezai yaptırımlar	249
SONUÇ	251
KAYNAKÇA	255

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

&	: ve
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AG	: Aktiengesellschaft
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AI	: Artificial Intelligence
AIDS	: Acquired Immunodeficiency Syndrome
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ass'n	: Association
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BDSM	: Bondage, Domination, Sadism, Masochism
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
Cal.	: California
CBA	: Collective Bargaining Agreement
CD	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CGK	: Ceza Genel Kurulu

CJEU	: Court of Justice of the European Union
Co.	: Cooperation
Ct. App.	: Court of Appeal
çev.	: çeviren
DNA	: Deoksiribo Nükleik Asit
Doc.	: Document
Dr.	: Doktor
ed.	: editör
<i>EHK</i>	: Engelliler Hakkında Kanun
EU	: European Union
FISA	: Foreign Intelligence Act
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GDPR	: General Data Protection Regulation
GPS	: Global Positioning System
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HIV	: Human Immunodeficiency Virus
ILO	: International Labour Organization
Ins.	: Insurance
Iss.	: Issue
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İK	: İş Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KMÜ	: Karamanoğlu Mehmet Bey Üniversitesi
KSHS	: Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
LGBTİ+	: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks ve diğer
Ltd.	: Limited Liability
MBTI	: Myers–Briggs Type Indicator
md.	: madde
Mich.	: Michigan
MMPI	: Minnesota Multiphasic Personality Inventory
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
N.Y.	: New York
No.	: Number
NSA	: National Security Agency
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development
para.	: paragraf
s.	: sayfa
S.	: Sayı
S.E.T.	: Son Erişim Tarihi
sec.	: section
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
U.S.	: United States
UN	: United Nations
URL	: Uniform Resource Locator

v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WHO	: World Health Organization
wi-fi	: wireless fidelity
yy	: yüzyıl

GİRİŞ

Özel yaşamın gizliliği kavramı, genellikle mahremiyet kavramı ile bir arada veya eş anlamlı kullanılan, çok katmanlı ve kapsamlı bir kavramdır. Bu kavramı ekonomik, sosyal, teknolojik, siyasi ve hukuki düzlemlerde anlamlandırmak mümkündür. Ancak ilk olarak özel yaşamın gizliliğinin neden korunmaya değer (veya muhtaç) olduğu açıklanmadan, bu kavramın önemi ortaya konulamaz.

Siyasi ve sosyolojik düzlemlerde özel yaşamın gizliliği, demokratik bir toplumda yaşayan bireylerin kendilerini özgürce ortaya koyabilmelerini sağlayan en temel haklardandır.¹ Öyle ki, totaliterleşme eğiliminde olan tüm rejimlerin ilk olarak bireylerin kendilerine özgü, toplumdan ve devletten uzak, özerk alanlarını yok ettiğini fark etmek güç değildir.² Özellikle Stalin ve Mussolini ekstrem totalitarizmlerinde devletin bireylerin özel yaşamlarını ortadan kaldıracak oranda denetleme ve gözetleme yöntemlerini kullanması, bu tür yöntemlerin muhalif görüşlerin hiçbir şekilde ortaya çıkamamasına sebep oluşu, özel yaşamın gizliliğinin devletin demokratik düzenini güvence altına almak bakımından önemini ortaya koymaktadır.³

Buna göre özel yaşamın gizliliği, insan onurunu ve birey özerkliğini odağına alan, bireyin özgür bir toplumda maddi ve manevi varlığını geliştirmesini ve korumasını sağlayan, diğer haklarından yararlanmasına imkan tanıyan bir rol üstlenmektedir. Bu nedenle de korunmaya değer (veya muhtaç) olduğu şüphesizdir.

Bununla birlikte, bu kavramın tanımı ve sınırları üzerinde öğretide hâla bir uzlaşıya varılamamıştır. Bunun temel nedeni ise özel yaşamın ekonomik, sosyal ve özellikle de teknolojik gelişmelerden ayrı düşünülememesidir. Tüm bu gelişmeler,

¹ Rubenfeld, Jed, "The Right of Privacy", Harvard Law Review, Vol. 102, No. 4, February 1989, s. 804, 805.

² Moore, Adam D., "Employee Monitoring and Computer Technology: Evaluative Surveillance v. Privacy", Business Ethics Quarterly, Vol. 10, No. 3, July 2000, s. 699; Bruyer, Richard A., "Privacy: A Review and Critique of the Literature", Alberta Law Review, Vol. 43, No. 3, 2006, s. 554.

³ Los, Maria, "Looking into the Future: Surveillance, Globalisation and the Totalitarian Future", Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond, ed. David Lyon, Portland, 2006, s. 69-94; Moore, Evaluative Surveillance, s. 699.

bireylerin yaşamlarının diğer bireyler, büyük şirketler, toplum ve nihayetinde devlet karşısında kırılganlığını artırmıştır. Bahsi geçen tüm bu öznelerin müdahale kapasiteleri öylesine artmıştır ki, bireyin özel yaşamı artık teknolojik bir kuşatılmışlık altındadır. Büyük Veri, sosyal medya, bulut teknolojileri, transnasyonal veri ağları gibi gelişmeler tüm yaşam görünümelerini diğer bireylerin, büyük şirketlerin, toplumun ve devletin erişebileceği bir konuma getirmiş, özel yaşamın gizliliğine ilişkin ciddi bir tehdit oluşturmuştur.

Gerçekten de, günümüzde bireylerin ad, soyad, görüntü ses, sağlık kaydı, cinsel yönelim, aile yaşantısı, adres, sağlık, genetik, etnik kimlik ve benzeri birçok bilgisinin büyük şirketler tarafından pazarlama ve satış kapasitesinin artırılması gibi amaçlarla; devlet tarafından ise izleme ve gözetleme, terörle mücadele gibi motivasyonlarla kullanılması söz konusudur. Tehlikeyi yaratan ise bireylerin kendilerine dair bilgilerin nerede, ne zaman, kim tarafından elde edildiğini veya hangi amaçlarla ve nasıl kullanıldığını bilme olanağının olmamasıdır.⁴ Artık bireyin özel yaşamının gizliliğine dair unsurlar üzerindeki hakimiyeti oldukça zayıflamış, kaybolmanın eşiğine gelmiştir.

Çalışmanın amacı bakımından önem arz eden husus ise, bireylerin özel yaşamlarına yönelik bu tehlikelerin iş ilişkilerine de yansımaya başlamasıdır. Özellikle büyük şirketler, teknoloji, gözetim ve denetimi işyerlerine taşımaya başlamıştır. Emek ve verimliliğin ödüllendirilmesi; hırsızlık, başarısızlık ve tembelliğin ise cezalandırılması gibi motivasyonlarla⁵ işçilerin işyeri içindeki ve dışındaki yaşamlarına yönelik müdahalelerin artmaya başlaması, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına yönelik çalışmaları da gerekli kılmıştır. Zira iş ilişkisinde işçi, ekonomik ve sosyal olarak ondan daha güçlü olan işveren karşısında zayıf taraf konumunda, çalışma koşulları ve sahip olduğu güvenceler

⁴ Solove, Daniel J., The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age, New York University Press, New York, 2004, s. 3, 4.

⁵ Moore, Evaluative Privacy, s. 697.

bakımından dezavantajlı durumdadır.⁶ Bu durumda işverenler işe alım sürecinden başlayarak iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan unsurlara çeşitli yöntemlerle müdahale etmekte, işçilerin haklarının ihlal edilmesine sebep olabilmektedir.

Her ne kadar özel yaşamın gizliliğini sadece mekansal olarak açıklamak mümkün değilse de; işyeri “kamusal/özel” alan ayrımında eviçi olmadığı için kamusal; ticari veya işletmesel olduğu için ise özel olarak nitelendirilmektedir.⁷ İşverenin “özel” menfaatleri, bir mekan olarak işyerine de özel bir nitelik kazandırmakta, bu durum işyerini bireylerin özel yaşamlarının bir parçası hâline getirmektedir. Bu bağlamda, işçinin iş ilişkisindeki bağımlılığı, işverenin yönetim hakkı ve işçinin iş görme ve itaat borçları bu tür müdahalelerin hukuki dayanağını oluşturmakta; işverenin işçinin kişiliğini koruma ve eşit işlem yapma borcu ise genel sınırlarını çizmektedir.⁸

Bu çalışmanın amacı, işçinin işveren ile olan hukuki ilişkisi çerçevesinde özel yaşamın gizliliği hakkının ne ifade ettiğini, işverenin bu hakka ne gibi yöntemlerle müdahale ettiğini ve her bir müdahale biçiminin kendine özgü sınırlarını ortaya koymak; bu sınırların aşılması ve dolayısıyla işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edilmesi hâlinde doğacak hüküm ve sonuçları incelemektir.

Bu bağlamda Birinci Bölüm’de özel yaşamın gizliliğinin bir kavram olarak ne ifade ettiği tartışılacak; bu kavramın ortaya çıkışı ile ekonomik, sosyal, siyasi ve teknolojik gelişmelerin sebep olduğu değişimin üzerinde durulacaktır. Daha sonra özellikle ABD ve Kıta Avrupası öğretisinde özel yaşamın gizliliğini

⁶ Richardson, Janice, *Law and the Philosophy of Privacy*, Routledge, Londra, 2016, s. 87, 88; Avrupa Birliği ülkeleri de bu durumun farkında olarak bir Direktif ile işçilerin çalışma koşulları ve hakları bakımından belli güvencelere kavuşturulması gerekliliğini ortaya koymuştur. Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

⁷ Richardson, s. 87.

⁸ Bu konuda bkz. Süzek, Sarper, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutsal’a Armağan, Ankara 1998, s. 225-232; Süzek, Sarper, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Ankara 2010, s. 829-848.

kavramlaştırmaya yönelik teoriler incelenecek, karşılaştırmalı bir analiz ile bir değerlendirmeye varılacaktır.

Özel yaşamın gizliliği bir kavram olarak ortaya konulduktan sonra, bir hak olarak ne ifade ettiği incelenecektir. Bunun için ilk olarak bu hakkın yer aldığı ve Türk hukukunda uygulama alanı bulan uluslararası hukuk düzenlemelerinin üzerinde durulacak, daha sonra ise Türk hukukunda bu hakkın doğrudan veya dolaylı olarak kurala bağlandığı düzenlemeler açıklığa kavuşturulacaktır. Özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin pozitif hukuk ortaya konulduktan sonra ise, bu hakkın öznesi ve zamansal sınırları ile kapsamı açıklanacak; AİHM, ABAD, AYM, Yargıtay ve Danıştay kararları ile öğretide yer alan görüşler ışığında özel yaşamın gizliliği hakkının koruma alanı incelenmiş olacaktır.

İkinci Bölüm’de ise iş ilişkisinin kurulması ve devamı bakımından işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik gündeme gelebilecek müdahaleler ile bu müdahalelerin kendine özgü sınırları üzerinde durulacaktır. İlgili konuya bağlı olarak Fransa, Almanya, Belçika, Kanada ve ABD hukuku ile karşılaştırmalı bir inceleme yapılacaktır; bu ülke mahkemelerinin, AİHM’in ve Yargıtayın vermiş olduğu kararlardan yararlanılacaktır.

Sonuç olarak iş ilişkisinin bahsi geçen aşamaları bakımından işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar açıklanacak, uygulanacak özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku yaptırımlar öğreti ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKI

1. ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI

1.1. Özel Yaşamın Gizliliği Kavramının Ortaya Çıkışı ve Uğradığı Değişim

1.1.1. Özel yaşamın gizliliği kavramının ortaya çıkışı

İnsan, bir *zoon politikon* (sosyal hayvan) olarak yaşayışını toplum içinde sürdüren⁹, toplumla var olan ve aynı zamanda topluma karşı yaşayan bir varlıktır. Bu nedenle özel yaşam, her şeyden önce, bireyin kendisini dilediği biçimde ortaya koyma ve varoluş özerkliğini elinde tutmasını sağlar, onu içerisinde yaşadığı topluluk veya topluma karşı tek başına var olabilir kılar, maruz kalabileceği dış etkilerden uzak tutar ve ona toplumsal baskılara karşı kendisini izole etme ve direnme olanağı verir. Her ne kadar ileride özel yaşamın gizliliğinin bir hak mı yoksa bir özgürlük mü olduğu tartışılacak olsa da, özel yaşamın gizliliği de her özgürlük gibi bireyin dilediği gibi yaşama ve davranma özleminden kaynaklanır.¹⁰

Bu bağlamda özel yaşamın, bireyliğin özüne ilişkin felsefi, sosyolojik ve siyasi boyutlarının olduğunu ifade etmek gerekir.¹¹

Özel yaşamın gizliliğinin doğrudan ilişkili olduğu birey özerkliği, insan haklarının ortaya çıkmasına elverişli bir platform hazırlayan liberalizmin merkezine aldığı en temel kavramlardan biri olarak¹², kişiye devletin ve toplumun baskısından

⁹ İnsanın sosyal bir hayvan olmasının nedenleri, davranış bilimsel ve antropolojik bir değerlendirme için bkz. Gintis, Herbert/ an Schaik, Carel/ Boehm, Christopher, “Zoon Politikon: The Evolutionary Origins of Human Political Systems”, *Current Anthropology*, Vol. 56, No. 3, June 2015, s. 327-353.

¹⁰ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, İstanbul, Nisan 1998, s. 167. Bununla birlikte kabul edilmesi gerekir ki, özel yaşamın gizliliği hukuki düzleme yansıyış biçimi ile mutlaka bir insan hakkıdır.

¹¹ Nitekim tüm kamu hak ve özgürlüklerinin kavramsal olarak siyasi, toplumsal ve ekonomik yanlarının bulunduğu belirtmek gerekir; zira liberal özgürlük anlayışından sosyalist özgürlük anlayışına bu şekilde geçilmiştir. Akın, F. İlhan, *Kamu Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974, s. 262.

¹² Birey özerkliğinin bir görünüm biçimi olarak irade serbestisinin de Kıta Avrupası ve Türk hukukunca temel alındığı, hukuken korunmaya değer görülen değerlerden biri olduğu ve tüm hukuki düzenlemelerde yerini bulduğu göz önünde bulundurulacak olursa özel yaşamın gizliliğinin tüm hukuk sistemine yaygın bir teoriden kaynağını aldığı daha iyi kavranabilir. Peari, Sagi, “The Choice Based Perspective of Choice-of-Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 23, Iss. 477, 2013, s. 483; Çekin, Mesut Serdar, “6689 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 2, 2016, s. 630.

uzak, kendisini maddi ve manevi olarak en iyi biçimde ifade etmesini sağlayacak bir sfer yaratır.¹³ Buna göre, özel yaşamın gizliliği tam da bu sferin oluşmasını sağlayan, onu inşa eden temel unsuru meydana getirir, demokratik bir toplumun gerektirdiği üzere, kişiye toplumdan ve devletten uzak, özerk bir alan yaratarak onun diğer özgürlüklerini kullanabilmesine de işlevsel olarak katkı sağlamış olur.¹⁴ Kaldı ki, bir hukuk devleti, sahip olduğu kıyaslanamaz ölçüde geniş egemenlik araçlarını bireye karşı kullanmak konusunda kendisini sınırlamadığı müddetçe birey ve devlet arasındaki hiyerarşik denge de kurulamamış olacaktır.¹⁵ John Stuart Mill’in de ifade ettiği gibi, özgürlük ile egemenlik arasındaki denge ve siyasi egemenliğin meşruiyeti, ancak belli alanlarda tam dokunulmazlık tanınması ile sağlanabilir.¹⁶ Dolayısıyla, özel yaşamın gizliliğinin ilk olarak siyasi ve sosyolojik bir katmanı bulunur.¹⁷

Kişi (*person*) sözcüğünün etimolojik kökeni incelenecek olursa da, bireyin var oluşundaki özün onun özel yaşamından bağımsız düşünölemeyeceği daha iyi ortaya konulmuş olur. Etrüskler’in kullandığı ve maske anlamına gelen “*prosopon*” sözcüğü, Eski Roma tiyatrosunda kullanılan maskeleri de ifade etmek için kullanılmış ve Latince “*persona*” sözcüğüne evrilmiştir.¹⁸ Daha sonra Latin kökenli dillerde de aynı şekilde varlığını sürdüren “*person*” sözcüğünün kökeninin maskeye dayanması, esasen kişiliğin özel yaşamla olan bağlantısının kavranabilmesi için

¹³ İmre, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İÜHFM, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, C. XXXIX, S. 1-4, 1974, s. 150; Özbudun, Ergun, “Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. 1, Ankara 1977, s. 266.

¹⁴ Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s. 53-95.

¹⁵ Erdemli, Mahmut/ Onur, Tolga, “Türkiyede Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2014, s. 27.

¹⁶ Mill, John Stuart, On Liberty, ed. Currin V. Shields, New York Macmillan, 1956 (1859); Nelson, Lisa, “Privacy and Technology: Reconsidering a Crucial Public Policy Debate in the Post-September 11 Era”, Public Administration Review, Vol. 64, No. 3, 2004, s. 260’tan naklen.

¹⁷ Tam da bu nedenle özel yaşamın gizliliği anayasal bir haktır. Anayasalar bir devletin demokratikliğini ortaya koyan belgelerdir ve özel yaşamın gizliliği, bunu tesis eden, totaliterleşmeyi engelleyen, özeli olduğu kadar kamusalı da koruyan bir haktır. Rubinfeld, s. 804, 805.

¹⁸ Lemmens, Koen, “The Protection Of Privacy Between a Rights-Based and a Freedom-Based Approach: What the Swiss Example Can Teach Us”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 10, No. 4, December 2003, s. 607; Kişiliğin kavramsal olarak ortaya çıkışına ilişkin olarak bkz. Gürkan, Ülker, “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s. 39-54.

anlamalı bir metafor sunar. Bireyin sahip olduğu kişilik, bu maskenin hukuki olarak tanınmış şeklini ifade eder ve “dışarı” kişiyi ancak maskesinde açtığı deliklerin izin verdiği kadar görebilir. Elbette kişinin bu maskenin içeriği ne kadar göstereceği konusunda mutlak bir otoriteye sahip olduğunu kabul etmek mümkün değildir; zira, hukuk ve kültür gibi birçok toplumsal olgu kişinin özel yaşamının ne ölçüde özel kalacağının belirlenmesinde rol oynar.¹⁹ Her halükarda kişilik, bireyi hem dışarıdan gelecek müdahalelere karşı korur, hem de kendisini geliştirmesine olanak tanır. Bu durum da özel yaşamın gizliliğinin yalnızca bir savunma aracı olmadığını, aynı zamanda başkalarına karşı ileri sürülebilecek bir hak olduğunu gösterir.²⁰

Öte yandan, birey özerkliğinin insan yaşayışı ve insanın kendi benliğini oluşturmak için oynadığı rol, doğrudan insanın kendi var oluş biçimine ilişkindir. Mahremiyet duygusu, bireyi her şeyden bağımsız, tikel bir var oluşa sahip kılar. İnsan, benliğinin bilincine ancak sahip olduğu bu bağımsız ve tikel var oluşla varabilir. Bununla birlikte, insanın bu var oluş biçimi, içinde bulunduğu bağlamdan bağımsız düşünülmemeyeceğinden, beraberinde mahremiyetle zıtlık teşkil edecek bir başka kavramı getirir: aleniyet. Kişi, *per se* (kendiliğinden) sahip olduğu mahremiyet değerini, onun zıttını teşkil eden aleniyete karşı kullanmak konusunda bir özgürlüğe sahiptir. Nitekim, kişi bu özgürlüğü olmaksızın, “kendi eyleminin tek belirleyicisi olma” niteliğinden yoksundur, bu şekilde var olamaz.²¹ Dolayısıyla, özel yaşamın gizliliğinin bir de felsefi bir katmanı vardır.

Özel yaşamın gizliliğinin bahsi geçen katmanları, bu kavramın şekillenmesine, ortaya çıkmasına ve daha sonra değişmesine platform hazırlamıştır. Çünkü bu kavram, özünden gelen dinamik yapısı nedeniyle sürekli bir değişim ve

¹⁹ Örneğin 16. yy’da İngiltere’de yaşanan Elizabeth Devri’nde Kraliyet Sarayı’nın köşesine dışkı yapmak ve bunun sokaktan geçenler tarafından görülmesi, kişiye yöneltilebilecek bir özel yaşamın gizliliği ihlali olarak görülmezdi. Hughes, R.L. David, “Two Concepts of Privacy”, Computer Law and Security Review, S. 31, 2015, s. 536. Benzer şekilde, Eski Roma ve Yunan medeniyetlerinde de, dışarıdan gelen egemenlik tehditleri sebebiyle kişilerin güvenlik ihtiyacı ve ayrışması, güvenli evlerde yaşamaya başlamasına kadar, özel yaşamın gizliliğinden bahsetmek pek mümkün değildi. Korkmaz, Ali, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 16 (Özel Sayı I), 2014, s. 100.

²⁰ Lemmens, s. 607. Özel yaşamın gizliliğinin bir hak olarak edilgen ve etken yapısına ilişkin olarak bkz. Meulders-Klein, M. T., La vie privée, vie familiale et droits de l’homme, R.I.D.C., 1992, s. 771.

²¹ Erdemli/ Onur, s. 26, 27.

evrimin ürünüdür. Nitekim insan hakları, ortaya çıkış süreci ile devletin ya da siyasi otoritenin sınırlandırılmasını ifade ettiğinden ve devlet ile birey arasındaki dikey, “eşitliksizci” güç ilişkisini düzenlediğinden, tarihseldir. Bununla ifade edilmek istenen, insan hakları anlayışının sınırlı sayılı ve kaziüstik bir yönünün bulunmasının mümkün olmadığı, hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerin insan haklarına ilişkin sürekli değişen, dinamik bir niteliğinin olduğudur. Buna göre insan haklarının dinamızının üç görünüm biçiminin olduğunu söylemek mümkündür: (i) insanın yaşantısının değişmesi ile yeni durumların yeni haklar doğurması, (ii) mevcut bir hakkın içeriğinin genişlemesi ve zenginleşmesi, (iii) insan haklarının birey ve toplulukların katılımcılığı ile yönlendirilmesi.²² Dolayısıyla özel yaşamın gizliliği kavramının oraya çıkışı ve günümüzde ne anlama geldiği, yakın tarihe kısa bir bakış atmadan ve bu üç görünüm biçimi ele alınmadan ortaya koyulamaz.

Buna göre ilk olarak değinilmesi gereken, yaşanan sosyal, teknolojik ve ekonomik değişimlerdir. Zira kimi hakların sınırları ve içeriği bu değişimlere göre genişler, ortaya çıktıkları ilk durumları bakımından yapılan tanımlamalara göre daha kapsamlı bir hâl alır; kimi hakları ise bu değişimler doğurur.

İnsanlık tarihinin değişmesi ve gelişmesi, şu ana kadar geçirdiği tarım, sanayi ve bilişim devrimleri sayesinde olmuştur. Tarım devrimi ile birlikte mülkiyet hakkı ve burjuva toplumu ortaya çıkmış, sanayi devrimi ise burjuva toplumunu endüstri toplumuna evriltilmiştir. Sanayi devrimi ile artan toplumsal riskler öyle bir düzeye gelmiş ve kapsam kazanmıştır ki, bu toplum artık “risk toplumu” adını hak eder hâle gelmiştir.²³ Belirtmek gerekir ki, söz konusu evrim aynı zamanda hukuk devleti ilkesi ile sosyal devlet ilkesinin de mülkiyet hakkı ve iktisadi yapı bakımından çatışmasına

²² Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2010, s. 1339-1441.

²³ Çekin, s. 630.

ya da birbirini tamamlamasına, yani bir dikotomiye sebep olmuştur.²⁴ Bu gerginlik kendisini insan hakları alanında da göstermiş, tam da bu sebeple insan haklarının dinamik yapısı farklı hak kategorilerinin ve yeni düzenlemelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bireyler kendilerine yönelen ihlallerin biçimleri değiştikçe, klasik hukuki koruma araçlarından başkaca araçlara da ihtiyaç duymuş, bu da yeni hakların doğmasına aracı olmuştur.²⁵ Örneğin yaşama hakkı kişi dokunulmazlığını; mülkiyet hakkı taşınır ve taşınmazlar gibi maddi malların yanı sıra maddi olmayan malları, yani fikrî mülkiyeti de içerir hâle gelmiştir.

Özel yaşamın gizliliğinin bir hak olarak ortaya çıkışına öncülük eden hukuki gelişmeler ileride özellikle Türk hukuku ve AB hukuku bakımından ayrıntılı olarak ele alınacaktır; ancak özel yaşamın gizliliği kavramının ortaya çıkışı bakımından bu gelişmelerden de kısaca bahsetmek gerekir. Zira ancak bu şekilde bahsi geçen sosyal, teknolojik ve ekonomik gelişmelerin izlediği yol ile özel yaşamın gizliliği kavramı arasındaki ilişki ortaya konulabilir.

Özel yaşamın gizliliğine ilişkin ilk düzenlemeler, kişiliğe yönelik saldırıların bedene zarar verme veya zarar verme tehlikesi yaratma fiillerinin ötesine geçmeye başlamasıyla, yani kişinin sahip olduğu hakların amacının onun salt maddi varlığını korumaya yönelik olmasının yetersizliğinin fark edilmesiyle ortaya çıkmıştır.

²⁴ Hukuk devleti ilkesinin dayandığı liberalizm, bir hak borçlusu olarak devletin müdahalesizliğini talep etmiş, böylece burjuva toplumunun sahip olduğu ekonomik menfaatler devletin müdahalesizliği karşısında öngörülebilir bir şekilde korunmuştur. Bireyler sahip oldukları hak ve özgürlüklerin korunması için devletin müdahalesizliğine sığınmıştır; yaşam, mülkiyet ve aile temelli haklar liberal hukuk devletinin negatif statüsü karşısında birey-birey ve devlet-birey ilişkisinde dokunulmazdır. Sözleşme serbestisi ve taraf otonomisi tam olarak tanınmış, bu otonomi ekonomik hayatı belirlemiş ve sosyal olan ile ekonomik olan denge tamamen serbest piyasa koşullarına bırakılmamış; bir başka deyişle bu denge hiçbir şekilde var olmamıştır. 19. yy öncesi burjuva toplumu Sanayi Devrimi ile birlikte artık endüstri toplumuna evrildikten itibaren ekonomik ve sosyal hayatta farklı gelir düzeyine sahip sınıflar, gergin ve eşitsiz şartlar altında yaşamaya başlamıştır. Sosyal barışın olmadığı böylesine bir ortamda sözleşme serbestisi bireylerin özgür kişisel iradelerinin ortaya çıkmasına engel olmamak adına sendikalaşmaya da izin vermemiş, hiçbir mesleki örgütlenme altında olmayan çalışanlar emek sömürsü altında çok ağır koşullar altında çalışmış, iş güvencesi, ücret güvencesi ve iş sağlığı ve güvenliği hiçbir şekilde toplumun çalışan kesimine sağlanmamış, neticeten de ölüm ve sakatlıklar artmış, hiç görülmemiş meslek hastalıkları ortaya çıkmıştır. Schwartz, Herman, “Economic and Social Rights”, Amsterdam University Journal of International Law and Politics, Vol. 8, No. 551, 1992-1993, s. 552, 554; Yay, Serdar, “Tarihsel Süreçte Türkiye’de Sosyal Devlet”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 3, S. 9, 2014, s. 148, 149.

²⁵ Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, December 1890, s. 193.

ABD’de “*law of nuisance*”²⁶ gibi alanların doğmasına sebep olan bazı gelişmeler, bir işlem veya olayın hukuki nitelendirmesinin yeni yaşam durumlarına göre değişiklik arz etmesine veya tamamen farklı bir nitelendirme yapılmasına sebep olmuştur. Basın, 1800’lerin sonuna doğru öyle bir faaliyet göstermiştir ki, eviçi yaşam veya kişilerin cinsel yaşamları gibi hassas konular gazete ve dergilere taşınmaya başlamış, metropolitan kent yaşamında toplumun baskılarına daha da duyarlı hâle gelen bireyler kendilerini sürekli tehdit altında hissetmeye ve bedensel bir zarardan çok daha ağır psikolojik zararlar görmeye başlamıştır.²⁷ Bu durum süregelirken, 1890’da New York Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelen *Marion Manola v. Stevens&Myers* gibi ilk davalar²⁸ ise ABD içtihadını özel yaşamın gizliliği kavramı ile tanıştırmış, mahkemeler kişileri dönemin gittikçe yoğunlaşan ve basının sebep olabileceği tehlikelere karşı korumak durumunda kalmıştır.²⁹

Benzer biçimde Fransa’da özel yaşamın gizliliği kavramı ilk olarak 1819’da Basın Kanununun mecliste görüşülmesi esnasında kullanıldıktan sonra³⁰ ilk kez 1868’de Ceza Kanununda düzenlenmiş, bir kişinin özel yaşamıyla ilgili olguların bir gazete veya dergide onun rızası olmaksızın yayımlanması bir ceza hükmüne bağlanmıştır.³¹ İngiltere’de ise 1741’de *Pope v. Curl* davasında özel bir mektubun yazarının bu mektubun yayımlanmasını engelleme hakkına sahip olduğuna hükmedilmesi ile ilk kez özel yaşamın gizliliği gündeme gelmiş, *Youatt v. Winyard*

²⁶ *Law of nuisance*, Amerikan hukukunda, Türk hukuku bakımından haksız fiil, suç veya kabahat olarak hukuki nitelendirmesi yapılabilecek birçok fiili ve bu fiillerden korunmaya ilişkin hukuki çerçeveyi ifade eder. Örneğin rahatsız edici koku, titreşim, toz ve dumandan haksız fiil veya sözleşme hükümlerine göre talep edilebilecek hukuki korunma *law of nuisance* kapsamına girer.

²⁷ Warren/ Brandeis, s. 196.

²⁸ *Marion Manola v. Stevens&Myers* davasında Broadway Tiyatrosunda oyunculuk yapan Marion Manola, oynadığı bir oyunda dar bir tayt giymesini gerektiren bir sahnede rızası olmadan çekilen fotoğrafının New York Times gazetesinde yayımlanmasından sonra yapımcı şirket Castle in the Air’in menajeri Stevens ve fotoğrafçı Myers’a karşı dava açmış, mahkemeden ihtiyati tedbir talep etmiş, Yüksek Mahkeme ise en son bu ihtiyati tedbirin kalıcı olmasına, yani fotoğrafın yayımlandığı gazetelerin toplatılmasına karar vermiştir.

²⁹ Warren/ Brandeis, s. 195.

³⁰ Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 7.

³¹ Speed, John Gilmer, “The Right of Privacy”, The North American Review, Vol.163, No. 476, July 1896, s 66.

kararı ile birlikte de 1820'lerin başında itibaren İngiliz hakimler bu kuralı uygulamaya devam ederek özel yaşamın gizliliği hakkını tanımaya başlamıştır.³² Son olarak, Türk hukukunda özel yaşamın gizliliği bir hak olarak ilk kez 1961 anayasasında yer almış olsa da, bu hakkın kapsamına giren konut dokunulmazlığı, ilk defa 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 22. maddesinde kurala bağlanmış, böylece Türk hukuku özel yaşamın gizliliği kavramı ile tanışmıştır.³³

1.1.2. Özel yaşamın gizliliği kavramının uğradığı değişim

Buraya kadar kısaca ortaya konulan hukuki gelişmeler, yukarıda bahsi geçtiği üzere insan haklarının dinamizminin ilk görünüş biçimini ifade etmektedir. Buna göre, insanın yaşantısının değişmesi ile oluşan yeni durumlar, yeni bir hak olan özel yaşamın gizliliği hakkını doğurmuştur. Bundan sonra ise, insan haklarının dinamizminin ikinci görünüş biçimi incelenmeli, özel yaşamın gizliliğinin içeriğinin genişlemesi ve zenginleşmesi, belki de bir başka paradigmayla bakılacak olursa, tamamen ortadan kalkacak ölçüde sınırlanmaya başlaması ele alınmalıdır. Bunun için de özellikle 20. yy sonrası devletlerde ve toplumsal yapıda meydana gelen değişimler, teknoloji ve ekonomi ile birlikte yorumlanmalıdır.

Devlet ve birey arasındaki ilişki, bir ekonomik sistem olarak kapitalizmin benimsenmesi ve endüstri toplumuna geçilmesiyle şirketlerin müdahalesinden bağımsız olarak incelenmesi mümkün olmayan bir hâl almıştır. Bu nedenle 20. yy sonrası meydana gelen değişimler, devlet-birey-şirket üçgeni içerisinde incelenmeli, bireyin özel yaşamının gizliliği teknolojik ve ekonomik değişimlerle birlikte öncelikle devletle olan ilişkisi bakımından, daha sonra ise şirketlerle olan ilişkisi bakımından ele alınmalıdır.

11 Eylül 2001'de ABD'de İkiz Kuleler'e yönelik meydana gelen terör saldırısı, devletlerin egemenlik kapasitesi karşısındaki bireye ilişkin çok köklü değişikliklerin meydana gelmesine sebep olmuş; bireyler hakkında sayısız veri

³² Speed, s. 67; Korkmaz ise İngiltere'de özel yaşamın gizliliğinin ilk kez 1710 tarihli bir kanunda gönderilen postaların mahkeme kararı olmaksızın açılmasının yasaklanması ile gündeme geldiğini ileri sürmektedir. Korkmaz, s. 100.

³³ Kaboğlu, s. 167, 168.

toplanması, depolanması, işlenmesi ve toplumun gözetlenmesi ile özel yaşamı devlete karşı daha önce hiç görülmediği kadar kırılgan hâle getirmiş, özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına ve teknoloji ile olan dengesinin kurulmasına ilişkin tartışmalar yaratmıştır.³⁴ Tüm dünyada birçok devlet ve uluslararası örgüt, terörle mücadele ve kamu güvenliğinin sağlanması amaçlarıyla vatandaşları ve yabancıları izlemeye ve gözetlemeye, haklarında bilgi toplamaya ve bunları belli bilişimsel süreçler ile işlevsel hâle getirmeye başlamıştır. Siyasi iktidarlar, özel yaşamın gizliliğine ilişkin müdahalelerini ileride meydana gelebilecek zararları engelleme politikalarına dayandırmış, böylece bu hakkın sınırlandırılmasını meşru bir zemine taşımaya başlamıştır.³⁵ Bu durum ise devletlerin totaliterleşmesine ve toplumların gözetim toplumuna evrilmesine, nihayetinde özel yaşamın gizliliğinin ölçsüzce sınırlandırılmasına ilişkin endişeler doğurmuştur. Bu endişeleri Foucault'nun gözetim toplumu açıklaması ve Orwell'in 1984 romanı etkileyici bir biçimde açıklamaya yardımcı olabilir.

Gözetim toplumu, Foucault'nun ortaya koyduğu üzere, siyasi iktidarın modern toplumu toplumsal yaşamın tüm katmanları bakımından etkileyebilmesini ve kontrol edebilmesini sağlayan bir disiplin aracı olarak kullanması sonucu meydana gelir.³⁶ Foucault, modern toplumun nasıl gözetlendiğini ve siyasi iktidarın egemenlik kapasitesini nasıl artırdığını açıklarken, Bentham'ın Panoptikon hapishanesi tasarımını kullanarak bir analogi ortaya koyar. Bu hapishanede tüm hücreler bir çember biçiminde yan yana durur, ortasında ise bir gözetleme kulesi bulunur. Hücrelerin dışarı bakan kısmı gözetleme kulesinden görülebilecek şekilde tamamen açıktır; yani gözetleyen tüm hücreleri görebilir ancak hücreler kendilerini gözetleyeni hiçbir zaman göremez. Bu durum, hiçbir güç kullanılmasına gerek kalmadan gözetleyen ile gözetlenen arasında bir iktidar ilişkisi yaratır ve hücredekiler gözetlenip gözetlenmediklerini dahi bilmemelerine rağmen kendilerini baskı ve disiplin altında hissederler. Foucault, bu iktidar ilişkisini modern toplumun gözetim

³⁴ Erdemli/ Onur, s. 29; Nelson, s. 259.

³⁵ Nelson, s. 260.

³⁶ Foucault, Michel, Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

toplumuna dönüşme biçimine benzetir; buna göre izleme ve gözetleme, aslında tek başına tüm toplum üzerinde bir nüfuza sahip olmaya yeterlidir. Devletlerin ve şirketlerin teknolojinin ilerlemesiyle sahip olduğu gözetleme kapasitesi de, bireyleri veya örneğin işçileri disipline etme ve baskılamada bir Panoptikon gibi işlev görmektedir; parmak izlerinin, e-maillerin, telefonların, görüntü ve seslerin, konumların bir veri olarak toplanması özel yaşamın gizliliğini çok geniş ölçüde sınırlandırmaktadır.³⁷

Benzer bir analiz, Orwell'in 1984 romanı bakımından da yapılabilir. Orwell'in "büyük gözetim"inde olan bir toplumu kurguladığı distopyasında bireyler siyasi iktidarın çeşitli disiplin ve baskı yöntemleriyle, Büyük Birader tarafından sürekli bir gözetim altındadır. Okyanusya'da evlerin odalarına kadar her yer görüntü ve ses kayıtları ile izlenir. Öyle ki, bireyler bellek, düşünce, dil, din, cinsellik, ahlak ve eğitime dair hakları bakımından ürkütücü bir teknolojik kuşatılmışlık altındadır, hiçbir özgürlüklerini kullanamaz hâle gelmişlerdir. Nitekim siyasi iktidar Eskiöylem'i ortadan kaldırmak, Yeniöylem'i üretmek ve kalıcı kılmak için tüm tarihi baştan yazar, eskiye dair ne varsa yok eder ve kendi istediği şekilde yeniden üretir, "günceller".³⁸ Bu teknolojik kuşatılmışlık ile tüm toplumun belleği silinir, bireyler siyasi iktidarın doğrusundan başka bir doğrunun zaten hiç var olmadığını kabul etmek zorunda bırakılır. Böylece totaliter bir rejimin teknolojiyi ve gözetim yöntemlerini kullanarak ne ölçüde distopik bir toplum yapısı üretebileceği, özel yaşamın gizliliğinin ortadan kaldırılmasının totaliterleşmeye ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına nasıl hizmet edeceği gözler önüne serilir.³⁹ 1984, Okyanusya'da geçen

³⁷ Antalya Büyükşehir Belediyesi, 2011 yılında alt işveren olarak CESA adlı bir şirkete verdiği bir işte çalışan dört yüz taşeron işçiye bir GPS alıcı cihazı vererek sürekli olarak bulundukları konuma ilişkin veri toplamaya başlamış, bu kişileri bir nevi sürekli olarak baskı ve disiplin altında tutmaya yönelik bir girişimde bulunmuştur. İlgili haber için bkz. <https://t24.com.tr/haber/iscilere-kaytarmasin-diye-gps-127009>, S.E.T. 31.01.2019; İşyerinde çalışanların gözetlenme biçimlerinin de bir Panoptikon gözetlemesi olduğuna ilişkin bkz. Moore, Evaluative Surveillance, s. 697.

³⁸ 101 Numaralı Oda'da geçmişe dair tüm basılı medya; dergi, broşür, gazete, kitap, poster, film, ses kaydı, karikatür, fotoğraf ve başkaca belgeler, ya içeriği değiştirilerek güncellenir ya da tamamen ortadan kaldırılır. Böylece toplum ve birey belleğini kaybeder, resmî ve tek mil tarihten başkasının varlığını bilmez. Orwell, George, 1984, çev. Celal Üster, Can Yayınları, İstanbul, 2014, s. 62-72.

³⁹ Orwell, kitabı 1948 yılında tamamlamış ve aslında kurguladığı geleceğin hangi yılda geçeceğine karar vermemişti. Daha sonra "Kitabın yazımını 1948 yılında tamamladığım için 1948'in son iki rakamının yerlerini değiştirmeye kadar verdim" ifadesine yer vermiştir. Orwell, George, 1984, "A Note on the Text", Peter Davison, Penguin Books, 1990.

bu distopyanın günümüzde de hâla neden hâla geçerliliğini sürdürdüğünü çok açık bir biçimde ortaya koyar.

Teknolojinin 20. yy sonrasında kaydettiği ilerleme, siyasi iktidara birey ve topluma karşı egemenliğini ölçsüz bir biçimde genişletme imkanı sunmuştur. Yeni gözetim biçimleri üretilmeye başlanmış, herkes görüntü ve ses kaydı alınarak, konumları tespit edilerek, gündelik yaşam hareketleri takip edilerek bilişim sistemlerinin içerisinde yer alan bir veri formuna dönüşmüştür. Bu durumun özel yaşamın gizliliği ile ilgili yarattığı değişim ise, bireylerin haberdar dahi olmadıkları kadar büyük miktarda bilgiyi devletin eline vermesi, kendi otoritelerine özgü olarak varsaydıkları yaşam alanlarının devlet tarafından bilinir hâle gelmesidir.

Kitlelerin yeni teknolojiler ile gizlice izlenmesi, devletin kişiler hakkında yaşam tarzları, mekansal hareketleri, tüketimleri⁴⁰ ile ilgili bilgi toplamasını olanaklı kılmış, tüm bu verilerin toplandığı, depolandığı ve işlendiği bilgi bankaları ortaya çıkmaya başlanmış, bu durum siyasi iktidarlara yeni politikalar üretmek veya mevcut meşruiyetlerini sağlamlaştırmak için çok geniş bir egemenlik alanı bırakmıştır. Özel yaşamın gizliliğine yönelik müdahaleler, terörle mücadele ve ulusal güvenlik temellendirmesiyle meşru hâle getirilmeye çalışılmış, herkes, her an gözetlenir hâle gelmiştir. Benjamin Franklin'in ünlü sözü, "Geçici bir güvenlik için temel bir özgürlükten vazgeçenler, nihayetinde ikisini de hak etmeyecektir" bu durumun yarattığı tehlikeyi en iyi biçimde ifade etmektedir.⁴¹

Aksi yönde bir görüş olarak, teknolojinin bireyin izlenebilirliğini artırdığı kadar devletin şeffaflığını ve dolayısıyla demokratik değerleri güçlendirdiğini söylemek de mümkündür. Zira, bireyi çevreleyen gözetim biçimleri arttıkça devlet, müdahalenin meşruiyetini sağlamak için teknolojiyi aynı zamanda kamu hizmetlerinin hızlanması ve niteliğinin artırılması için de kullanmaya başlamıştır. İletişim ve bilişim teknolojileri geliştikçe bireyler daha önce yapamadıkları şeyleri

⁴⁰ Erdemli/ Onur, s. 27

⁴¹ Benjamin Franklin'in 1755'te Pennsylvania Parlamentosu'nda bir mektupla ifade ettiği bu sözü, çok uzun süre yanlış atıflanmış, esasen parlamentoda tartışılan konunun basit bir ekonomik mesele olduğu ise çok sonra ortaya çıkmıştır. Wittes, Benjamin, "What Ben Franklin Really Said", İnternet Makalesi, Brookings, July 2011, <https://www.lawfareblog.com/what-ben-franklin-really-said#.UvvR12RDtZs>, S.E.T. 31.01.2019.

yapmaya, özgürleşmeye, üretkenleşmeye başlamıştır. Ancak birey, özgürleştiği düşüncesinin yarattığı illüzyon ile kendisi hakkında daha çok veri sunmaya başlamış⁴², gözetim artık günlük hayatımızın bir parçası hâline gelmiş, bilişim toplumunda herkesin kendisi hakkında veri transfer ediyor oluşu sık rastlanan, tehlikesiz bir olgu hâlini almıştır.⁴³ Nitekim devletler de tam da bu yanılsamadan yararlanarak gözetimi sürdürebilir hâle gelir ve özel yaşamın gizliliğini kavramı başkalaşır, içeriği hem zenginleşir hem de kısırlaşır.

Bu durumun devlet ile birey arasında yarattığı gerilim ABD ve AB’de yürürlüğe giren bazı düzenlemelerle ortaya konulabilir. 11 Eylül saldırısının meydana gelmesinden bir ay sonra dönemin devlet başkanı George W. Bush’un önderliğinde hazırlanan ve o dönemde yürürlüğe giren ve çok büyük bir tartışmaya yol açan ABD Vatanseverlik Yasası (*Patriot Act*), Yabancı İstihbaratı Gözetleme Yasası’na (*Foreign Intelligence Surveillance Act, FISA*) ağır ve belirgin değişiklikler getirmiş, Amerikan istihbaratının yetkilerini ölçsüzce genişleten bir ulusal güvenlik paketi ortaya koymuştur. 2005’te de New York Times’ta yayımlanan bir makale⁴⁴, Bush yönetiminin Ulusal Güvenlik Ajansına (*National Security Agency, NSA*) bir başkanlık kararnamesi ile sade vatandaş veya terörist fark etmeksizin herkesle ilgili olarak hukuka uygun veya aykırı herhangi bir kaynaktan her türlü bilgiyi toplama yetkisi verdiğini ifşa etmiştir.⁴⁵ Haziran 2013’te de eski Ulusal Güvenlik Ajansı görevlisi Edward Snowden, The Guardian gazetesine verdiği röportajda PRISM adında bir ulusal güvenlik programının tüm vatandaşlara ait sayısız bilgiyi gizli ve geniş çapta bir araştırma ile elde ettiğini ifşa etmiş⁴⁶, bu durum ABD’de özel yaşamın gizliliğinin

⁴² Erdemli/ Onur, s. 28.

⁴³ Nelson, s. 261.

⁴⁴ Risen, James/ Lichtblau, Eric, “Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts”, New York Times, 16 Aralık 2005, www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html, S.E.T. 31.01.2019.

⁴⁵ De Santis, Federica/ Frigerio, Filippo “Right to Privacy and Government’s Intelligence Activities: Where is the Balance?”, Bocconi Legal Papers, Vol. 83, No. 5, 2015, s. 84.

⁴⁶ Nitekim Obama yönetimi de daha sonra bu ifşaatın doğruluğunu kabul etmiş ve Amerikan toplumunun güvenliğini sağlama amacı güttüğünü, bu nedenle programın tüm eylem ve amaçlarının meşru olduğunu iddia etmiştir. De Santis/ Frigerio, s. 84; Haberin aslı için bkz. <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/obama-administration-nsa-prism-revelations-live>, S.E.T. 31.01.2019.

ne ölçüde ihlal edildiğini gözler önüne sermiştir. Benzer biçimde WikiLeaks ile devlet sırlarını ifşa eden Julian Assange de günümüzde devletin veri toplama ve işleme kapasitesinin korkutuculuğunu ortaya koymuştur.

AB’de de benzer düzenlemeler kabul edilmeye, transnasyonel veri ağları oluşturularak çok geniş kitleler hakkında bilgi toplanmaya ve bu veriler devletlerarası bir işbirliği ile işlenmeye başlanmıştır. 2011’de Avusturyalı bir öğrencinin Avusturya İçişleri Bakanlığına sorduğu bir soru ve Bakanlığın Anayasal Düzenin Korunması ve Terörle Mücadele Federal Ajansının verdiği cevap, AB’de ülkelerarası veri transferinin çok büyük miktarda kişisel veriyi içerdiğini ortaya çıkarmıştır.⁴⁷ Terörle mücadele kapsamında farklı kurum ve devletler tarafından uluslararası veri transferlerinin yapılması, kişileri hukuki olarak mücadele dahi edemeyecekleri bir risk altında bırakmaktadır. Buna göre ilk olarak, sade vatandaşların, terör tehlikesi yaratmıyor olsalar dahi ulusal güvenlik amacıyla devletin sürekli gözetimi altında olduğu ancak bundan çoğunlukla haberdar dahi olmadıkları sonucu çıkmaktadır. İkinci olarak ise bu durum, bilgi edinme hakkının özel yaşamın gizliliğini korumak ve gözetimi şeffaflaştırmak için ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Bilgi edinme hakkı, devletlerin demarke edilmesi neredeyse imkansız kapasitelerinin insan hakları lehine sınırlandırılması için kritik bir önem arz etmektedir.⁴⁸

Teknoloji ve ekonomik gelişmelerin özel yaşamın gizliliği kavramını nasıl değiştirdiğine ilişkin son olarak bahsedilmesi gereken, internetin ve teknolojik izleme yöntemlerinin şirketler tarafından kâr elde etme amacıyla kullanılması ve bireyin devletin yanında bir de şirketler tarafından gözetlenmeye başlanmasıdır. Son on yılda verilerin elde ediliş ve transfer hızı öylesine artmıştır ki, insanlığın başlangıcından 2003’e kadar üretilmiş ve kaydedilmiş toplam veri beş milyar

⁴⁷ Lachmayer, Konrad, “Rethinking Privacy Beyond Borders, Developing Transnational Rights on Data Privacy”, *Tilburg Law Review*, Vol. 20, Iss. 1, 2015, s. 79; 1999 tarihli Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 26. bölümün 1. paragrafında veri sahibinin talebi hâlinde bu kişi hakkında hangi verilerin toplandığının, bu verilerin kaynağının, toplanma biçiminin, işleme amacının ve sebebinin kendisine bildirilmesi hakkına sahiptir. Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Er/erv_1999_1_165/erv_1999_1_165.html, S.E.T. 31.01.2019.

⁴⁸ Soykan, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, 2007, s. 65.

gigabyte iken, aynı miktarda veri 2011 yılının ilk çeyreğinde iki gün içinde, 2013 yılında ise 10 dakika içinde üretilmeye başlanmıştır.⁴⁹

İnternet bağlantısı ile kullanılan bilgisayarlar, cep telefonları, tabletler, televizyonlar, oyun konsolları, ev eşyası⁵⁰ ve arabalar⁵¹ sürekli olarak veri almakta ve veri üretmekte, internet aracılığıyla bu verileri paylaşmakta ve depolanmasını sağlamaktadır. Kişinin Twitter, Instagram, Facebook, Foursquare gibi sosyal medyada beğendiği paylaşımlar veya paylaştığı içerik, çerez kullanımına izin verilen internet aramaları, görüntüsü, sesi, bulunduğu konum, yaptığı harcamalar, seyahat bilgileri gibi birçok veri bilgi bankalarında tutulmaktadır. Bulut teknolojileri de (iCloud, Google Drive, OneDrive, Dropbox, WeTransfer gibi) kişilerin verilerini internet üzerinde saklamasına olanak tanımakta; ancak internete taşınmış bir verinin tamamen ortadan kaldırılması neredeyse imkansız olduğu için bu durum da verilerin mahremiyeti bakımından büyük bir risk teşkil etmektedir.⁵²

Bu veriler tek başlarına anlamlı bir bütünün işlevsel parçaları değildir ancak bir algoritma ile bu verilerin bağlantısı kurularak kişiler hakkında anlamlı bilgiler üretilirse şirketler tarafından pazarlama ve satış, bankalar için ise kredilendirme için kullanılabilir hâle gelirler. İşte bu algoritmik analiz, Büyük Veri (*Big Data*) olarak adlandırılır.⁵³ Büyük Veri sayesinde hem devlet hem de şirketler, kendi politikalarını

⁴⁹ Çekin, s. 630.

⁵⁰ Nesnelerin interneti (*internet of things*) olarak adlandırılan yeni dijital gelişmeler, klima, saat, televizyon, kalp pili gibi birçok nesnenin internete bağlı olmasını, bu sayede birçok veriyi internet aracılığıyla paylaşmaktadır. Bunun için ihtiyaç duyulan teknoloji çok basittir: internette kendine ait bir kimlik, wi-fi veya benzeri bir internet bağlantısı ve koku, hareket, ses ya da benzer şeyleri kaydeden bir sensör. Lökke, Eirik, Mahremiyet: Dijital Toplumda Özel Hayat, çev. Dilek Başak, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2018, s. 29-33; De Santis/ Frigerio, s. 100.

⁵¹ Arabalar GPS ve takip sistemleri ile olduğu kadar otomatik güvenlik önlemleri ve insansız kullanıma geliştirilmiş olan teknolojileri ile de internet üzerinden kişiye dair birçok veri paylaşmaktadır. Örneğin Google CAR76 adlı projesi ile sadece yapay zeka ile çalışabilen insansız bir araç projelendirmiştir. Elbette tüm bu gelişmeler, yapay zekanın sebep olduğu zararlardan doğan hukuki ve cezai sorumluluğun tespiti bakımından birçok tartışmaya yol açmaktadır. De Santis/ Frigerio, s. 99.

⁵² Bulut teknolojilerinin verilerin korunmasına yönelik taşıdığı riskler için bkz. Robinson, N./ Valeri, L./ Cave, J./ Starkey, T./ Graux, H./ Creese, S./ Hopkins, P., "Security, Privacy and Trust Challenges Stemming from the Technological Underpinnings of Cloud Computing", In The Cloud: Understanding the Security, Privacy and Trust Challenges, RAND Corporation, 2011, s. 28-40.

⁵³ Büyük Veri, bir yöntem olarak ilk kez 1854 yılında Londra'da meydana gelen kolera salgınının Dr. John Snow tarafından salgının çıktığı yerlerin haritalandırılması ve salgının orijin noktasının Broad Street'teki su pompası olduğunun bulunması ile kullanılmıştır. Lökke, s. 59, 60.

şekillendirmede ve amaçlarına ulaşmada işlevsel olan verileri toplar, saklar, analiz eder ve kullanım olanakları yaratır.⁵⁴ Apple, Google, Microsoft, Facebook, Amazon, cXense, Dunnshumby gibi Büyük Veri analizi yapan şirketler, hem devlete hem de başkaca şirketlere bu analizleri ticari bir değer olarak satmaktadır.

Büyük Veri, kişilerin hem devlet hem de şirketler tarafından teknolojik kuşatılmışlığını en iyi yansıtan fenomendir. Özel sektörler arası, özel sektörden kamuya ve kamudan özel sektöre transfer edilen veriler, bireyin özel yaşamının gizliliği kapsamında yer alan sayısız bilgiyi içerir ve bireyin bu verinin takibini yapması imkansızdır.⁵⁵ Bununla birlikte, tıpkı devletin gözetimini ulusal güvenlik üzerinden meşrulaştırması gibi, şirketlerin gözetimi de teknolojinin hayatı kolaylaştırması, bireylerin bireysel ve sosyal kapasitelerini ve yaratıcılıklarını daha önce görülmemiş boyutlara ulaştırması ile meşrulaşmaya başlamıştır. Herkes yaşamın her alanına yayılmış teknolojiyi kullanabilmek için kendi rızasıyla verileri şirketlere vermekte ancak genellikle kimse bunun metalaşmasını veya sonradan kendisine karşı kullanılabilecek olma tehlikesini önemsememektedir.⁵⁶

Sonuç olarak, özel yaşamın gizliliği kavramı, günümüzde ortaya çıktığı hâlden farklı bir anlam ifade etmeye, devlet-birey-şirket üçgeni meydana gelen teknolojik ve ekonomik gelişmeler ile bu hakkı sınırlandırmaya başlamıştır. Birey artık teknolojik bir kuşatılmışlık altında, özel yaşamının gizliliğine yönelik ihlal tehlikelerinin arttığı bir yaşantı içerisinde.

⁵⁴ Løkke, s. 62; Çekin, s. 630; Erdemli/ Onur, s. 27.

⁵⁵ Solove, The Digital Person, s. 3; Mundie, Craig, “Privacy Pragmatism: Focus on Data Use, Not Data Collection”, Foreign Affairs, Vol. 93, No. 2, March-April 2014, s. 28-34.

⁵⁶ Bu duruma ilişkin en çarpıcı kurgusal örnekler, 2011 yılında yayımlanmaya başlayan ABD yapımı Black Mirror dizisinin 2016’da yayımlanan “Shut Up and Dance”, “Nosedive” ve “Hated in the Nation” bölümleri olarak gösterilebilir.

1.2. Özel Yaşamın Gizliliğini Kavramlaştırma Güçlüğü

1.2.1. Özel yaşamın gizliliğinin kavramlaştırılması ve tanımlanması

bakımından ileri sürülmüş olan teoriler

Özel yaşamın gizliliğini bir hak olarak kavramlaştırma ve tanımlama çabaları, öğretide birçok görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuş, bu kavramın kuramsal temellendirmesini yapmak ve üzerinde uzlaşa sağlanacak bir zemin bulmak ise oldukça güçleşmiştir. Nitekim, hâla böyle bir uzlaşının sağlandığını söylemek de mümkün değildir.⁵⁷ Solove'un isabetli bir biçimde ifade ettiği gibi, "Özel yaşam her şeye ilişkin gibi görünür, bu nedenle aynı zamanda hiçbir şey ifade etmez".⁵⁸ Bu nedenle bu kavram eğer sınırları çizilemez hâle gelirse, özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik tüm hukuki çabaları da zayıf kılmaya başlar.

İlgili teorileri incelemeden önce, özel yaşamın gizliliğinin bir hak olarak tanınmaya başlandığı dönemlere kısa bir bakış atmak, bu kavramın tanımlanmasının neden bu kadar zor olduğunu ortaya koyabilir. Hukuki nitelendirme ve buna ilişkin bir kavramlaştırmanın yapılması gerekliliği, ABD'de 19. yy'da verilen kararlarda izlenebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere, 19. yy'ın sonlarına doğru mahkemelerin önüne gelen davalarda talep edilenler, daha önceden bu taleplerin dayandırıldığı hakların sınırlarını aşan, bu hakların kapsamını genişletecek ya da tamamen değiştirecek nitelikteydi. 1890'a kadar verilen kararlar ya kişilik hakkının ya mülkiyet hakkının ihlali ya da fikrî mülkiyet haklarına yönelik bir müdahale olarak görülmekte, özel yaşamın gizliliğini ilgilendiren uyuşmazlıklar çoğunlukla bu haklara dayandırılarak çözüme kavuşturulmaktaydı. Örneğin ABD mahkemeleri, önlerine gelen davalarda uyuşmazlık konusu ve hakkında ihtiyati tedbir kararı

⁵⁷ Zira yukarıda bahsi geçtiği üzere, özel yaşamın gizliliği, kültürel ve toplumsal değişkenlere bağlı, özünde belirsiz bir kavramdır ve ortaya konan her bir teori bu değişkenliği yansıtmaktadır. Moore, Adam D., "Defining Privacy", *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39, No. 3, Fall 2008, s. 411.

⁵⁸ Solove, Daniel, "A Taxonomy of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No. 3, January 2006, s. 479.

verilmesi ya da tazminat talep edilen, yayımlanmış bir eserle ya da özel mektuplarsa, bu talepleri fikrî mülkiyet çerçevesinde değerlendirme eğilimindeydi.⁵⁹

Benzer biçimde, 1899'da Michigan mahkemeleri ölen eşinin fotoğrafının puro reklamında kullanılmasının engellenmesi talebiyle mahkemeye başvuran kişinin talebini⁶⁰, New York mahkemeleri de fotoğrafının rızası olmadan bir un reklamında kullanılmasına ilişkin ihtiyati tedbir ve tazminat talebinde bulunan kişinin bu taleplerini⁶¹ reddedince, 1890'da verilen *Marion Manola v. Stevens&Myers* kararının esasen özel yaşamın gizliliğini bağımsız bir hak olarak tanımadığı gözler önüne serilmiş oldu. ABD mahkemeleri, bu kararları özel yaşamın gizliliğinin düzenlenmiş bir hak olmadığını iddia etmiş, daha önce verilen kararlara uygun yerleşik bir içtihat da bulunmadığından, bu hakka dayanan talepleri reddetmişti. Oysa anayasa yargısının doğması bakımından önem arz eden *Marbury v. Madison* kararında⁶² olduğu gibi, kendilerini anayasa metni ile bağlı olmaktan kurtulup, yorum yöntemlerini kullanarak daha önce oluşturulmuş içtihadı değiştirme iradesini gösterme imkanına sahipti.

Her ne kadar 1890'da verilen karardan çok sonra verilmiş olsa da, ABD'de ilk kez 1905'te, *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* kararıyla bir davacı, rızası olmadan bir sigorta reklamında kullanılan fotoğrafları nedeniyle talep ettiği tazminata özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline dayanarak hak kazanmıştır. Ancak hâla bu hakkın kişilik hakkının bir uzantısı olup olmadığı, mülkiyet hakkı ve basın özgürlüğü ile olan ilişkisi sorgulanmaya devam etmiştir.⁶³

⁵⁹ Warren/ Brandeis, s. 202. Türk hukuku bakımından bir kişinin üretmiş olduğu sanat eserleri tek başına özel yaşamın korumasından yararlanır ancak özel yaşamın korumasından yararlanması gereken ve sanatsal olmayan eserler fikrî hakların sağladığı tüm korumadan yararlanamaz. Bununla birlikte, FSEK md. 1/B'de yerini alan eser tanımı, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini" ifade ediyor olsa da, FSEK md. 85, "Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz" ifadesine yer vermek suretiyle mektupları da fikrî hakların belli korumalarından yararlandırmıştır.

⁶⁰ *Atkinson v. Doherty&Co*, 121 Mich. 372, 80 N. W. 285, 1899.

⁶¹ *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N. E. 442, 1902.

⁶² Rubenfeld, s. 739; *Marbury v. Madison*, 12 5 U.S., 1 Cranch, 137, 1803.

⁶³ Rice, Stanley B., "The Right of Privacy", University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 68, No. 3, March 1920, s. 185.

Bu durum ABD içtihadı ile sınırlı kalmayarak özel yaşamın gizliliğinin bağımsız bir hak olup olmadığını ve mülkiyet hakkı gibi başkaca haklarla olan ilişkisini öğretide tartışmaya açmış, bu tartışmalar ise özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmaya yönelik birçok farklı yaklaşımın doğmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği günümüzde hâla bir hak olarak kavramlaştırılmaya ve tanımlanmaya, hukuki olarak belli bir kuramsal temele dayandırılmaya muhtaç durumdadır. Buna göre, ABD, Kanada ve Kıta Avrupasında özel yaşamın gizliliğine ilişkin ilk tartışmalar ortaya çıktıktan sonra ileri sürülen teorileri incelemek ve günümüzde sahip olduğu kavramsal çerçeveyi ortaya koymak gereklidir. Bu inceleme ise ileri sürülen görüşlerin ortak ve ayrık yönlerinin karşılaştırmalı incelemesi ile, belli bir taksonomiye göre yapılmalıdır. Ancak elbette bu teorilerin de birbiriyle benzeştiği veya nüanslarla ayrıştığı yönleri bulunmaktadır.

Bu bağlamda, (i) yalnız bırakılma hakkı, dış müdahalelerden uzak olma hakkı ve en az müdahale talebi, (ii) mahremiyet ve manevi varlığın korunması, (iii) birey özerkliği ve sınırlı erişim, (iv) kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti ve (v) üç alan teorisi üzerinde durulacaktır.

1.2.1.1. Yalnız bırakılma hakkı, dış müdahalelerden uzak olma hakkı ve en az müdahale talebi

Özel yaşamın gizliliği ilk kez 1890'da Warren ve Brandeis tarafından yayımlanan "Right to Privacy" makalesi ile hukuki ve kuramsal bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır.⁶⁴ Kameraların ve anlık fotoğraf çekiminin yaygınlaşmaya başladığı bu dönemde Warren ve Brandeis, Amerikan toplumunu büyük bir medya tehdidi altında görmüş, her gün gazete ve dergilerde birçok kişinin özel yaşamının

⁶⁴ Solove, Daniel J., "Conceptualizing Privacy", California Law Review, Vol. 90, No. 4, July 2002, s. 1099; Bruyer, s. 558; Hughes, s. 527; Erdemli/ Onur, s. 26; Rubinfeld, s. 752; Rice, s. 185; Lemmens, s. 605; Speed, s. 64; De Santis/ Frigerio, s. 85; Moore, Defining Privacy, s. 412; Gümüş, Tarkan A., Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, AIHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 153; Baghai, Katayoun, Privacy as a Human Right: A Sociological Theory", Sociology, Vol. 46, No. 5, October 2012, s. 952; Çetinkaya, Mehmet Burçin, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s. 9; Aktaş, Batuhan, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Der Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 9.

gizliliğini ihlal eden haber ve yazılar çıkmaya başladığında bu duruma yönelik hukuki bir koruma yönteminin bulunması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Yazarlar, özel yaşamın gizliliği hakkını hukuki olarak nitelendirirken, daha önce ileri sürüldüğü üzere mülkiyet (veya fikrî mülkiyet) hakkı veya kişilik hakkının özel yaşamın korunması için yeterli olmadığını, merkeze alınması gereken günümüzde artık çoktan geride bırakılmış bir ilke olan “bozulmamış bir kişilik” (*inviolable personality*) olduğunu⁶⁵, özel yaşamın gizliliği hakkının da kaynağını yalnız bırakılma hakkından aldığını ifade etmiştir.⁶⁶ Zira kişisel mektupların, fotoğrafların ya da benzeri fikrî ürünlerin hızla değişen iletişim teknolojilerine karşı korunması ancak özel yaşamın gizliliği hakkı ile mümkündür; hukuk ise bu korumayı sözleşmesel ilişkiler ve sosyal ilişkilerin mahremiyetini açacak şekilde görüntü, davranış, kişisel ilişki gibi başkaca alanları da içine alacak şekilde genişletmelidir.⁶⁷

Brandeis, aynı savı çok sonraları yargıcı olduğu ABD Anayasa Mahkemesi’nin *Olmstead v. United States* kararına⁶⁸ verdiği muhalefet şerhinde de “... yalnız bırakılma hakkı, hakların en geniş kapsamlısı ve medeniyete kavuşmuş olan insanlık tarafından en değer verilenidir” sözleri ile ortaya koymuştur.⁶⁹ Her ne kadar bu kararda özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali iddiası kabul edilmeyerek tekrar geriye dönüş yaşanmış olsa da, 1967’de *Katz v. United States* kararında yediye

⁶⁵ Rubenfeld, s. 752.

⁶⁶ Bununla birlikte, önemle belirtilmelidir ki yazarlar yalnız bırakılma hakkını ilk kez kendileri ortaya koymamış, daha önce bu haktan bahseden hakim Cooley’ye atıfta bulunmayı ihmal etmemişlerdir. Hakim Cooley, 1879 tarihli *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract* adlı eserinde yalnız bırakılma hakkı ile özel yaşamın gizliliği hakkının ilişkisini kurmamış olmasına rağmen bu hakkın varlığını ilk kez ileri süren kişidir. Bruyer, s. 558; Lemmens, s. 605; Speed, s. 64; Moore, *Defining Privacy*, s. 412; Warren/ Brandeis, s. 76.

⁶⁷ Warren/ Brandeis, s. 205, 213. Öyle ki, her ne kadar yalnız bırakılma hakkından bahsetseler dahi, yazarların özel yaşamın gizliliğini seçici bir benlik sunumu anlamına gelecek şekilde, dış dünya ile olan iletişime dayalı bir hak olarak kurguladığı da söylenebilir. Baghai, s. 953.

⁶⁸ ABD’de 1920-1933 yılları arasında alkollü içeceklerin satışının yasak olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi, federal kamu görevlilerinin Roy Olmstead adlı kişinin telefonlarını hukuka aykırı şekilde dinlediği ve bunun sonucunda özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiği iddiasını kabul etmemiş, olayda Dördüncü Anayasal Düzenleme’de (*Fourth Amendment*) yer aldığı şekliyle üst arama veya yakalama olmadığı ve telefon dinlemelerine ilişkin ayrıca bir düzenleme de yer almadığı için bu dinlemenin hukuka aykırı olmadığına hükmetmiştir. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 1928, 478-479 (Brandeis’in Muhalefet Şerhi).

⁶⁹ Solove, *Conceptualizing Privacy*, s. 1011.

bir çoğunlukla⁷⁰ artık özel yaşamın gizliliği hakkı yerleşik ve bağımsız bir hak olarak, Warren ve Brandeis’in yapmış olduğu kavramlaştırmaya uygun bir biçimde⁷¹ tanınmaya başlamıştır.

Bununla birlikte, yalnız bırakılma hakkı günümüzde özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmada yetersiz kalmaktadır. Öncelikle, “bozulmamış kişilik” kavramı oldukça muğlak, sınırları çizilmesi güç bir dayanaktır. Hangi durumlarda kişiliğin bozulmaya maruz kalacağının tanımı yapılmadığı müddetçe, yalnız bırakılma hakkı özel yaşamın gizliliğinin kaynağını alacağı bir hak olamaz. İkinci olarak, yalnız bırakılma, esasen devlete karşı bireyin kendisini müdahaleden uzak tutabilmesini ifade etmektedir. Nitekim, ABD ve Kanada’da bu kavramlaştırmayı benimseyen kararların birçoğu, arama veya yakalama gibi ceza hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ya da kadınların kürtaj hakkı gibi temel haklara ilişkin taleplere aittir.⁷² Oysaki günümüzde özel yaşamın gizliliği, bir önceki bölümde de değinilmiş olduğu gibi yalnızca devletin müdahalesine değil, üretim araçlarını elinde bulunduran şirketlerin ve hatta başka bireylerin müdahalesine de açık hâldedir. Ayrıca kişi sadece yalnız bırakıldığı zaman özel yaşamının gizliliğini korumuş olmaz, kişinin sosyal yönü de yine aynı korumadan yararlanmayı hak eder. Kimse sadece kendi başına yaşamadığından ve herkes sürekli olarak “komşularıyla” ve çevresiyle iletişim içinde olup kendisini bu şekilde gerçekleştirdiğinden, özel yaşamın gizliliğinin sınırlarını kişinin sosyal yaşam katmanlarını da içerecek şekilde belirlemek gerekir.⁷³ Tüm bu nedenlerle bu kavramlaştırmayı yeterli bulmak mümkün değildir.

Bu teoriye oldukça benzer bir başka teori, ilginç bir tarihsel tesadüf ile *Katz* kararının verilmiş olduğu 1967 yılında, 22-23 Mayıs tarihlerinde Stockholm, İsveç’te organize edilen Kuzey Hukukçuları Kongresi’nde ileri sürülmüş, uluslararası alanda

⁷⁰ *Katz v. United States*, U.S. 347, 1967; Mahkeme, bu davada özel yaşamı gizliliği hakkını, ihlale maruz bırakılanın ihlalin yöneldiği alana ilişkin makul bir gizlilik beklentisinin olup olmadığına göre karara bağlamıştır. Hendrickx, Frank, “Employment Privacy”, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, ed. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Netherlands, 2014; s. 470.

⁷¹ De Santis/ Frigerio, s. 88.

⁷² Bruyer, s. 559.

⁷³ Lemmens, s. 606.

ilk kez özel yaşamın gizliliği tanımlanmaya çalışılmıştır.⁷⁴ Özel yaşamın gizliliği Kongre’de, insanın mutluluğu için temel bir gereklilik ve bir temel insan hakkı olarak tanınmıştır. Bireylerin kamusal otoritelere, topluma ve başkaca bireylere karşı korunmasını sağlama amacını güttüğü kabul edilmiş, bu da 1967’de yapılan bu Kongre’nin özel yaşamın kavramlaştırılması bakımından toplum ve diğer bireyleri dışlayan görüşlerden ayrıldığını, daha kapsayıcı bir yaklaşım benimsediğini göstermiştir.

Özel yaşamın gizliliği hakkı, özel yaşamın gizliliğine saygı olarak tanımlanmış ve bu tanım da, “kişinin kendi varlığını kendi beklentilerine göre özgürce ve dışarıdan gelecek en az müdahale ile idame ettirmesi” şeklinde yapılmıştır. Bunun ardından özel yaşamın gizliliğine saygının daha detaylı bir açıklamasının yapılma gerekliliği duyulmuştur. Buna göre özel yaşamın gizliliği, kişinin; “(i) özel ve aile yaşamına ve konutuna yönelik tüm müdahale girişimleri, (ii) fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ya da ahlaki ve düşünce özgürlüklerine yönelik tüm müdahale girişimleri, (iii) şeref ve saygınlığına ilişkin tüm müdahale girişimleri, (iv) ona zarar verme ihtimali taşıyan her türlü söylem ve davranışının ortaya çıkarılması, (v) yaşamına ilişkin utandırıcı olguların ortaya çıkarılması”na karşı korunmayı ifade eder.⁷⁵

Dolayısıyla, Kongre’de özel yaşamın gizliliğini bireyin kendine özgü özerk alanı içerisinde yaşama hakkına ve dış müdahalelerden uzak olma hakkına dayandığını söylemek mümkündür. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler

⁷⁴ Donay, Süheyl, “Özel Hayat Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Hukukçuları Kongresi”, İÜHF C. 39, S. 1-4, 1976, s. 439-441; Gümü, s. 154, Şen, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı, İstanbul, 1996, s. 7, 8.

⁷⁵ Kongre kararlarının yayımlandığı bültende yer alan orijinal metin şu şekildedir: “Première partie: Nature du droit au respect de la vie privée: 1. Le droit au respect de la vie privée, qui est d’une importance capitale pour le bonheur de l’homme, doit être reconnu comme un droit fondamental de la personne humaine. Il protège l’individu contre les autorités publiques, la collectivité et les autres individus, 2. Le droit au respect de la vie privée est le droit pour une personne d’être libre de mener sa propre existence comme elle l’entend avec le minimum d’ingérences extérieures. En d’autres termes et dans une forme plus développée, il signifie: le droit pour l’individu de vivre comme il l’entend en étant protégé contre: (a) toute immixtion dans sa vie privée, familiale et domestique; (b) toute atteinte à son intégrité physique ou mentale ou à sa liberté morale ou intellectuelle; (c) toute atteinte à son honneur ou à sa réputation; (d) toute interprétation dommageable donnée à ses paroles ou à ses actes; (e) la divulgation hors de propos de faits gênants en rapport avec sa vie”. Congrès de Juristes des pays nordiques sur le droit au respect de la vie privée, Bulletin de la commission internationale de juriste, No. 31, Eylül 1967, s. 2, 3.

Danışma Asamblesinin 23 Ocak 1970 tarihli ve 428 sayılı Kitle İletişim ve İnsan Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde ise bu kavram “özel hayatın zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerdiği” belirtilmiş, Kongre’de yapılan kavramlaştırmaya benzer bir yaklaşım sergilenmiştir.⁷⁶

Bununla birlikte, bu kavramlaştırma her ne kadar kapsayıcı bir açıklama getirirse de, özel yaşamın gizliliğinin başkaca haklarla olan ilişkisini açıklamakta yetersiz kalmakta, “müdahaleden uzak olma” talebini merkeze alarak bireyin esasen kendisine dair bilgi veya durumların ortaya çıkmasını engellemek için özel yaşamının gizliliğinin korunmasını ve dolayısıyla devletten daha çok müdahale talep etme ihtimalini⁷⁷ yok saymaktadır.

1.2.1.2. Mahremiyet ve manevi varlığın korunması

Basit bir biçimde gizlilik olarak ifade edilebilecek⁷⁸ mahremiyet kavramı da özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmada ilk başvurulacak tanımlara dayanak olmuştur. Mahremiyet, insanın yaşamının sosyal bir niteliğe sahip olmasını beraberinde getirir. Modern bireysel yaşantı, birey-topluluk-toplum katmanlaşması ile mahremiyeti zorunlu kılar, zira birey sahip olduğu kompleks yaşantısında birçok topluluğun, örneğin işyerinin, eviçi yaşantısının ya da arkadaş grubunun bir parçasıdır ve kimliğini her ne kadar içinde bulunduğu toplulukla oluşturuyor olsa da, bireyliğini aslında bu topluluklara karşı gelmekle biricik kılar.⁷⁹ Bu biriciklik ise ancak bireyin kendisine ait olanı dışarıdan gizli tutması ile sağlanabilir.

⁷⁶ Gümüş, s. 154.

⁷⁷ Bruyer, s. 560;

⁷⁸ TDK Genel Türkçe Sözlüğü, mahremiyeti “gizlilik” olarak tanımlar. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c599814b44505.58191096, S.E.T. 05.02.2019.

⁷⁹ Baghai, s. 953, 954.

Kişinin yalnızca kendisine özgülediği ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünüşleri⁸⁰, herkes tarafından bilinmeyen ve ancak özel bir araştırma veya bilgi edinme yoluyla öğrenilebilecek hususlar⁸¹ ve bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı⁸², ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması⁸³, gibi birçok tanım, özünü mahremiyet olgusundan almakta ve özel yaşamın gizliliği hakkının amacını temel olarak kişinin manevi varlığını korumaya yöneltmektedir.

Mahremiyete dayalı bir kavramlaştırma, kişinin özel yaşamının gizliliğini ihlalin onun manevi varlığına yönelik bir tehdit oluşturması ve bu kişinin kendisine ait bilgileri saklı tutma iradesinin yok sayılması anlamına gelir. Mahrem olan bilginin açığa çıkarılması, olağan bir durumda ona manevi bir zarar verir, zira bilginin mahrem olmasının sebebi en başta kişinin bu bilgiyi başkalarının erişimine açık tutmama iradesidir.⁸⁴ Prosser da özel yaşamın gizliliğini ihlali bundan hareketle dört biçimde inceler: kişinin gizlediği yaşamına ilişkin küçük düşürücü durumları açığa çıkarmak; kişi hakkında yanlış ve küçük düşürücü bir izlenim oluşturacak bilgiyi alenileştirmek; kişiliği oluşturan ad, görüntü veya ses gibi unsurları ticari amaçlı kullanmak; kişinin mahremiyetine konut veya haberleşme gizliliğini ihlal gibi yöntemlerle müdahale etmek.⁸⁵

⁸⁰ Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul, 1982, s. 127; Ataay, Aytekin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarı, İstanbul, 1978, s. 133; Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 416.

⁸¹ Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 259.

⁸² Şen, s. 8.

⁸³ Council of Europe Resolution Containing Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, No. 428, 1970.

⁸⁴ Nitekim mahremiyetin özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmada öne çıkmasının bir sebebi de evlilik, kürtaj ve doğum kontrol yöntemlerinin kullanılmasına yönelik talepleri içeren çetin davalarla kişinin cinselliğinin tartışılmaya açılması olmuştur. Rubenfeld, s. 738.

⁸⁵ Moore, Defining Privacy, s. 412; Korkmaz, s. 101. Prosser bu dört biçimi *intrusion*, *private facts*, *false light* ve *appropriating* olarak adlandırmıştır. Bruyer, s. 418.

Benzer bir biçimde Posner da özel yaşamın gizliliğini kişinin kendisi hakkındaki bilgileri gizlemeye ilişkin menfaati olarak tanımlar.⁸⁶ Buna göre özel yaşamın gizliliği, kişinin kendisine ilişkin doğru da olsa zarar verme tehlikesi taşıyan bilgileri gizlemeye yönelik menfaati ve “ekonomik bir davranış”dır. Öyle ki, birey bu ekonomik davranışını kendisine zarar verme tehlikesi taşımayan bilgileri bakımından özel yaşamının gizliliğini tamamen ortadan kaldırmak isteyecek şekilde kullanabilir. Zira günümüz ticaret hayatında bu bilgiler aslında kişinin birçok işlemini yapmasını olanaklı kılan, onu dışarıya karşı pazarlayan niteliktedir.⁸⁷

Mahremiyete dayanan bir başka kavramlaştırma da Parent tarafından yapılmıştır. Buna göre özel yaşamın gizliliği, kişinin kendisine ait kayıt altına alınmamış bilgilerin başkaları tarafından ele geçirilmemiş olma durumunu ifade eder.⁸⁸ Bu menfi tanım, kişinin özel yaşamın gizliliğini, başkalarında bulunan bilgilerin azlığı kadar var sayar, dolayısıyla bir kişinin özel yaşamı, kayıt altına alınmamış bilgisi kadardır. Parent, kayıt altına alınmış olmayı da devlet tarafından kayıtlanmış ya da aleni olarak erişime açık olma olarak tanımlar. Örneğin gazete veya dergide yayımlanmış olma, duruşmada zikredilme, soruşturma veya kovuşturma dosyasında yer alma, kayıt altına alınmadır.⁸⁹

Bununla birlikte, mahremiyet üzerine kurulu bir kavramlaştırma da birçok açıdan yetersiz görülebilir. Öncelikle mahremiyeti ekonomik bir davranışa indirgemek özel yaşamın gizliliği hakkının insan onurundan ileri geldiği gerçeğini tamamen ortadan kaldıracak, insan hakları teorisine aykırı bir durum meydana getirecektir.⁹⁰ Ayrıca, özel yaşamın gizliliği, kontrolün yitirilmemiş olduğu bir alana kısıtlanırsa, bu kavram bir hak olmaktan uzaklaşır, zira artık bir haktan ziyade bir

⁸⁶ Posner, özel yaşamın gizliliğini bir hak olarak görmekte ise de, bu hakkı korumaya yönelik bir menfaatin varlığından söz eder. Posner, R.A., “Privacy, Surveillance, and Law”, University of Chicago Law Review, Vol. 75, 2008, s. 245.

⁸⁷ Bruyer, s. 562.

⁸⁸ Parent, William A., “Privacy, Morality and the Law”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 12, No. 4, 1983, s. 269.

⁸⁹ Moore, Evaluative Surveillance, s. 698.

⁹⁰ Bunun yanı sıra, mahremiyeti merkezine alan *Eisenstadt v. Baird* kararında da ileri sürüldüğü gibi, özel yaşamın gizliliği yalnızca devletten gizlenmek istenen bilgilerle de sınırlı değildir. Posner, s. 245.

durumdan bahsediliyor olur.⁹¹ Bir bilginin toplum veya devlet tarafından kayıtlanıp kayıtlanamaması da o an içerisinde bulunan bağlama, kültüre, teknolojik değişikliklere göre değişiklik gösterir⁹²; bu nedenle de özel yaşamın gizliliği gibi bir temel hakkın varlığına ilişkin yapılacak tespitlerde rol oynamaması gerekir. Kayıt altına alınmış olan bilgi her halükarda özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanabileceği gibi, kayıt altına alınmamış bir bilgi de bu korumadan yararlanabilecek nitelikte olmayabilir.

Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği yalnızca bir bilginin öğrenilmesi ile ilgili değildir. Bu durum bir örnekle açıklanabilir. Görme engelli bir kişi uyuyan birinin odasına girdiğinde ve onun elini tuttuğunda, uyuyan kişinin “yalnızca kendisine özgülediği ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümünden biri”, “herkes tarafından bilinmeyen ve ancak özel bir araştırma veya bilgi edinme yoluyla öğrenilebilecek hususları” veya “ilgisiz ya da utandırıcı gerçekleri” ortaya çıkmış olmaz. Böyle bir durumda bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen mahremiyeti ihlal edilmiş değildir. Benzer biçimde, kendisine ait kayıt altına alınmamış bilgilerin başkaları tarafından ele geçirilmesi de söz konusu değildir. Ancak açık bir biçimde söylenebilir ki, bu kişinin özel yaşamın gizliliğine ilişkin bir müdahale bulunmaktadır ve bu durum bir bilginin öğrenilmesi ile ilgili değildir. Dolayısıyla mahremiyete ve manevi varlığın korunmasına dayanan bu kavramlaştırmalar, özel yaşamın gizliliğini her yönüyle açıklamaya yeterli değildir.

Son olarak, özel yaşamın gizliliğini ihlal, yalnızca kişinin anonimlikten uzak tutma çabasında olduğu bilgi veya durumlarla sınırlı değildir. Kişi, bir bilgi veya durumu kendi rızası dahilinde aleni hâle getirme arzusunda olup da henüz böyle bir iradeyi hukuki olarak beyan edebilmiş olmayabilir, ancak buna yönelik müdahale de

⁹¹ Nitekim Parent da özel yaşamın gizliliğini bir hak olmaktan ziyade bir durum olarak kavramlaştırmaktadır. Oysaki hak teorisi, bir kişinin hakkın ödevlisine karşı bir şeyin yapılması için harekete geçme veya bir şeyin yapılmasının engellenmesi talebini bahşeder. Özel yaşamın gizliliği de tam olarak böyle bir koruma sağlamaya yöneliktir. Moore, Defining Privacy, s. 415.

⁹² Moore, Defining Privacy, s. 416.

bu hakkın ihlali sayılmalıdır. Ayrıca, ortaya çıkarılan ve esasen gizli tutulmak istenen bilginin mutlaka küçük düşürücü bir nitelikte olması gerekli değildir, zira günlük yaşantımızda meydana gelen olaylar veya sahip olduğumuz düşünce veya tutumlar tamamen zararsız nitelikte olsalar da özel yaşamımızı ilgilendirir.⁹³ Özel yaşamın gizliliği, şeref ve haysiyet varlığının ihlalinden farklı, bu ihlallerle sınırlı olmayan bir hakkı içerir.⁹⁴ Ortaya çıkan yaşam görünümü, bilgi veya durumun içeriğinden ve başkalarının bundan haberdar olmasından ziyade, içinde bulunduğu bağlam bu ihlalin belirleyici özelliğidir.

1.2.1.3. Birey özerkliği ve sınırlı erişim

Birey özerkliği, yukarıda bahsedildiği üzere özel yaşamın gizliliğine kaynaklık eden, bireyin kişiliğini oluşturmasını sağlayan, onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile ilişkili olarak yaşamı üzerinde sahip olduğu hakimiyeti ifade eder. Bireyin hayatını kimlerin, ne zaman ve hangi kapsamda algılayabileceği ve müdahale edebileceğine karar vermek ve başkalarının da söz konusu karara saygı göstermesini isteme talebi, bu özerklikten ileri gelir.⁹⁵

Buna göre birey, maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek istiyorsa, kendisi ve kendisinin seçtiği kişilerin paylaşacağı, devlet, toplum veya başka bireylerin müdahalesinden uzak, özerk bir alan tahsis etmelidir⁹⁶ ve bu özerklik kişiye kendisini tanımlama, ortaya koyma ve diğer tüm hak ve özgürlüklerinden yararlanma imkanı tanır.⁹⁷ Daha sonra özel yaşamın gizliliği hakkının kişilik hakkı

⁹³ Buna göre kişi zarar tehlikesi yaratmayan bilgi ve durumlara ilişkin de bir hakimiyete sahip olmalıdır. Zira seçici benlik sunumu tam da bu anlamda kişinin kendisini dış dünyaya kendi istediği gibi yansıtmasını, kendisine dair olumlu bilgileri de gizleme iradesine sahip olabileceğini ortaya koyar. Bruyer, s. 563; Solove, Taxonomy, 479.

⁹⁴ Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 207.

⁹⁵ Araslı, Oya, “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası’nda Düzenlenişi”, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1979, s. 6, 43; Gümüş, s. 153; Şen, s. 5.

⁹⁶ Gemalmaz, s. 996.

⁹⁷ Locke, John, “Of Identity and Diversity”, An Essay Concerning Human Understanding, 2. Kitap, London, Rivington, 1824, 27. Bölüm, para. 9; Aynı zamanda, bireyliğin özgürlük ve mahremiyetle olan ilişkisi modern devlet yapısı içinde mahremiyeti tüm özgürlüklerin kalbine koymuştur. Erdemli/Onur, s. 267.

ile iç içeliği incelenirken üzerinde durulacak olsa da, birey özerkliği, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kaynağı olarak, onun kendisini tanımlamasını sağlayan, kendisinde olması ve olmaması gerekeni belirleyebilmesine imkan tanıyan bir öz oluşturur. Kişi ancak kendisini tanımlayacak kararlar alıp kendisi üzerinde tecrübe elde ettiği müddetçe kişiliğini oluşturabilir, bunu ise ancak kendisine ait, bireyliğine müdahale edilmeyecek, kamunun tepkisinden uzak bir platformda gerçekleştirebilir; aksi hâlde sosyal bir standardı teyit etmekten öte geçemez.⁹⁸

Bu teoriye göre özel yaşamın gizliliği tam da bu nedenle birey özerkliğine dayanır. Bu hak, kişinin kendisini dış müdahaleden uzak bir biçimde gerçekleştirmesini ve inşa etmesini amaçlar; kişiye başkalarının sosyal, ekonomik, politik alanlarına saygı göstermesini talep etme hakkı verir.⁹⁹ Buna göre, batı demokrasilerinin merkezine aldığı birey özerkliği kavramı ile temellendirildiğinde bu hak, devletin, şirketlerin ve diğer bireylerin müdahalesinden uzak bir alan yaratır; dolayısıyla özerklik, egemenlik ve özel yaşamın gizliliği birbiriyle sıkı sıkıya ilişkilidir.¹⁰⁰

Birey özerkliği ve sınırlı erişim teorisini ileri sürenlerden Gavison ise her meşru özel yaşamın gizliliği talebinin üç boyutu olduğunu ifade eder: gizlilik, anonimlik ve yalnız başlılık (toplumdan çekilme). Gizlilik, kişinin yaşamını sınırlı bir çevre ile paylaşmasını; yalnız başlılık, kişinin toplumdan ve kendi çevresinden uzak bir biçimde tek başına yaşamını sürdürmesini; anonimlik ise kişinin tanımadığı bir başkasının kendisinin kim olduğunu bilmemesi, yaşamına dair herhangi bir parçayı toplumla kim olduğunun anlaşılmayacağı şekilde paylaşması anlamına gelir.¹⁰¹ Özel yaşamı gizliliğini ihlal için gizliliğe ve yalnız başlılığa yönelik bir müdahale olmalı, kişiye ait bir bilgi veya durum anonim hâle gelmelidir. Oysaki

⁹⁸ Bloustein, J. Edward, "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser", New York University Law Review, Vol. 39, No. 1, 1964, s. 1003.

⁹⁹ Bruyer, s. 561.

¹⁰⁰ Moore, Evaluative Surveillance, s. 699; Feinberg, Joel, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideas in the Constitution?", Notre Dame Law Review, Iss. 3, February 1983, s. 445.

¹⁰¹ Araslı, s. 10.

buna göre yapılacak bir kavramlaştırma, kişinin yalnız başına olmadığı yaşam alanlarında veya kendisiyle ilgili bilgi veya durum aleni olmasa dahi bir başkası tarafından öğrenildiğinde ona özel yaşamın gizliliği korumasını bahşetmez, bu nedenle hakkın kullanımını engeller.¹⁰²

1.2.1.4. Kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti

Özel yaşamın gizliliği, temel olarak kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti olarak da kavramlaştırılabilir.¹⁰³ Zira başkalarının kişiye dair bilgisi olmaması durumu ile yapılacak menfi bir tanım, hakkın öznesi olan bireyin bu hakkı kullanabilmesini engeller.¹⁰⁴ Fried’ın “kişinin kişisel bilgilerini kontrol edebilmesi” tanımı¹⁰⁵ ile ortaya çıkan bu teori, daha sonra kendisini genel kabul gören Westin’in tanımında da göstermiş; özel yaşamın gizliliği, kişinin kendisine dair bilginin kimler tarafından, ne zaman, ne ölçüde algılanabileceğini belirleme şeklinde tanımlanarak¹⁰⁶ birey özerkliği teorisi ile kesişmiştir.¹⁰⁷ Nitekim birey özerkliği de esasen kişinin kendisi üzerindeki hakimiyetini, kendisini dilediği gibi gerçekleştirme özgürlüğünü merkezine alır.

Kişinin kendisi üzerindeki hakimiyeti, bu teoride kişinin kendisine dair bilgiler üzerindeki hakimiyeti olarak görünüm bulur. Bu teoriye Inness ve Parker de kendi tanımlamalarıyla katkı sağlamıştır. Inness, özel yaşamın gizliliğini “gizli¹⁰⁸ erişim, bilgi ve eylemlere ilişkin gizli düşüncelerin meydana getirdiği düşünsel saha

¹⁰² Bruyer, s. 561.

¹⁰³ Burada kişisel veri kavramı yerine kişisel bilgi kavramının kullanılmasının sebebi, ileride üzerinde durulacak olan kişisel veri tanımının henüz yapılmamış ve kişisel bilgilerin bu tanımdan bağımsız bir nitelikte olmasıdır.

¹⁰⁴ Bruyer, s. 564.

¹⁰⁵ Fried, Charles, “Privacy”, Yale Law Journal, Vol. 77, No. 3, 1968, s. 482.

¹⁰⁶ Westin, Alan, Privacy and Freedom, New York: Atheneum, 1968; Korkmaz, s. 101, Hughes, s. 533’dan naklen; Gümüş, s. 153; Bruyer, s. 564; Moore, Defining Privacy, s. 412.

¹⁰⁷ Bu aynı zamanda OECD’nin veri koruma ilkelerine de benzer bir tanım sunmaktadır. OECD, üye devletlerin veri koruma düzenlemelerinin sekiz ilkeye uygunluğunu arar: veri toplamanın sınırlılığı, verilerin nitelikliliği, amacın özgülmesi, kullanımın sınırlanması, güvenlik önlemleri, açıklık, bireyin katılımı ve hesap verilebilirlik. Hughes, s. 533.

¹⁰⁸ Bu durumda “gizli” ifadesi, yazarın orijinal metinde kullandığı *intimate* sözcüğüne uygun olacak şekilde, “samimi, kişinin kendi iç dünyasıyla doğrudan alakalı olan” anlamıyla yorumlanmalıdır.

üzerinde hakimiyet sahibi olma durumu” olarak tanımlar.¹⁰⁹ Buna göre bu hak, bahsi geçen saha üzerindeki hakimiyette ifadesini bulur ve bu hakimiyetin kullanılması ile korunabilir. Benzer biçimde Parker, özel yaşamın gizliliğini “başkalarının kişiye ait çeşitli parçaların başkaları tarafından algılanabilmesi durumu üzerinde sahip olunan hakimiyet” olarak tanımlar.¹¹⁰ Burada başkalarının algılaması durumu görmeyi, duymayı, dokunmayı, koklamayı ya da tadılmayı ifade eder. Kişiyeye ait çeşitli parçalar ise vücut, ses veya vücudun ürettiği başkaca herhangi bir şeydir; bununla birlikte kişiyle mekansal olarak sıkı sıkıya ilişkili eşyayı da kapsar.¹¹¹

Buna göre, kişisel bilgiler özel kişilere veya devlete ancak kişinin rızası varsa iletilebilir ve bunun ertesinde kişisel verilerin korunması kapsamında kullanılacak anlamıyla işlenebilir. Kişi, yaşamına dair her türlü bilginin ilk kez olduğu tek kaynaktır ve kendi rızası ile bu bilgiyi dışarıya aktarmadığı sürece özel yaşamında gizli kalacaktır. Kişi, kendisine dair olan her bilgiyi; bedenini, iç dünyasını, bu dünyanın dışı yansıma biçimlerini, bulunduğu mekanı ilk kaynak olarak kullanmaya muktedirdir ve geri kalan herkes, kişiye dair her türlü bilgiyi ancak onun kendi hakimiyetini kullanarak dışarıya sunduğu ve kullanımına izin verdiği ölçüde algılayabilir.¹¹²

Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti olarak kavramlaştırılırsa, bu hakimiyetin hiç olmadığı bir alan üzerinde, beden ve zihnin gizliliği korunamayabilir. Nitekim bilişim toplumunda yaşayan bir kişinin kendisine dair bilgilerin hakimi olduğu iddasında bulunması mümkün değildir.¹¹³ Ayrıca, kişi elbette kendisine dair her türlü bilgi üzerinde hakimiyete sahip olmasa da, bu bilgilerin tamamı özel yaşamın gizliliği ile ilgili olmayabilir. Kaynağı her ne olursa olsun kişi hakkında öğrenilen her bilgi, örneğin kişinin kamuya açık ve kimliği belirlenebilir şekilde kendi rızasıyla dışarıya sunmuş olduğu

¹⁰⁹ Inness, Julie, *Privacy, Intimacy, and Isolation*, New York: Oxford University Press, 1992, s. 140.

¹¹⁰ Parker, Richard B., “A Definition of Privacy”, *Rutgers Law Review*, Vol. 27, Iss. 2, 1974, s. 281.

¹¹¹ Parker, s. 281; Moore, *Defining Privacy*, s. 420.

¹¹² Moore, *Defining Privacy*, s. 420.

¹¹³ Gerety, Tom, “Redefining Privacy”, *Harvard Civil Liberties Law Review*, Vol. 12, No. 2, 1977, s. 263.

bir beyanı, kendisine dair bu bilgi üzerindeki hakimiyetinden bahisle özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanamaz.¹¹⁴ Benzer biçimde, kişinin hakimiyeti üzerinden bir tanımlama yapılacak olursa, bu hakimiyetin kaybedilmesinin bu hakkın ihlal edilmesi anlamına geleceği de söylenemez, zira sadece hakimiyetin kaybedilmiş olmasının hakkın mutlaka ihlal edilmiş olduğu anlamına gelmez.¹¹⁵

Katılmadığımız bir eleştiri ise özel yaşamın gizliliğinin bilginin kendisinin ele geçirilmiş olmasıyla değil, ele geçirildikten sonra kullanılma biçimiyle ihlal edildiğini ifade eder. Buna göre kişi kendisine dair bilgilere hakim olmakla özel yaşamın gizliliğini koruyabilmiş olmaz, bu hak ancak ihlal ortaya çıktıktan sonra ileri sürülecek taleplere yönelik bir araç işlevi görür. Hunt'ın "röntgenci" örneğinde partnerinin haberi olmadan onun giyinme odasında soyunmasını gizlice izleyen kişi aslında partnerinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmiş olur, zira daha önce o kişiyi çıplak görmüş olması, o an kişinin bedeninin çıplaklığına rıza göstereceği anlamına elbette gelmez. Ancak Hughes, kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyetini çoktan kaybettiğini, bu nedenle bu bilginin başka bir bağlamda tekrar ele geçirilmiş olmasını tek başına ihlal olarak yorumlamaz ve isabetsiz bir biçimde ihlale maruz kalanın bir hak ihlaline uğrayıp uğramadığının bu bilginin kullanılma biçimine göre tespit edilebileceğini iddia eder.¹¹⁶ Oysaki özel yaşamın gizliliği kapsamındaki bir bilgi sadece ele geçirilmiş olmakla da ihlale yol açar, bu durum bu bilginin kullanılarak ihlal edilecek başkaca haklardan bağımsızdır. Ayrıca, hukuk düzeni bir hakkı yalnızca ihlalin tespit edilebildiği ölçüde ve maruz kalanın bundan ötürü bir zarar görmesi şartına bağlı olarak tanımaz; aksi hâlde örneğin bir kişi öldürme suçunu işlediğinde bu suçtan hiçbir şekilde haberdar olunamamış olması, yaşam hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmasını gerektirirdi.

¹¹⁴ Bruyer, s. 565.

¹¹⁵ Bununla birlikte, böyle bir durumda özel yaşamın gizliliği hakkını değil ancak özel yaşamın gizliliği *durumunun* kaybedildiği söylenebilir. Moore, Defining Privacy, s. 417, 418.

¹¹⁶ Hunt, Chris D.L., "Conceptualizing Privacy and Elucidating Its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada's Fledgling Privacy Tort", Queens Law Journal, Vol. 37, 2012, s. 167; Hughes, s. 534.

Bununla birlikte, Hughes'un kişiye dair bilgiler üzerindeki hakimiyete dayanan kavramlaştırması, zamansız (zamandan mücerret) ancak eksik bir teoridir. Bu teoriye göre özel yaşamın gizliliği, en başta kişiye dair bilgilere dayanır. Nitekim mekansal bir gizlilik, örneğin eviçinde, banyoda, bilgisayarda meydana gelen bir olay da bu olayın bilgiye dönüştürülmesi ve kullanılması ile gizlenmek istenir hâle gelir; dolayısıyla mekana bağlı bir gizlilik yoktur, bir bilgiye ve bu bilginin niteliğine bağlı bir gizlilik vardır.¹¹⁷ Ayrıca, yazara göre özel yaşamın gizliliği iddiası, bahsi geçen bilginin kişiye zarar verme tehlikesi taşıması hâlinde gündeme gelebilir ve bu zarar tehlikesi ya da zarar kimi hâllerde meşrudur. Dolayısıyla, Hughes'a göre özel yaşamın gizliliği talebi üç şartın varlığına bağlıdır: kişiye dair bir bilginin varlığı, bu bilginin kullanılmasının zarar tehlikesi yaratması ve hukukun bu ihlale cevaz vermemesi. Her ihlal iddiası, öncelikle subjektif bir testten geçer, yani zarar veya zarar tehlikesi olup olmadığının tespiti gerekir; sonra ise objektif bir testten geçer, yani bu ihlalin meşru olup olmadığı tespit edilir. Oysaki, özel yaşamın gizliliği sadece kişiye dair bir bilgiye ilişkin olmayabileceği gibi, bir bilginin sadece ele geçirilmiş olması da ihlale sebep olur, bu bilginin kişiye zarar verme tehlikesi taşıması gerekmez. Aynı zamanda, hukuka uygunluk her türlü hak ihlalinin tartışılması gereken bir boyutudur ve tek başına özel yaşamın gizliliği ile bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Son olarak, bu teoriye getirilen en temel eleştiri, özel yaşamın gizliliğinin kişiye dair bilgilerle sınırlandırılmasının bu hakkın özünü ortaya koymanın ve hakimiyetin tanımlanmasını zorlaştıracığıdır. Gerçekten de, kişi, özel yaşamında gizlemek istediği dünyasını sadece kendisine dair bilgilerle sınırlamaz; birtakım durum veya olgular da bu gizlilikten yararlanmalıdır. Örneğin yukarıda bahsedilen "röntgenci" örneğinde kişinin soyunması durumu bir bilgiye dönüşüp kullanılmadan da özel yaşamın gizliliğine ilişkindir. Benzer biçimde kişinin tek başına kaynaklık etmediği bilgi ve durumlar da hakimiyetin tanımlanmasında güçlük çıkarır.¹¹⁸

¹¹⁷ Örneğin kişinin Facebook üzerinden yaptığı paylaşım veya bu kişinin Facebook profili değil, bu paylaşımın yer alan içerik, bağlamına bağlı olarak gizlidir. Hughes, s. 535.

¹¹⁸ Bruyer, s. 565.

Örneğin evlilik kararı ebeveynlerin her ikisinin düşünsel katılımıyla verilmişse, bu bilgi birisi için gizli tutulmak istenirken diğeri için istenmeyebilir; bu durumda evli olunması kişinin tek başına hakimi olduğu bir bilgi olmadığı için özel yaşamın gizliliğinden yararlanmayabilir. Bu nedenle, özel yaşamın gizliliğini sadece kişiye dair bilgi ve durumlar ve bunlar üzerindeki hakimiyetle tanımlamak yetersizdir.

1.2.1.5. Üç alan teorisi

Üzerinde durulacak son teori, özellikle Kıta Avrupasında kabul edilen, özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmak için sıklıkla başvurulmuş ve pedagojik açıdan kolay anlaşılabilir bir niteliğe sahip üç alan teorisidir. Bu teori, insan yaşamını üç alana böler: kamuya açık alan (*la vie publique*), özel alan (*la vie privée*) ve gizlilik alanı (*la vie intime*).¹¹⁹ Burada alan ile ifade edilmek istenen, mekansal bir kavram değil, yaşamın belli yönlerini içeren bir parçasıdır.¹²⁰

İnsan, yaşamında kendi başına kalmadığı her zaman başka şeyler veya kişilerle ilişki içerisinde. Günlük yaşamda yapılan her işlem veya eylem, hukuk dünyasında yerini bulduğu gibi, sosyal olarak da yerini bulur. Örneğin kişi arkadaşlarıyla buluşur, alışverişe gider, toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılır, hastaneyi ziyaret eder ve tüm bunları yapmakla sayısı belirli veya belirsiz birçok kişiyle aynı bağlam içerisinde yaşamını paylaşmış olur.¹²¹ Bununla birlikte, kimse yaşamında kendi başına yaşadığı veya bir başkasıyla paylaştığı her anın bilinmesini veya her olay veya durumun algılanmasını istemez. Dolayısıyla bir kişinin yaşamının hangi parçalarının, kimler tarafından ve ne ölçüde algılanabileceğine karar verirken üçlü bir ayrım yapmak gerekir.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 132-144; Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2017, s. 465-467; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan, Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 135, 136; Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 187-194; İmre, s. 150; Moore, Evaluative Surveillance, s. 698; Dursun, s. 205, 206; Aktaş, s. 48-50; Çetinkaya, s. 5-7.

¹²⁰ Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği ileride bahsedileceği üzere Kanada öğretisinde bedensel, mekansal ve verisel olarak da incelenmiştir.

¹²¹ Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları, s. 132.

Bu teoriye göre, kişinin kamuya açık alanı, kimliği ve sayısı belirsiz kişilerce algılanmasına izin verdiği bilgi ve durumları ifade eder. Bu yaşam alanında kişi, yaşam olaylarını veya durumlarını herkesin görmesine, bilmesine, duymasına, dokunmasına açık tutmuştur, zira aksi mümkün değildir.¹²² Böylesine bir olay veya durum, kimse algılamamış olsa dahi kamuya açık olmaktan çıkmaz.¹²³ Benzer biçimde, kamuya açıklığı bazen yaşanan olay veya durumun niteliği yaratır¹²⁴; örneğin kişi sokakta yürürken veya toplu taşıma kullanırken görülmemek isteyemez. Bazen ise kişi yaşamına kendisi aleniyet kazandırır¹²⁵; örneğin Facebook, Twitter veya Instagram gibi sosyal medyadaki herkese açık profilinden yaptığı paylaşım, bir televizyon programına katılmak, herkesin katılımına açık bir konferansta sunum yapmak kamuya açık bir alan oluşturur. Kamuya açık alan, özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilmez ve dolayısıyla bu alanda yer alan bilgi ve durumların algılanması özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmez. Bununla birlikte önemle değinmek gerekir ki, kişinin kamuya açık alanına girmekle birlikte geçmişte kalmış olan, güncelliğini yitirdiği hâlde sonradan bir şekilde ortaya çıkan ve kişiyi rahatsız edici, utandırıcı, küçük düşürücü niteliği bulunan bilgi veya durumlar da özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunmalıdır.¹²⁶

Özel alan ise, kamuya açık olmayan, kişiye yakın bulunan ve kişinin yaşamından belli parçaları paylaştığı kişilerin algılayabildiği bilgi ve durumları ifade eder. Kişinin çalıştığı işyerindeki, eviçi yaşamını paylaştığı, sürekli olarak romantik veya cinsel ilişkide bulunduğu kişiler gibi onun yaşam olaylarına tanıklık edenler, özel alanda yer alır. Buna göre, kişinin özel alanı, kimliği ve sayısı belirsiz kişilerce bilinmez, kişi özel yaşam alanını paylaştığı kişilerin kimliği ve sayısını kontrol

¹²² Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk/Giriş ve Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1992, s. 395.

¹²³ Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları, s. 132.

¹²⁴ Moore, Evaluative Surveillance, s. 698.

¹²⁵ Dural/ Ögüz, s. 135; Dursun, s. 206.

¹²⁶ Dural/ Ögüz, s. 136; Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları, s. 141.

edemese dahi bilir; nitekim bu kişiler kişiye yakından bağlıdır.¹²⁷ Özel alana örnek olarak arkadaşlar, akrabalar ve iş arkadaşları gibi kişilerle paylaşılanlar, kişinin yalnızca belli kişilerin erişimini kabul ettiği Facebook, Twitter veya Instagram gibi sosyal medya paylaşımları verilebilir. Özel alan, özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına girer ve bu korumadan yararlanır.

Son olarak gizlilik alanı, kişinin yalnızca kendisine ve güvendiği kişilere saklı tuttuğu yaşam alanıdır, bu bilgi ve durumları başkaca kimsenin algılamamasını ister.¹²⁸ Dolayısıyla kişi gizlilik alanını kendi iradesi ile yaratır ve en başta bu yönüyle özel alandan ayrılır. Örneğin kişinin e-mail, sosyal medya veya WhatsApp üzerinden yaptığı özel yazışmalar, banka hesap bilgileri, cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, felsefi veya siyasi görüşleri, eviçi yaşamı gibi bilgi ve durumlar gizlilik alanına girer; buna göre kişi bu bilgileri kural olarak yalnızca kendisine saklamıştır ancak güvendiği kişilerle de paylaşabilir.

Gizlilik alanı, hem subjektif hem de objektif olarak kişi tarafından yaratılmış olmalıdır ve bu iki şart kümülatiftir. Gizlilik alanının objektifliğinden söz ederken, herkes tarafından izlenmiyor ve bilinmiyor olma şartı aranır. Buna göre söz konusu bilgi ve durumlar ne kimliği ve sayısı belirsiz kişilerce ne de kişinin özel alanını paylaştığı ve onun yakınında bulunan kişilerce biliniyor olmalıdır, dolayısıyla gizlilik alanının objektifliği, bilgi ve durumların sadece kişinin kendisine ve güvendiği kişilere açık olması durumunu ifade eder.¹²⁹

Subjektif şart ise kişinin gizlilik alanında yer alan bir bilgi veya durumu saklı tutma iradesini ifade eder. Bu irade, kişinin açık beyanlarından (*expressis verbis*)

¹²⁷ Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırılar, s. 135; Kılıçoğlu, s. 308, 309; Dural/ Ögüz, s. 136; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 188-194; Tandoğan, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 1963, s. 26.

¹²⁸ Kılıçoğlu, s. 137; Serozan, s. 467; Dural/ Ögüz, s. 136; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 187, 188; Çetinkaya, s. 6.

¹²⁹ Bununla birlikte, Kılıçoğlu’nun kişinin başta gizlilik alanında olan bir bilgi veya durumun sahibinin iradesi dışında öğrenilmiş olması durumunda bu bilgi veya durumun artık gizlilik alanından çıktığı yorumuna katılmak mümkün görülmemektedir. Zira sahibinin iradesi dışında gizlilik alanından çıkmış olan bir bilgi veya durum, ancak hâla gizlilik alanında olduğu varsayılarak korunabilir; aksi takdirde kamuya açık alanda yer aldığı kabul edilir ve özel yaşamın gizliliği korunamamış olur. Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırılar, s. 139, 140.

anlaşılabileceği gibi, zımnî bir irade beyanı oluşturan durum veya davranışlardan da anlaşılabilir. Zımnî bir irade beyanının olup olmadığı ise dürüstlük ilkesine ve hayatın olağan akışına göre belirlenebilir. Buna göre kişinin öğrenilmesini istemediği bilgi veya durumlara maddi engeller koyması; örneğin kapı, çit, duvar çekmesi, alçak sesle konuşması, telefonuna parola koyması, gizlilik iradesini açıklar. Benzer biçimde, yaşam tecrübeleri veya kişinin bir menfaatinin tehlikede olması gibi durumlar da gizlilik iradesinin varlığına işarettir. Örneğin bilgi veya durumun kişinin eviçi yaşamına ilişkin olması, banyo kapısının açık olması, kişinin ticari sırlarının bulunduğu dosyalar, meslek yaşamındaki başarısızlıkları bu niteliktedir.¹³⁰

Bir bilgi veya durumun gizlilik alanına mı yoksa özel alana mı girdiği konusunda belirsizlik varsa, bu bilgi veya durumu bilen kişilerin kimliğine ve sayısına bakılması, kişinin bu kişileri kendi iradesiyle sınırlı tutup tutamadığının tespit edilmesi gerekir.

Gizlilik alanı da özel alan gibi özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanır. Bu alanlara ilişkin bilgi veya durumların kişinin rızası dışında başkaca kişilerce öğrenilmesi, açıklanması, başkalarına iletilmesi veya başkaca kişilerin bu bilgi ve olayları kendilerinin öğrenmesi özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olur.¹³¹ Dolayısıyla bu teoriye göre kişinin kendisine sakladığı, sadece güvendiği kişilere açtığı ve ona iş, aile veya eviçi yaşamından ötürü yakın olan kişilerle paylaştığı bilgi ve durumlar, özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilir.

Bununla birlikte değinilmesi gerekir ki, özel alan ve gizlilik alanına ilişkin bu yaklaşım, özel yaşamın gizliliği hakkının yalnızca belli yaşam alanlarında gerçekleşen birtakım olaylar ve bu olayların birtakım kişilerce öğrenilmesi veya başkasına aktarılması üzerinden incelenmesine sebep olmakta, bu da bu hakkın gelişmelere göre korunmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim bu üç alanın birbiriyle kesiştiği, sınırların belirsizleştiği birçok durum bulunabilir; bu hâlde özel yaşamın gizliliğinden yararlanılıp yararlanılamayacağı da tartışmalı hâle gelir. Örneğin “kamuya mal olmuş kişiler,” sporcular, sanatçılar, politikacılar, özel veya hatta

¹³⁰ Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırılar, s. 143, 144.

¹³¹ Dural/ Ögüz, s. 137; Dursun, 206.

gizlilik alanlarında olsalar dahi özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanamayabilir.¹³²

Teknolojik gelişmeler ve değişen sosyal karşılaşma türleri de özel alan ile gizlilik alanı arasındaki çizginin belirsizleşmesine sebep olmuştur. Kişi her ne kadar kamuya açık alanında kimliği ve sayısı belirsiz kişilerin katıldığı bir etkinliğe, örneğin gösteri yürüyüşüne, tiyatro veya sinemaya gitse de, kamuya açık alanında meydana gelmiş bu olayın da başkaları tarafından bilinmesini istemiyor olabilir. Nitekim kişi kimi zaman kamuya açık bir alanda kendisini tanıyan kimsenin bulunmaması durumuna sığınarak birtakım şeyler yapıyor olabilir ancak bu eylemlerini kamuya açık olarak yapması, herkes tarafından bilinmesini istediği anlamına gelmez. Dolayısıyla bu teori de tek başına özel yaşamın gizliliği hakkının kavramlaştırılması için yeterli değildir.

1.2.2. Bu teorilerin değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, özel yaşamın gizliliği kavramı birçok tanımlama ve kavramlaştırma çabası ile belli sınırlar içerisine oturtulmaya, hukuki olarak kuramsal bir temele dayandırılmaya çalışılmış, her teori birbiri ile belli yönlerde kesişmiş, belli yönlerde ayrılmıştır.

Kanaatimizce, özel yaşamın gizliliği hakkı her halükarda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkından kaynağını alır. Zira özel yaşam felsefi ve sosyolojik olarak doğrudan demokrasiye ve totalitarizmin engellenmesine, insan onuruna ve bireyin öncelikliliğine dayanır, bu platformu oluşturmayı mümkün kılar. Dolayısıyla bu hakkı kişinin yalnız bırakılma hakkına veya sadece dışarıdan en az müdahale talebine yaslamak tek başına yeterli değildir, böyle bir kabul kişinin sosyal yaşam katmanlarını yok sayacaktır. Ayrıca, özel yaşamın gizliliği hiçbir zaman sadece “mahremiyet” veya öğrenilmiş olan bilgi veya durumun bir zarar tehlikesi yaratıyor olması ile sınırlandırılmaz, nitekim bu da bu hakkın özünü ortadan kaldırır

¹³² Yargıtay 4. HD, 10763/16320, 28.11.1974; Massachusetts Gezici Temyiz Mahkemesi, *Corliss v. E. W. Walker Co.*, 64 F. 280, 19.11.1894; *Berrak Tüzünataç Başvurusu*, 2014/20364, T. 05.10.2017, R.G. 14/11/2017-30240; aksi yönde verilmiş olan AİHM kararı için bkz. *Von Hannover v. Almanya*, 59320/00, 2004.

ve bu hakkı yalnızca belli bir haksız fiil veya suça ilişkin yaptırımında kullanılacak hukuki bir araç olmaktan öteye taşıyamaz. Benzer biçimde, kişi özel yaşamın gizliliği kapsamında sadece anonimlikten uzak olmayı arzulamaz, kimi zaman anonim olan bir bilginin öğrenilmesini veya kullanılmasını da istemeyebilir. Dolayısıyla, özel yaşamın gizliliği aynı zamanda kişinin kendisine dair bilgi ve durumlar üzerindeki hakimiyetini içermelidir, zira bu hakimiyet olmaksızın kişi kendisini dışarıya karşı sadece kendi iradesinin ortaya koyduğu kadar açma yeteneğini kaybeder; kişiliğini oluşturamaz.

Sonuç olarak, kişinin kendi iradesi olmaksızın dışarıya aktarılmış bir yaşam parçası, her halükarda özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanmalıdır. Bununla birlikte, kişinin kendisine dair bir yaşam parçasını dışarıya aktarma iradesi varsa, bu sefer de bu bilgi veya durumun “herkes” tarafından algılanmasını isteyip istemediğinin tespiti gerekir. Eğer kişinin iradesi söz konusu bilgi veya durumun “herkes” tarafından algılanmasına yönelikse ya da kişi yapacağı işlem veya eylemi aleniyet kazanmadan yapamayacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanamayacaktır. Ancak kişi böyle bir irade ortaya koymamışsa, kendisine dair algılanan her türlü bilgi ve durum artık özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanır. Bununla birlikte, çeşitli aleni bilgi veya durumların toplanması, bunların bir araya getirilmesi ve başka anlamlı bir sonuç elde edilmesi, yani *data mapping (profiling)* yapılması da, kişi aslında bu sonucu doğrudan aleni hâle getirmek iradesine sahip olmadığından, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali sayılmalıdır. Hangi bilgi ve durumların özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamı içinde değerlendirilebileceği ise daha sonra açıklanacaktır.

Ayrıca üzerinde durulması gerekir ki, aleni bir bilginin daha sonra kişinin korunan bir başka hak veya özgürlüğüne karşı kullanılması, o işlem veya eylemin niteliğine göre başkaca hüküm ve sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, kişinin bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılması hâlinde, bu toplantı ve gösteri yürüyüşünde görülmesi veya görüntülenmesi özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmez. Benzer biçimde, kişinin bu yürüyüşe katıldığı bilgisi daha sonra o kişinin istihdam edilmesine engel olursa, bu durumda özel yaşamın gizliliğini ihlalden değil,

ayrımcılıktan bahsedilir. Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanan bir bilgi ve duruma dayanarak yapılan ayrımcılık ise, hâla özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali anlamına gelecektir.

2. BİR HAK OLARAK ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

Hangi hak ve özgürlüklerin insan hakkı, temel hak veya kamu hürriyeti olduğu konusunda açık bir tanım birliğine varmak mümkün değilse de, özel yaşamın gizliliği bir insan hakkıdır. “Uygar toplumlarda devletin düzenlediği ve hukukun koruduğu hakların tümü”¹³³, “herkesin kendine düşeni yapması ve bunu yaparken iktidardan, çoğunluktan ve yerleşmiş törelerden çekinmemesi”¹³⁴, “Başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme”¹³⁵, “Hukuk düzeninin kişiye, menfaatlerinden yararlanmak için tanıdığı irade hakimiyeti”¹³⁶ gibi sayısız tanıma kavuşturulmaya çalışılmış olan kamu hürriyetleri ya da haklar, soyut bir kavram olmaktan çıkıp hukuki bir evrene taşınmış ve bu suretle bireyin topluma karşı bağımsız olmasını sağlamış, ona ait bir alan yaratmıştır.¹³⁷ Bununla birlikte, kamu hürriyetleri, özgürlükleri ve insan haklarını içine alabilecek kadar geniş bir kavram olsa da, bu iki kavram arasındaki ilişki bazı belirsizliklere sahiptir.

Bu nedenle öncelikli olarak neyin özgürlük, neyin insan hakkı olduğu tartışılmalıdır. Özgürlüğün de insan hakkının da pozitivist bir yaklaşıma başvurmaya gerek duymadan, değerler alanında bir yeri ve hukukun dışında da bir anlamı olan kavramlar olduğu söylenebilir. Bir görüşe göre özgürlükler, bireyi özneleştirir ve onun bir şeyi yapma ya da yapmama konusundaki takdirini ifade eder. Buna göre birey, devlet ve diğer kişilerin müdahalesizliği ile bir şeyi yapmakta kural olarak kendi iradesi dışında başkaca bir iradeye tabi değilse, yani bağımsızsa, “özgür”dür.

¹³³ Colliard, Claude Albert, *Libertés Publiques*, Dalloz, 1972, s. 2, Akın, s. 260’tan naklen.

¹³⁴ Acton, John Emerich, *The History of Freedom and Other Essays*, Londra, 1907, s. 3, Akın, s. 260’tan naklen.

¹³⁵ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*), m. 4.

¹³⁶ Keyman, Selahattin/ Toroslu, Haluk, *Hukuka Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 144.

¹³⁷ Kaboğlu, s. 11.

Bir özgürlüğün kullanılması esnasında ya da kullanımına ilişkin bir uyumsuzlukta ise artık hukuki bir dayanak oluşturacak bir haktan bahsedilir. Dolayısıyla haklar, özgürlüklerin kullanımı için bireye aracılık eden, onun bir şeyi “yapabilmesi” için bir şeyi “istemesine” yarayan hukuki enstrümanlardır.¹³⁸

Öte yandan, insan hakları ifadesini sadece belli özgürlüklerin kullanımı için hukuki dayanak oluşturan basit bir tanıma indirgemek de mümkün değildir. Hak, kişilere hukuk düzeni tarafından tanınmış bir yetkiyi ifade edebilir¹³⁹ ancak her hak, insan hakkı olarak nitelendirilemez. Elbette her hakkın öznesi insandır¹⁴⁰ ancak bu durum, kişilerin kullandığı her hakkın insan hakkı olduğu sonucunu doğurmaz.¹⁴¹

¹³⁸ Kaboğlu, s. 12, 13; Kelsen de hak kavramını doğrudan reddetmekte, pozitivist bir yaklaşımla hukukun yalnızca yürürlükte olan hukuktan ibaret olduğunu, bireyin menfaatini bu normlara başvurmak suretiyle dolaylı olarak koruduğunu, hak kavramının normlarda öngörülen yaptırımların uygulanmasını talep etme yetkisinden ibaret olduğunu savunur. Keyman/ Toroslu, s. 144, 145; Hak kavramının kuramsal çerçevesi, hakkın irade ve menfaat kuramları ile açıklanması ve Hohfeld’in hakların kullanımına ilişkin analizi için bkz. Wacks, Raymond, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 53-59.

¹³⁹ Hayek ise Kıta Avrupasında sıklıkla başvurulduğu üzere, hakkı hukuk düzeni tarafından korunan ve sahibine (öznesine) bu korunmadan yararlanma yetkisini veren fayda olarak tanımlamak yerine; hakkın her adil bireysel davranış sonucunda kişilere sağlanan bir güvence olduğunu ifade etmiştir. Hayek, A. Friedrich, Droit, Legislation et Liberté, Volume 2, Le Mirage de la Justice Sociale, Presses Universitaires de France, Paris, 1982, s. 84.

¹⁴⁰ Buradaki kullanımının dışında, hakların yalnızca insanlara ait olduğunu söylemek güncel yaklaşımlara ve hukukun “olması gereken”i işaret ettiği kabulüne aykırıdır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu gibi yetersiz ulusal düzenlemelere rağmen hayvanların da belli *sui generis* haklarının olduğunu, hak teorisine göre bir hakkın varlığı için o hakkın icrasının şart olmadığını kabul etmek gereklidir. Nitekim hayvanların tamamının bilinci olduğu güncel bilimsel kabuldür ve yaşam hakkı, işkence yasağı, cinsel taciz ve saldırıya karşı korunma gibi birçok hak, özgürlük veya hukuki korunmadan yararlanmalıdırlar. Hayvanların bilincinin varlığına ilişkin genel geçer kabul gören yaklaşımlar bkz. Francis Crick Memorial Conference, “Consciousness in Human and Non-Human Animals”, 07.11.2012, <http://fcmconference.org/#program>, S.E.T. 07.03.2019; Hakların menfaat kuramına göre varlığının icrasına bağlı olmadığına ilişkin bkz. Wacks, s. 54; Aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Aybay, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2017, s. 21-24. Bunun yanı sıra, 1990’ların sonundan bu yana yürütülen güncel hukuki tartışmalarda yapay zekaların (*artificial intelligence*, *AI*) da haklarının varlığı ileri sürülmektedir. Nitekim yapay zekalar, yazılımları gereği sahip oldukları algoritmalar ve Big Data ile, kendilerine verilen verileri işleyerek üslü (*exponential*) bir biçimde öğrenme ve sonuca varma yeteneğine sahiptir. Buna göre, yapay zekalar da insanlar gibi belli duygulara ve düşüncelere; dolayısıyla bir bilince sahip olabilir. Bilince sahip olma durumu da, klasik hukuk kurumlarına başvurulacak olursa fiil ehliyetine sahip olma durumunu ifade ettiğinden, hak ehliyetini de beraberinde getirmelidir. Buna göre yapay zekaların da haklara sahip olduğu kabul edilebilir. Yapay zekaların hukuki sorumluluklarına ilişkin yürütülen ilk tartışmalar için bkz. Gerstner, Maruerite E., “Liability Issues with Artificial Intelligence Software”, Santa Clara Law Review, Vol. 33, No. 1, 1993, s. 239-270; yapay zekaların fikri haklarına ilişkin güncel tartışmalar için bkz. Palace, Victor M. “What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law”, Florida Law Review, Vol. 71, No. 1, January 2019, pp. 217-242; Yapay zekaların insan hakları ile olan ilişkisine ilişkin bkz. Risse, Mathias, “Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda”, Carr Center for Human Rights Policy Harvard Kennedy School, 2018.

¹⁴¹ İnsan hakkı kavramının yanıltıcı genişliği ve darlığı için bkz. Aybay, s. 9-11.

Örneğin ayıba karşı tekeffül borcunda temerrüde düşen borçlu karşısında alacaklının sahip olduğu, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı bir insan hakları meselesi değildir. Buna göre kişilerin sahip olduğu hakların bir kısmı insan hakkıdır, bir kısmı ise bu sınıflandırmaya girmeyen haklardandır.

Öyleyse özel yaşamın gizliliği, bir insan hakkı olarak nitelendirilirken, diğer haklardan ayrılan bir özelliğe sahiptir. Bu özelliğin ne olduğu, insan haklarının nasıl ortaya çıktığı sorusunun cevaplanmasıyla kısaca ortaya konulabilir. Buna göre insan hakları, can güvenliği, konut dokunulmazlığı, *habeas corpus* gibi haklardan başlayarak çeşitli paktlarda, yasalarda ve nihayetinde anayasalarda yer almaya; 1. Dünya Savaşı ve 2. Dünya Savaşı sonrasında ise uluslararası camia tarafından çeşitli düzenlemeler getirilmeye başlandıkça ortaya çıkmış, genişlemiş ve çeşitlenmiştir.¹⁴² Nitekim, insan haklarının evrensel niteliği, uluslararası camianın bu hakların ortaya çıkışı ve ne ifade ettiği konusundaki uzlaşısına ve etkin uygulayıcılığına bağlı görülebilir. Vestfalyan düzenin, egemen eşitler arasındaki uluslararası ilişkilerin ve politikanın belirleyicisi olmaya ve bunları değiştirmeye başlayan insan hakları¹⁴³, 2000’de gerçekleştirilen Milenyum Zirvesi’nden sonra yayımlamış olduğu raporda BM Genel Sekreteri Kofi Annan’ın da ifade ettiği gibi¹⁴⁴, “globalizasyonun zorluklarının” da öznesi olmaya başlamış, bu durum insan haklarının dayandığı temelin uluslararası kabul olduğunu gösterdiği kadar, bu iki kavram arasındaki ilintiyi de göstermiştir.

Sonuç olarak, her ne kadar pozitivist ve insan haklarının değerini sınırlandırma riskini taşıyan bir yaklaşım olsa da, pragmatik bir yaklaşım olarak hangi hakların insan hakkı olduğu da bu düzenlemelerde yer alan hakların hangileri

¹⁴² Aybay, s. 73, 74.

¹⁴³ Alaei, Mostafa, "Globalization and the Universality of Human Rights (A Critical Glance over the Western Approach)", *International Studies Journal*, Vol. 3, No. 3, Winter 2007, s. 96-98.

¹⁴⁴ Annan, Kofi, *We the People: The Role of the United Nations in the 21st Century*, United Nations Department of Public Information, New York, 2000, s. 9-17.

olduğuna bakılarak tespit edilebilir niteliktedir.¹⁴⁵ Buna göre, özel yaşamın gizliliği de, anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenmekle bir insan hakkı niteliğini taşımaktadır. Aşağıda hem bu belgeler hem de Türk iç hukukunda özel yaşamın gizliliğine dair getirilmiş olan düzenlemeler incelenecektir.

2.1. Genel Olarak Özel Yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

2.1.1. Özel yaşamın gizliliğine ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri

Uluslararası hukuk düzenlemeleri, özel yaşamın gizliliğine bir insan hakkı olma niteliğini kazandırmanın yanı sıra, aynı zamanda Türk hukuku bakımından uygulanabilir ve bağlayıcı olması nedeniyle de incelenmelidir.

Uluslararası sözleşmelerin uygun bulunmasına ilişkin AY md. 90/son hükmüne 7 Mayıs 2004'te 5170 sayılı kanun ile eklenen cümleye göre, “usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Bu maddenin gerekçesi uyarınca, bu hükmün “uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hâlinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla” eklendiği açıkça ortadadır.¹⁴⁶

Bu durumda, insan haklarından olan özel yaşamın gizliliği incelenirken, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin incelenmesi

¹⁴⁵ Bununla birlikte bir başka görüş, insan haklarından söz etmek için ulusal düzenlemelerin yeterli olmadığını, uluslararası düzenlemelerin ve bu hakların ihlali hâlinde başvurulabilecek beş düzeyli bir uluslararası denetimin varlığının şart olduğunu savunmaktadır. Aybay, s. 69-71.

¹⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2008, s. 170, 171; Anayasanın 90. maddesine getirilen bu eklemeye ilişkin olarak “esas alınma” ve “çıkabilecek uyuşmazlıklar”dan ne anlaşılması gerektiği, bunun uygulamada yol açabileceği sorunlar ve çeşitli çözüm önerileri için bkz. Gerek, Şehnaz/ Aydın, Ali Rıza, “Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55, Kasım 2004, s. 226-238; Belgin, Derya, “Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S. 4, Güz 2008, s. 110-113.

gereklidir.¹⁴⁷ Nitekim ulusal düzenlemeler ile uluslararası sözleşmeler arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaktadır; dolayısıyla Türk hukukunda özel yaşamın gizliliğine ilişkin yer alan bir düzenleme ile Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşmenin bir hükmü çatışacak olursa, uyuşmazlığa uygulanacak olan ilgili uluslararası sözleşmenin ilgili hükmüdür.

Aşağıda yer alan uluslararası hukuk düzenlemeleri; ilk olarak bu belgelerin ortaya çıkışı, ikinci olarak bu belgelerde özel yaşamın gizliliği hakkının düzenlenişinin kısa tarihi ve hakkın düzenlemede kabul edilen son hâli, üçüncü olarak bu belgeler bakımından hakkın ne ifade ettiği, dördüncü olarak Türkiye'nin bu belgeleri kabul edişi ve son olarak bu belgelerde hak ihlallerine ilişkin izleme ve denetim mekanizmaları açılarından incelenecektir.

2.1.1.1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

1. Dünya Savaşı ve 2. Dünya Savaşı'nın meydana gelmesinden sonra totaliter devletlerin egemenlik kapasitelerinin bireyin tamamen yok olmasına varacak kadar büyük tehlikeler arz ettiğinin farkına varan uluslararası camia, insan haklarına ilişkin çeşitli belgeler kabul etme iradesini ortaya koymuş, devlet ile birey arasındaki ilişkilerin yalnızca ulusal anayasalarda düzenlenmesini yeterli bulmamaya ve kişiliği korumak için çeşitli düzenlemeleri gerekli görmeye başlamıştır.¹⁴⁸ Nitekim, klasik işgalci anlayışın iflas etmesiyle birlikte totalitarizm reddedilmeye başlanmış, uluslararası barışın korunabilmesi için ulus devlet anlayışı içerisinde her bir ulusun kendi iç barışını tesis etmesi, dolayısıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin hem ulusal hem de bunu pekiştirecek şekilde uluslararası düzlemde korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Çalışmanın sınırı Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası hukuk düzenlemeleri ile sınırlı olmakla birlikte, özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına ilişkin Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi), Afrika İnsan ve Halkaları Hakları Sözleşmesi gibi başkaca insan hakları metinleri de bulunmaktadır.

¹⁴⁸ Dural/ Ögüz, s. 99; Oğuzman/ Özer/ Oktay-Özdemir, s. 187.

¹⁴⁹ Gemalmaz, s. 8.

2.1.1.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Ortaya çıkan uluslararası hukuk düzenlemelerinde “özel yaşam” kavramı ilk kez 10 Aralık 1948 tarihinde, BM Genel Kurulu tarafından 217 A (III) sayılı “Uluslararası İnsan Hakları Manzumesi” başlıklı Karar içinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin (İHEB) 12. maddesinde yerini bulmuştur.¹⁵⁰ Öyle ki, bu kavram daha önce hiçbir devlet anayasasında kendi başına bir hak olarak açıkça düzenlenmemişken, bu belge ile pozitif hukuk dünyasına girmiştir.¹⁵¹ Elbette özel yaşamın gizliliğinin daha sonra ele alınacak olan çeşitli unsurları 2. Dünya Savaşı sonrasına kadar birçok devletin çeşitli iç hukuk düzenlemelerinde yerini almış ancak hiçbir anayasa özel yaşamın gizliliği hakkına genel bir koruma getirmemiştir.¹⁵²

Değiniilmesi gerekir ki insan hakları, ortaya çıkış biçimleri bakımından genellikle önce liberal devletlerin anayasalarında, bunun ardından artık yerleşmeye başlayan hak kültürü ve doğru zamanlama ile uluslararası belgelerde yerini almıştır. Özel yaşamın gizliliği hakkı ise diğer tüm insan haklarının izlediği bu gidişatın dışına çıkmış, ayrıksı bir tarihe sahiptir.¹⁵³ Bunun sebebi ise yukarıda açıklandığı üzere özel yaşamın gizliliğinin üzerinde uzlaşılabilmiş tek bir kavramsal temelinin olmayışı, rekabet içinde olan birçok farklı görüşün bu hakkın kapsamı ve uygulanabilirliğini bulandırmasıdır.

¹⁵⁰ Erdemli/ Onur, s. 301; Polater, Yusuf Ziya, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, 2009, s. 8; Gemalmaz, s. 57; Diggelmann, Olivia/ Cleis, Maria Nicole, “How the Right to Privacy Became a Human Right”, Human Rights Law Review, No. 14, Temmuz 2014, s. 441; Aybay, s. 53.

¹⁵¹ Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Documented Outline, 11 June 1947, E/CN.4/AC.1/3/Add.1, s. 78–94; Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, İHEB’in kabul edilmesinden önce çok az devlet birey özerkliği, kişilik ve insan onurunu koruyan hukuki düzenlemelere sahipti. Örneğin Şili, “Kişinin Hak ve Ödevlerine İlişkin Uluslararası Bildirge Taslağı”nda kişi özgürlüğü kapsamında konut dokunulmazlığının, kişiliğin ve kişinin yazışmalarının korunacağına ilişkin bir hüküm öngörerek; Panama ise “Temel Haklar Bildirgesi”nde kişiliğin, konutun, şeref ve saygınlığın, faaliyetlerin ve mülkiyetin makul olmayan müdahalelerden korunacağına ilişkin bir hüküm öngörerek özel yaşamın gizliliği hakkını diğer devletlerden önce iç hukuklarında düzenlemişlerdi. Diggelmann/ Cleis, s. 448.

¹⁵² Diggelmann/ Cleis, s. 441, 442.

¹⁵³ Gemalmaz, s. 202; Diggelmann/ Cleis, s. 442; Mulunch, Yitages Alamaw, "The Relevance of the Universal Declaration of Human Rights Today: Appraisal Based on Its Significance and Some Contemporary World Realities," Jimma University Journal of Law, Vol. 3, No. 1, October 2010, s. 119-125.

Öncelikle, özel yaşamın gizliliği hakkının İHEB’de yerini almasının kısa tarihi ve İHEB’e ilişkin *travaux préparatoires*¹⁵⁴ (hazırlık çalışmaları) incelenecek olursa, bu hakkın İHEB’e göre ne ifade ettiği ve kendisinden sonra ortaya çıkan insan hakları belgelerine neden kaynaklık ettiği ortaya konulabilir. John P. Humphrey tarafından hazırlanan Sekreteryâ Çizelgesi’nde henüz Hazırlık Komitesi taslağı hazırlamaya başlamamışken dahi özel yaşamın gizliliği hakkı “Kimse keyfî arama veya alıkoymaya; kişisel, eviçi ve aile ilişkilerine; şeref ve saygınlığına, mahremiyetine, faaliyetlerine veya özel mülkiyetine yönelik makul olmayan müdahalelere maruz bırakılamaz” hükmü ile yer alıyordu.¹⁵⁵ Bu hâliyle oldukça geniş bir kapsama sahip olan özel yaşamın gizliliği hakkı, taslağın hazırlanması için yapılan sonraki çalışmalarda çok fazla değişime uğradı.

Daha sonra René Cassin tarafından hazırlanan ilk İHEB taslağında özel yaşamın gizliliği hakkı şemsiye bir kavram olarak kabul edilmiş, “mahremiyet” kavramı yerine özel yaşam kavramı kullanılmaya başlanmıştı. Bu ilk taslakta yer alan düzenleme “Özel yaşam, eviçi yaşam, kişinin yazışmaları ile şeref ve saygınlığı dokunulmazdır ve hukuk tarafından korunur” şeklindeyken, revize edilmiş ikinci taslakta bu kavramlaştırma tamamen farklılaştırılarak daha da dar bir forma sokulmuş, özel yaşamın gizliliği hakkı “Eviçi yaşamın mahremiyeti, kişinin yazışmaları ile şeref ve saygınlığı hukuk tarafından korunur” şeklinde düzenlenmişti.¹⁵⁶ Görülebileceği üzere, hazırlanan taslakta önerilen çeşitli tanımlar, özel yaşamın gizliliği kavramını tek başına bir kavram olarak içermiyor, çalışma

¹⁵⁴ BM İnsan Hakları Komisyonu, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından bir belge taslağı hazırlama görevi verildiğinde, bu belgenin bağlayıcılığı ve uygulanabilirliği bakımından görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştı. Komisyonun birtakım üyeleri bu belgenin bağlayıcı ve uygulanabilir olmasını istediğinden bir konvansiyon yapılmasını talep ederken, diğerleri bir bildiri veya manifesto talep ediyor, daha az bağlayıcılık ve uygulanabilirlik talep ediyordu. Komisyon ise her ikisi (konvansiyon ve bildiri) için çalışmalara eş zamanlı olarak başladı. Bu amaçla, 1947’de (i) genel ilkeleri içerecek bir belge taslağı hazırlamak, (ii) hukuki olarak bağlayıcı ve kesin hükümleri içerecek bir başka belge taslağı hazırlamak ve (iii) yürürlüğe girme mekanizmalarının çerçevesini hazırlamak için üç farklı çalışma grubu oluşturulmuştu. Commission on Human Rights, 2nd Session, Summary Record of the 28th Meeting, 4 Aralık 1947, E/CN.4/SR/28; Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 1 Temmuz 1947, E/CN.4/21, s. 3.

¹⁵⁵ Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex A.

¹⁵⁶ Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex D, Annex F.

grubuna gönderilmeden önce bu hak hâla çeşitli unsurları sınırlı sayıda saymak suretiyle muğlak bir biçimde korunmaya çalışılıyordu.

Bunun ardından, Panama'nın önerisi ile çalışma grubunun Cassin'in hazırladığı taslağın üzerinden geçerek iki kez değiştirdiği bu hüküm, hâla özel yaşamın gizliliği kavramını içermemekteydi. Ancak son olarak İnsan Hakları Komisyonunun tamamen farklı bir yaklaşımla kaleme almasıyla, özel yaşamın gizliliği hakkı günümüzdeki hâlini almıştır.

Sonuç olarak, İHEB md. 12'de yer aldığı üzere şemsiye bir kavram olarak¹⁵⁷ özel yaşamın gizliliği hakkı "Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır" hükmü ile düzenlenmiştir. Benzer biçimde, İHEB md. 1, 2, 6 ve 16 da özel yaşamın gizliliği hakkı ile bağlantılı olarak uygulama alanı bulabilecek diğer hükümlerdir.

Türkiye, her ne kadar onaylanmış bir uluslararası sözleşme niteliğinde olmasa da, İHEB'in başlangıç bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerin tanıtılması ve yaygınlaştırması amacına uygun olarak Türkçe çevirisi ile birlikte 27 Mayıs 1949 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Benzer biçimde, 1961 Anayasasının hazırlanması sürecinde de İHEB'e çeşitli yollamalarda bulunulmuş, bu belge bir dayanak olarak ele alınmıştır.¹⁵⁸

İHEB, BM Genel Kurulunda kabul edilmiş olduğu için hukuki işlevi bakımından üye devletler için bağlayıcı bir nitelik taşımıyor olsa da; yol göstericilik ve tarihsel olarak üstlendiği rol bakımından oldukça işlevsel olmuş, daha sonra ortaya konulan ve bağlayıcılık özelliği taşıyan birçok anayasa, bildiri, karar, tavsiye gibi çeşitli insan hakları belgelerine dayanak oluşturmuştur.¹⁵⁹ Sonuç olarak İHEB md. 12, özel yaşam, aile, konut, haberleşme, şeref ve ad unsurları üzerinde

¹⁵⁷ Diggelmann/ Cleis, s. 447, 448.

¹⁵⁸ Aybay, s. 53, 54.

¹⁵⁹ Bununla birlikte, Bildirge'nin uluslararası kamu hukuku perspektifinden yapılacak titiz bir inceleme ile aslında *jus cogens* niteliği taşıyan birçok hakkı ele almakla bağlayıcılık özelliğini kuvvetlendirdiğini söylemek de mümkündür. Gemalmaz, s. 62; Kaboğlu, s. 117, 118.

şekillenmiş olan hükmü ile özel yaşamın gizliliği hakkını temel ancak eksik bir tanımlamaya kavuşturmuştur.

2.1.1.1.2. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

İHEB'in yol göstericiliği¹⁶⁰ ile daha sonra BM'de kabul edilen bir başka uluslararası belge, İkiz Sözleşmeler içinde yer alan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'dir (KSHS). Erken hazırlıklarına 1947'de BM İnsan Hakları Komisyonunun görevlendirdiği Sözleşme Hazırlama Komitesi ile başlanılan bu sözleşme, her ne kadar o esnada birinci ve ikinci kuşak haklara ilişkin iki ayrı sözleşme yapılması düşüncesi tam olarak kabul edilmemiş olsa da¹⁶¹, BM Genel Kurulunun 5 Şubat 1952'de kabul ettiği "İki Adet Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Taslağı Hazırlanması" başlıklı Karar¹⁶² ile oluşturulmaya başlanmıştır. 1966 yılına kadar süren çalışmalar sonucunda son hâline kavuşmuş olan bu Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı Karar ile kabul edilerek imzaya açılmış ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

KSHS md. 17'de düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkı da İHEB'in hazırlık sürecinde olduğu gibi Sözleşme Hazırlık Komitesi tarafından çeşitli öneri ve tasarlarda yer almış, hatta bir dönem taslaktan tamamen çıkarılmış, sonuç olarak ise Filipinler'in önerdiği hâliyle Genel Kurulun Üçüncü Komite'sine sunulmuş ve bu öneride yer alan tanım sözleşmenin kabul edilen son metninde yerini almıştır.¹⁶³

Buna göre, "mahremiyet hakkı" başlığını taşıyan ve iki fıkradan oluşan Sözleşme maddesi, "1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya

¹⁶⁰ Kabul edilişinin 60. yıldönümünde İHEB'in temel aldığı insan hakları anlayışının güncel gelişmelerle nasıl değiştiği, "pazarlama dostu insan hakları anlayışı"nın ortaya çıkışı, insan hakları merkezli sivil toplum mücadelelerinin günümüz açısından ne ifade ettiği; bununla birlikte CEDAW gibi uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesinin hâla İHEB'in işaret ettiği insan onuru merkezli bir yaklaşım sunduğuna ilişkin bkz. Baxi, Upendra, "Does Life Indeed Begin at Sixty - Revisiting the UDHR as a Single Garment of Destiny in a Hyperglobalizing World," Emory International Law Review, Vol. 23, No. 1, 2009, s. 30-37.

¹⁶¹ Gemalmaz, s. 227.

¹⁶² UN General Assembly Resolution 543 (IV), "Preparation of Two Draft International Covenants on Human Rights", 375th plenary meeting, 5 Şubat 1952.

¹⁶³ Diggelmann/ Cleis, s. 450, 451.

haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir" şeklindedir. Görülebileceği üzere, KSHS, özel yaşamın gizliliği hakkını "mahremiyet" kavramı ile açıklamış, İHEB'de yer alan özel yaşam, aile yaşamı, konut, haberleşme, şeref ve saygınlık gibi unsurlara yer vererek temel ancak eksik bir tanımlamaya yer vermiş, her halükarda, bu hüküm ile özel yaşamın gizliliğine hukuki bir koruma getirilmiştir. Benzer biçimde, md. 3 (cinsiyet eşitliği), md. 16 (kişi olarak tanınma hakkı), md. 26 (hukuk önünde eşitlik) de özel yaşamın gizliliği hakkı ile bağlantılı olarak uygulama alanı bulabilecek diğer hükümlerdir.

Türkiye, KSHS'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı uygun bulma kanunu ile kabul etmiş; Sözleşme gereği depo edildiği tarihten itibaren üç ay sonra, yani 15 Aralık 2003'te çekince konulan 27. madde hariç Sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamıştır.¹⁶⁴

Belirtilmelidir ki, KSHS, İHEB'den farklı olarak bir Genel Kurul Kararı olmayıp uluslararası bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmeye taraf devletler bakımından bağlayıcı nitelik taşır. Bu nedenle özel yaşamın gizliliği hakkının yer aldığı md. 17'ye aykırılık, BM'nin kendi içerisindeki denetim mekanizmalarını harekete geçirir, BM İnsan Hakları Konseyi başta olmak üzere, raporlama, özel teftiş usûlleri ve şikayet başvuruları ile denetimi sağlar.¹⁶⁵

BM Genel Kurulu, Ekonomik ve Sosyal Konsey ya da bunların oluşturduğu konsey veya komiteler, insan hakları ihlallerine ilişkin izleme ve denetim yapar ancak bu organların izleme ve denetimleri yargısal bir denetime eşdeğer ağırlıkta değildir.¹⁶⁶ Yargılama ve hüküm vermeye yönelik denetimler BM İnsan Hakları Konseyi tarafından yapılır. 2006'da İnsan Hakları Komisyonunun yerine geçmek

¹⁶⁴ Gemalmaz, s. 230, 231; Aybay, s. 64, 65.

¹⁶⁵ Gemalmaz, s. 246-274; Aybay, s. 60, 61; Kaboğlu, s. 119, 120.

¹⁶⁶ Aybay, s. 59.

üzere oluşturulan Konsey¹⁶⁷, BM’ye üye tüm devletler üzerinde yetki alanına sahiptir.

Konsey, temelde üç şekilde insan hakları ihlallerini izler ve denetler. Bunlardan ilki, üye devletlerin insan hakları alanındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği bilgi ve değerlendirmelerini içeren Evrensel Dönemsel Gözden Geçirme Raporlarıdır. İkincisi, devletlerin daveti ya da kendilerine iletilen insan hakları ihlalleri iddiaları üzerine üye devletlere inceleme ve raporlama yapmaya giden bağımsız insan hakları uzmanlarıdır. Son olarak en etkili denetim mekanizması, İnsan Hakları Konseyinin şikayet başvurularını kabul ederek incelemeye almasıdır. Buna göre belli bir yerde meydana gelen sistematik, yaygın ve ağır insan hakları ihlalleri, bu ihlallerin mağduru olan ya da ihlallere ilişkin doğrudan ve güvenilir bilgisi olan gerçek kişiler, topluluklar ya da sivil toplum kuruluşları tarafından İnsan Hakları Konseyine başvuru yoluyla şikayet edilebilir; iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, başvurunun salt siyasi bir motivasyon taşımaması ve nesnel verilere dayanması ölçütlerinin varlığı hâlinde Konsey tarafından incelenir.¹⁶⁸

Bunların yanı sıra, KSHS’nin öngörmüş olduğu özel denetim mekanizmaları da mevcuttur. Sözleşme uyarınca kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi, ilk olarak taraf devletlerin bu Sözleşme’nin kapsamına giren haklara ilişkin aldığı tedbirleri ve kaydettiği gelişmeleri içeren raporları inceler. İkinci olarak, *opt-in* usûlüyle yetkisini kabul eden devletler bakımından gerçek kişilerin ihlal başvurularını “uzlaştırmacı” sıfatıyla, devletlerarası başvuruları ise Uzlaştırmacı Komisyonu aracılığı ile inceler ve uyuşmazlık taraflarını dostane bir çözüme yönlendirir, böyle bir çözüme varılamaması hâlinde ise yalnızca görüşlerini bildirmekle yetinir.¹⁶⁹

Sonuç olarak, KSHS, hukuki işlevi bakımından Türk iç hukukuna uygulanabilir. Devletin ve özel hukuk kişilerinin özel yaşamın gizliliği hakkını koruma ve bu hakkın gereklerine uygun davranma yükümlülüğü vardır ve aksi için

¹⁶⁷ UN General Assembly Resolution, 60/251, “Human Rights Council”, 72nd plenary meeting, 15 Mart 2006.

¹⁶⁸ Aybay, s. 59-61.

¹⁶⁹ Kaboğlu, s. 120; Aybay, s. 62, 63.

yaptırım öngörülmüştür.¹⁷⁰ Ayrıca, AY md. 90 uyarınca özel yaşamın gizliliğine ilişkin ulusal bir düzenlemenin KHS md. 17 ile çelişmesi durumunda uygulanacak olan uluslararası sözleşme hükmüdür.

2.1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İHEB'in kabulünden bir yıl sonra, 1949'da taslak çalışmalarına başlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), 2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'yı birleştirmek amacıyla ortaya çıkan ilk teşebbüs olan Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 4 Kasım 1950'de Roma'da kabul edilmiş, Sözleşme gereği gerekli sayıda onay belgesinin verilmesiyle 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir.¹⁷¹ AİHS'in aynı zamanda bu sözleşmeye taraf olan devletlerin tamamının taraf olduğu KSHS'nin bölgesel bir insan hakları belgesi karşılığı olduğu da söylenebilir.¹⁷² Nitekim, görülebileceği üzere AİHS kabul edildiği ilk hâliyle ekonomik ve sosyal hakların hiçbirini içermemiş, yalnızca birinci kuşak haklara yer vermiştir. Bu yönüyle İHEB'e göre eksik olan ve daha az hakkı güvence altına almış bulunan Avrupa bölgesel örgütlenmeleri, her ne kadar taraf devletler aynı olmasa da 18 Ekim 1961 tarihinde Torino'da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ve daha sonra Avrupa Konseyi'nde kabul edilen 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 no'lu protokoller ile ekonomik ve sosyal haklara da uluslararası bir güvence sağlamıştır.¹⁷³

Öncelikle özel yaşamın gizliliği hakkının AİHS'te yerini almasının kısa tarihi ve AİHS'e ilişkin *travaux préparatoires* incelenecek olursa, bu hakkın ileride

¹⁷⁰ Erdemli/ Onur, s. 301; Dural/ Ögüz, s. 99.

¹⁷¹ Diggelman/ Cleis, s. 452; Aybay, s. 54, 55; Akın, s. 372; Aktaş, s. 75-77; Harris, David J./ O'Boyle, Michael/ Bates, Ed P./ Buckley, Carla M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü-Kılıcı/ Ulaş Karan, Avrupa Konseyi Yayını, 2013, s. 1; Council of Europe, Collected Edition of the *Travaux Préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Vol. I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975, s. 20, 26.

¹⁷² Avrupa Konseyinin ve bir insan hakları belgesi olarak kabul ettiği AİHS'in de tıpkı BM belgelerinde olduğu gibi 2. Dünya Savaşı sonrası karşılaşılan ağır insan hakları ihlallerine karşı bir güvence olarak getirildiği söylenebilir. Bununla birlikte, Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley'nin belirttiği üzere Avrupa'da meydana gelen bu bölgesel gelişmelerin Batı Avrupa devletlerini "komünist bir yıkım"dan korumak amacıyla meydana geldiğini kabul etmek mümkün değildir. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 1, 2.

¹⁷³ Akın, s. 372, 373; Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 2.

incelenecek olan unsurlar bakımından ne ifade ettiği ve nasıl yorumlanması gerektiği daha açık ortaya konabilir.

Avrupa Konseyinin Danışma Meclisinin ilk oturumunda Hukuki ve İdari Sorunlar Komitesini oluşturması ile birlikte bu Komite, İHEB'i, Avrupa Birliği Hareketleri Uluslararası Komitesinin tavsiye kararlarını ve taslak AİHS'i temel olarak çalışmalarına başlamıştır. Eski Fransız adalet bakanı Pierre Henri Teitgen'in Hukuki ve İdari Sorunlar Komitesine sunduğu ilk öneride özel yaşamın gizliliği hakkı, İHEB md. 12'de yer aldığı gibi şemsiye bir kavram olan "özel yaşam" kavramı kullanılarak, "Sözleşme herkesin özel yaşamının, konutun, özel yazışmaların ve aile yaşamının dokunulmazlığını güvence altına alır" hükmü ile yer almıştır.¹⁷⁴

Bununla birlikte, Komitenin AİHS taslağında md. 2/4'te yer verdiği, Teitgen'in önerisine paralel olan ve İHEB md. 12'ye referansta bulunan özel yaşamın gizliliği hakkı hükmü, bu hâliyle yürürlüğe girememiştir. Bakanlar Komitesi, daha önce yapılan hazırlık çalışmalarına rağmen ani bir kararla Danışma Meclisinin önerilerini İnsan Hakları Uzmanlık Komitesine sunmuş, bu komiteden bir Avrupa insan hakları belgesinin gerekli olup olmadığını ve içeriğinin ne olması gerektiğini tekrar değerlendirmesini talep etmiştir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Uzmanlık Komitesi de hazırladığı ilk taslakta özel yaşamın gizliliği hakkını İHEB md. 12'ye paralel bir biçimde düzenlemiş, bu iki düzenleme arasındaki tek fark, kişinin şeref ve saygınlığının özel yaşamın gizliliği korumasından yararlanmaması olmuştur.¹⁷⁵

Sonuç olarak, bu komitenin hazırladığı alternatif taslaklar üzerinde yapılan değerlendirmeler sonucunda özel yaşamın gizliliği hakkı, Bakanlar Komitesine sunulduğu hâliyle AİHS md. 8'de "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı,

¹⁷⁴ Diggelman/ Cleis, s. 453; Council of Europe, Collected Edition of the *Travaux Préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Vol. I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975, s. 20, 26.

¹⁷⁵ Diggelman/ Cleis, s. 455, 456.

düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir" hükümleri ile yer almıştır. Görülebileceği üzere AİHS, bu hakkı özel yaşam şemsiye kavramı altında dört alt kategori ile düzenlemiştir: konut, haberleşme, aile yaşamı ve özel yaşam.¹⁷⁶ Benzer biçimde, md. 12 (evlenme hakkı) ve md. 14 (ayrımcılık yasağı) de özel yaşamın gizliliği hakkı ile bağlantılı olarak uygulama alanı bulabilecek diğer hükümlerdir.

AİHS'in kapsamına aldığı bu dört alt kategorinin kapsamı ve sınırları daha sonra ayrıntılı olarak incelenecek olsa da, söz konusu hükmün anlaşılabilmesi için taşıdığı dinamik ve esnek karakterden bahsetmek gerekir. AİHM, AİHS md. 8 kapsamına giren uyuşmazlıkları incelerken, bu hükmün yorumlanması bakımından oldukça kapsayıcı bir yaklaşım benimsemiş, özel yaşamın gizliliği hakkını oluşturan dört alt kategorinin geçişken olduğunu kabul etmiş ve meydana gelen sosyal, teknolojik ve ekonomik gelişmelere uyum sağlayabilmesi açısından bu hakkı kesin bir tanıma kavuşturmadan bilinçli olarak çekinmiştir.¹⁷⁷

Bununla birlikte, AİHM'in benimsediği bu yaklaşım, hakkın düzenlenme tarihinin ortaya koyduğu belirsizlik¹⁷⁸ ve hakkın düzenlendiği hükmün lafzı, bu hakka ilişkin kesin bir teorik bakış geliştirmeyi, bu hakkın devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesini ve diğer haklarla olan ilişkisini kurmayı zorlaştırmaktadır. İlk olarak, AİHS md. 8'de yer alan "saygı gösterilmesi" ifadesi, bu hakkın bir kamu otoritesine yönelik olarak düzenlendiği, Sözleşme'nin İngilizce metninde insan haklarına saygı yükümlülüğüne ilişkin md. 1'de "*shall*

¹⁷⁶ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 367-369; Gümüş, s. 149, 150; Kaboğlu, s. 167; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 281; Erdemli/ Onur, s. 301; Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2009, s. 9; Bir başka yaklaşım ise AİHS'in bu hakkı düzenleme şekinden bağımsız olarak özel yaşamın gizliliğini; haklara müdahalesizlik, bireyin kişiliğini oluşturma ve sosyalleşme, bireyin ekonomik, sosyal ve kültürel hakları olmak üzere üç farklı alt kategori altında ele alır. Arslan-Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 83-353.

¹⁷⁷ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 367; Gümüş, s. 151, 152; Erdemli/ Onur, s. 302; *Rees v. Birleşik Krallık*, 9532/81, 1986, para. 47; *Marckx v. Belçika*, 6833/74, 1979, para. 40; *Niemietz v. Almanya*, 13710/88, 1992, para. 29; *Kopp v. İsviçre*, 23224/94, 1998; *Sabanchiyeva ve diğerleri v. Rusya*, 38450/05, 2013, para. 132.

¹⁷⁸ Diggelman/ Cleis, s. 457.

secure” (güvence altına alır) ifadesi yer alırken Fransızca metninde *“reconnaissent”* (tanır) ifadesinin yer alması sebebiyle devletin negatif bir edimde bulunma yükümlülüğü altında olduğu sonucunu çıkartmaya uygun gibi görünse de, AİHM’in de kabul ettiği üzere¹⁷⁹ devletin özel yaşamın gizliliği hakkı bakımından yalnızca bireyi “yalnız bırakma” yükümlülüğü olmayıp, bireyin bu haktan etkili bir biçimde yararlanmasını sağlamaya ilişkin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.¹⁸⁰

İkinci olarak, AİHS md. 8 Sözleşme’de yer alan diğer haklarla sıkı bir ilişki içindedir ve AİHM, önüne gelen uyuşmazlıklarda özel yaşamın gizliliği hakkının diğer haklarla olan ilişkisini kurarken hakların yarışması hâlinde kimi zaman özel yaşamın gizliliği hakkını, kimi zaman ise uyuşmazlığın bağlantılı olduğu diğer hakları esas alarak ihlal kararı vermiştir.¹⁸¹ Bu bakımdan AİHM, bir uyuşmazlığın md. 8’in uygulama alanına girip girmediğinin tespitinde iki aşamalı bir yöntem izlemektedir. Buna göre, md. 8/1 bakımından; (i) ihlal iddiası korunan dört menfaatten birine giriyorsa ve (ii) bu menfaate “saygı” duyulmasını gerektirecek bir pozitif yükümlülük mevcutsa; md. 8/2 bakımından ise (iii) korunan dört menfaatten birine ilişkin bir müdahale varsa ve (iv) bu müdahale yasaya uygun değilse, meşru bir amaca sahip değilse ve demokratik bir toplumda gerekli değilse, uyuşmazlık md. 8 kapsamında incelenecek ve ihlal olup olmadığına karar verilecektir.¹⁸²

Buraya kadar üzerinde kısaca durulduğu üzere, özel yaşamın gizliliği hakkının AİHS’te düzenlenişi ve bu hakkın AİHM kararları bakımından yorumlanışının ardından, Türkiye’de yürürlüğe girişi ve bulduğu uygulama alanından

¹⁷⁹ *Kroon v. Hollanda*, 00018535/91, 1994, para. 18-22; *Marckx v. Belçika*, 6833/74, 1979; *Airey v. İrlanda*, 6289/73, 1979.

¹⁸⁰ Öyle ki, AİHM daha sonra yaptığı değerlendirmelerde de AİHS gereği devletin sahip olduğu pozitif edim yükümlülüklerini md. 1 ve md. 13’e dayandırmıştır. *Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley*, s. 368; *Gümüş*, s. 57-58.

¹⁸¹ AİHS md. 10 kapsamında basın özgürlüğü ile md. 8 kapsamında kişinin şeref ve saygınlığı arasındaki ilişki bakımından *Von Hannover v. Almanya*, 59320/00, 2004; *Pfeifer v. Avusturya*, 12556/03, 2007; md. 3 kapsamında fiziksel bütünlük ile md. 8 kapsamında kişi dokunulmazlığı bakımından *LCB v. Birleşik Krallık*, 23413/94, 27, 1998; *Z ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 29392/95, 2001.

¹⁸² *Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley*, s. 369; Roagna, Ivana, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Strazburg, 2012, s. 11, 12.

da bahsetmek gerekir. AİHS, imzalanmasından üç buçuk yıl, yürürlüğe girmesinden ise altı ay sonra 10 Mart 1954'te kabul edilen 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokol Tasdiki Hakkında Kanun ile onaylanmıştır.

AİHS'i bahsi geçen diğer tüm insan hakları belgelerinden daha etkili ve önemli kılan¹⁸³, AİHM'in yargı yetkisi ve bu yetkiyle incelediği ve karara bağladığı insan hakları ihlallerine ilişkin bireysel başvuru usûlüdür. Türkiye, taraf devlet olarak AİHM'e md. 35 yoluyla yapılacak olan bireysel başvuru imkanını ve md. 46 ile verilecek kararların bağlayıcılığı ve infazını kabul etmiştir.¹⁸⁴ Buna göre özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan herkes, md. 35 uyarınca "uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde" AİHM'e başvurabilir. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hâller nedeniyle usûlden reddedilmeyen başvurular, yukarıda açıklandığı üzere AİHM'in izlediği iki aşamalı yöntemle md. 8 kapsamında bir hak ihlali olup olmadığına karar verilecek şekilde incelenir ve sonuç olarak ihlalin varlığına karar verilirse bu karar Türk hukuku bakımından bağlayıcı ve infaz edilebilir nitelikte olacaktır.

Verilen kararın tebliğ edildiği Bakanlar Komitesi, verilen kararın infazını denetleyecek, md. 46/3 uyarınca söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvuracak; md. 46/4 uyarınca karara uyulmamasının sebebi yorumdan kaynaklanan bir zorluk değilse konuyu ilgili devlete tebliğ ettikten sonra tekrar

¹⁸³ Şen, s. 73; Aktaş, s. 76, 77.

¹⁸⁴ AİHM, BM organları içerisinde yer alan Uluslararası Adalet Divanı'nın yargılama yetkisini AY md. 36 ile çelişmeyecek şekilde BM Anayasası ve Adalet Divanı Statüsü'nden aldığı gibi, AİHS md. 1 ve md. 46'dan alır. Aybay, s. 55, 169, 170; Aktaş, s. 75-79; Şen, s. 72.

Mahkeme'ye taşıyacak, Mahkemenin menfi tespiti ertesinde Bakanlar Komitesi ilgili devlet hakkında karar alacaktır.¹⁸⁵

Sonuç olarak, KSHS gibi AİHS de hukuki işlevi bakımından Türk hukukunda uygulama alanı bulabilir. Devletin ve özel hukuk kişilerinin özel yaşamın gizliliği hakkını koruma ve bu hakkın gereklerine uygun davranma yükümlülüğü vardır ve aksi yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca, AY md. 90/son uyarınca özel yaşamın gizliliğine ilişkin ulusal bir düzenlemenin AİHS md. 8 ile çelişmesi durumunda uygulanacak olan uluslararası sözleşme hükmüdür.

2.1.1.3. ILO Sözleşmeleri, Tavsiye Kararları ve Uygulama Kodları

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), BM ve Avrupa Konseyi'nden farklı olarak 1. Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde 1919 yılında Paris'te düzenlenen Barış Konferansı'nda kabul edilen Versailles Barış Antlaşması'nın 13. Kısımında yer alan md. 387-427 hükümlerine dayanarak kurulmuştur.¹⁸⁶ Başta Milletler Cemiyetinin bir organı olarak öngörülmüş olan ILO¹⁸⁷, daha sonra Milletler Cemiyetinin halefi olan

¹⁸⁵ Aybay, s. 187, 188; AİHM'in vermiş olduğu kararların icrası genel olarak katı bir denetimi gerekli kılmamış, başvuruçuların veya hukuki temsilcilerinin hükmedilen tazminatın ödenmesini istedikleri banka bilgilerini hükümet temsilcilerine vermesi yeterli olmuştur. Ancak *Loizidou v. Türkiye* kararında başvuruçuların lehine hükmedilen toplam 320.000 Kıbrıs sterlini maddi ve manevi tazminatın ve 137.084 Kıbrıs sterlini yargılama giderinin ödenmesi, 1998'de verilen karardan ancak beş yıl sonra gerçekleştirilmiş, Bakanlar Komitesi Türkiye hakkında bu gecikmeden ötürü bir dizi karar almıştır. AİHM kararlarının icrasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 895-903.

¹⁸⁶ Auzero, Gilles/ Dockès, Emmanuel, *Droit du Travail*, 28e Edition, Dalloz, Paris, 2014, s. 34, 35; Barthélémy, Jacques/ Cette, Gilbert, *Réformer le Droit du Travail*, Odile Jacob, Paris, 2015, s. 36; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 88; Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 11, 12; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 38-40; Senyen-Kaplan, Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s. 19, 20; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s. 24, 25; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 9, 10; Uncular, Selen, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 65; Taşkın, Ahmet, "Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 30, 2011, s. 2.

¹⁸⁷ Nitekim ILO'nun fikir olarak ortaya çıkması 1919'dan da öncesine rastlamış; Fransız Daniel Legrand ile Gal Robert Owen, 1770'lerden 1800'lerin ortalarına kadarlık bir süreçte çalışma hukuku konusunda uluslararası bir uzlaşımın varlığını gerekli olduğunu ortaya koymuş, daha sonra ILO Anayasasında 1901 yılında Basel'de kurulan Uluslararası İş Mevzuatı Derneği'nde görüşülen ve kabul edilen fikirler yerini bulmuştur. ILO'nun kuruluşu ve tarihçesi için bkz. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>, S.E.T. 16.03.2019; Taşkın, s. 2 vd.

BM'nin kurulmasıyla bir BM organı hâline gelmiş, böylece Milletler Cemiyetinin 2. Dünya Savaşı sonrasında da ayakta kalabilmiş tek organı hâlini almıştır.¹⁸⁸

ILO, Anayasası'nın Başlangıç bölümünde de ifade edildiği üzere¹⁸⁹, dünya barışının kalıcı ve evrensel bir şekilde sağlanabilmesi adına sosyal adaleti sağlamak, uluslararası düzeyde sefalet ve yoksulluğa yol açan çalışma koşullarını iyileştirmek ve uluslararası pazarlarda rekabet gücünün dengelenebilmesi için yeknesak bir uygulama getirmek amacıyla kurulmuş, 1944 yılında kabul edilen Philadelphia Bildirgesi'nde ise ILO'nun amaçları ve dayandığı temel ilkeler belirlenmiştir.¹⁹⁰ Dolayısıyla ILO, uluslararası düzeyde çalışma yaşamına ilişkin yaşanan sorunlara ortak bir çözüm bulmak için elverişli bir platform oluşturmak ve temel düzeyde izlenecek bir uluslararası iş kodu geliştirmek adına uluslararası sözleşmeler ve tavsiye kararları hazırlar; bu sözleşmeleri onaylayan devletlerin taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetler.

Mevcut olarak 187 üyesi olan ILO, diğer BM organlarında rastlanmayan bir şekilde kendine özgü üçlü bir yapılanmaya sahiptir ve yirmi sekizi devletleri, on dördü işçileri ve on dördü işverenleri temsil edecek şekilde elli altı kişiden oluşan Yönetim Kurulu, yasama organı olan Uluslararası Çalışma Konferansı alacağı kararlar için gündem belirler. ILO, uluslararası sözleşmeleri ve tavsiye kararlarını Uluslararası Çalışma Konferansı aracılığıyla kabul eder ve taraf devletlerin onayına sunar.¹⁹¹

¹⁸⁸ Auzero/ Dockès, s. 35; Süzek, s. 89; Taşkın, s. 2.

¹⁸⁹ Başlangıç bölümünde yer alan “Günlük ve haftalık maksimum çalışma saatlerinin düzenlenmesi, işçilerin işe alınması, işsizliğe karşı mücadele, yeterli yaşam koşullarını sağlayacak bir ücretin güvence altına alınması, işçilerin genel ve mesleki hastalıklara ve iş sırasında meydana gelen kazalara karşı korunması, çocukların, gençlerin ve kadınların korunması, yaşlılık ve maluliyet aylıklarının bağlanması, eşit işe eşit ücret ilkesinin tanınması, sendikal özgürlük ilkesinin sağlanması, teknik ve mesleki eğitimin düzenlenmesi” gerekliliği, ILO'nun kurulmasına öncülük eden temel sebeplerdendir.

¹⁹⁰ Bu Bildirge'ye göre; “Emek bir mal değildir; dernek kurma ve ifade özgürlüğü desteklenen bir ilerlemenin vazgeçilmez şartıdır; Yoksulluk, bulunduğu yerlerde, herkesin refahına yönelik bir tehlike oluşturur; ihtiyaca karşı mücadele, her ulusun kendi ülkesi içerisinde tükenmez bir güçle ve kamu yararının sağlanması amacıyla işçi ve işveren temsilcilerinin Hükümet temsilcileri ile eşit şartları içinde katılımlarıyla yapacakları serbest tartışmalara ve alacakları demokratik kararlara hakim olarak sürekli ve ortak bir uluslararası gayretle yürütülecektir”. Süzek, s. 89; Barthélémy/ Cette, s. 37; Taşkın, s. 3; https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm, S.E.T. 16.03.2019.

¹⁹¹ Auzero/ Dockès, s. 35; Süzek, s. 89, 90; Uncular, s. 65; Sümer, s. 12; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 38, 39; Taşkın, s. 16.

Öncelikle, ILO'nun kabul ettiği tavsiye kararlarının üye devletler bakımından bağlayıcı olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim tavsiye kararları bir uluslararası sözleşme ile düzenlenecek kadar olgunlaşmış olmayan konular hakkındadır ve yalnızca devletlerin kendi iç hukuklarına ilişkin politika geliştirmelerini, yasama ve uygulamalarını bu tavsiye kararlarına uyumlaştırmalarını teşvik edici niteliktedir.¹⁹²

Bununla birlikte, ILO'nun kabul ettiği uluslararası sözleşmeler, kural olarak bu sözleşmeleri onaylayan devletler bakımından bağlayıcı olur ve devletler iç hukuk düzenlemelerini onayladıkları sözleşmelere uygun olarak, onay belgelerinin ILO tarafından kaydedildiği tarihten itibaren 12 ay geçmesiyle başlayan değiştirme yükümlülüğü altına girerler.¹⁹³

Türkiye de, 1932 yılında Versailles Barış Antlaşması'nın 387. maddesi uyarınca ILO'nun doğal üyesi olmuş, 27 Mayıs 1946 tarihli ve 4907 sayılı kanun ile bu Antlaşma'yı onaylamış¹⁹⁴ ve dolayısıyla ILO'nun kabul ettiği uluslararası sözleşmelerin ve tavsiye kararlarının belli bir kısmını kabul etmeye, iç hukukunu bu sözleşme ve kararlara uygun olarak uyumlaştırmaya başlamıştır.

ILO, 1919'dan bu yana toplamda 189 sözleşme ve 202 tavsiye kararı kabul etmiştir. Türkiye de kabul edilen sözleşmelerin 59'unu onaylamış ve iç hukuku bakımından yürürlüğe koymuştur.¹⁹⁵ Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği hakkı bu sözleşme veya tavsiye kararlarından hiçbirinde doğrudan düzenlenmemiştir. Bu hakkın belli unsurlarına ilişkin uygulamada yaşanan sorunlar, birtakım tavsiye kararlarında ve uygulama kodlarında karşılığını bulmuştur.¹⁹⁶ Aşağıda ilgili sözleşme, karar ve kodlardan kısaca bahsedilecektir.

¹⁹² Süzek, s. 91; Taşkın, s. 6.

¹⁹³ Süzek, s. 91; Sümer, s. 12; Taşkın, s. 16; Örneğin Türkiye 4857 sayılı İş Kanununun iş güvencesine ilişkin hükümleri düzenlenirken 158 sayılı ILO Sözleşmesi; 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu düzenlenirken ise 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmeleri yol gösterici olarak kabul edilmiştir. Senyen-Kaplan, s. 22.

¹⁹⁴ Süzek, s. 88; Senyen-Kaplan, s. 20; Sümer, s. 12; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 32; Taşkın, s. 3.

¹⁹⁵ Türkiye'nin onaylamış olduğu ILO Sözleşmeleri için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms_645630.pdf, S.E.T. 16.03.2019.

¹⁹⁶ Uncular, s. 66.

Özel yaşamın gizliliği hakkı ile ilişkili olan ILO belgelerinin başında, 1996 yılında kabul edilen İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu gelir. Önsözün de ifade edildiği gibi¹⁹⁷, bu uygulama kodu yalnızca tavsiye niteliğinde olup yasa, düzenleyici işlem, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya devlet politikalarının belirlenmesinde yol gösterici olma amacı gütmekte ve işçiye ait kişisel verilerin toplanması, depolanması, kullanılması ve işlenmesi ile işçilerin bireysel veya kolektif haklarını içermektedir.¹⁹⁸

Özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin diğer belgelere örnek olarak ise 1996 yılında kabul edilen İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Kaynaklı Sorunların Yönetimi Hakkında Uygulama Kodu¹⁹⁹, 2000 yılında kabul edilen 191 No'lu Gebe veya Çocuklu İşçilerin Korunması Tavsiye Kararı²⁰⁰, 2001 yılında kabul edilen HIV, AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları ve 2010 yılında kabul edilen 200 No'lu HIV, AIDS ve Çalışma Dünyasına İlişkin Tavsiye Kararı²⁰¹ ve son olarak 2017 yılında kabul edilen 205 No'lu Barış ve İstikrar için İstihdam ve İnsana Yakışır İş Koşullarına İlişkin Tavsiye Kararı²⁰² verilebilir.

Bunların yanı sıra, Türkiye'nin taraf olduğu belli ILO sözleşmeleri, her ne kadar doğrudan özel yaşamın gizliliği hakkını düzenlememiş olsa da, ileride

¹⁹⁷ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1997, s. v.

¹⁹⁸ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 1-8; Hendrickx, s. 476, 477.

¹⁹⁹ Management of Alcohol and Drug-Related Issues in the Workplace: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

²⁰⁰ Bu tavsiye kararı, 1952'de kabul edilen tavsiye kararının revize edilmiş hâli olarak, doğum izinlerini, gebe işçilerin iş güvencesini ve ayrımcılık yasağını, alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini, süt izinlerini ve başkaca diğer izin sebeplerini düzenlemekte; anne veya baba işçinin özel yaşamının gizliliği hakkını korumaktadır.

²⁰¹ Bu tavsiye kararı, işe alımdan iş ilişkisinin sona ermesine kadar her türlü çalışan ve potansiyel çalışanı kapsamına almakta, çalışma dünyasında HIV ve AIDS temelli ayrımcılığa ve bu kavramlara ilişkin farkındalık oluşturan temel ilkelere; ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliği ve eşit davranma ilkesine; işçinin sağlığına ilişkin alınacak önlemlere ve destek mekanizmalarına; HIV testlerinin yapılma şartlarına ve bu testlerin sonuçlarının mahremiyeti ve buna ilişkin sır saklama yükümlülüklerine; çocuk ve genç yaştaki işçilere ilişkin özel hükümlere ve son olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine yer vermektedir.

²⁰² Bu tavsiye kararı, ILO'nun temel programlarından biri olan barış ve istikrara ilişkin olarak; haklar, eşitlik ve ayrımcılık yasağı başlıklı V. bölümde cinsiyete, engellilik durumuna, etnik kökene, mültecilik veya göçmenlik durumuna ilişkin her türlü ayrımcılığı önlemek amacıyla birçok yükümlülük önermiş; barışın inşa edildiği, kriz hâllerinin önlenmek istendiği veya barış sonrası istikrarın sağlanmak istendiği bölgelere sahip taraf devletlere belli yükümlülükler tavsiye etmektedir.

incelenecek olduğu üzere bu hakkın kapsamına giren belli unsurları düzenlemekle özel yaşamın gizliliğine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanabilir durumdadır. Bunların başında 1951 yılında kabul edilen ve Türkiye’de 1967’de yürürlüğe giren 100 No’lu Eşit Ücret Sözleşmesi yer alır ve cinsiyete dayalı ayrımcılığı önleyen hükümleri ile özel yaşamın gizliliğini korur. Benzer biçimde, 1958’de kabul edilen ve Türkiye’de 1967’de yürürlüğe giren 111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi de ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal ya da sosyal menşe bakımından işe alım veya iş ilişkisinin devamı esnasında yapılabilecek ayrımcılığı önlemeye ilişkin hükümleri ile özel yaşamın gizliliğini korur. Son olarak, 1982’de kabul edilen ve 1995’te Türkiye’de yürürlüğe giren 158 No’lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi; sendika üyeliği, sendikal faaliyetlere katılma, işçi temsilciliği durumu, ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken gibi nedenlerin, işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça iş sözleşmesinin feshinde kullanılamayacağını düzenleyerek işçinin özel yaşamının gizliliğini korumaktadır.

Tavsiye kararları ve uygulama kodlarının özel yaşamın gizliliğine ilişkin ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta doğrudan uygulanabilmesi mümkün olmamakla birlikte, yukarıda bahsi geçen ve Türkiye’nin taraf olduğu ILO sözleşmelerinin ilgili kısımlarının hüküm ve sonuç doğuracağı ortadadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, ILO’nun kabul ettiği sözleşmeler, bu sözleşmelere taraf devletlerin uygun bulma işlemini kendi iç hukuklarına göre yapmaları ile birlikte bağlayıcı hâle gelir.²⁰³ Türkiye’nin taraf olduğu ILO sözleşmeleri ve Türk iç hukuk düzenlemeleri arasında bir çatışma olduğunda ise uyuşmazlığa hangi kuralın uygulanacağı, AY md. 90/son’a göre tespit edilecektir.²⁰⁴

Buna göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan ILO sözleşmeleri ile Türk iç hukuk düzenlemeleri çatıştığında, iki kural arasındaki bu çatışma *lex*

²⁰³ Auzero/ Dockès, s. 35; Barthélémy/ Cette, s. 37.

²⁰⁴ İHEB, KSHS ve AİHS hükümlerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu konusunda bir tartışma bulunmadığı ve dolayısıyla AY md. 90/son uygulaması bakımından çözümlenmesi gereken bir sorun ortaya çıkmadığı için yukarıda yer alan açıklamalarda Anayasa’nın bu hükmünün uygulanması ayrıca incelenmemiştir.

posterior veya *lex specialis* ilkelerinin uygulanması ile çözümlenecek²⁰⁵, bu da yeterli olmazsa yasaların yorumlanmasına ilişkin yorum yöntemlerine başvurulacaktır.

Bununla birlikte, ilgili ILO sözleşmesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması hâlinde, bu sözleşmenin ilgili hükümleri Türk iç hukuk düzenlemelerine üstün gelecek, uyuşmazlığa esas alınacaktır.²⁰⁶ Burada tespit edilmesi gereken ise, özel yaşamın gizliliğine ilişkin ILO sözleşmelerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığıdır.

Hangi uluslararası sözleşmelerin (veya bu sözleşmelerin ilgili hükümlerinin)²⁰⁷ temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu, bu kavramın insan hakları ile eşdeğer olup olmadığı öğretide tartışılmaktadır. Türk Anayasası, kapsamına aldığı insan haklarını düzenlerken “temel haklar” kavramını kullanmışsa da, bununla ifade edilmek istenen elbette insan haklarıdır.²⁰⁸ Nitekim insan haklarının ilk anayasalarda olduğu gibi ayrı belgelerle (ABD’de *Bill of Rights*, Fransa’da *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*) düzenlenlenmekten çıkıp anayasaların içinde ve en başta öngörülmesi eğilimi, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de kabul edilmiş²⁰⁹ ve bu haklar Anayasa’nın ikinci kısmında “Temel Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlenmiştir.

²⁰⁵ Süzek, s. 92, 93; Manav-Özdemir, Eda A., “Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Vol. 13, Iss. 52, 2016, s. 1973 vd.

²⁰⁶ Burada “esas alınmak” ile kast edilen, her ne kadar Anayasa hükmü açıkça belirtmemiş olsa da, uyuşmazlığın Türk iç hukuk düzenlemesinin göz ardı edilerek, ilgili uluslararası sözleşme hükmüne göre çözümlenmesidir. Manav-Özdemir, s. 1974 vd.; Özkan-Duvan, Ayşe, “The Judicial Application of Human Rights Law in Turkey”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 1, 2015, s. 63, 64; Engin, Murat, “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 5, S. 2, 2015, s. 12 vd.; Süzek, s. 95.

²⁰⁷ Bir uluslararası sözleşmenin tamamı temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmamakla birlikte, ilgili bir hükmü böyle bir nitelik taşıyor olabilir. Bu durumda böyle bir uluslararası sözleşmenin de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunun kabulü gerekir, nitekim uyuşmazlığın çözümlenmesine esas alınmak istenen temel hak ve özgürlüğün kendisidir. Akkutay, Ali İbrahim, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S.1-2, 2007, s. 437.

²⁰⁸ Süzek, s. 95; Akkutay, s. 436.

²⁰⁹ Kaboğlu, s. 36.

Özel yaşamın gizliliği hakkı, daha sonra inceleneceği üzere AY md. 20’de yerini bulmakla Anayasa’nın lafzına göre temel hak niteliğini kazanmıştır. Dolayısıyla, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin bir uluslararası sözleşme, her şeyden önce bu hakkın Anayasa’da düzenleniş biçiminden ötürü temel hak ve özgürlüklere ilişkin olacaktır. Özel yaşamın gizliliği hakkına temel hak niteliğini kazandıran ikinci sebep ise, yukarıda açıklandığı üzere, bu hakkın insan hakları belgelerinde yer almasıdır.

Bunun yanı sıra, ILO sözleşmelerinin hangilerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunun tespitinde 1998 yılında alınan Uluslararası Çalışma Konferansı kararı da yol göstericidir.²¹⁰ 2010 yılında revize edilen bu karara göre²¹¹; sendikal özgürlükler, etkin toplu pazarlık hakkı, zorla çalıştırma yasağı, çocuk çalıştırma yasağı, fırsat ve işlem eşitliği ile istihdam ve meslek yaşamında ayrımcılığın önlenmesi, ILO’nun ve işçi haklarının temelidir, bu haklar evrenseldir. Elbette temel hak ve özgürlüklere ilişkin ILO sözleşmelerinin bunlarla sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir²¹² ancak özel yaşamın gizliliği hakkı, bu unsurlarla sınırlı olmamakla birlikte sendikal özgürlükler, fırsat ve işlem eşitliği ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin olduğundan, bu hakka ilişkin ILO sözleşme hükümlerinin de AY md. 90/son anlamında temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren unsurlara ilişkin ILO sözleşmeleri, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu için AY md. 90/son gereği Türk iç hukuku düzenlemelerine üstündür ve uyuşmazlıklarda esas

²¹⁰ Auzero/ Dockès, s. 36; Süzek, s. 95; Manav-Özdemir, s. 1982, 1983.

²¹¹ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, International Labour Conference, Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998; <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>, S.E.T. 19.03.2019.

²¹² Süzek, s. 95; Manav-Özdemir, s. 1983; İş hukukunda tanınan hakların insan hakkı olma niteliğine ilişkin ileri sürülmüş olan pozitivist, normatif ve araçsal yaklaşımlar için bkz. Mantouvalou, Virginia, “Are Labour Rights Human Rights”, European Labour Law Journal, Vol. 3, No. 2, 2012, s. 152 vd.

alınacak olan bu sözleşmeler veya ilgili hükümleridir.²¹³ Bununla birlikte belirtilmesi gerekir ki, Türk iç hukuk düzenlemesi, uluslararası sözleşme hükmüne göre daha ilerici ve daha güvenceli ise bu sefer uyuşmazlığın bu iç hukuk düzenlemesine göre çözümlenmesi gerekir.²¹⁴

Son olarak üzerinde durulması gereken, ILO’nun üye devletler üzerinde sahip olduğu izleme ve denetleme yetkisidir. ILO denetimi; üye devletlerin onayladıkları sözleşmelere ilişkin hazırladıkları periyodik raporların incelenmesi ve sözleşme ihlallerine ilişkin şikayetlerin Uluslararası Çalışma Bürosu tarafından incelenmesi ile gerçekleşir.²¹⁵

Raporlar, ILO Yönetim Kurulunun seçtiği Uzmanlar Komitesi tarafından incelenir ve buna ilişkin değerlendirmeler Aplikasyon Komitesine gönderilir. Bu Komite de üye devletleri değerlendirmelere ilişkin açıklama yapmaya çağırır, bu açıklamanın yeterli görülmemesi hâlinde konu Uluslararası Çalışma Konferansına taşınır. Şikayet yoluyla denetim ise ILO Anayasası md. 24’te düzenlendiği üzere, işçi, işveren kuruluşları veya devletlerin şikayetleri ile harekete geçirilir. Uluslararası Çalışma Bürosu, ILO Yönetim Kurulu aracılığıyla üye devleti açıklama yapmaya davet eder ve açıklama yeterli görülmezse bu sefer alınan şikayeti ve gerekirse verilen cevabı kamuoyuna duyurma hakkı bulunur.²¹⁶ Bununla birlikte, bu iki denetim biçimi hafife alınmayacak ölçüde taraf devletlerin kendi iç hukuk

²¹³ Uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, uluslararası sözleşmelerin Türk iç hukukunda *self-executing* olması (doğrudan uygulanabilme ve doğrudan etkili olma) öğretide tartışmalıdır. Birçok görüş, Türkiye’nin Fransa, Almanya ve Hollanda gibi monist sistemi benimsediğini kabul eder, bu nedenle de bir uluslararası sözleşmenin doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkili olması tartışma konusu olabilir. Açık, somut ve uygulanması için başkaca bir yönlendirmeye gerek duyulmayan hükümlerin *self-executing* olabileceği her halükarda kabul edilebilir. Bununla birlikte, bazı görüşler soyut, genel ve program hüküm niteliğindeki hükümlerin *self-executing* olamayacağını, bu tür hükümler için iç hukukta uyum düzenlemelerinin gerektiğini savunur. Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 50-56; Tekin-Apaydın, Deniz, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 544-549; Manav-Özdemir, s. 1987-2001; Taşkın, s. 18, 19. Kanaatimizce özel yaşamın gizliliğine ilişkin ILO sözleşmeleri, bu hakkın Anayasa’da yer aldığı hâlden çok daha somut ve açıklayıcı düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle bu hükümlerin doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili olduğunu kabul etmek gerekir.

²¹⁴ Süzek, s. 95; Engin, s. 12; Manav-Özdemir, s. 2002.

²¹⁵ Süzek, s. 96, 97; Uncular, s. 65; Taşkın, s. 16.

²¹⁶ Süzek, s. 97; Taşkın, s. 16, 17.

düzenlemelerini yapmalarını veya yargıçlarının verecekleri kararlarda ILO sözleşmelerini dikkate almalarını sağlamak bakımından teşvik edici bir güce sahip olsa da, örneğin Dünya Ticaret Örgütü'nün sahip olduğu yaptırım gücüne kıyasla, ILO'nun yaptırım gücünün ve dolayısıyla kabul edilen uluslararası sözleşmelerin etkinliğinin geliştirilmeye muhtaç olduğu kabul edilebilir.²¹⁷

2.1.1.4. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

Yukarıda incelenen tüm uluslararası hukuk düzenlemeleri, Türkiye'nin taraf olduğu ve Türk iç hukukunda uygulama alanı bulabilecek türden belgelerdir. Bununla birlikte, her ne kadar Türkiye taraf olmasa da üzerinde durulması gereken bir diğer belge, Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Nisan 2016'da kabul edilen ve 25 Mayıs 2018'de yürürlüğe giren, kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak son yirmi yılın en büyük değişimi olarak tanımlanabilecek 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'dür (GDPR).

Nitekim, iş sözleşmelerinin güncel gelişmelerle paralel olarak birçok yönden yabancı unsur taşıması, işçilerin veya işverenlerin yaptıkları sözleşmelerde farklı milliyetten olması, işyerinin yabancı ülkede olması, sözleşmenin yabancı ülkede yapılmış olması gibi birçok bakımdan kanunlar ihtilafı hukukunun konusuna girmeleri neredeyse kaçınılmaz olmuştur.²¹⁸ Özellikle serbest çalışma ("freelancer"lık) hizmetinin ve bu hizmeti talep eden şirketlerin kurduğu internet sitelerinin artması, sözleşmenin kurulması esnasında internetin bulunduğu her ortamın sözleşmeye *per se* yabancılik kattığı²¹⁹ da göz önünde bulundurulacak

²¹⁷ Auzero/ Dockès, s. 37.

²¹⁸ Elçin, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi - 886, Ankara, 2012, s. 42.

²¹⁹ İnternet üzerinden yapılan sözleşmeler konusunda bkz. Güngör, Gülin, "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Warp Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42.

olursa, yabancı unsurun neredeyse her daim görülebileceği güncel iş uyuşmazlıklarında AB Hukukunun uygulama alanı bulması çok muhtemeldir.²²⁰

İleride incelenecek olduğu üzere, özel yaşamı gizliliği hakkının kapsamına giren kişisel verilere dair kabul edilmiş olan GDPR, kendisinden önce 24 Ekim 1995 tarihinde kabul edilen 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Yönergesine²²¹ ve bunun tamamlayıcısı olan ve 12 Temmuz 2002 tarihinde kabul edilen 2002/58/EC sayılı Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Korunması Hakkında Yönerge’ye²²² benzer bir düzenlemedir. Bu Tüzük, altı temel ilkeye dayanmaktadır: hukuka uygunluk, adalet ve şeffaflık, amacın sınırlandırılması, verilerin en az seviyeye indirilmesi, doğruluk, saklama süresinin sınırlandırılması, bütünlük ve gizlilik, hesap verebilirlik.²²³

Bahsi geçen Yönerge’den farklı olarak bir tüzük şeklinde kabul edilen bu düzenleme, AB Hukuku uyarınca *self-executing* olma özelliğine sahiptir ve bu nedenle tüm üye devletlerde, uygun bulma, onay veya iç hukuka aktarma gibi

²²⁰ Goddard, Michelle, “The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European Regulation That Has a Global Impact”, International Journal of Market Research, Vol. 59, Iss. 6, 2017, s. 704; Çankaya, Yiğitcan, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 55, 2017, s. 1244, 1245.

²²¹ Bu yönerge, 24 Ekim 1995 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi olarak kabul edilmiş; o dönemde Avrupa Topluluğu’nun temelinde yatan “tek pazar” düşüncesinin uygulamada yarattığı sorunların çözümlenebilmesi, Avrupa Topluluğu ülkelerinde yeknesak bir biçimde kişisel verilerin dolaşımının sağlanabilmesi ve bireylerin bu dolaşıma karşı korunması amacıyla çıkarılmıştır. Kişisel verilerin korunmasının bir insan hakkı olduğunu açık düzenlemeye kavuşturan bu Yönerge, ABAD’ın *Österreichischer Rundfunk* kararı ile AB sınırları içinde etkin biçimde uygulanmaya başlanmış, kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli güvenceler getirmiş ve üye devletleri gerekli önlemleri almaya ve bu Yönerge’ye uygun davranmaya zorlamıştır. Hendrickx, s. 472, 473; Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 166 vd.; Başalp, Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 1, 2015, s. 79, 80; Erdoğan, Canan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 55 vd.; Yönergenin tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, S.E.T. 19.03.2019.

²²² Bu yönerge de hizmet sağlayıcısının güvence sağlama yükümlülüğü, hizmet sağlayıcısının sistemde güvenlik açığı meydana geldiğinde bunu abonelerine bildirme yükümlülüğü, üye devletlerin iletişimin gizliliğine ilişkin iç hukuk düzenlemelerini yapma yükümlülüğü, iletişimin dinlenmesi, izlenmesi ve kaydedilmesi gibi yöntemlerin yalnızca kişinin rızası olduğu hâllerde mümkün olması, kamusal olarak ulaşılabilir hizmet kullanıcılarının yer bilgilerinin ancak anonimlik veya rıza hâlinde işlenebilmesi gibi düzenlemeler içererek bir önceki yönergeyi tamamlamıştır. Erdoğan, s. 59; Yönergenin tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0058>, S.E.T. 04.04.2019.

²²³ GDPR md. 5; Goddard, s. 703; Bhaimia, Sahar, “The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection”, Legal Information Management, Vol. 18, No. 1, 2018, s. 25.

herhangi bir işleme gerek duymaksızın yürürlüğe girmiştir.²²⁴ GDPR’ın kapsamına aldığı kişisel veri hukukuna, işleme faaliyetinin hukuka uygunluğu (md. 6), rızanın taşınması gereken koşulları (md. 7)²²⁵, çocuğun bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin rızası açısından geçerli koşullar (md. 8), özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi (md. 9), mahkumiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesi (md. 10), veri sahibinin hakları (md. 12-23) ve kontrolör ve veri işleyenin tabi olduğu yükümlülükler (md. 24-43) örnek olarak verilebilir.

GDPR’ın üzerinde durulması gereken temel özelliği, kişisel verilerin toplanması, depolanması, kullanılması ve işlenmesinin ancak hukukun sınırlı sayıda düzenlemiş olduğu adil işleme koşulları (hukuka uygunluk sebepleri) ile mümkün olmasıdır.²²⁶ Buna göre, md. 6 gereği, kişisel verilere ilişkin bir müdahale için altı sebepten biri gerçekleşmiş olmalıdır: (a) veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi; (b) veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetinin gerekli olması; (c) kontrolörün tabi olduğu bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması; (d) veri sahibinin veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması; (e) kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda işleme faaliyetinin gerekli olması; (f) özellikle veri sahibinin çocuk olması halinde veri sahibinin kişisel verilerin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basması haricinde, söz konusu menfaatler doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması.

²²⁴ Wagner, Julian/ Benecke, Alexander, “National Legislation within the Framework of the GDPR”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 2, No. 3, 2016, s. 353; Broy, Dominic, “Germany: Starting Implementation of the GDPR - Brief Overview of the Government Bill for a New Federal Data Protection Act”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2017, s. 93.

²²⁵ GDPR, önemli bir değişiklikle rızanın verilme koşulları bakımından nitelikli bir düzenleme getirmiş, açık ve aydınlatılmış olma, spesifik olma ve açık olumlu bir eylem veya işlemle belgelendirilebilir şekilde verilmiş olma şartlarını aramıştır. Goddard, s. 704. GDPR’ın AB Hukuku’nu nasıl değişikliğe uğratacağına dair bkz. Albrecht, Jan Philipp, “How the GDPR Will Change the World”, *European Data Protection Law Review*, Vol. 2, No. 3, 2016, s. 287 vd.

²²⁶ Bhaimia, s. 22.

Bunların dışında, AB içinde kişisel verilerin korunması için tamamen yeknesak bir uygulamanın getirilmiş olması, kişisel veri tanımının bir gerçek kişiye dair herhangi bir bilgiyi ifade edecek kadar geniş bir biçimde yapılması, AB içinde faaliyet gösteren ancak merkezi AB’de bulunmayan şirketlerin de bu düzenlemelere uygun davranma yükümlülüğü, sınıraşırı veri transferlerinde ön bildirim yükümlülüğünün azaltılması gibi bürokrasiyi azaltıcı önlemler ve son olarak md. 17’de yerini bulan ve daha sonra incelenecek olan unutulma hakkı, GDPR’ın getirdiği en önemli yeniliklerdir.²²⁷

2.1.2. Özel yaşamın gizliliğine ilişkin Türk hukuku düzenlemeleri

Özel yaşamın gizliliği hakkı, Türk hukukunda çeşitli hiyerarşideki normlarda düzenleme alanı bulmuş; bu normlar, bu hakkın çeşitli boyutlarını ortaya çıkarmış ve hukuki nitelendirme bakımından interdisipliner bir yaklaşım benimsenmesini zorunlu kılmıştır. Aşağıda yer alan Türk hukuku düzenlemeleri, temel bir sistematik ile; ilk olarak bu belgelerin ortaya çıkışı, ikinci olarak bu belgelerde özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin düzenlemelerin kısa tarihi ve son olarak hakkın düzenlemede kabul edilen son hâli bakımından ele alınacaktır. Belirtilmesi gerekir ki, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin Türk hukukunda başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır; ancak bunlara ilgili bulundukları kısımlarda ayrıca değinilecektir.

2.1.2.1. Anayasa

Anayasacılık tarihine bakıldığında dikkati çeken, tüm anayasaların iki boyutunun olduğudur: (i) siyasi iktidarı, bunun sınırlarını ve yapılarını, yani devletin

²²⁷ Başalp, s. 88 vd.; Voss, W. Gregory, “Preparing for the Proposed EU General Data Protection Regulation: With or without Amendments”, American Bar Association, Business Law Today, November 2012, s. 2, 3; GDPR’ın aynı zamanda veri haritalandırması ve algoritmik işlemler üzerinden yapılabilecek veri işlemelerine karşı da hükümleri bulunmaktadır. Buna göre, kişilere dair internet üzerinde yer alan verilerin algoritmalarla işlenmesi ve bunlara göre kişilere dair belli verilerin elde edilmesi, birtakım idari eylem ve işlemlere dayanak olarak kullanılabilir. Örneğin, kişinin yaptığı internet aramaları veya adının yer aldığı haber ve makaleler, bu kişinin bir terör örgütü üyesi olduğu sonucunu gerçeğe aykırı bir biçimde ortaya koyabilir. GDPR veri sahibine, kendisine uygulanan eylem veya işlemin dayandığı ve bir algoritma aracılığıyla ortaya çıkan sonuca itiraz etme hakkı da vermektedir. Buna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cohen, Manny, “Fake News and Manipulated Data, The New GDPR, and the Future of Information”, Business Information Review, Vol. 34, No. 2, 2017, s. 81 vd.

sahip olduğu erkleri düzenlemek, (ii) devlet karşısında bulunan bireylerin sahip olduğu hakları güvence altına almak.²²⁸ Bu ikili modelin izleri, Fransa’da 1791 Anayasası’nın başlangıcına 1789’da kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin (*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*); ABD’de ise 1776 Virginia Anayasası’nın başlangıcına ABD’de kabul edilen ilk insan hakları belgesi olan *Bill of Rights*’ın konulması ve daha sonra ABD’de kabul edilen diğer tüm anayasaların Virginia modelini izlemesinde okunabilir. 18. yy’da başlayan bu hareket, böylece, 20. yy’da başlayacak olan “insan haklarının anayasallaşması” sürecinin temeli oluşturulmuştur.²²⁹

Türkiye de anayasacılık hareketine Osmanlı Devleti döneminde katılmış, 1876’da kabul edilen Kanun-i Esasi’nin, 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda yer alan yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı gibi geleneksel hak ve özgürlüklere²³⁰ yer vermesi ile insan haklarını anayasal belgelere taşımaya başlamıştır. Her ne kadar oldukça kısa bir yürürlük dönemine sahip olsa da, yapılan değişikliklerle 1909’da tekrar yürürlüğe giren bu anayasa, basın özgürlüğüne ve birtakım kolektif özgürlüklere yer vererek Türk anayasacılığını, Kıta Avrupasına paralel bir biçimde insan hakları ile tanıştırmıştır.²³¹ Bununla birlikte bu metinlerin hiçbirinde özel yaşamın gizliliği hakkı düzenlenmemiş, yalnızca mülkiyet hakkı, özel yaşamın

²²⁸ Kaboğlu, s. 34; İba, Şeref, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 128, 129; Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 242, 243.

²²⁹ Kaboğlu, s. 34; Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 243; Nitekim bu şekilde çoğulcu demokrasinin taşıdığı özgürlük anlayışı anayasada yerini bulmaya, siyasi iktidarın birey ve özgürlük lehine sınırlandırılması söz konusu olmaya başlamış, insan hakları hareketi anayasacılık hareketine yansımıştır. Gözübüyük, Şeref A., Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 28 vd.

²³⁰ Tanzimat Fermanı, “İşbu gerekli kanunların esas maddeleri, can emniyeti ve ırz ve namus ve malın korunması ve vergi tayini ve askerlerin nasıl çağrılacağı ve askerliğin süresi hükümlerinden ibarettir” ve “Diğer hususlara dahi oy birliği ile karar vermekle görevli olan Meclis-i Ahkam-ı Adliye (kanun ve nizamname çıkarmak için oluşturulmuş meclis) üyeleri dahi gerektiği kadar artırılarak ve ve- killer (bakanlar) ve üst dereceli devlet adamları dahi belli günlerde orada toplanarak ve tamamı fikir ve görüşlerini hiç çekinmeden serbestçe söyleyerek, işbu can ve mal emniyeti ve vergi tayini konularına dair gerekli kanunları yapacaklardır” hükümleri ile yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, cinsel bütünlük gibi hak ve özgürlükler tanımlanmış, angaryayı ve servajı kaldırmış, vergi usûllerine ilişkin düzenlemeler getirilerek liberalist bir yaklaşım sergilemiş, Âli Paşa’nın bu düzenlemeyi Fransa’da Napoleon Dönemi’nde çıkarılan *Code Civile*’e benzetme amacına yaklaşmıştır. İnalcık, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, s. 142 vd.

²³¹ Kaboğlu, s. 38; Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 244; Gözübüyük, s. 114 vd.; Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 26, 27.

gizliliği kapsamındaki konut dokunulmazlığını korumak için kullanılabilecek hukuki bir enstrüman oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti sonrası ilk anayasa olan “çift anayasa” döneminin 1921 anayasası her ne kadar insan haklarına ilişkin bir düzenleme içermemiş olsa da cumhuriyet tarihinin ilk anayasası olan 1924 anayasası, “Türklerin Hukuk-u Ammesi” başlıklı 5. Bölümde belli kişisel ve siyasal hakları güvence altına almış, bununla birlikte özel yaşamın gizliliği hakkına doğrudan yer vermemiş, bu hakkın yalnızca belli unsurlarını md. 76’da konut dokunulmazlığı ve md. 81’de haberleşmenin gizliliği ile düzenlemiştir.²³²

1961 anayasası ile birlikte “insan haklarına dayanan” laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanan Türkiye, sosyal devlet olma özelliğini kazanmış, hak ve özgürlükler bakımından çığır açan güvenceler getirilmiş²³³, özel yaşamın gizliliği hakkı ilk kez Türk anayasasına girmiştir. Madde 15’te düzenlenen bu hak, “Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz” hükmü ile 1961’den önce kabul edilen uluslararası insan hakları belgelerinde olduğu gibi hakkı betimleyici bir yaklaşım sergilemiştir.

Son olarak, hâlen yürürlükte olan 1982 anayasası, ilk başta 1961 anayasasında benimsenen özgürlükçü yaklaşımı kısıtlamış ve hak ve özgürlükler bakımından tanınan güvenceleri azaltma eğiliminde bulunmuşsa da²³⁴, 2004 ve 2010

²³² İba, s. 51, 52; Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 244; Bununla birlikte, ekonomik ve sosyal haklara yer vermeyen 1924 anayasası katı bir anayasa olmayıp bu hak ve özgürlükleri gerekli güvencelere kavuşturmamış, tanımlamamış ve sınırlamaların şartlarını düzenlememesine rağmen kanunla sınırlamayı kabul etmiş, böylece Meclis çoğunluğunun oylarıyla hakkın özüne dokunabilecek uygulamalara kapı açmıştır. Özbudun, Türk Anayasa, s. 33; Gözübüyük, s. 131.

²³³ İba, s. 63; Gözübüyük, s. 142, 143.

²³⁴ Gözübüyük, s. 170, 171.

değişiklikleri ile birlikte²³⁵ insan hakları hukuku bakımından olumlu gelişmeler yaşanmıştır. 1982 anayasasının hâlen yürürlükte olan mevcut hâli, özel yaşamın gizliliği hakkını, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümün “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlıklı dördüncü alt bölümünde md. 20, 21 ve 22’de düzenlemiştir.

Özel yaşamın gizliliği, AY md. 20’de “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” hükmü ile düzenlenmiş, 7 Mayıs 2010’da 5982 sayılı kanun ile yapılan eklemeyeyle daha sonra incelenecek olan kişisel verilerin korunması hakkı da özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına alınmıştır.²³⁶ Benzer biçimde, md. 21’de “Kimsenin konutuna dokunulamaz” hükmü ile konut dokunulmazlığı ve md. 22’de “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır” hükmü ile haberleşme hürriyeti de Anayasa’ya göre özel yaşamın gizliliği hakkının uzantıları hâline gelmiştir.

Bunun yanı sıra belirtilmesi gerekir ki, her ne kadar doğrudan bu alt bölümde düzenlenmemiş olsa da, ilgili olduğu hâllerde uygulama alanı bulacak olan din ve vicdan hürriyeti (md. 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (md. 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (md. 26) ve kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

²³⁵ Ölüm cezasının kaldırılması, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanının getirilmesi ve başkaca diğer değişikliklerin Türk insan hakları hukukuna getirdiği gelişmeler için bkz. Taşkın, Cankat Ş., “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 24, S. 97, 2011, s. 175 vd.; Tezcan, Durmuş, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu’nun Rolü”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 36, Kasım 2012, s. 11, 12; Kaboğlu, İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak?, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010.

²³⁶ İlgili madde, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir” hükmü ile kişisel verilerin korunmasını anayasal bir hak olarak güvenceye kavuşturmuş ve 25 Mart 2016’da kabul edilen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun ve bu kanuna dayanarak 28 Ekim 2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanıp 1 Ocak 2018’de yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi Hakkında Yönetmelik’in kabul edilmesine dayanak olmuştur.

(md. 17) özel yaşamın gizliliği hakkı ile birlikte değerlendirilebilecek türden kamu hak ve özgürlükleridir.²³⁷

Özel yaşamın gizliliği hakkı, anayasal güvenceye kavuşturulmakla bir insan hakkı olarak kabul edilmiş, düzenlenme biçimi ve kapsamı bakımından ise İHEB, KSHS ve AİHS'te olduğu gibi dar anlamda özel yaşam ve aile yaşamı ayrımına başvurulmuş²³⁸, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti de özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.²³⁹ Bu unsurlar, ileride özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamı içerisinde daha ayrıntılı değerlendirilecektir.

Son olarak üzerinde durulması gerekir ki, özel yaşamın gizliliği hakkının anayasal güvenceye kavuşturulmuş olması, özel hukuk ilişkileri bakımından da anlamlıdır. Nitekim, çalışmanın konusu, devletin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerini içermeyip, bir özel hukuk ilişkisi olan iş ilişkisine yönelmekte; dolayısıyla, iş sözleşmelerine yukarıda bahsi geçen Anayasa hükümlerinin uygulanırılığını tartışmayı zorunlu kılmaktadır.

AY md. 11, Anayasa'da yer alan hükümlerin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemiş²⁴⁰, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sağlanan anayasal güvencelerin yalnızca devlete karşı değil, özel hukuk alanında varolan özel hukuk ilişkilerinde de

²³⁷ Şen, s. 107 vd.; Serozan, s. 456 vd.; Dursun, Gizem “AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 167-168, 2018, s. 215.

²³⁸ Yukarıda açıklandığı üzere, aile yaşamı ve dar anlamda özel yaşam, geniş anlamda özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında iki farklı yaşam alanı oluşturmaktadır. Nitekim özel yaşamın gizliliği, hem bir hak hem de bir kavramdır ve öğretide birbirinden farklı anlamlarda kullanılabilir. Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları, s. 132 vd; Araslı, s. 6, 43; Sevimli, Ahmet K., İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 9; Aktaş, s. 90.

²³⁹ Yargıtay HGK, 4-961/523, 17.6.1987; AYM *E.T. Başvurusu*, 2016/15637, 12/4/2018; *Yasemin Çongar ve diğerleri Başvurusu*, 2013/7054, 6/1/2015, para. 49; *Mehmet Seyfi Oktay Başvurusu*, 2013/6367, 10/12/2015, para. 28; *Rıdvan Bayram Başvurusu*, 2013/1171, 9/9/2015, para. 29; *Veysel Demirtaş Başvurusu*, 2013/1222, 20/4/2016, para. 37; *Yılmaz Öner Başvurusu*, 2013/7535, 14/4/2016, para. 32; *Abdul Vahap Kaçar ve Ercan Kaçar Başvuruları*, 2014/16877, 22/3/2018; Bununla birlikte, AYM kimi bireysel başvurularda, özel yaşamın gizliliği hakkının haberleşme hürriyeti veya konut dokunulmazlığının ihlali yoluyla ihlal edilip edilmediğini, genellikle başvurduğu “açıkça dayanaktan yoksun olma” sebebiyle kabul edilemez bulmaktadır. *Gülcan Tutkun Berk Başvurusu*, 2015/2334, 29/11/2018; *Meral Daniş Beştaş Başvurusu*, 2017/5845, 4/7/2018; *Yalçın Kaplan Başvurusu*, 2016/3927, 19/2/2019.

²⁴⁰ Yargıtay 21. HD, 7262/7540, 2.11.2000; Yargıtay 16. HD, 13130/12945, 24.12.2002.

korunmasını amaçlamıştır.²⁴¹ Dolayısıyla Anayasa'nın özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin içerdiği güvence, dört temel sonucu beraberinde getirmektedir: (i) Özel hukuk normlarının AY md. 20'ye göre yorumlanması, (ii) Gerçek ve gerçek olmayan hukuki boşlukların AY md. 20'ye uygun olarak doldurulması, (iii) Özel hukuk normlarının AY md. 20'ye aykırılığının incelenmesi (somut ve soyut norm denetimi) ve (iv) AY md. 20'nin özel hukuk ilişkilerine doğrudan doğruya uygulanması.²⁴² Öğretide AY md. 90 uyarınca uygulama alanı bulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinde olduğu gibi, Anayasa hükümlerinin de doğrudan doğruya uygulanabilirlik özeliği tartışılmaktadır.²⁴³ Bununla birlikte, kanaatimizce özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin Anayasa hükümleri de normlar hiyerarşisindeki üstünlükleri ve düzenlenme biçimlerinin özel hukuk normları ile birlikte uygulanacak kadar ayrıntılı olması nedeniyle doğrudan doğruya uygulanabilir niteliktedir.

2.1.2.2. Türk Medeni Kanunu

Özel yaşamın gizliliği hakkı, bu kavramı kavramlaştırmaya yönelik çabalara ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, kuşkusuz “kişilik” ile yakından ilgilidir. Nitekim kişilik, özel yaşamın merkezine aldığı birey olma durumunu, özellikle de bir bireyi kendisi yapan özelliklerin ne olduğunu, geçmişi ve geleceğinin ne ifade ettiğini ve kimliğine dair özellikleri belirlemeye ilişkindir.²⁴⁴

Buna göre, Anayasa'da özel yaşamın gizliliği hakkına dair yer alan düzenlemeler, Türk Medeni Kanununda (TMK) kendisini kişilik hakkı olarak

²⁴¹ Kaneti, S., “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 53, 2011, s. 199.

²⁴² Kaneti, s. 200; Süzek, s. 54, 55; AYM'nin 3 Haziran 1976 tarihli ve 13/31 sayılı kararında da “Bilindiği gibi, Anayasa'da sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konulan ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir” şeklinde verilen karar ile Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiştir. AYM'nin 22 Ocak 1988 tarihli ve 5/1 sayılı İBK'sında da anayasaya uygun yorum yöntemi üstün bir yorum yöntemi olarak kabul edilmiş, böylece anayasal tanımanın sonuçları arasında yerini almıştır.

²⁴³ Kaneti, s. 210, 211; Serozan, s. 456; Öyle ki, ticaret hukukunda dahi anayasa hukukunun doğrudan doğruya uygulanırılığını kabul etmek mümkündür. Renard, Georges, “The Philosophy of Institution”, The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos, 20th Century Legal Philosophy Series, Vol. VIII, ed. Albert Broderick, Harvard University Press, Massachusetts, 1970, s. 290 vd.

²⁴⁴ Locke, para. 9; Rubinfeld, s. 752, 753.

gösterir.²⁴⁵ Nitekim özel yaşamın gizliliği hakkının kişilik hakkı kapsamında ancak bununla sınırlı olmayacak şekilde inceleme alanı bulması da, kişilik hakkını meydana getiren alt unsurlar ile özel yaşamın gizliliği hakkını oluşturan unsurların örtüşmesidir. Bu alt unsurlar, kişinin vücut bütünlüğü, adı, görüntüsü, sesi, çalışma özgürlüğü, cinsiyeti, şeref ve haysiyeti, düşünce özgürlüğü, sırları gibi birçok varlığı içerir²⁴⁶ ve bu varlıkların birçoğu özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına girer. Dolayısıyla kişilik hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkının güvence altına aldığı varlıkların korunması bakımından başvurulabilecek en temel kişisel haktır.

TMK’da kişilik hakkının yerini bulması yeni bir gelişme değildir. Nitekim mehzaz kanunlar olan İsviçre Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanununda yer alan *intérêts personnels* (kişisel menfaatler) kavramı yerine 1984 yılında yapılan değişiklikle *personnalité* (kişilik) kavramının kullanılmaya başlanmış, eski TMK da 4/5/1998 tarihli ve 3444 sayılı kanunla aynı şekilde değiştirilerek md. 23 vd. düzenlenen kişisel menfaatler yerine kişilik kavramını kullanmaya başlamıştır.²⁴⁷ Neticede 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni TMK da kişilik kavramını kullanmaya devam etmiştir.

TMK’nın özel yaşamın gizliliği hakkı ile ilgili olan düzenlemeleri, Kişiler Hukuku Kitabının Gerçek Kişiler başlıklı Birinci Kısımında, Kişilik Bölümünde Kişiliğin Korunması başlığı altında md. 23 vd. düzenlenmiştir. Kişilik hakkını düzenleyen hükümlerde bu hakkın kapsamına aldığı unsurlar tahdidi olarak saymaktan kaçınılmış,²⁴⁸ bununla birlikte adın korunması (md. 26, 27) veya cinsiyet geçişi (md. 40) gibi belli özel hükümler getirilmiştir.

İlk olarak, md. 23, “kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya

²⁴⁵ Serozan, s. 454; Dural/ Ögüz, s. 99; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 166; Kılıçoğlu, s. 306.

²⁴⁶ “Kişinin doğumda kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, fotoğrafı, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik hakkını oluşturur”. Yargıtay 4. HD, 10.04.2008, 9966/5060.

²⁴⁷ Dural/ Ögüz, s. 100; Kılıçoğlu, s. 300.

²⁴⁸ Böylelikle kişilik hakkı, bir çerçeve norm olarak değişen koşullara uyarlanabilir bir hâle getirilmiş, kişiliğin geniş ölçüde korunabilmesi için elverişli bir hukuki enstrüman sağlanmıştır. Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları, s. 5.

da ahlâka aykırı olarak sınırlayamayacağını” kurala bağlamış, son fıkrasında ise insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve nakline ilişkin hükümlere yer vermiştir. Böylece kişilerin yapacağı hukuki işlemler veya bunların ilgili hükümleri; örneğin bir tip iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulaması veya yönetim hakkının kullanımında özel yaşamın gizliliğine ilişkin bir düzenlemeye aykırı bir vazgeçme ve sınırlandırma olması hâlinde²⁴⁹ Borçlar Kanunu (BK) md. 26 ve md. 27 uyarınca kesin hükümsüz olma ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır.²⁵⁰

İkinci olarak, md. 24 ve md. 25, “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir” hükmü ile kişilik hakkına yönelik haksız fiillere karşı korumaya ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Bu maddelerin devamındaki hükümler ile ise özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik hukuka aykırı müdahaleler; tespit, önleme, durdurma, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme, maddi ve manevi tazminat davaları ve hükmün ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesi ile yaptırıma bağlanmıştır.²⁵¹

Üçüncü ve son olarak md. 26 ve 27 ile, adın korunması ve değiştirilmesine ilişkin güvenceler getirilmiş; md. 40’la cinsiyet geçişini düzenlemek suretiyle özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilecek olan²⁵² cinsiyet kimliğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte daha sonra da üzerinde durulacağı üzere üreme yeteneğinden yoksun kalma ve ergin olma şartını içermesi ve insan haklarına

²⁴⁹ Bu hüküm, kişinin kendisinin tarafı olduğu ve oluşturduğu hukuki işlemlere karşı ekonomik, sosyal ve entelektüel birtakım zorundallıklara karşı korumaya yöneliktir. Öğretide içe yönelik koruma olarak da tanımlanan bu hüküm, kanımızca yalnızca kişinin kendisine yönelik bir korumayı içermez, nitekim bu tür bir zorundalık durumu aynı zamanda dışarıdan gelen zarar tehlikelerine yöneliktir. Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 94.

²⁵⁰ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 108.

²⁵¹ Yargıtay HGK, 30.05.2012, 4-147/327; Yargıtay 4. HD, 22.09.2008, 14629/10720; Yargıtay 4. HD, 20.06.2011, 7024/7211.

²⁵² Yargıtay 2. HD, 06.10.2003, 11898/12737, Yargıtay 2. HD, 13.02.2006, 17485/1343.

aykırı bir yaklaşım benimsemesi sebebiyle, daha sonra bahsi geçen ilk şart AYM'nin vermiş olduğu iptal kararıyla kaldırılmıştır.²⁵³

2.1.2.3. Borçlar Kanunu

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu, özel yaşamın gizliliğine ilişkin bir düzenleme içermemekle birlikte; (i) Genel Hükümler Başlıklı Birinci Kısımın Borç İlişkisinin Kaynakları Başlıklı Birinci Bölümünde, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri ayrımında sözleşmelerin veya ilgili hükümlerinin hukuka aykırılığı ve buna bağlı kesin hükümsüzlüğü, (ii) Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri ayrımında haksız fiil sorumluluğunu ve buna yönelik talep edilebilecek tazminat türlerini ve (iii) Özel Borç İlişkileri başlıklı İkinci Kısımın Hizmet Sözleşmesi başlıklı Altıncı Bölümünde işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyerek, özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına ilişkin hükümler içermektedir.

İlk olarak, sözleşmelerin genel hukuka aykırılık hâlleri, BK md. 27'de "Kanunun emredici hükümlerine²⁵⁴, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur" hükümleri ile kurala

²⁵³ Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin def'i yoluyla anayasaya aykırılığını ileri sürmesi ile 29/11/2017'de tarihli, E: 2017/130, K: 2017/165 sayılı Kararı ile TMK md. 40, I ilk cümlesinde yer alan "... ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ifadesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş, bu karar 20 Mart 2018 Tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte aynı tarih ve sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 29/11/2017 tarihli, E: 2015/79, K: 2017/164 sayılı Kararında, yine aynı maddede cinsiyet geçiş operasyonunun nüfus sicilinin düzeltilmesi için bir şart olarak aranmasının Anayasa'ya aykırılığını ileri süren Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itiraz başvurusu reddedilmiş, cinsiyet kimliğinin kişinin tıbbi bir müdahaleye maruz bırakılmadan belirlenemeyeceğini ve nüfus sicil durumunun bireyin talep ettiği biçimde düzeltilmeyeceğini iddia eden AYM, insan haklarına aykırı bir yaklaşım benimsemiştir.

²⁵⁴ Bu hükümde "kanun" lafzı ile ifade edilmek istenen sadece hiyerarşik olarak kanun özelliği taşıyan hukuk kuralları değildir, bunun dışında emredici nitelik taşıyan KHK, İBK gibi başkaca hukuk kurallarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 135; Oğuzman, Kemal M./ Öz, Turgut M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 72, 73.

bağlanmıştır. Buna göre, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin BK md. 27'ye aykırı olarak yapılacak sözleşmeler tamamen veya kısmen geçersiz olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali nedeniyle, yapılan bir sözleşmenin hem kanunun emredici hükümlerine hem de özel olarak zikredilmek suretiyle ayrıca güvence altına alınan ve TMK md. 23 ile birlikte uygulanacak kişilik haklarına aykırılıktan dolayı geçersizliğin ileri sürülebileceğidir.²⁵⁵ Buna göre, özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik yapılan müdahale, kişilik hakları kapsamında yer alan unsurlardan birine yönelikse, ilgili hukuki işlem BK md. 27'nin bu hükmü gereği hem kanunun emredici hükmü olan TMK md. 23'e aykırılıktan hem de kişilik haklarına aykırılıktan dolayı²⁵⁶ kesin hükümsüz olacaktır. Kişinin sözleşme ile girdiği yükümlülüğün konusu, doğurduğu sonuçlar veya süresi kişilik haklarına aykırıysa, diğer deyişle TMK md. 23/1 kapsamında sözleşmenin konusu kişinin vazgeçmeyeceği haklardansa²⁵⁷ ya da kişi TMK md. 23/2 kapsamında özgürlüklerinden hukuka veya ahlaka aykırı olarak vazgeçiyorsa, söz konusu yaptırım uygulama alanı bulacaktır.²⁵⁸

İkinci olarak, her ne kadar bu çalışmanın konusu dışında kalsa da, sözleşmesel sorumluluk rejimi haksız fiil sorumluluğu rejiminin özel bir görünüm biçimi olduğundan²⁵⁹, BK md. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümleri de özel

²⁵⁵ Emredici hükümler, hukuk düzeninde genel olarak işçi, sigortalı, tüketici gibi zayıf taraf konumunda olan sözleşme taraflarını korumak üzere getirilmiştir. Ancak kanun, kişilik haklarına ayrı bir önem atfederek bunlara aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğünü açıkça zikretmek gereği duymuştur. Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Ankara, 2017, s. 86, 87; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 108, 109; Öyle ki sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar genellikle mutlak veya nispi emredici hükümler getirmek suretiyle yapılır. Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 225, 226.

²⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 573.

²⁵⁷ Nitekim bu hükmün uygulamada genel olarak bir geçersizlik sebebi olarak ileri sürülmediği konusunda öğretide görüş birliği vardır ve esas olarak geçersizliğe dayanak gösterilen md. 23/2'dir. Kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri yasaklayan bu hüküm ile BK md. 27 arasındaki ilişki için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 567.

²⁵⁸ Bununla birlikte katılmadığımız bir görüş kişilik haklarına aykırılığın yaptırımının nispi hükümsüzlük olması gerektiğini, zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen bu gibi düzenlemelerde hükümsüzlüğün re'sen dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 231, 232.

²⁵⁹ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 376 vd.

yaşamın gizliliğine yönelik ihlaller bakımından incelenmelidir. “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür” hükmüne dayanan haksız fiil sorumluluğu, md. 58’de kişilik hakkının zedelenmesine yönelik saldırılar ile özelleştirilmiş, bu maddede yer alan “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir” hükümleri ile özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilen kişinin manevi tazminat talebi özel bir hukuki dayanağa kavuşturulmuştur. Buna göre, özel yaşamın gizliliği ihlal edilen kişi md. 49 vd. hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği gibi, kişilik haklarının zedelenmesinden bahisle md. 58 uyarınca manevi tazminat talebinde de bulunabilir.²⁶⁰

Üçüncü ve son olarak, çalışmanın konusunu oluşturan iş (hizmet) sözleşmelerinde işverenin işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin borçlarını düzenleyen md. 417-419 da, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin BK’da yer alan düzenlemelerdendir. İşverenin işçiyi gözetme borcu, kendisini (i) işçinin kişiliğini koruma, (ii) işçiyi psikolojik ve cinsel tacize karşı koruma, (iii) iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma şeklinde gösterir ve bu borç, işçinin sadakat borcunun sinalagmasıdır.²⁶¹ İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı da, kişilik hakkı ve ileride incelenecek olduğu üzere kişisel verilerin korunması²⁶² ile doğrudan ilişkili

²⁶⁰ Bu durumda iki farklı hükme dayanarak talep edilecek manevi tazminat talebinin tek bir talep olarak ileri sürülmesi gereklidir. Nitekim her iki madde de haksız fiil meydana getiren bir saldırı sonucu görülen zararın tazminine yönelik aynı amacı taşımaktadır. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 461-463. Nitekim TMK md. 25/3’te öngörülen tespit, önleme, durdurma, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme, maddi ve manevi tazminat davaları ve hükmün ilanı veya üçüncü kişilere bildirilmesi yaptırımlarından manevi tazminat, bu hükme dayanılarak talep edilir. Nomer, s. 272-274.

²⁶¹ Süzek, s. 399; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 322; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 185; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 937; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 554.

²⁶² BK md. 419 kapsamında işçinin kişisel verilerinin korunmasının genel olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemeler ve temel ilkeler bakımından incelemesi için bkz. Sevimli, Ahmet K., “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011, s. 120 vd.

olduğundan²⁶³, md. 417/1’de yer alan “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür" ve md. 419’da yer alan “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır" hükümleri ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk rejimine dayanarak korunmaktadır.²⁶⁴

2.1.2.4. İş Kanunu

10 Haziran 2003’te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu (İK), işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemekte, genel anlamda işçinin kişiliğinin korunması hususunda yukarıda açıklandığı üzere BK md. 419 uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Fransız iş hukukunda ise işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı, *Code du Travail* (İş Kanunu) md. L.1121-1’e dayanılarak korunmaktadır. Madde metninde yer alan “kişilerin haklarına, bireysel ve kolektif özgürlüklerine, görülen işin niteliği gereği olmak ve ulaşılmak istenen amaca uygun ve ölçülü olmak şartlarını taşımadığı müddetçe sınırlama getirilemeyeceği” ifadesi, iş ilişkilerinde ilk kuşak haklardan olan kişilik hakkına ve bunun yansıması olarak da özel yaşamın gizliliği hakkına getirilecek sınırlamaların sınırını çizmektedir.²⁶⁵ Benzer biçimde Alman hukukunda *Betriebsverfassungsgesetz* (İşyeri Esas Teşkilatı Kanunu [İşyeri Kurulları ve İşçi Temsilcilikleri Kanunu], Works Constitution Act)

²⁶³ Nitekim iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin korunmasının kapsamında özel yaşamın gizliliği hakkının girdiği her türlü kuşkudan varestedir. Eren, s. 55; Süzek, s. 400; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 323.

²⁶⁴ Böylelikle BK, İsviçre *Code des Obligations* (Borçlar Kanunu) md. 328/a ve 328/b hükümlerine paralel düzenlemelere yer vermiştir. <https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1911/00/19110009-a328-en-fr.html>, S.E.T. 05.04.2019; Kaplan, Emine Tuncay, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011, s. 43 vd.

²⁶⁵ Auzero/ Dockès, s. 681-683; Nitekim *Code du Travail* içerisinde yer alan bu hüküm de, *Code Civil* (Medeni Kanun) Art. 9’da düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkının korunması bakımından araçsal bir görev görür. Zira L. 1121-1’de bahsi geçen “kişilerin hakları, bireysel ve kolektif özgürlükleri” kavramı, evleviyetle kişisel haklardan özel yaşamın gizliliği hakkını kapsar. Miné, Michel/ Marchand, Daniel, *Le Grande Livre du Droit du Travail en Pratique*, Eyrolles, Septembre 2016, s. 67, 72.

sec. 75 para. 2, işverenin ve işyeri işçi temsilciliğinin işçinin kişiliğini özgürce geliştirmesini koruma ve teşvik etme borcunu düzenlemekte, böylelikle işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını koruma altına almaktadır.²⁶⁶

Bununla birlikte, İş Kanunu özel yaşamın gizliliğinin korunmasına dair tamamen sessiz kalmamıştır. İK, (i) md. 5'te işverenin eşit davranma borcunu, (ii) md. 18/3 fıkrasında fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hâlleri, (iii) md. 75'te işverenin işçi için düzenleyeceği özlük dosyasında yer alan işçi hakkında edinilen bilgilere ilişkin işverene getirilen yükümlülükleri, (iv) md. 24/2(b), (c) ve (d) bentlerinde işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını ve md. 26/2'de işçinin böyle bir feshe başvurması hâlinde diğer tazminat haklarını saklı tutmasını düzenleyerek, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı bakımından uygulama alanı bulabilecek hükümler içermektedir.²⁶⁷

İlk olarak, AY md. 10 ile birlikte yorumlanması gereken²⁶⁸ İK md. 5 uyarınca, "iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz". Buna göre bireysel iş ilişkilerinde eşitlik ilkesi uyarınca, aynı işyerinde ve aynı çalışma koşulları altında çalışan hiçbir işçi, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında yer alan unsurlara, örneğin cinsel yönelimine, cinsiyet kimliğine, engellilik durumuna veya yaşına dayanılarak ayrımcılığa maruz

²⁶⁶ Grentzenberg, Verena/ Kirchner, Jens, "Data Protection and Monitoring", Key Aspects of German Employment and Labour Law, ed. Kirchner, Jens/ Kremp, Pascal R./ Magotsch, Michael, Springer, Berlin, 2018, s. 134, 135.

²⁶⁷ Süzek, s. 399-401; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 187, 188; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 323, 324; Senyen-Kaplan, s. 169; Sümer, s. 90; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 165 vd.

²⁶⁸ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 382.

bırakılamaz.²⁶⁹ İşverenin bu borcuna aykırılığın yaptırımını ise İK md. 5/6 hükmü uyarınca hükmedilecek olan ayrımcılık tazminatıdır.

İkinci olarak, İK md. 18/3, (a), (b) ve (d) bentleri, iş güvencesinden yararlanan işçilerin iş akitlerinin geçerli nedenle feshinin, “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak; işyeri sendika temsilciliği yapmak ve ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlere” dayandırılmayacağını düzenlemiştir. Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamına giren unsurlar sebebiyle geçerli nedenle feshedilmesi kanun gereği yasaklanmıştır.²⁷⁰

Üçüncü olarak İK md. 75 uyarınca işveren, çalıştırdığı her işçi için düzenleyeceği özlük dosyasında, işçinin kimlik bilgilerini ve yasal olarak düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kaydı tutarken, “işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”. Böylece, işçilerin özlük dosyalarında yer alan kişisel verileri güvence altına alınmış ancak bu hükmün yaptırımına ilişkin İK’da herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İşverenin işçinin özlük dosyasında yer alan kişisel verilerini hukuka aykırı olarak işlemesi hâlinde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 17 ve 18 hükümlerinde düzenlenen suç ve kabahatlere uygulanacak idari ve cezai yaptırımlar uygulanacaktır.

Son olarak, daha sonra inceleneceği üzere, İK md. 24 ve 26 uyarınca işverenin işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali hâlinde, işçinin “ahlak ve

²⁶⁹ Bu bakımdan işverenin ayrımcılık yasağının ötesine geçecek şekilde geniş anlamda eşit davranma borcunun olduğu, eşitlik ilkesinin yalnızca ayrımcılık yasağı ile sınırlı olmadığı ve işçiye yönelik açık bir ayrımcılık yapılmıyor olmasının eşitlik ilkesine uygun bir muamele olduğu varsayımını beraberinde getirmeyeceği kabul edilmelidir. Süzek, s. 450 vd.; Senyen-Kaplan, s. 211; Sümer, s. 91-95; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 381; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 194; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 167, 168; Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Legal Yayınevi, Ankara, 2008, s. 64 vd.; Gürsel, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2011, s. 429.

²⁷⁰ Süzek, s. 599; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 194; Nitekim İş Kanununun ilgili maddesinin gerekçesinde yer alan “Böylece iş yasaları ile özellikle güvence altına alınmış olan bazı hak ve özgürlükler hiçbir şekilde fesih için geçerli bir sebep oluşturamayacaklardır. Bu konu yoruma yer vermeyecek bir biçimde hükme bağlanmıştır” ifadesi de, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki unsurların feshe geçerli sebep oluşturmayacağı yorumunu güçlendirmektedir.

iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzerleri”ne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar ve haklı nedenle feshin sonuçları ile birlikte TMK, BK ve İK uyarınca olası maddi ve manevi tazminat, ayrımcılık tazminatı veya sendikal tazminat talepleri gündeme gelir.

2.1.2.5. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu

7 Kasım 2012’de yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK), sendika özgürlüğünün güvencesini düzenlediği md. 25’te, işçilerin yine özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilebilecek olan sendika üyelikleri veya sendikal faaliyetlerinin ayrımcılık temeli oluşturmasını, iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar yasaklamıştır.²⁷¹

STİSK md. 25/1 uyarınca, “işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz”. Böylece AY md. 51’e paralel olarak, işçiler sendika üyeliklerine ilişkin olarak herhangi bir nedenden dolayı işe alınmaz ve bu nedenle ayrımcılığa uğrarsa, sendikal özgürlükleri ihlal edilmiş²⁷², sendikalara üyelik de özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilecek bir unsur olduğundan özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olur.

Benzer biçimde, STİSK md. 25/2, 3 uyarınca, “işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları

²⁷¹ Süzek, s. 544-547; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 741 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 276, 277; Tuncay, Can/ Savaş-Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, Beta Yayınevi, Ankara, 2017, s. 112-126; Zorlutuna, Dilara, Sendikalar Hukukunda Demokrasi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 161-165; Yargıtay 9. HD, 20.5.1985, 2546/5437; Yargıtay 9. HD, 25.3.2014, 13993/10049.

²⁷² Nitekim bu özgürlüğün işe alınma bakımından korunmasında yalnızca işverenlerin değil, aynı zamanda işçi sendikalarının da md. 25/1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, böylece örneğin toplu iş sözleşmelerine koyulacak kapalı işyeri veya sendikal işyeri şartlarının geçersiz olacağı hükmün hem lafzi hem de amaçsal yorumu gereği kabul edilmelidir. Tuncay/ Savaş-Kutsal, s. 113.

veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.²⁷³ Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır". Buna göre, iş ilişkisinin devamı boyunca (çalışma koşullarında) ve sona ermesinde de²⁷⁴ işçi, sendika üyeliği²⁷⁵ veya sendikal faaliyet²⁷⁶ gibi özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki unsurlara dayanarak ayrımcılığa maruz bırakılamaz ve iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilemez.

İşçinin iş güvencesine sahip olup olmaması dikkate alınmaksızın; işe alınmada, iş ilişkisinin devamı boyunca ya da iş sözleşmesinin sona ermesinde sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kalması hâlinde STİSK md. 25/4 uyarınca en az bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal nedenle tazminat talep etme hakkı²⁷⁷; md. 25/5, 6 uyarınca ise işe iade davası açma hakkı doğar. Bu bağlamda sendikal nedenle fesihte tazminat, işe iade davası ile birlikte talep edilebileceği gibi tek başına da talep edilebilir; nitekim işe alınmada ve iş ilişkisinin devamı boyunca sendikal özgürlüklerin ihlali hâlinde işe iade davası gündeme gelmeyecektir.²⁷⁸

²⁷³ Yargıtay 9. HD, 10.3.2016, 2476/5446.

²⁷⁴ STİSK md. 25/4 fıkrasında yer alan "...fesih dışında..." ibaresinin AYM tarafından 22.10.2014 tarihinde 1/161 sayılı kararla iptal edilmesi üzerine fesih nedeniyle talep edilebilecek sendikal tazminat da sendikal özgürlüğün güvencesi kapsamına dahil edilmiştir. Süzek, s. 545; Senyen-Kaplan, s. 254.

²⁷⁵ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "Taraf tanıklarının tutarlı anlatımlarından, davalı işveren ve vekillerinin doğrudan söz konusu faaliyeti engellemeye yönelik sözlü ve fiili bir baskının yapılmadığı, ancak işyerinde bu baskıları yapan diğer işyeri çalışanı işçilerin daha iyi pozisyonlara (vardiya amiri, beyaz yaka olarak görevlendirme v.s.) getirildiği ve ilk işyerine girenlerin işveren temsilcilerince işyerinde örgütlü olan.... üye olmaları yönünde tavsiyelerde bulunulduğu açıklanmıştır" ifadesi ile, işyerinde örgütlü bir sendikaya üye olmaya zorlanmanın STİSK md. 25/1, 2 hükümlerinin ihlali olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 9. HD, 22.1.2018, 35577/802.

²⁷⁶ Sendikal faaliyet kavramı için bkz. Bulut, Ali, Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 220-223.

²⁷⁷ İşe alınmada uğranılan sendikal ayrımcılık sebebiyle talep edilecek sendikal tazminata esas alınacak ücrete ilişkin görüşler için bkz. Bulut, s. 215, 216.

²⁷⁸ Süzek, s. 546, 547; Tuncay/ Savaş-Kutsal, s. 116 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 276, 277; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 744 vd.; "İşverenin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca iş sözleşmesini sendikal nedenlerle feshetmesi halinde işçi, 4857 sayılı kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, ... dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez". Yargıtay 9. HD, 19.12.2018, 3525/23682; Yargıtay 9. HD, 4.10.2018, 5445/17529.

2.1.2.6. Türk Ceza Kanunu

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), Birinci Kitabının Kişilere Karşı Suçlar başlıklı İkinci Kısımında yer alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlıklı Dokuzuncu Bölümünde, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline neden olan fiillerin vücut vereceği suçları ve bunlara ilişkin hükmedilecek cezaları düzenlemiştir. Bununla birlikte, farklı Bölümlerde yer alan konut dokunulmazlığını ihlal, haksız arama, nefret ve ayrımcılık, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ve sendikal hakların kullanımının engellenmesi suçları da özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden fiillere ilişkin uygulama alanı bulabilecek ceza normlarıdır.

Buna göre, TCK md. 132 haberleşmenin gizliliğini ihlal, md. 133 kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, md. 134 özel hayatın gizliliğini ihlal, md. 135 kişisel verilerin kaydedilmesi, md. 136 verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, md. 138 verileri yok etmeme, md. 116 konut dokunulmazlığını ihlal²⁷⁹, md. 120 haksız arama, md. 122 nefret ve ayrımcılık, md. 117 iş ve çalışma hürriyetinin ihlal, md. 118 ise sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçlarını düzenlemek suretiyle, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline yönelik fiillere ilişkin uygulanacak kuralları hüküm altına almaktadır.

Bununla birlikte, TCK anlamında “özel hayat ve hayatın gizli alanı” kavramları, özel yaşamın gizliliği hakkının yukarıda açıklanan özellikleri ile doğrudan örtüşmemekte, ceza hukukunun kendine özgü ilke ve yorum yöntemleri gereğince bu hakkın sahip olduğu kapsamdan daha sınırlı bir kapsamı ifade etmektedir. Zira TCK anlamında özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda korunan hukuki yarar, özellikle “haberleşme dokunulmazlığı”, “aile yaşamı”, “iletişimin dokunulmazlığı ve doğallığı”, “kişisel verilerin korunması” gibi unsurlara dayanmaktadır.²⁸⁰ Bu nedenle bahsi geçen suçların maddi unsurlarını

²⁷⁹ Nitekim bu suç, kişinin kendisini özgürce geliştirme ve ortaya koyabilme imkanını yaratan, ikamet ettiği kendisine özel bir alanın varlığını korumaya yönelik olarak özel yaşamın gizliliği hakkını koruma altına alır. Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 97.

²⁸⁰ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2016, 262, 263; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 646, 658, 665.

oluşturan fail, mağdur, maddi konu, fiil ve netice bakımından özel yaşamın gizliliği hakkı²⁸¹, hukuk uyumsuzluklarında meydana gelebilecek işlem ve eylemleri ve bunların hukuki yaptırımlarını kapsamama ihtimalini taşımaktadır.

2.1.2.7. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Kişisel veriler, 12 Eylül 2010'da AY md. 20/3'e yapılan eklemeyle birlikte, Anayasa'da düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına alınmış, böylece kişisel verilerin korunması hakkı anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Nitekim ileride üzerinde durulacağı üzere kişisel verilerin korunması hukuku, tarihsel ve teorik düzlemlerde özel yaşamın gizliliği çalışmaları ve teorisiyle çok sıkı bir ilişki içindedir.²⁸²

Kişisel verilerin korunmasının Türk hukukunda düzenlenişinin kısa tarihi üzerinde durulacak olursa; Türkiye, Avrupa Konseyi, BM ve OECD gibi uluslararası örgütlere üye olmakla birlikte, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından bu örgütlerce kabul edilmiş ve yukarıda bir kısmının bahsi geçtiği uluslararası hukuk düzenlemelerini kendi iç hukukuna aktarmamıştır. Öyle ki, 6669 sayılı ve 30 Ocak 2016 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun çıkana kadar, Türk hukukunda doğrudan doğruya kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun düzeyinde kabul edilen hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.²⁸³

²⁸¹ Bu hususta bkz. Aktaş, s. 139-166; Hafızogulları/ Özen, s. 9 vd.

²⁸² Örneğin kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin geçerli olduğu ABD, İngiltere, Kanada gibi ülkelerde ilk olarak özel yaşamın gizliliği hukuku kapsamında kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu hukuk disiplininin artık kendisine özgü ve bağımsız bir çalışma alanını ifade ettiği, özel yaşamın gizliliği ile yalnızca teorik olarak değil, pratikte karşılaşılan çözüm yöntemleri bakımından da ayrıştığı kabul edilmelidir. Küzeci, s. 73, 74; Nitekim, yukarıda açıklandığı üzere, özel yaşamın gizliliği hakkını kavramlaştırmaya yönelik teorilerden biri de, kişinin kendisine dair bilgi ve durumlar üzerindeki hakimiyetidir.

²⁸³ Küzeci, s. 304, 305; Bununla birlikte 2005 yılında kabul edilen TCK'nın düzenlediği, yukarıda bahsi geçen md. 135 kişisel verilerin kaydedilmesi, md. 136 verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, md. 138 verileri yok etmeme suçları kişisel verilerin korunması hukukuna ilişkin kabul edilen dolaylı düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Kişisel verilerin kanun düzeyinde korunmasını gerektiren sebeplerin olgunlaşması²⁸⁴ ile birlikte, 1989’da hazırlık çalışmaları başlamıştır. 13 Eylül 1995’te kurulan ilk hazırlık komisyonu çalışmalarını tamamlayamamış, 2000 yılında kurulan ikinci komisyon ilk kanun tasarısını hazırlamış, bu tasarı 2003’te Adalet Bakanlığı tarafından açıklanmış ancak kanunlaşmamıştır. 2008’de TBMM’ye sevk edilen tasarı seçimler nedeniyle tekrar kabul edilememiş, 2011 ve 2014 yıllarında yeniden hazırlanan tasarılar da TBMM’ye sevk edilmelerine rağmen yine seçimler nedeniyle kabul edilememiştir.²⁸⁵ Son olarak, 2014 yılında hazırlanan taslağın büyük ölçüde değiştirilmiş olan hâli, 18 Ocak 2016’da TBMM’ye sevk edilmiş ve Adalet Esas ve Alt Komisyonun’da tamamlanan görüşmeleri takiben 24 Mart 2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kabul edilmiştir.²⁸⁶

7 Nisan 2016’da yürürlüğe giren KVKK, md. 1 uyarınca “kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek” amacını gütmektedir.

KVKK md. 2, kişisel verilerin korunması hakkının “kişisel verileri işlenen gerçek kişiler”e ait olduğunu düzenlemiştir. Benzer biçimde, md. 3, kişisel verileri uluslararası düzenlemelere (örneğin GDPR md. 4/1) paralel olarak “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak; kişisel verilerin işlenmesini ise “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi,

²⁸⁴ Türkiye, üç temel sebepten ötürü kişisel verilerin korunmasını kendi hukukunda düzenlemek durumunda kalmıştır. Bunların ilki, kişisel verilerin hukuk düzeni tarafından korunmuyor olmasının, otoriter rejimlerde yarattığı sosyal ve siyasi olumsuzluklar; ikincisi, elektronik ticaret ve sosyal medya gibi internet üzerinden yapılan işlem ve eylemlerin kişilere yönelik hak ihlali ve suç riski taşıması; üçüncüsü ise, her ne kadar siyasi iktidar tarafından bir öncelik veya önem atfedilmiyorsa da, AB’ye üyelik ve AB düzenlemeleri ile uyumlaşma sürecinin (ya da örneğin EUROPOL ve EUROJUST ile işbirliği yapılamamasının) kişisel verilerin korunması hukukunu Türk iç hukukunda düzenlemeye itmesidir. Küzeci, s. 306-311.

²⁸⁵ <http://www.bilgiedinmehakki.org/kisisel-verilerin-korunmasi-projesi/>, S.E.T. 12.04.2019.

²⁸⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: 31853594-101-580-249.

sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” olarak tanımlamıştır.

Sonuç olarak, KVKK, özel yaşamın gizliliği hakkının korunması bakımından yalnızca gerçek kişileri hakkın öznesi olarak kabul eder ve bu kişilere ait kişisel verileri hakkın konusu olarak ele alır. Bu konu ise kişisel verilerin işlenmesi işlem ve eylemlerine karşı korunur.²⁸⁷

2.1.2.8. İnternet Kanunu

Bilişim hukuku²⁸⁸, kişisel verilerin korunması hukukuna benzer bir gelişim izlemiş; bu alana ilişkin pozitif düzenlemelerin hazırlığı, uygulamacı ve hukukçuların ortaya koyduğu eksikliklerin giderilmesine yönelik ihtiyacı beklemiştir.²⁸⁹

Hazırlanış ve kabul ediliş tarihçesi kısaca incelenecek olursa, İnternet Kanununun kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi öncesinde iki temel girişimde bulunulmuştur. Bunların ilki, 2006 yılının başında, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinin hemen ertesinde, bu kanunda düzenlenen bilişim suçlarını (md. 243-246) da düzenleyecek ve TCK’da yer alan hükümleri ortadan kaldıracak şekilde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan taslaktır. “Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı” başlığını taşıyan bu taslak, kimlik hırsızlığı, bilişim korsanlığı, çocuk pornografisi, kumar ve kamu düzenine ilişkin

²⁸⁷ Küzeci, s. 320-327.

²⁸⁸ Bilişim hukuku, internet hukukundan farklı olarak bilişim sistemlerini ve bu sistemlerle yapılan işlem ve eylemleri düzenler, bu nedenle internetin varlığı bilişim hukuku için şart değildir. Nitekim bilişim, “insanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandıkları bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, her türden düşünsel sürecin yapay olarak yeniden işlenmesi, bilginin bilgisayarlarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimidir”. Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 68, 69; Bilişim sistemleri de bahsi geçen işlemleri yapmaya yer alan herhangi yazılım ve donanımı ifade eder. İnternet hukuku ise internet üzerinden yapılan yayın, işlem ve eylemleri kapsar.

²⁸⁹ Bununla birlikte, Türkiye’nin bilişim hukuku bakımından kanuni düzenlemeler gelmeden önce müdahaleci bir yaklaşım sergilemediği, internet ve bilişim aracılığıyla meydana gelen işlem ve eylemlerin genel hükümlere göre çözümlenmeye çalışıldığı ifade edilebilir. Kent, Bülent, Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 34.

düzenlemelere yer vermesine karşın, TCK'da halihazırda düzenlenen hükümleri tekrar düzenliyor olması sebebiyle eleştirilmiş ve kabule sunulmamıştır.²⁹⁰

Yine aynı yıl içerisinde, 18 Aralık 2006'da TBMM'ye sunulan “Bilişim Sistemi Üzerinden Suç Teşkil Eden Zararlı Yayınlarla Mücadele Hakkında Kanun Teklifi” de, önceki taslağa paralel düzenlemeler içermiş, AB E-Ticaret Direktifine uygun bir biçimde içerik, hizmet ve internet sağlayıcıların sorumluluklarını düzenlemiş, bilgiye erişim hakkı ve ifade özgürlüğünü temele almış, sınırlamayı istisna tutmuştur. Bununla birlikte bu teklif de TBMM tarafından kabul edilmemiştir.²⁹¹

Son olarak, Ulaştırma Bakanlığının hazırlamış olduğu taslak, sevk edildiği komisyonun internet sükelerinin tanımına ve cevap ve düzeltme hakkına ilişkin yaptığı eklemelerle TBMM'ye sunulmuş, 4 Mayıs 2007'de 5167 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (İnternet Kanunu) kabul edilmiştir.²⁹² 23 Mayıs 2007'de 26530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren bu kanun, 2008, 2014 ve 2015 değışiklikleriyle getirilen tüm eleştirilere rağmen özgürlükler bakımından daha da sınırlandırıcı bir hâle getirilmiş ve son hâlini almıştır.

Özel yaşamın gizliliği hakkının İnternet Kanununda düzenlenişı ise, bu Kanunun düzenlediği hususlardan biri olan erişim engeli kararının alınmasına ilişkindir. Erişim engellerine ilişkin genel kural, md. 9'da yer alan usûlün takip edilmesidir. Buna göre, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir. Bununla birlikte, md. 9'da düzenlenen usûlün üç istisnası vardır: md. 8, 8/A ve 9/A. İnternet Kanunun md. 8, katalog suçları ve

²⁹⁰ Dölger, s. 634.

²⁹¹ Dölger, s. 634, 635.

²⁹² Çırakoğlu, Melikşah, 5651 sayılı kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 19, 20; Dölger, s. 635; Kent, s. 34.

bunlara ilişkin erişim engellerini, md. 8/A cumhurbaşkanı veya ilgili bakanlıkların talebi üzerine erişim engeli koyulabilecek hâlleri, 2014 yılında yürürlüğe giren md. 9/A ise özel yaşamın gizliliğine ilişkin ihlallerde erişim engeli koyulabilecek şartları düzenler.

Özel yaşamın gizliliği hakkının İnternet Kanununda yer alması, daha önce bahsi geçtiği üzere, internetin ve internet üzerinden yapılan her türlü işlem ve eylemin, bu hakkın korunmasını gerekli kılacak ihlallere elverişli oluşuna dayanmaktadır.²⁹³ Örneğin Twitter, Instagram, Facebook gibi sosyal medya uygulamaları veya başkaca web siteleri üzerinden bir kişinin özel yaşamının gizliliği korumasından yararlanan unsurları onun rızası olmadan yayımlanırsa, bu hakkın ihlali gündeme gelecektir.

İnternet Kanununda yer alan “özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” başlıklı md. 9/A,1’e göre, “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir”. Buna göre, kişilere sulh ceza hakimliğine başvurmadan, doğrudan BTK’ya başvurma hakkı tanınmış, böylece “derhal uygulama” ilkesine uygun olarak erişim engeli kararının alınması süreci hızlandırılmıştır.²⁹⁴

Özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, BTK’ya başvururken hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer

²⁹³ Öyle ki, internet, sağladığı platformun niteliği gereği anonimliği bir hak olarak tanır. Oysa ki bu durum, bu hakka dayanarak sergilenen eylemlerin hukuka aykırı olması hâlinde hak arama yoluna gitmek isteyen ve hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişinin korunmasını zorlaştırır. Bu hâlde anonimlik ve internet ortamında kişiliğin (ya da çalışmanın konusunu oluşturan özel yaşamın gizliliği hakkının) korunması, birbiriyle çatışır. Bu çatışmanın çözülmesi bakımından, yaptırıma ve denetime yönelen, ihlal meydana geldikten sonra işlevsiz görülebilecek türden müdahaleler yerine, bilişim sistemlerine, yazılım ve donanımlara “entegre edilecek” türden önleyici teknik tedbirlerin getirilmesi, kullanıcının (içerik sağlayıcının) hak ihlali ile hizmet ve internet sağlayıcının sorumlulukları arasında bir denkleştirmeye gidilmesi yoluna başvurulabilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Heckmann, Dirk, “İnternette Kişiliğin Korunması: Şeref ve Profilin Korunması İçin Karşı Çıkışlar Olarak Bilişim Teknolojileri Kullanımının Anonimliği ve Kesintisiz Veri Bağlantısı”, çev., Kerem Öz, İnternet Hukuku: Prof. Dr. Jan C. Joerden’a Armağan, ed. Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 415-426.

²⁹⁴ Kent, s. 120; Çirakoğlu, s. 122.

verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz. Başkan, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.²⁹⁵ Erişimin engellenmesi, özel yaşamın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.²⁹⁶

Bu kararın BTK aracılığıyla alınmasından ve uygulatılmasından sonra ise, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Kuruma gönderir. Hâkim tarafından verilen bu karara karşı BTK Başkanı tarafından itiraz yoluna gidilebilir. Erişim engel talebinin talepçi tarafından süresi içerisinde sulh ceza hakimliğinin kararına sunulmaması hâlinde erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

Son olarak, son fıkrada yer alan istisna hükmüne göre, özel yaşamın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan BTK Başkanı'nın emri üzerine erişimin engellenmesi Kurum tarafından yapılır.²⁹⁷ Kişilerin bulunduğu talepte olduğu gibi, Başkan tarafından verilen erişimin

²⁹⁵ Dört saatlik sürenin, kararın Erişim Sağlayıcıları Birliğine bildirildiği andan itibaren başlayacağı kabul edilmelidir. Çırakoğlu, s. 108.

²⁹⁶ Özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin talebinin, erişim engeli kararının alınması için yeterli olması ve bu kararın yargısal denetiminin sonradan yapılması, Anayasa'ya aykırı bulunabilir. Nitekim, bu kararın sulh ceza hakimliği tarafından incelenmesi ve onaylanması ya da onaylanmamasına kadar geçen sürede, URL bazlı dahi olsa ilgili içeriğe erişim çoktan engellenmiş, bir başka anayasal hak olan ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olur. Dülger, s. 747, 748.

²⁹⁷ Bu hâlde erişim engelinin, Erişim Sağlayıcıları Birliği aracılığıyla mı yoksa doğrudan BTK tarafından mı uygulanacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Ancak İnternet Kanunu md. 6/A'nın 6. fıkrasında yer alan "Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilir. Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanır" hükmü gereği, BTK'nın re'sen harekete geçtiği durumlarda da erişimin Birlik aracılığıyla engellenmesi gerekir. Çırakoğlu, s. 109.

engellenmesi kararı da yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur ve hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.²⁹⁸

2.2. Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının Kapsamı

Özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren unsurların tespiti, bu hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti için önceliklidir. Zira ihlali meydana getiren işlem veya eylem, özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilen bir durum veya olguya yönelmiyorsa bu hakkın ihlalinden söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliği hakkının bir şemsiye hak olarak görülmesi mümkün olduğundan ve bu hak, kimi zaman diğer birçok hak ve özgürlüğün kullanılması bakımından bir araç görevi gördüğünden, bir işlem veya eylemin özel yaşamın gizliliği hakkı ile birlikte başkaca hak ve özgürlükleri de ihlal ediyor olması mümkündür. Buna göre özel yaşamın gizliliğinin kapsamının, içeriği unsurlara göre birçok farklı kategorik yaklaşımla belirlenmesi mümkündür. Nitekim öğretide de bu hakkın kapsamının yeknesak bir sistematik kullanılarak açıklanamadığı görülür.²⁹⁹

Bu durumda özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamı, kendisini ilk olarak yukarıda incelenen uluslararası hukuk ve Türk hukuku düzenlemelerinin lafzında göstermektedir. Ancak bu kapsam, esasen bu düzenlemelerin yorumlanması yoluyla ortaya çıkacağından, yürürlükteki hukukun yanı sıra, AİHM, AYM, Yargıtay ve Danıştay kararları da bu kapsamın belirlenmesinde inceleme alanı bulacaktır. Aşağıda bu hakkın içinde yer alan unsurların tamamı değil ancak çalışma

²⁹⁸ Bu konuda re'sen veya talebe bağlı olarak erişimin engellenmesi üzerine yargıya yapılan itiraz olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Ancak yargıya itirazın istisna, yasağın ise kural olarak düzenlenmiş olması, artık temel hak ve özgürlüklerden sayılması gereken internet hakkının orantısız bir biçimde sınırlandırılması riskini doğurmaktadır. Öyle ki, engelleme kararı, içerik sahibine savunma hakkı dahi tanınmadan, dosya üzerinden verilmekte, bu karar ilgiliye tebliğ dahi edilmemektedir. Bununla birlikte, özel yaşamın gizliliğini ihlale bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başkan'ın emri üzerine yapılan engellemeye karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilirken, 2014'te yapılan ikinci değişiklikle karara itiraz edilmesi gerekliliği ortadan kaldırılmış, bu kararın doğrudan başkanlık tarafından 24 saat içerisinde sulh ceza hakiminin onayına sunulması gerektiği hüküm altına alınmış ve hak ve özgürlükler bakımından olumlu bir gelişme meydana gelmiştir.

²⁹⁹ Örneğin Gümüş, özel yaşamın gizliliğinin alt unsurlarını mahremiyetin korunması hakkı, fiziksel ve psikolojik bütünlük hakkı, kişisel kimlik hakkı ve üreme ve kürtaj hakları kategorileri altında incelerken, Arslan-Öncü, devletin negatif tutumunu gerektiren haklar, bireyin kişiliğini oluşturma ve sosyalleşme hakkı ve bireyin ekonomik, sosyal ve kültürel hakları bakımından bir inceleme yapmaktadır.

bakımından önem arz eden bir kısmı üzerinde durulacaktır. Bu unsurların özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunması bakımından bu unsurlara müdahale edilmesinin sınırları ve hangi durumlarda bu unsurlara bu sınırların aşılması hakkın ihlal edildiği ise bir sonraki bölümde açıklanacaktır.

2.2.1. Özel yaşamın gizliliği hakkının öznesi ve zamansal sınırları

Özel yaşamın gizliliği hakkı, kural olarak gerçek kişiler aittir. Nitekim bir insan hakkı olan özel yaşamın gizliliği düzenlendiği belgelere göre tüzel kişileri hakkın öznesi olarak görmemektedir. İHEB, KSHS, İHEB, ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları, GDPR, Anayasa, TMK, BK, İK, STİSK, TCK, KVKK ve İnternet Kanunu, özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin getirilen kuralların tamamı bakımından hakkın öznesi olarak gerçek kişileri konu edinmiştir. Örneğin AIHM'in vermiş olduğu kararlar da bunu doğrular niteliktedir.³⁰⁰

Benzer biçimde, özel yaşamın gizliliği hakkının koruması, kural olarak gerçek kişinin hayatta olduğu zamanla sınırlıdır. İleride kürtaj ve üreme hakları bakımından üzerinde durulacağı üzere, kanımızca bebeğin henüz doğmadığı *prenatal* dönemde özel yaşamın gizliliği hakkından söz edilemez.³⁰¹ Zira bunun aksi kürtaj karşıtı bir söylemin üretilmesine cevaz verir. Bununla birlikte, kişinin özel yaşamın gizliliği hakkının ölüm sonrasında *postmortem* korumaya sahip olduğu kabul edilmelidir.³⁰² Her ne kadar kişilik ölümle sona erse de, kişinin yaşamı boyunca yaptıkları, ölümü ve bunun doğuracağı sonuçlara yönelik iradesi, hâla etkisini göstermektedir. Buna göre, kişinin ölümü sonrası organ nakli, vücudunun yakılması,

³⁰⁰ Arslan-Öncü, s. 9; *Times Newspaper Ltd., The Sunday Times, Harold Evans v. Birleşik Krallık*, 6838/74, 1975; *Siegfried Hagen v. Avusturya*, 11921/86, 1988.

³⁰¹ Buna karşın, cenin ve embriyonun hukuki statüsü, doğmamış bir varlığın hak ehliyeti ve hukuki anlamda kişiliğin ne zaman başladığına ilişkin bkz. Metin, Sevtap, Biyotıp Etiği ve Hukuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 145-262; Penner, Paul S./ Hull, Richard, "The Beginning of Individual Human Personhood", *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 33, 2008, s. 174-182.

³⁰² Arslan-Öncü, s. 70-72.

cenaze töreni, onur ve saygınlığı³⁰³ öldükten sonra da özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında değerlendirilmelidir.³⁰⁴

2.2.2. Özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren durum ve olgular

2.2.2.1. Ad ve soyad

Ad ve soyad (ad), her şeyden önce kişilik hakkı kapsamında ele alınabilecek manevi kişisel varlıklardandır.³⁰⁵ Adın korunması, yukarıda açıklanan özel yaşamın gizliliğini kavramlaştıran teorilerden birey özerkliği ve manevi varlığın korunması ile kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyetine ilişkilidir. Nitekim özel yaşamın gizliliği hakkı, sadece yalnız bırakılma ve dış müdahalelerden uzak olma gibi kavramlaştırmalara dayanarak açıklanamaz. Bu hak, aynı zamanda kişinin sosyalleşme hakkını da kapsayacak niteliktedir.³⁰⁶

Adın birey bakımından, kişiliğini geliştirmeye yönelik iki işlevinin olduğu kabul edilebilir: kimlik işlevi ve tanıtım işlevi.³⁰⁷ Adın kimlik işlevi, kişinin sahip olduğu kimliği inşa etmesine yarar, bireyliğini başkalarına görünür biçimde ortaya koyma imkanı tanır. Tanıtım işlevi ise, adın kişiye başkalarından ayırt edilebilme ve sosyal çevresinde kendisini tanıtmaya imkanı sunmasıdır. Buna göre her iki işlev de özel yaşamın gizliliği hakkının özünü oluşturan unsurlardan olan birey özerkliği ve manevi varlığın korunmasına hizmet eder.³⁰⁸

³⁰³ Gezder, Ümit, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Doktrini”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, 2007, s. 207-222.

³⁰⁴ *X v. Almanya*, 8741/73, 1981; Aksi yönde *The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Danimarka*, 1338/03, 2006; *Jaggi v. İsviçre*, 58757/00, 2006.

³⁰⁵ Çalışmanın konusu ve sınırlılığı gereği, öğreti tarafından adın korunması kapsamında değerlendirilen, tüzel kişilerin sahip oldukları ad, ticaret unvanı ve işletme adı gibi unsurlar inceleme alanı dışında tutulacaktır.

³⁰⁶ Arslan-Öncü, s. 226.

³⁰⁷ Kılıçoğlu, s. 451.

³⁰⁸ *Gaskin v. the United Kingdom*, 10454/83, 1989; *Mikulic v. Hırvatistan*, 53176/99, 2002, para. 54, “The Court has held that respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual's entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality”; *Harris/O'Boyle/ Bates/ Buckley*, s. 372.

TMK md. 26 vd. ve AİHS md. 8 uyarınca özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren adın³⁰⁹ özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında olması, kişinin adının üzerindeki değişikliklere ilişkin taleplerini³¹⁰ ya da adının rızası olmaksızın herhangi bir şekilde kullanılmasına ilişkin taleplerini³¹¹ ifade eder. Yargıtay ve AİHM'in vermiş olduğu kararlar³¹² da temel olarak bu iki uyumsuzluk konusu üzerinde yoğunlaşmıştır.

Öncelikle, adın korunması geniş anlamda değerlendirilmeli ve gerçek kişilerin ön adı, soyadının yanı sıra, takma adının veya lakabının da adın korunmasından yararlandığı kabul edilmelidir.³¹³ Nitekim takma ad ve lakaplar, adın tanıtıcı işlevinden öte gelmektedir. Bunun yanı sıra, öğreti ve yargı kararlarının, özel

³⁰⁹ Roagna, s. 12; Kılıçoğlu, s. 319; Serozan, s. 480-483; Dural/ Öğüz, s. 100; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 188-194; Gümüş, s. 286; Arslan-Öncü, s. 225; Aktaş, s. ; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 282; Dursun, s. 211; Kılınç, Ümit, "İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması", TBB Dergisi, S. 89, 2010, s. 243-249; Özdemir, Hayrünnisa, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Adı Üzerindeki Hak ve Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-593.

³¹⁰ *Burghartz v. İsviçre*, 16213/90, 1994; *Stjerna v. Finlandiya*, 38/1993/433/512, 1994; *Guillot v. Fransa*, 52/1995/558/644, 1996; *Johannson v. Finlandiya*, 10163/02, 2007; *Erdagöz v. Türkiye*, 37483/02, 2008; *Taşkın ve diğerleri v. Türkiye*, 2010; TMK md. 27, adın değiştirilmesine ilişkin usûlü düzenlemiştir. Buna göre, adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanarak hâkimden istenebilir. Haklı sebeplerin ne olduğu ise her somut olay bakımından ayrı ayrı incelenir. Yargıtay, bu konuda vermiş olduğu yakın tarihli çeşitli kararlarda haklı sebeplerin varlığına ilişkin genişletici bir yorum yapmıştır. Yargıtay 8. HD, 27.2.2018, 7280/2786, "Davacının adını değiştirme talebinin haklı nedene dayandığı, sabıkasının olmasının tek başına davanın reddi gerekçesi olmayacağı ve mahkemece, değişiklik kararı kesinleştğinde ilgili yerlere bildirileceğinden karışıklık çıkmayacağı ve ayrıca tanık beyanı dikkate alındığında davanın kabulüne karar verilmesi yerine uygun bulunmayan gerekçeyle reddi doğru görülmemiştir"; Yargıtay 8. HD, 14.12.2017, 6587/16938, "Türk Medeni Kanununun öngördüğü "haklı neden" bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hakimin bu konudaki takdiri ileri sürülen nedenin ve yeni alınmak istenen ad veya soyadının toplum değerlerine ve kanunun buyurucu kurallarına ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğu tespit gerekir".

³¹¹ Şen, s. 13; Örneğin kişinin özel yaşamına dair bir konuda yayımlanan internet sitesi haberinde adının izin alınmadan kullanılması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut verecektir.

³¹² AİHS her ne kadar başka uluslararası hukuk belgelerinde olduğu gibi ada yönelik hakları açıkça düzenlememiş olsa da, AİHM'in AİHS'e atfettiği dinamik karakter (*caractère évolutif et dynamique de la Convention*) gereği, ada yönelik talepleri de md. 8 kapsamında değerlendirdiği görülebilir. Kılınç, s. 245.

³¹³ Kılıçoğlu, s. 455; *Mazurek v. Fransa*, 34406/97, 2000; *Tyrer v. Birleşik Krallık*, 5856/72, 1978; Yargıtay 8. HD, 14.12.2017, 6311/16881, "Davada dinlenen tanıkların, "Birkaç yıldır arkadaşlarının davacıya "... lakabını taktıklarını, arkadaşlarının davacıya "... adıyla seslendiklerine şahit olduklarını beyan ettikleri ... anlaşılmaktadır. Somut olayda davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususlar, dosyada toplanan kanıtlar, 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/12 E. 2014/89 sayılı dosyasında ve eldeki davada dinlenen tanıkların anlatımları dikkate alındığında, davacının "... adı ile tanındığı anlaşıldığından, bu hususun anılan yasa maddesi hükmüne göre haklı neden sayılarak davanın kabulüne hükmedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir".

yaşamın gizliliği kapsamında korunacak ada ilişkin özel olarak üzerinde durmuş olduğu belli hususlar bulunmaktadır. Trans bireylerin ön ad değiştirme hakkı, kadınların evlilik sonrası kullanacakları soyada ilişkin hakları, çocukların ön adı³¹⁴, çocukların soyadı ve asalet unvanları bunlardan yalnızca birkaçıdır. Çalışmanın sınırlılığı gereği yalnızca ilk iki konu üzerinde durulacaktır.

İlk olarak, trans bireylerin ön ad değiştirme hakkı, AİHM tarafından AİHS md. 8 kapsamında değerlendirilmiş, devletlerin trans bireylerin kullanmak istediği ön adlar konusunda pozitif yükümlülüklerinin de olduğu özellikle Birleşik Krallık’a yöneltilen başvurulara ilişkin çeşitli kararlarda hükme bağlanmıştır.³¹⁵ Burada belirtilmesi gerekir ki, ön ad, TMK md. 339/5 gereği kişiye doğumundan sonra ebeveynleri tarafından verilir ve Soyadı Kanunu gereği her kişinin bir soyadı bulunur. Ancak yine özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına giren cinsiyet kimliği ile bağlantılı olarak, örneğin trans erkek veya kadınların ya da cinsiyet kimliği olarak ikili bir ayrıma tabi olma iradesine sahip olmayan bireylerin (*genderqueer*), TMK md. 27 uyarınca adın değiştirilmesine ilişkin çekişmesiz yargı işi talebi olmaksızın, kimlik ve tanıma işlevi bakımından kullanmayı tercih ettikleri sosyal adlarının da özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında adın korunmasından yararlanması gerekir.

İkinci olarak, kadınların evlilik sonrası kullanacakları soyada ilişkin hakları bakımından da AİHM, konuyu md. 8 kapsamında ele almıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çıkarmış olduğu Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği başlıklı, (78)

³¹⁴ Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n° 188 du 15 février 2012 (10-27.512/11-19.963) kararında, ebeveynleri tarafından Fransız-Belçika ortak yapımı bir çizgi filmin başkarakteri olan “Titeuf” olarak koyulan adının silinmesi talebinde bulunan kişinin bu talebi çocuğun üstün menfaati göz önünde bulundurularak yüksek mahkeme tarafından kabul edilmiştir.

³¹⁵ *Rees v. Birleşik Krallık*, 9532/81, 1986, “However, transsexuals, like anyone else in the United Kingdom, are free to change their first names and surnames at will. Similarly, they can be issued with official documents bearing their chosen first names and surnames and indicating, if their sex is mentioned at all, their preferred sex by the relevant prefix (Mr., Mrs., Ms. or Miss)”; *Cossey v. Birleşik Krallık*, 10843/84, 1990; *Sheffield & Horsham v. Birleşik Krallık*, 22985/93, 1998, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, 28957/95, 2002. Bununla birlikte üzerinde durulması gerekir ki, Birleşik Krallık’ta adın değiştirilmesine ilişkin düzenlemeler biyolojik cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin uyumlu olması şartını öngörmediğinden ve herkes ön adını değiştirmek konusunda özgür olduğundan, AİHM somut bir uyuşmazlıkta trans bireylerin ön ad değiştirme taleplerine ilişkin ihlal kararı vermemiştir.

37 sayılı Karar³¹⁶ ve Parlamenterler Meclisinin çıkarmış olduğu Soyadı Seçiminde ve Ebeveynlerin Soyadının Çocuklara Geçmesinde Erkek ile Kadın Arasında Ayrımcılık başlıklı, 1271³¹⁷ ve 1362³¹⁸ sayılı Tavsiye Kararları'nın yol göstericiliğinde, AİHM de karşısına gelen başvurularda kadınların evlilik sonrası kendi soyadlarını kullanamamalarının, özel yaşamın gizliliği hakkının ve aynı zamanda AİHS md. 14'ün ihlali olduğunu karara bağlamıştır.³¹⁹ Nitekim bu durum esasen Türkiye'nin taraf olduğu CEDAW'ın (Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi) md. 1 ve md. 2 başta olmak üzere birçok hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Benzer biçimde, Türkiye'nin taraf olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) md. 1, md. 4, ve md. 6 hükümleri de, Türkiye'yi toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik politikalar geliştirme yükümlülüğü altında bulundurmakta, kadınlara karşı ayrımcılık yapan yasa ve uygulamaları yürürlükten kaldırmayı zorunlu kılmaktadır.

Buna göre, kadınların evlendikten sonra eşlerinin soyadlarını almaları, hem mesleki yaşamları hem de sosyal, kültürel ve diğer türlü ilişkileri bakımından mağduriyet ve hak ihlali yaratmaktadır.³²⁰ Cinsiyete dayalı bir ayrımcılık anlamına gelen bu uygulama, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasının önüne geçmekte,

³¹⁶ Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978 at 292nd Meeting of the Ministers' Deputies. Bu karar, devletlere eşlerin ve aile adının (soyadının) belirlenmesinde üç farklı sistem önermiştir: aile adının eşlerden birinin soyadı olması, aile adının eşlerin soyadlarının birleşiminden oluşması ve eşlerin farklı bir soyadını aile adı olarak belirlemeleri.

³¹⁷ Recommendation 1271 (1995) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children, Adopted by the Assembly on 28 April 1995 (16th Sitting).

³¹⁸ Recommendation 1362 (1998) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children, Adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 18 March 1998.

³¹⁹ *Ünal Tekeli v. Türkiye*, 29865/96, 2004; *Burghartz v. İsviçre*, 16213/90, 1994; Bununla birlikte, kadınların evlilik sonrasında kendi soyadlarını eşlerinin soyadları ile birlikte kullanabiliyor olmaları durumunda aile adının yalnızca erkeğin soyadı olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia eden başvuruları ise kanımızca AİHS md. 8'e ve eşitlik ilkesine aykırı olarak reddetmiştir. *Lucie Hagmann-Hüsler v. İsviçre*, 8042/77, 1977; *Gisèle Taieb dite Halimi v. Fransa*, 50619/99, 2001; Arslan-Öncü, s. 235; Kılınç, s. 249.

³²⁰ Bu konuda bkz. Sever, Çiğdem, "Kadının Soyadı: Bir Boz-Yap Hikayesiyle Eşitlik Sağlandı mı?", Güncel Hukuk, Şubat 2014; Kılıçoğlu-Yılmaz, Kumru, "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014.

aile adının tek bir soyad olması gibi sözde bir gereklilik karşısında orantısız bir müdahale oluşturmaktadır. Benzer biçimde, evlilik sonrası eşinin soyadını alan kadının, boşanma sonrasında bu soyadını kullanmaya devam etmesi talebinin reddedilmesi de ikincil bir mağduriyet yaratacağından özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.³²¹

2.2.2.2. Görüntü ve ses

Kişinin görüntüsü ve sesi de, ad gibi kişinin manevi varlıkları olarak kişilik hakkının ve özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında yer alan unsurlardandır.³²² Nitekim herkes kişiliği bakımından “fotoğrafı ve sesi” üzerinde mutlak bir hakimiyete sahiptir.³²³ Öyle ki, görüntü ve ses üzerindeki hakka ilişkin düzenlemelerin Almanya’da kişilik hakkının düzenlenmesinden önce gündeme geldiği dahi görülebilir.³²⁴ Görüntü ve sesin bu hak kapsamında yer alıyor oluşu da mahremiyet, yalnız bırakılma hakkı ve kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyete dayanır.³²⁵

Buna göre kişi, rızası olmaksızın görüntüsünün veya sesinin kayıt altına alınması ya da rızası ile alınmış olsa dahi fotoğraf, video veya ses kayıtlarının rızasına aykırı şekilde kullanılması hâlinde özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında

³²¹ Serozan, s. 482.

³²² Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 374; Roagna, s. 18; Serozan, s. 465 vd.; Dural/ Ögüz, s. 104 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 185; Kılıçoğlu, s. 314, 318; Görüntü ve sesin mahremiyet hakkı kapsamında ele alınması bakımından bkz. Gümüş, s. 163-167; Arslan-Öncü, s. 181 vd.; Aktaş, s. 56-58; *Schüssel v. Avusturya*, 42409/98, 2002; *Von Hannover v. Almanya*, 59320/00, 2004; *Reklos & Davourlis v. Yunanistan*, 1234-1205, 2009; *Peck v. Birleşik Krallık*, 44647/98, 2003.

³²³ Keyman/ Toroslu, s. 149.

³²⁴ Tarihsel gelişimine bakıldığında kişilik hakkının unsurlarına dair münferit hukuki düzenlemelerin kişilik hakkından önce yapıldığı görülebilir. Örneğin Almanya, 1898’de ölen şansölye Otto von Bismarck’ın naaşının bulunduğu odaya girilerek gizlice fotoğrafının çekilmesi üzerine Alman Yüksek Mahkemesi bu fotoğrafların yayınlanmasını konut dokunulmazlığının ihlaline dayandırdıktan sonra, 1907 tarihli Telif Hakları Kanunu (*Kunsturhebergesetz*) ile kişinin görüntüsü üzerindeki hakkına ilişkin düzenleme getirme gereği duymuştur. Zira 1900 tarihli Alman Medeni Kanununda (*Bürgerliches Gesetzbuch*) kişilik hakkına ilişkin kişinin adı üzerindeki hakkı dışında açık bir hüküm getirmemektedir. Bassewitz, Katherine von, “Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar”, çev. Şafak Parlak Börü, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, S. 6, 2004, s. 1247.

³²⁵ Arslan-Öncü, s. 182; Gümüş, s. 164 vd.

koruma talep edebilir. Örneğin kişinin yalnızca kendisinin kabul ettiği takipçileri ile Instagram veya Twitter üzerinden paylaştığı fotoğraf ve videoların bu takipçilerden biri tarafından ekran görüntüsünün alınması ve başkalarıyla paylaşılması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır. Benzer biçimde, kişinin internet üzerinden yayımladığı ve dolayısıyla kamuya açtığı görüntüsünün veya sesinin de rızası alınmadan ya da vermiş olduğu rızanın kapsamından çıkarak kullanılması bu hakkı ihlal edecektir.³²⁶

AIHM, vermiş olduğu kararlarda fotoğrafın çekilmesi anında kişiden rıza alınması gerektiğine hükmetmiş, basın ya da dağıtım olmasa dahi kişinin görüntüsünün ona özgü özellikleri ifade etmesi nedeniyle özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamına girdiğine karar vermiştir.³²⁷ Nitekim Yargıtay da, kişinin fotoğraflarının rızası olmadan sosyal medya üzerinden paylaşılmasını özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.³²⁸ Bir başka kararında da, her ne kadar özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu ile somut olayın bağlantısı kurulmamış olsa da, ceza yargılamasında suçu meydana getiren fiilin hukuki nitelendirmesinin çalışmanın esas konusu olan hukuk uyuşmazlıkları bakımından da aynı nitelendirmeyi gerektirmeyeceği göz önüne alındığında, bir kişinin rızası olmaksızın

³²⁶ Kişinin bu gibi durumlarda görüntüsü üzerindeki hakkı bakımından FSEK md. 86'da düzenlenen hâller de göz önünde bulundurulabilir. FSEK md. 86'ya göre, resim ve portrelerle tasvir edilenlerin bu eserlerin yayımlanabilmesi için gerekli rızası, "1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri; için şart değildir".

³²⁷ *Reklos & Davourlis v. Yunanistan*, 1234/05, 2009; *Giorgi Nikolaishvili v. Gürcistan*, 37048/04, 2009.

³²⁸ Yargıtay 12. CD, 9.12.2013, 1045/28322, "Sanığın, boşanmış olduğu eşi mağdurun bilgisi ve rızası dışında, Facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde üyelik işlemleri yaparak, oluşturduğu profile, isim ve soyismini de açıkladığı mağdurun özel yaşam alanı kapsamındaki fotoğraflarına yer vermesi eyleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden..."

adı ve fotoğraflarını kullanarak sosyal medya üzerinden açılan sahte hesabın özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olduğu ortadadır.³²⁹

Burada dikkat edilmesi gerekir ki, kanımızca kişi her ne kadar görüntü ve sesini aleni hâle getirmiş olsa dahi, bu bilgilerin toplanılması ve işlevsel anlamları ile o kişiye dair sonuç bir bilgi elde edilmek için bir araya getirilmesi, yani *data mapping* yapılması da esasen özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalini meydana getirmektedir. Nitekim kişi, örneğin bir kafe, bar veya markete giderken, hayatın olağan akışına göre bu eylemi gerçekleştirdiği esnada karşılaşılabileceği kişilere ilişkin kendi görüntüsünü ve sesini alenileştirme iradesine sahiptir. Buna göre kişinin esasen her ne kadar kamuya açık dahi olsa bulunduğu yerler ve yaşadığı olayların detaylı bir şekilde takip edilmesi ve incelenmesi ile elde edilecek sonucu aleni hâle getirmek iradesi yoktur.³³⁰

Bununla birlikte, kişinin “kamuya mal olmuş” bir kişi olması hâlinde özel yaşamın gizliliği hakkının bu unsurları birçok yargı kararında geniş yorumlanmış, özel yaşamın gizliliği hakkı ile haber alma özgürlüğü, basın özgürlüğü ve ifade

³²⁹ Yargıtay 12. CD, 4.2.2018, 2960/1541, “Bu açıklamalar ışığında sanığın, bir dönem internet üzerinden tanışıp arkadaş olduğu katılanın daha önce kendi Facebook hesabında paylaştığı resimleri, katılan ile tartışmaları sebebiyle katılan adına açtığı sahte Facebook hesabından katılanın rızası dışında yayınladığı iddia edilen olayda, katılanın gündelik kıyafetler ile kamuya açık alanda çekilmiş ve kişisel veri niteliğindeki resimlerini daha önce kendi Facebook hesabında yayımlamasının bu resimlerin kişisel veri olma özelliğini değiştirmeyeceği gibi, üçüncü kişilere katılanın rızası dışında yayınlama hakkı da tanımayacağı gözetilmeden sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde sanığın beraatine karar verilmesi kanuna aykırı olup...”

³³⁰ Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt n° 1210 du 31 octobre 2012 (11-17.476) kararında ise Fransız Yargıtayı, bir araba kazası sonrasında felç kaldığını iddia eden ve bu nedenle tazminata hak kazanan kişinin, sigorta şirketinin talebiyle bir mahkeme memuru (*huissier de justice*) tarafından takip ettirilmesini özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir. Memurun kişiyi tek başına araba kullanırken, alışveriş yaparken, kafede gazete okuyup satıcılarla muhabbet ederken izlemesi ve raporlamasının, bu eylemlerin tamamının kamuya açık bir biçimde ve kamuya açık alanlarda meydana gelmesi sebebiyle özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olmayacağına hükmeden mahkeme, sigorta ettiren ve sigorta şirketinin hukuki ilişkisi bakımından bu tür bir izlemeyi hukuka uygun bulmuştur.

özgürlüğünün çatışması, birçok kararda ikincisi lehine hükme bağlanmıştır.³³¹ Özellikle Galler Prensesi Diana'nın 1997 yılındaki trajik ölümü sonrasında, paparazzilerin ünlü kişileri sürekli olarak takip etmesi ve özel yaşamlarına dair magazin haberler yapması meselesi, özel yaşamın gizliliği hakkı bakımından tartışma konusu olmuştur. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 1998 tarihli, Mahremiyet Hakkı başlıklı ve 1165 sayılı Kararı'nda, kişinin kendisine dair bilgiler üzerindeki hakimiyet hakkının, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, "kamuya mal olmuş kişi" tanımı yapılmıştır. Oldukça geniş kapsamda ele alınan bu tanıma göre, "kamusal faaliyet yürüten veya kamusal kaynakları kullanan ve daha geniş anlamda, ister politika ister ekonomi, sanat, sosyal alan, spor ya da herhangi bir alanda olsun, kamusal yaşamda bir rol oynayan tüm kişiler" kamuya mal olmuş kişilerden sayılmıştır. Bununla birlikte, bu kişiler hakkındaki her türlü bilginin de ifade özgürlüğü kapsamında yayımlanmasının mümkün olmayabileceğinin üzerinde durulmuştur.³³²

Kanımızca, somut olaya göre değişkenlik göstermekle birlikte, kişi her ne kadar kamuya mal olmuşsa da fotoğraf, video ve ses kayıtlarının rızası olmadan yayımlanması, haber değeri³³³ taşımadığı ve dolayısıyla toplumun büyük bir kısmını ilgilendirmediği sürece, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

³³¹ Yargıtay 4. HD, 10763/16320, 28.11.1974; Massachusetts Gezici Temyiz Mahkemesi, *Corliss v. E. W. Walker Co.*, 64 F. 280, 19.11.1894; AYM de oyuncu Berrak Tüzünataç'ın yine bir başka oyuncu olan Şahan Gökbağkar ile kendi evinin terasında gizlice görüntülenmesi ve bu görüntülerin bir magazin programında yayımlanması üzerine Fox TV'ye karşı açtığı davadan ret kararı çıkması sonrası başvurduğu bireysel başvuru yolunda; Berrak Tüzünataç'ın kamuya mal olmuş bir kişi olarak özel veya gizlilik alanının dar yorumlanması gerektiğini, basın ve ifade özgürlüğü ile bu kişinin özel yaşamın gizliliği hakkı arasındaki denge kurulurken kamuya mal olmuş olması nedeniyle özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Berrak Tüzünataç Başvurusu*, 2014/20364, 05.10.2017, R.G. 14/11/2017-30240; Aksi yönde *Von Hannover v. Almanya*, 59320/00, 2004.

³³² Resolution 1165 (1998) on Right to Privacy, Adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998 in 24th Sitting; Arslan-Öncü, s. 182, 183.

³³³ Gazetecilik: Haberin Nitelikleri, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2013, s. 18-22; Doğan, Pınar Bahar, "Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 492; Bu bağlamda yayımlanan bir fotoğraf, video veya ses kaydının haber değeri taşıması için zamanlılık yakınlık, sonuç, önemlilik, ve ilgi çekicilik özelliklerini taşıyor olması gerekir. Buna göre, kamuya mal olmuş bir kişinin, toplumun büyük bölümünü etkilemeyen veya etkilese dahi sonuçlarının önemsiz olduğu yaşam görünümünün basına yansması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalidir.

2.2.2.3. Cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel ilişkiler

Cinsiyet kimliği; kişinin bedeni ve kimliğini ait hissettiği cinsiyettir ve bu kadın, erkek ya da ikili cinsiyet rejimi dışında yer alan sonsuz spektrumdan herhangi bir cinsiyet durumu olabilir. Kişinin biyolojik (atanmış) cinsiyeti (*sex*) ile cinsiyet kimliğinin (*gender*) uyumlu olması gerekli değildir. Buna göre, cinsiyet kimliği ile biyolojik cinsiyeti farklı olan kişiler, trans (*transgender*) olarak kavramlaştırılır.³³⁴

Cinsel yönelim ise kişinin cinsel ve romantik duygu, davranış ve isteklerinin belli bir cinsiyete (cinsiyet kimliğine) çekim duyuyor olmasını ifade eder. Dikkat edilmesi gerekir ki, cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği birbiri yerine kullanılabilecek ya da benzerlik içeren kavramlar değildir. Nitekim cinsiyet kimliği kişinin kendisini ait hissettiği cinsiyet durumunu ifade ederken, cinsel yönelim kişinin çekim duyduğu cinsiyet durumuna ilişkindir. Lezbiyen, gey, biseksüel, heteroseksüel, panseksüel, demiseksüel, aseksüel gibi birçok cinsel yönelim biçimi bulunur.³³⁵

Cinsel ilişkiler, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması, mahremiyeti ve birey özerkliği ile ilişkili olarak özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında yer alır.³³⁶ Nitekim bu üç unsur, büyük sıklıkla aynı zamanda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında uygulama alanı bulur.³³⁷ Öyle ki, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla mücadele için birçok Tavsiye Kararı kabul etmiş, üye devletlerde ikamet eden gey, lezbiyen, biseksüel ve trans bireylerin haklardan yararlanma, spor, sığınma

³³⁴ Cinsiyet Geçiş Kılavuzu, SPoD Yayını, ed. Hayat Çelik, Punto Baskı, İstanbul, Mayıs 2017.

³³⁵ Şöyle ki, LGBTİ+ ifadesinde yer alan artı işareti, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim spektrumunun sonsuzluğunu, bir kişinin kendisi için tanımlayacağı cinsiyet kimliği veya cinsel yönelimin herhangi bir sınırlama ve tabi olmamasından öte gelir. Queer teori ve LGBTİ+ hareketine ve bunlara dair performatif kurama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Butler, Judith, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayıncılık, 2016.

³³⁶ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 371; Roagna, s. 16, 17; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 282-285; Dursun, s. 209; Serozan, s. 488; Dural/ Ögüz, s. 120-125; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 173, 174; Kılıçoğlu, s. 469-472; Gümüş, s. 311-344; Arslan-Öncü, s. 206-219; Aktaş, s. 58-63.

³³⁷ Nitekim AIHM içtihadı da, AIHS md. 8 kapsamında yer alan cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine ilişkin uyumsuzlukları, AIHS md. 14'te yer alan genel ayrımcılık yasağı ve daha sonra eklenen Protokol No. 12 md. 1'de açıkça ifade edilen cinsel yönelime dayalı ayrımcılık yasağı ile birlikte incelemektedir. Arslan-Öncü, s. 207, 208; *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz*, 33290/96, 1999.

ve göç, toplanma ve ifade özgürlüğü bakımından durumlarına ilişkin kararlar almıştır.³³⁸ Buna göre, cinsel ilişkiler, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında olması da, cinsel ilişki biçimleri ya da cinsel yönelim nedeniyle ceza kovuşturmasına tabi olmamayı, evlenme, evlat edinme veya cinsiyet geçişi taleplerini ve genel olarak ayrımcılık yasağını ifade eder. Aşağıda cinsel ilişkiler, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği sırasıyla bu hakkın kapsamında kısaca değerlendirilecektir.

İlk olarak, cinsel ilişkiler, AIHM’in *Brüggemann & Scheuten v. Almanya*³³⁹ kararında da belirtildiği gibi, bireyin kişiliğini özgürce oluşturabileceği ve geliştirebileceği yaşam alanına daırdır ve hukuki koruma bakımından başkaca sosyal ilişki türlerinden farklı değerlendirilmemelidir. Kişi, cinsel ilişki esnasında birey özerkliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan vücudu üzerinde tasarruf etmektedir³⁴⁰. Bu nedenle örneğin grup seks³⁴¹ ya da BDSM (*bondage, domination, sadism*,

³³⁸ Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele (*Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*), Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014; CM/Rec (2010) 5 sayılı Tavsiye Kararı; R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı; 1915 (2010) sayılı Tavsiye Kararı; 1728 (2010) sayılı Karar; 1635 (2003) sayılı Tavsiye Kararı; 1474 (2000) sayılı Tavsiye Kararı; 1470 (2000) sayılı Tavsiye Kararı; 1117 (1989) sayılı Tavsiye Kararı; 924 (1981) sayılı Tavsiye Kararı; 211 (2007) sayılı Tavsiye Kararı; OING D (2008) RES 1 sayılı Karar.

³³⁹ *Brüggemann & Scheuten v. Almanya*, 6959/75, 1981; *X v. İzlanda*, 6825/74, 1976.

³⁴⁰ *K.A. & A.D. v. Belçika*, 42758/98, 45558/99, 2003.

³⁴¹ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda “Anal ve oral yoldan yapılan, eşcinsel eğilimli ya da çoklu cinsel birleşmelere ait görüntülerin tek başına “doğal olmayan” kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği, bu kavramın cinsel yaşamın içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımladığı, bu haliyle, bilirkişi raporunda içeriği açıklanan görüntülerin bulundurulmasının suç oluşturmayacağı...” demek suretiyle grup seks pratiklerinin hukuka uygunluğuna hükmetmiştir. Yargıtay 18. CD, 23.5.2016, 31020/10997.

masochism) gibi rızaya dayalı yaralama içeren cinsel ilişki pratikleri özel yaşamın gizliliği hakkının korumasından yararlanır.³⁴²

İkinci olarak, cinsel yönelim de ayrımcılık yasağı ile ilişkili olarak, özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında yer alan unsurlardandır. Nitekim AİHM'in³⁴³ ve AYM'nin³⁴⁴ vermiş olduğu kararlar da, cinsel yönelimin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunacağını kabul etmektedir. Bu koruma, yukarıda belirtildiği üzere üç temel hak talebini gündeme getirir. Bunlar; cinsel yönelimlerin ve bunlarla ilintili cinsel ilişkilerin ceza kovuşturmasına tabi olmaması³⁴⁵, cinsel yönelime dayalı

³⁴² Arslan-Öncü, s. 211-213; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 282; Bununla birlikte, AİHM'in sonraki yıllarda vermiş olduğu *Laskey Jaggard & Brown v. Birleşik Krallık* kararında, başvuruçuların BDSM pratikleri içeren eşcinsel grup seksini, AİHS md. 8/2 uyarınca sınırlandırılabilir görülmüştür. Mahkeme, her ne kadar eşcinsel olma durumunu ya da BDSM biçimindeki cinsel ilişkileri md. 8 anlamında değerlendirilebilir görmüş olsa da, BDSM pratikleriyle gerçekleşen grup seksin ve bu ilişkinin video kaydına alınmasının özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasından yararlanamayabileceğine ilişkin yoruma muhtaç bir karar vermiştir. Buna göre, Mahkeme'nin ihlal olmadığı yönündeki kararında, hakkın sınırlandırılmasının meşru olmasının sebebinin bu cinsel ilişki biçiminin grup seks biçiminde oluşuna mı, eşcinsel bireyler arasında oluşuna mı yoksa BDSM pratiklerine dayanıyor oluşuna mı dayandığını açıkça çözümlemek mümkün değildir. Nitekim Mahkeme, aşağıda değinileceği üzere daha önceki kararlarında eşcinsel ilişkilerin md. 8 korumasından yararlanması gerektiğine hükmetmiş, bu kararında da BDSM pratiklerinin md. 8 anlamında korumadan yararlanacağını ancak md. 8/2 kapsamında sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir. Bu durumda sınırlandırmanın meşruiyetinin tek başına grup seks olma özelliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışmalı olarak bırakılmıştır. Bu konuda katılmadığımız karar için bkz. *Laskey Jaggard & Brown v. Birleşik Krallık*, 21826/93, 21627/93, 21974/93, 1997. Ancak AİHM'in benzer bir olayda vermiş olduğu son kararda, eşcinsel grup seks pratiklerinin de md. 8 anlamında özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiş, böylece BDSM pratikler, grup seks ve eşcinsel ilişki biçimleri özel yaşamın gizliliği hakkının korumasından yararlanılması gereken cinsel ilişki biçimleri olarak kabul edilmiştir. *A.D.T. v. Birleşik Krallık*, 35765/97, 2000.

³⁴³ *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 7525/76, 198; *X. v. Almanya*, 5935/72, 1975; *Norris v. İrlanda*, 10581/83, 1988; *Modinos v. Kıbrıs*, 15070/89, 1993; *Lustig-Prean & Beckett v. Birleşik Krallık*, 31417/96, 32377/96, 2000.

³⁴⁴ AYM *Serdar Erkek Başvurusu*, 2014/5393, 15/2/2017; *M.A.K. Başvurusu*, 2014/12591, 16/2/2017; *Ö.N.M. Başvurusu*, 2014/14751, 15/2/2017; *Orhan Eken Başvurusu*, 2014/18218, 16/2/2017. Belirtilmesi gerekir ki, bu ihlal kararlarının hiçbirinde başvurunun konusu olan ilişki kesme sebebinin açıkça eşcinsellik olduğu bilgisi yer almamaktadır. Bununla birlikte AYM, bu kararların gerekçelerinde "Gerek negatif yükümlülük alanındaki usule dair güvencelere örnek olması ve gerekse Anayasa Mahkemesi önündeki mevcut başvuruyla benzerlikler içermesi bakımından *Smith ve Grady/ Birleşik Krallık* kararı incelenmelidir. Bu davada başvuruçular Kraliyet Hava Kuvvetlerinde görevli personeldir ve eşcinsel olmaları nedeniyle görevlerine son verilmiştir. Başvuruçulardan Bayan Smith hemşire olarak Bay Grady ise pilot olarak görev yapmıştır. Görevden alınmaları işlemine karşı açtıkları davada verilen kararda, her ikisinin de sicil ve görev performansının mükemmel derecede olduğu, herhangi bir disiplinsizliklerinin bulunmadığı belirtilmiştir. ... Buna göre başvuruçunun cinsel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek TSK'den ilişkisinin kesilmesi işleminin, özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır" demek suretiyle, cinsel yönelime dayanan bu ayrımcı muamelenin hak ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

³⁴⁵ AİHM de *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, *X. v. Almanya*, *Norris v. İrlanda* ve *Modinos v. Kıbrıs* kararlarında cinsel yönelim biçimlerinin hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini, ceza kovuşturmasına tabi olamayacağını karara bağlamıştır.

ayrımcılığın önlenmesi³⁴⁶ ve evlenme veya birlikte evlat edinme gibi hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitlik³⁴⁷ talepleridir. Buna göre örneğin işe alımda veya işten çıkarmada, sağlık hizmetlerini sunmada, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasında, yargılama esnasında ve genel olarak idarenin işlem ve eylemlerinde, kişinin cinsel yönelimine dayanılarak ayrımcılık yapılması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır. Yakın tarihteki önemi bakımından üzerinde durulması gerekir ki, Ankara Valiliğinin 18 Kasım 2017 tarihinde 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 17. maddesine ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 11/f maddesi hükümlerine dayanarak LGBTİ+ etkinliklerine ilişkin süresiz olarak getirdiği hukuka aykırı yasak, Ankara Bölge İdare

³⁴⁶ AYM, önceki kararlarına yakın tarihli bir başka kararında ise, eşcinsel olması nedeniyle ilişkisi kesilen bir çalışanın ayrımcılığa maruz kalmadığına hükmetmiş, ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Kanımızca bu karara katılmak mümkün değildir.

³⁴⁷ Örneğin evlenme bakımından *Oliari ve diğerleri v. İtalya* davasında AİHM, eşcinsellerin evlilik hakkının tanınmıyor olmasının, özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. “Mahkeme, daha önce ele aldığı davalarda, Sözleşme’nin 8. maddesinde belirtilen aile hayatı kavramının, aynı cinsle aynı evde istikrarlı olarak fiili bir birliktelik yaşayan çiftleri de kapsadığına karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca, gerek Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi gerekse Bakanlar Komitesi tarafından vurgulandığı üzere, aynı cinsle ilişki yaşayan çiftlerin, yasal olarak tanınmaya ve ilişkilerinin koruma altına alınmasını sağlamaya ihtiyaç duyduklarını da kabul etmiştir. Başvuranların alenen çift olarak yaşamalarına ilişkin sosyal gerçekler ile ilişkilerinin kanunda resmi olarak tanınmaması arasında bir çelişki söz konusudur. Mahkeme, medeni veya kayıtlı bir birliktelik şeklinin, ilişkinin yasal olarak tanınmasını sağlayacağını ve bu şekilde tanınmanın söz konusu kişiler açısından son derece önemli olacağını belirtmiştir. Ayrıca, Avrupa Konseyine üye Devletler arasında, aynı cinsle ilişki yaşayan çiftlerin yasal olarak tanınmalarına yönelik bir eğilimin söz konusu olduğuna ve 47 üye Devlettten 27’sinde bu tür ilişkilerin tanınması yönünde yasa çıkarıldığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, İtalya’nın, başvuranların birlikteliklerinin tanınmasını ve koruma altına alınmasını öngören belirli bir yasal çerçeve sağlama yükümlülüğünü yerine getirmede kanaatine varmıştır”. *Oliari ve diğerleri v. İtalya*, 18766/11 ve 36030/11, 2015, Adalet Bakanlığı Türkçe çevirisi. Benzer bir karar için bkz. *Vallianatos ve diğerleri v. Yunanistan*, 29381/09 ve 32684/09, 2013. Gey ve lezbiyenlerin hak mücadelesi ve bunun karşılaştırmalı hukuktaki yansımalarına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Brown, Jessica, “Human Rights, Gay Rights, or Both: International Human Rights Law and Same-Sex Marriage”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2, August 2016, pp. 217-240.

Mahkemesi 12. İdari Dava Mahkemesi tarafından Kaos GL Derneğinin istinaf başvurusu üzerine incelenmiş ve söz konusu genelge iptal edilmiştir.³⁴⁸

Son olarak, cinsiyet kimliği de özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında giren unsurlar arasında yer alır.³⁴⁹ Nitekim cinsiyet kimliği, bireyin kendisini ait hissettiği cinsiyet durumunu ifade ettiğinden, insan onuru ve birey özerkliğine sıkı sıkıya bağlıdır ve kişinin kendisini maddi ve manevi olarak geliştirme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. AİHM de her ne kadar AİHS md. 8 kapsamında yer almıyor olsa da, cinsiyet kimliği üzerindeki hakkın kendi kaderini tayin etme hakkından öte geldiğine hükmetmiştir.³⁵⁰

Cinsiyet kimliğinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunması da, cinsiyet kimliğinin ceza kovuşturmasına tabi olmaması, cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığın önlenmesi ve cinsiyet geçişi³⁵¹, emeklilik yaşının kendi cinsiyetine göre

³⁴⁸ Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir: “18 Kasım 2017 tarihinden itibaren süresiz olarak, LGBTT-LGBTİ vb. konuları ile ilgili olarak Ankara ilinin muhtelif yerlerinde/salonlarında çeşitli kurum/kuruluş ve sivil toplum örgütleri tarafından gerçekleştirilen, birtakım toplumsal hassasiyet ve duyarlılıkları içeren sinema, sinevizyon, tiyatro, panel, söyleşi, sergi vb. eylemlerin/etkinliklerin yasaklanmasına yönelik dava konusu işlemde hem süre bakımından bir sınırlama hem de yasaklanan eylemlerin niteliğine ilişkin bir sınırlama ve belirlilik bulunmamaktadır. İdarece, düzenlenen etkinliklerin toplumun bazı kesimlerini rahatsız edebileceği provakasyona, saldırı veya tepkiye sebep olacağı ileri sürülmekte ise de, kamu düzeninin söz konusu etkinlik ve toplantıları yasaklayarak değil gerekli kolluk tedbirlerini almak yoluyla da korunabileceği, sinema, sinevizyon, tiyatro, panel, söyleşi, sergi vb. eylemlerin/etkinliklerin tamamının bazı kesimler tarafından tepki gösterilebileceği ve provakasyonlara neden olabileceği gerekçesi ile süresiz yasaklanması yerine gerekli kolluk tedbirlerinin alınabildiği ölçüde zaman/mekan ya da etkinlik sınırlaması yapılabileceğinden temel hak ve özgürlüklerin koşulsuz, belirsiz ve ölçüsüz olarak kısıtlanması sonucunu doğuran dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık, mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir”. Bununla birlikte, OHAL kaldırılmasına rağmen Ankara Valiliği Hukuk İşleri Şube Müdürlüğünün aynı gerekçelerle 3 Ekim 2018’de İl Emniyet Müdürlüğüne ilettiği yasak kararına ilişkin yargı süreci devam etmektedir. İlgili haber için bkz. <https://kaosgl.org/sayfa.php?id=28102>, S.E.T. 29.04.2019.

³⁴⁹ Roagna, s. 17; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 282-285; Dursun, s. 209; Serozan, s. 488; Dural/ Ögüz, s. 120-125; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 173, 174; Kılıçoğlu, s. 469-472; Gümüş, s. 323-344; Arslan-Öncü, s. 212-219; Aktaş, s. 60-63.

³⁵⁰ *Van Kück v. Almanya*, 35968/97, 2003; *Schlumpf v. İsviçre*, 29002/06, 2009.

³⁵¹ Yargıtay 2. HD, 06.10.2003, 11898/12737, Yargıtay 2. HD, 13.02.2006, 17485/1343.

belirlenmesi ve adın değiştirilmesi³⁵² gibi hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşitlik talepleridir.³⁵³ Özellikle Türkiye bakımından cinsiyet geçişi ve adın değiştirilmesi, hâla güncelliğini koruyan meselelerdir. Nitekim Eski TMK'nın 3444 sayılı kanunla 29. maddesine eklenen fıkradan önce cinsiyet geçişi hukuken mümkün değildi ve Yargıtay, 1990'lı yılların başına kadar cinsiyet geçişinin hukuki bir temellendirmeye sahip olmadığını, interseksler ve trans bireyler için cinsiyet geçişinin kişilik hakkının tasarrufu olarak ele alınamayacağını oldukça isabetsiz bir şekilde karara bağlıyordu. Eski TMK'nın 29. maddesine eklenen fıkra ve daha sonra bu düzenlemenin yerini alan yeni TMK md. 40'ta ise kişilik hakkı, cinsiyet geçişine cevaz verir şekilde

³⁵² AİHM, o dönem tıbbi ve hukuki gelişmeler ile trans özgürlük hareketinin henüz genel kabul görmemesi gibi sebeplerle, cinsiyet kimliğine dair önüne gelen ilk başvuru olan *Rees v. Birleşik Krallık*, 9532/81, 1986 kararında trans bir bireyin doğum belgesine dair kayıtların cinsiyet geçişine göre düzeltilmesi talebinin reddini, devletin buna ilişkin pozitif yükümlülüğü olmadığından bahisle ihlal olarak yorumlamamıştır. Benzer biçimde *Cossey v. Birleşik Krallık*, 10843/84, 1990 ve *Sheffield & Morham v. Birleşik Krallık*, 22985/93, 22985/94, 1998 kararlarında da, doğum belgelerinin cinsiyet geçişine göre düzeltilmesi taleplerin kabul edilebilmesi için Birleşik Krallık'ın yeni bir yasal düzenleme yapması gerekeceğinden bahisle, devletin bu yönde zorlanamayacağını iddia ederek ihlal olmadığına karar vermiştir. Benzer biçimde, belli ülkelerde eşcinsellerin evlilik hakkının tanınmıyor olmasından kaynaklanan sebeplerle, trans bireylerin cinsiyet geçişinden sonra eşlerinden boşanmalarını ya da partnerleri ile “medeni birliktelik” kurmalarını şart koşan düzenlemelerin de özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmediğine hükmetmiş, önceki kararlarında olduğu gibi AİHS md. 8'de yer alan devletlerin “saygı” gösterme yükümlüğünü pozitif edimlerde bulunmak olarak yorumlamamıştır. Bu kararlar için bkz. *H. v. Finlandiya*, 37359/09, 2012; *Hämäläinen v. Finlandiya*, 37359/09, 2014. Bununla birlikte, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, 29857/95, 2002 kararı ile başlayarak, daha sonra vermiş olduğu tüm kararlarda cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış kişinin doğurganlık özelliğinin kaybedilmesini şart koşan düzenlemeleri ihlal olarak yorumlamış; kişinin adını değiştirme, ehliyet, nüfus cüzdanı, pasaport gibi tüm resmî belgelerini cinsiyet geçişine göre düzeltirme taleplerinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararlar için bkz. *B. v. Fransa*, 57/1990/248/319, 1992; *Y. Y. v. Türkiye*, 14793/08, 2015; *L. v. Litvanya*, 27527/03, 2007; *Grant v. Birleşik Krallık*, 32570/03, 2006.

³⁵³ Danıştay 10. D, 27.12.1993, 4706/5536 kararında, cinsiyet geçişi ile nüfus sicilindeki cinsiyet bölümü kadın olarak düzeltilmiş olan davacının, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununda kız çocukları için öngörülmüş olan yetim aylığına hak kazanacağına hükmedilmiştir. Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 282.

düzenlenmiştir.³⁵⁴ Bununla birlikte, TMK md. 40 da cinsiyet geçişi için öngördüğü onsekiz yaşını doldurmuş olma ve cinsiyet geçiş operasyonunu gerçekleştirmiş olma³⁵⁵ gibi şartlar bakımından özel yaşamın gizliliği hakkının özüne dokunur durumdadır.³⁵⁶

2.2.2.4. Aile yaşamı

Aile yaşamı ve ailesel ilişkiler de özel yaşamın gizliliği hakkının korunması altındadır.³⁵⁷ Aile yaşamı aynı zamanda kişilik hakkı kapsamında ele alınabilecek olan hısımlık ve kendi başına ayrı bir hukuk disiplini ifade eden aile hukuku ile doğrudan doğruya ilişkilidir. Nitekim ailenin içinde bulunduğu yaşam alanı, özel yaşamın gizliliğini açıklayan teorilerden mahremiyet ve manevi varlığın korunmasına dayanır, üç alan teorisine göre ise özel alan içerisinde yer alır.

³⁵⁴ Bu bağlamda öğretideki bazı görüşlere katılmak mümkün görülmemektedir. Dural ve Ögüz, bu hükmü isabetsiz bir biçimde kamu düzenine aykırı olabileceği düşüncesiyle eleştirmiş, bu hükmün böylesine “hassas” bir konunun düzenlenmesi için yeterli olmadığını, cinsiyet geçişinin bu düzenlemeyle kötüye kullanılabileceğini ifade etmiştir. Hükmün kapsamına sadece trans ve intersekslerin alınması gerektiğini vurgularken, güncel queer çalışmalarında çoktan terk edilmiş bir kavram olan “travesti” olarak nitelendirdikleri *crossdresser*, *drag queen* veya başkaca trans cinsiyet biçimlerinin ve eşcinsellerin, keyfi olarak cinsiyet geçiş sürecinden geçerek bu hükmü belli hukuki ve sosyal kazanımları elde etme amacıyla kötüye kullanabilecekleri izlenimini yaratmışlardır. Oysaki hiçbir birey, cinsiyet kimliği ile biyolojik (atanmış) cinsiyetinin uyumsuz olduğunu iddia ederek cinsiyet geçişi gibi psikolojik ve bedensel olarak çok büyük bir evrimi ifade eden, kişiyi topluma ve yakın çevresine karşı ayrımcılığa ve şiddete maruz kalmaya çok büyük ölçüde yaklaştıracak bu geçişi gerçekleştirmeyi, salt belli hukuki veya sosyal kazanımları elde etmek, yazarların homofobik ve transfobik ifadeleri ile “kapis ya da merak gidermek” ve kanunu arkadan dolanmak amacıyla talep ediyor olamaz. Katılmadığımız görüş için bkz. Dural/ Ögüz, s. 122-125; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 174.

³⁵⁵ AYM oldukça isabetli bir biçimde, 20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı Kararı ile “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ifadesini madde hükmünden çıkarmış, böylece cinsiyet geçişi için üreme yeteneğinden yoksun bırakılmış olma gibi ağır hak ihlali yaratacak bir şart aranmaz hâle gelmiştir.

³⁵⁶ Nitekim Kılıçoğlu, cinsiyet geçiş süreciyle ilgili olarak oldukça isabetli bir biçimde TMK md. 40’ta yer alan düzenlemeyi onsekiz yaşını doldurmuş olma ve evli olmama şartları bakımından eleştirmiştir. Gerçekten de, kişi cinsiyet kimliğini onsekiz yaşını doldurmadan önce oluşturmuş olur, içerisinde bulunduğu çevrede kendi cinsiyet kimliğinden farklı bir muamele görür, potansiyel bir ayrımcılığa ve şiddete maruz kalır. Bu hâlde cinsiyet geçişi için gerekli ayırt etme gücünün ve yasal temsilcinin onayının varlığı hâlinde, geçişin yaşa bağlanmadan hakimın takdirine bırakılmış olması gerekir. Bunun yanı sıra, kişinin evli olmama şartı da “toplumun temeli olan aile kurumunun” korunması amacıyla getirilmiş olsa da, salt medeni hâli nedeniyle kişinin sahip olmadığı bir cinsiyet kimliğinde yaşamını sürdürmeye mahkum edilmesi geri dönüşüme güç zararlar açacak, cinsiyet geçişinden sonra evliliğin sonlandırılması ile aşılabilecek basit bir hukuki engel, beraberinde bundan çok daha ağır insan hakkı ihlallerinin doğmasına sebep olacaktır. Kılıçoğlu, s. 469-472.

³⁵⁷ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 378-382; Roagna, s. 13; Korkmaz, s. 101; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 286; Dursun, s. 223; Serozan, s. 486; Kılıçoğlu, s. 306, 307; Arslan-Öncü, s. 259-276.

Aile yaşamının bu hak kapsamında yer alması da, aile içi ilişkilerin³⁵⁸ ve bu ilişkilerin gizliliğinin korunmasını, aile birliği süresince veya boşanma davası sonucunda velayet hakkının kullanılmasına ilişkin talepleri³⁵⁹, koruyucu ebeveynler ve evlat edinenler ile çocuk arasındaki ilişkiye dair talepleri, hukuki olmayan *de facto* ilişkilere ilişkin talepleri (örneğin evlenmemiş olan partnerlerin ilişkilerini veya eşcinsellerin evlenme hakkını tanımayan ülkelerde eşcinsellerin aile birliğini)³⁶⁰ veya bu tür *de facto* ilişkiler içerisinde ebeveynlerin çocukları ile aralarındaki soybağına dayanan taleplerini³⁶¹ ifade eder.

Buna göre, AYM, Yargıtay ve AİHM, ebeveynlerin kendi aralarındaki ve çocukları ile ilişkili hukuki taleplerini; kişilik hakkı, velayet hakkı, hısımlık, çocuğun üstün yararı, evliliğin ve boşanmanın hüküm ve sonuçları gibi kurumlara başvurmak suretiyle, aile yaşamını özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında kabul

³⁵⁸ Akrabaların defnedilmesine ilişkin taleplerin de aile ilişkileri ve özel yaşam kapsamında ele alınması; bu bağlamda ölen yakınının küllerini başkasının arazisi üzerine serpmeye talebi, annenin ölü doğmuş çocuğunun mezar taşına yazılacak olan soyadını değiştirme talebi için bkz. *Girard v. Fransa*, 22590/04, 2011; *X v. Almanya*, 8819/79, 1981; *Znamenskaya v. Rusya*, 77785/01, 2005.

³⁵⁹ *Hendricks v. Hollanda*, 201/1985, 1988; *Kroon ve diğerleri v. Hollanda*, 00018535/91, 1994.

³⁶⁰ *X v. İsviçre*, 8257/78, 1978 kararında koruyucu ebeveynler ile çocuk arasındaki ilişkinin; *Wakefield v. Birleşik Krallık*, 15817/89, 1989 kararında henüz evlenmemiş çiftler arasındaki ilişkinin AİHS md. 8 anlamında aile yaşamı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca, evlilik, aile yaşamının varlığının kabul edilmesi için bir şart veya yeterlilik değildir. Nitekim *Marckx v. Belçika*, 6833/74, 1979 başvurusunda çocuk ile anne arasındaki soybağının kurulması için evlilik durumunun şart olmadığı kabul edildiği gibi, *X v. Birleşik Krallık*, 7215/75, 1981 başvurusunda da anne ile çocuk arasındaki aile yaşamına dayanan taleplerin, salt çocuğun babası ile evli olma durumundan kaynaklanamayacağı kabul edilmiştir. Benzer biçimde, sürekli ve mutlak olarak çocuklarıyla birlikte yaşayan ebeveynlerin ilişkisinin, her ne kadar evli olmasalar da aile yaşamı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; sürekli ve mutlak olarak birlikte yaşıyor olma durumunun ise aile yaşamının varlığı için şart olmadığı kabul edilmiştir. *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, 9697/82, 1986; *Söderbäck v. İsveç*, 24484/94, 1998. Sonuç olarak, aile yaşamının ne olduğu, tek başına evli olup olmamaya ya da sürekli ve mutlak bir biçimde birlikte yaşıyor olmaya bağlı değildir ve AİHS md. 8'in uygulama alanı bulması için somut olayda sosyal anlamda bir aile yaşamı sürdürüyor olma durumunun aranması gerekir.

³⁶¹ Çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin aile yaşamı olarak değerlendirilmesi için arada biyolojik bir bağın bulunmasının şart veya gereklilik olmadığına ilişkin bkz. *X, Y, Z v. Birleşik Krallık*, 75/1995/581/667, 1997; Babalık davasının da md. 8 kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bkz. *Backlund v. Finlandiya*, 36498/05, 2010; *Mikulić v. Hırvatistan*, 53176/99, 2002; *Jäggi v. İsviçre*, 58757/00, 2003.

etmiştir. Örneğin güncel ve önemli bir hak mücadelesi sonucunda, AYM³⁶² ve Yargıtayın³⁶³ benzer konularda vermiş oldukları kararlarda, boşanma sonrası çocuğuna kendi soyadını vermek isteyen annenin bu talebinin AY md. 20 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak bu talebin velayet hakkı ve çocuğun üstün yararı gereği kabul edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

2.2.2.5. Onur ve saygınlık

Onur ve saygınlık, kişinin içerisinde bulunduğu topluluk veya toplum tarafından ona atfedilen manevi değerleri ifade eder.³⁶⁴ Bu değerler de ilk olarak kişinin objektif olarak içine doğduğu koşullardan, daha sonra ise yaşamında kendisine kattığı bilim, sanat, siyaset veya spor gibi uğraşlara dair başarılarından veya başarısızlıklarından kaynağını alır. Zira kişi, yaşamı boyunca içerisinde

³⁶² “Velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşınması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır”. AYM 25.06.2015 tarih ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararları; Yargıtay, 2. HD, 9.4.2018, 1306/4719.

³⁶³ “Tüm bu açıklamalar ışığında; velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı, aynı hukuksal konumda olan erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil edeceği, evlilik birliği içinde doğan çocuğun taşıdığı ailenin soyadını, evlilik birliğinin sona ermesi ile kendisine velayet hakkı tevdi edilen annenin kendi soyadı ile değiştirmesini engelleyici yasal bir düzenlemenin bulunmadığı, somut olayda söz konusu değişikliğin çocuğun üstün yararına da aykırı bulunmadığı ve çocuğun soyadı değişmekle kişisel durumunun değişmeyeceği (TMK m. 27) dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek, davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir”. Yargıtay 2. HD, 9.4.2018, 1306/4719.

³⁶⁴ Kişinin kendisine dair duyduğu saygıyı “iç onur”, kişinin yaşam çevreleri ve içinde bulunduğu topluluk ya da toplum tarafından gördüğü saygıyı ise “dış onur” olarak ikiye ayırmak da mümkündür. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 177.

bulunduğu davranışları, yaptığı işlem ve eylemler ile çevresine etki eder ve sahip olduğu tüm kişilik özellikleri ile başkaları nezdinde oluşan bir pozisyona sahip olur.³⁶⁵

Bu menfaatler de ad, görüntü ve ses üzerindeki haklar gibi klasik anlamda kişilik haklarının içerisinde yer alır; nitekim bunlar kişinin manevi kişisel varlıklarındandır.³⁶⁶ Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmaya yönelik teorilerin birçoğunun üzerinde durduğu üzere, bu hak ile korunması amaçlanan hukuki menfaatlerin başında kişinin onur ve saygınlığı gelir ve bu nedenle bu menfaatler de özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamındadır.³⁶⁷ AİHM'in verdiği kararlarda da, onur ve saygınlığın kişisel kimliğe ve psikolojik bütünlüğe dair olduğu ve bu nedenle özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁶⁸

Onur ve saygınlık, örneğin ceza hukukunda hakaret suçu ile korunurken, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında, bu hakkın ihlali ile onur ve saygınlığın zarar görmesini ifade eder. Buna göre, onur ve saygınlığın bu hakkın kapsamı içerisinde yer alması, kişinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecek şekilde bu menfaatlerine yönelik bir zararın verilmesini ya da bu menfaatlere saygı

³⁶⁵ Kılıçoğlu, s. 304, 305; "Bilindiği gibi, yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir. Herkesin, içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir"., Yargıtay 4. HD, 16.4.2003, 14497/4830.

³⁶⁶ Kılıçoğlu, s. 304; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 177; Dural/ Ögüz, s. 127.

³⁶⁷ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 374; Roagna, s. 18; Dural/ Ögüz, s. 100, 127; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.177; Kılıçoğlu, s. 304; Arslan-Öncü, s. 172; Bununla birlikte üzerinde durulması gerekir ki, AİHS md. 8 de AY md. 20 de, İHEB md. 12 gibi onur ve saygınlığı doğrudan doğruya özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında düzenlenmemiştir. Bununla birlikte AİHM, karşısına gelen birçok başvuruda evrimci ve dinamik bir yorumlama yaparak onur ve saygınlığın da md. 8 bağlamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Gümüş, s. 364.

³⁶⁸ *Sanchez Cardenas v. Norveç*, 12148/03, 2007; *Axel Springer AG v. Almanya*, 39954/08, 2012.

gösterilmesini³⁶⁹ ifade eder. Öyle ki, özel yaşamın gizliliği hakkı, bu menfaatleri korurken çoğunlukla ifade ve basın özgürlüğü gibi özgürlüklerle çatışır.³⁷⁰

Nitekim yukarıda bahsi geçtiği üzere, özel yaşamın gizliliği hakkının ilk olarak tartışılmaya başlandığı zamanlarda dayanılan mahremiyet ve manevi varlığın korunması teorileri de, kişi hakkındaki bilgilerin kişinin onur ve saygınlığına zarar verecek şekilde alenileştirilmesini odağına almıştır.

Dolayısıyla, kişi hakkında ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanması, kişinin gizlediği yaşamına ilişkin küçük düşürücü durumları açığa çıkarmak; kişi hakkında yanlış ve küçük düşürücü bir izlenim oluşturacak bilgiyi alenileştirmek, önceden aleni olmakla birlikte, artık güncelliğini yitirmiş olmasına rağmen salt kişinin onur ve saygınlığını zedelemek için bazı bilgileri tekrar gündeme getirmek, kişilik haklarına bir saldırı niteliği taşımasının ötesinde, özel yaşamın gizliliği hakkının da ihlali meydana getirir.³⁷¹

Bununla birlikte, görüntü ve ses üzerindeki hakka benzer biçimde, kamuya mal olmuş kişilere veya kamu görevlilerine yönelik özel yaşamın gizliliği hakkı ihlallerinde, onur ve saygınlık alanı daha dar yorumlanmalı; kamu menfaatinden söz

³⁶⁹ *Pfeifer v. Avusturya*, 12556/03, 2007; *Petrina v. Romanya*, 78060/01, 2008.

³⁷⁰ Bu iki temel hak ve özgürlük arasındaki çatışmanın çözülmesinde ise; hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma rejiminde gözetilen yasalarla açıkça düzenlenmiş olma, meşru bir amaca yönelik olma ve demokratik bir toplumda gerekli olma şartlarının dikkatlice irdelenmesi ve sonuç olarak somut olayda hangi hakkın sınırlandırılmasının bu şartlara uygun olacağına karar vermek gerekir. Örneğin kişinin onur ve saygınlığına zarar veren yayıma ilişkin etkin şikayet veya önleme mekanizmaları bulunmaktaysa ya da söz konusu yayının ortadan kaldırılmasından daha az sınırlandırıcı bir müdahale yöntemi mevcutsa, ifade özgürlüğü lehine karar verilebilir. Ancak örneğin internet üzerinden yapılan yayımlarda internetin kamusalılığı ve erişilebilirliği kişinin onur ve saygınlığını sürekli olarak zarar tehlikesi altında tutacağından, özel yaşamın gizliliği lehine karar verilebilir. Bu konuda özel yaşamın gizliliği hakkı lehine verilmiş olan kararlar için bkz. *Chauvy ve diğerleri v. Fransa*, 64915/01, 2004, *Pfeifer v. Avusturya*, 12556/03, 2007; aksi yönde ifade özgürlüğü lehine verilmiş olan kararlar için bkz. *Wegryznowski ve Smolczewski v. Polonya*, 33846/07, 2013; *Times Newspapers v. Birleşik Krallık*, 3002/03, 23676/03, 2009; *Aksu v. Türkiye*, 4149/04, 41029/04, 2012.

³⁷¹ Parent, s. 269; Posner, s. 245; Bruyer, s. 418.

edilebildiği ölçüde hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılmalıdır.³⁷² Ancak yukarıda belirtildiği gibi kanımızca, haberde kamunun ilgisinin ve yararının olması³⁷³, haberin gerçek ve güncel olması ve haberin veriliş şeklinin esasına göre ölçülü olması koşulları bulunmuyorsa³⁷⁴, kişi her ne kadar kamuya mal olmuşsa da özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.³⁷⁵

³⁷² Nitekim *Axel Springer AG v. Almanya* kararında da AİHM, Alman bir aktörün Bild gazetesinde yayımlanan haberde daha önce uyuşturu bulundurmaktan tutuklandığına ve daha sonra denetimli serbestlik tedbiri aldığına dair yer alan ifadelerin ve özel yaşamına ilişkin fotoğrafların ifade ve basın özgürlüğü kapsamına ele alınması gerektiğini kabul etmiştir. Kararda dile getirildiği üzere, ifade özgürlüğünü düzenleyen md. 10 ile özel yaşamın gizliliği hakkını düzenleyen md. 8 arasında bir çatışma doğduğunda, kamuya mal olmuş kişilere ilişkin alenileştirilen bilgilerin asılsız ve hakaretamiz olmamak kaydıyla ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi, özel yaşamın gizliliği hakkının bu kişiler bakımından daha dar yorumlanması gerekir. Sezer, Kübra, “Case of Axel Springer AG v. Germany - Application no. 39954/08, 07.02.2012, AİHS md. 10”, Fasikül, S. 54, Mayıs 2014, s. 17.

³⁷³ Yargıtay 4. HD, 12587/2993, 17.3.2003, “... Bunun için temel ölçüt, kamu yararadır. Diğer bir anlatımla yayın, salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunulmasına neden olmamalıdır. Haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur. Aksi bir yayının ise, gerek Anayasa ve Basın Yasası ve gerekse basının genel işlevi karşısında hukuka uygun olduğu, kişilik değerlerine saldırı teşkil etmediği kabul edilmelidir. ... Yukarıda anılan kanıtlar ve ilkeler birlikte değerlendirildiğinde yayının görünürdeki gerçeğe uygun olduğunun kabulü gerekir. O halde yerel mahkemece davanın tümünden reddine karar vermek gerekirken kısmen kabul edilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”.; Yargıtay 4. HD, 11959/9558, 9.9.2015, “Şu durumda, dava konusu haberin güncel ve görünür gerçekliğe uygun olduğu, toplumun bilgi edinme, basının haber verme hakkı kapsamında kaldığı, olayın gazetecilik tekniği gereği okuyucunun ilgisini çekecek şekilde aktarıldığı, öze biçim arasındaki dengenin bozulmadığı, davacının kişilik haklarına bir saldırı bulunmadığı sonucuna varılarak istemin tümünden reddi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçe ile davalıların manevi tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir”.

³⁷⁴ Doğan, s. 487-491; Yargıtay 7. CD, 13442/18255, 29.11.2006, “Kanun yararına bozma istemine konu yazının güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi unsurlarını içermekte olduğunda kuşku yoktur. Konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık unsuruna gelince; bu unsur haber gerçeği yansıtma dahi kullanılacak dil ve ifadenin, yapılacak nitelikleme ve yorumun haberin verilişinin gerektirdiği ve zorunlu kıldığı biçim ve ölçüde bulunmasını öngörür. Öze ilişkin koşulların varlığı durumunda da biçimsel koşullara uyulması zorunluluğu vardır. Eleştirinin verilişinde gereksiz, yararlı olmayan beyan, nitelikleme ve değerlendirmelere gidilerek içerik ile uygun düşmeyen tahrik edici, yalın bir okuyucuda husumet ve kuşku yaratıcı dil ve ifade kullanılır, seçilen sözcükler aşağılayıcı, küçük düşürücü, incitici nitelikte olursa konu ile ifade arasındaki denge bozulur, haber veya eleştiri hukuka aykırı duruma gelir”.

³⁷⁵ Yargıtay 4. HD, 3902/2610, 14.3.2011, “Tarafların siyasetçi oldukları yaptıkları işler gereği hem birbirlerinin hem de vatandaşların eleştirilerine açık olmaları gerektiğinden, ... dava konusu olayda; davacı başbakan, davalı ise bir muhalefet partisinin sözcüsü olup siyasetçi olan taraflar, yaptıkları işler gereği hem birbirlerinin eleştirilerine hem de vatandaşların eleştirilerine açık olmalıydılar. Partisinin düzenlediği bir toplantıda, davalının sözcüsü olduğu parti lideri hakkındaki görüşlerini açıklayan davacıya karşı, partisi adına yanıt hakkını kullanan davalının söylediği sözlerin ağır eleştiri niteliğinde olup davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmadığı kabul edilmelidir”.

2.2.2.6. Kürtaj ve üremeye ilişkin haklar

Kürtaj ve üreme hakları kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığına ilişkin olup, özel yaşamı gizliliği hakkının unsurları arasında yer alır. Nitekim kürtaj ve üreme haklarının kullanımında esasen kişinin bedeni üzerinde yapılan bir müdahaleye ilişkin rızasının hukuka uygunluğu söz konusudur ve bu rıza aynı zamanda AY md. 17 uyarınca kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına dayanır.³⁷⁶

İlk olarak kürtaj, feminist mücadelenin hak kazanımlarından biri olarak kadının bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin yalnızca kendisine ait olduğu kabulüne dayanır. Nitekim bunun aksi, siyasi iktidarın (ya da hukuk düzeninin) cinsel ideoloji ve politikasının salt erkek bedeni ve iradesi üzerinden şekillendiği, en temel hakların dahi ayrımcılık temelinde yok sayılabileceği anlamına gelir.³⁷⁷ Oysa herkes, vücut bütünlüğü, cinsel ilişkileri, üreme ya da ürememe hakkı üzerinde, onun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir hakka sahiptir.

Bununla birlikte, kürtaj hakkının kullanımı hâla çok sayıda ülkede yasak veya çok ağır şartlara bağlanmış durumdadır. Örneğin ABD’de *Roe v. Wade* kararı ile 1973’te anayasal bir hak olarak tanınan kürtaj, Georgia eyaletinde 7 Mayıs 2019’da *Heartbeat Bill* ile altıncı haftaya kadar kabul edilerek ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmıştır.³⁷⁸ Nitekim Türkiye’de de kürtaj hakkı, 1983 yılında çıkarılan

³⁷⁶ Dursun, s. 215.

³⁷⁷ Feminist mücadelenin odağına aldığı ataerki ile cinsiyete dayalı işbölümünü esas alan söylem ve ideoloji, kendisini siyasi iktidar ve toplumun kişi üzerinde uygulamaya çalıştığı politikalar şeklinde cisimlendirir. Kürtaj hakkına yönelik mücadele de siyasi iktidarın cinsel politikasına dairdir. Nitekim bu politika, heteroseksüel ve “makbul” erkekliği merkezine alır; aile, sokak, kurumlar ve devlet üzerinde kurduğu toplumsal cinsiyet rejimini buna dair çıkarları korumaya yöneltir. Oysa ki kürtaj hakkı, bu söylemin aksini iddia eder ve kadına ait olan bedenin ve “sözün” ona aitliğini kabul eder ve bu nedenle “çocuğun yaşam hakkı” ve “babanın potansiyel ebeveynliği” gibi etik dilemmalarla karşı çıkılmaya çalışılmıştır. Siyasi iktidarların toplumsal cinsiyet rejimi pratikleri ve cinsel politika kavramına ilişkin bkz. Connell, R. W., *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

³⁷⁸ Ceninin potansiyel yaşama hakkını sözde savunmak için çıkarılan *Living Infants Fairness and Equality (LIFE) Act*, ABD’nin hiçbir eyaletinde ve birçok ülkede hiç olmadığı kadar büyük bir sınırlama getirmiş, kadınlardan menstruasyon döneminde altı hafta gibi olağan bir gecikmeyi fark etmeleri ve gebe olduklarını tespit ederek kürtaj gibi önemli bir kararı derhal vermeleri beklenerek, meşru ve makul olmayan ve özel yaşamın gizliliği hakkına dayanan bu hakkı ağır bir biçimde ihlal eden bir düzenleme getirilmiştir. Bu yasanın çıkarılmasına ilişkin bkz. <https://www.cbsnews.com/news/heartbeat-bill-in-georgia-abortion-law-signing-brian-kemp-to-sign-georgia-fetal-heartbeat-bill-today-2019-05-07-live/>, S.E.T. 08.05.2019.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile ilk kez düzenlenmiştir. Ancak 1970’li yıllarda artan talepler ve bu hakkın tanınmasını gerekli kılan koşullar³⁷⁹ doğrultusunda getirilen bu düzenleme, md. 13’te evli olan kadının on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak kürtaj için eşinin iznini alma şartı gibi çağ dışı ve yürürlükten kaldırılması gereken hükümler içermektedir.³⁸⁰

Kürtaj hakkının özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi, kürtajın yasaklanmamasını ya da çok ağır şartlara bağlanmamasını ifade eder.³⁸¹ Nitekim AİHM de önüne gelen başvurularda her ne kadar bir hak olarak devletin pozitif edim yükümlülüğünü gündeme getirmeyecekse de, kürtajın yasaklanmasının, fiilen kürtaj hakkına erişilemiyor olmasının, kürtaj için talep edilen sağlık raporlarının veya bürokratik engellerin çokluğunun ya da eşin rızasının aranmasının özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.³⁸²

Sonuç olarak, kişinin kürtaj üreme haklarını kullanmak konusundaki iradesi, onun fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün bir parçasıdır kadının mevcut hakları, babanın potansiyel ebeveynliğine dayanan aile yaşamına saygı iddiasına (ve

³⁷⁹ Türkiye’de kürtaj hakkının tanınmasını tarihi için bkz. <https://ekmekvegul.net/gundem/turkiyede-kurtajin-tarihi>, S.E.T. 08.05.2019.

³⁸⁰ Örneğin eşinden psikolojik, fiziksel, ekonomik ya da başkaca türde şiddet gören veya eşi tarafından cinsel saldırıya uğrayan ve bu nedenle gebe kalan kadının kürtaj için eşinden izin belgesi alması mümkün değildir. Bu durum da kadının kürtaj hakkını fiilen kullanamaması anlamına gelir. Nitekim CEDAW İzleme Komitesinin Türkiye’ye dair periyodik raporlarında da bu şartın kaldırılması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Bu konuda bkz. Sayar, Tansu/ Kılıç-Öztürk, Yasemin, “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania v. Casey* Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2018, s. 321-349; <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/CEDAW-Komitesinin-Nihai-Yorumlari.pdf>, S.E.T. 08.05.2019.

³⁸¹ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 382; Roagna, s. 22; Arslan-Öncü, s. 219-224; Gümüş, s. 385-399.

³⁸² *Vo v. Fransa*, 53924/00, 2004; *R.H. v. Norveç*, 17004/90, 1992; *A, B, ve C v. İrlanda*, 25579/05, 2010; “Polonya hukuku, başvuruçunun durumunda uygulandığı şekliyle, ilgilinin, kürtaj talep edip etmeme konusunda aydınlatılmış bir tercih yapmasına izin vermek için hayati önemde olan, bir teşhis hizmetine erişimini sağlayacak etkili mekanizmalar öngörmüyordu. Bu durum, iç hukuk hükümlerinin teorik olarak öngördükleri kürtaj hakkı ile bu hükümlerin pratikte uygulamaya geçirilmeleri arasında ciddi bir farkın oluşmasına yol açmıştır. Böylece, otoriteler başvuruçunun özel hayatına etkili bir saygıyı güvenceye alma pozitif yükümlülüklerini ihmal etmişlerdir”. *R.R. v. Polonya*, 27617/04, 2011; *Boso v. İtalya*, 50490/99, 2002; *P. ve S. v. Polonya*, 57375/08, 2012.

dolayısıyla özel yaşamın gizliliği hakkına) ya da ceninin potansiyel doğumuna dayanan yaşam hakkına tercih edilmelidir.³⁸³

İkinci olarak üremeye ilişkin haklar, kişinin üreme durumuna dair birtakım tıbbi müdahalelerin yapılmasına ya da yapılmamasına ilişkin talepleri ifade eder. Bu müdahaleler, temel olarak sterilizasyon (üreme sisteminde yumurtaların geçtiği tüplerin veya spermlerin geçtiği kanalın bağlanması ile üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması), kastrasyon (erkek üreme sisteminde testislerin ortadan kaldırılması veya kimyasal enjeksiyon yoluyla testislerin testosteron üretiminin engellenmesi) ve suni döllenmedir.³⁸⁴ Üreme durumunun bir insan hakkı olarak tanınması, 1968 yılında gerçekleştirilen Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nın sonunda kabul edilen Tahran Bildirisi³⁸⁵ ile gerçekleşmiştir. Bu hakların kullanımı mutlaka talebe veya vücut üzerindeki diğer tıbbi müdahaleler gibi aydınlatılmış bir rızaya dayanmalıdır.³⁸⁶

Sonuç olarak, AİHM de karşısına gelen başvurularda verdiği kararlarda, kişinin üremeye ya da ürememeye dair haklarının md. 8 kapsamında özel yaşamın gizliliği hakkına dair olduğunu karara bağlamıştır. Buna göre doğum koşullarına

³⁸³ Ancak örneğin henüz gebelik aşamasında değilken, tüp bebek yoluyla meydana gelecek çocuklar bakımından kadının da henüz fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne dair mevcut hakları doğmadığından, ebeveynlerin eşit haklara sahip olduğu kabul edilmelidir. *Evans v. Birleşik Krallık*, 6339/05, 2007.

³⁸⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 173; Yenidünya, Caner/ Yaşar, Yusuf, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Bir Yaptırım Mıdır?", TAAD, S. 14, 2013, s. 347-364.

³⁸⁵ Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3, 1968.

³⁸⁶ Dolayısıyla örneğin cinsel suçlar bakımından faile uygulanacak olan cinsel kastrasyon yöntemleri, tartışmasız bir biçimde vücut bütünlüğünün ve özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır. Karşıt görüşlerin ifade ettiği üzere, kimyasal kastrasyon kişinin üreme yeteneğini tamamen ortadan kaldırmayıp, enjekte edilecek dozaja göre sadece cinsel isteği azaltıcı etkiye de sahip olabilir. Ancak bu sav isabetsiz bir biçimde bir hakkın ihlal edilmiş olması için özüne dokunulmuş olması gerekmediğini göz ardı etmektedir. Bu nedenle Türk ceza hukukunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik'te yer alan "Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulmak" başlıklı 7. maddeye dayanarak uygulanacak kimyasal kastrasyon, AİHM'in yerleşik içtihadına aykırı olacak ve Türkiye aleyhine hak ihlalleri doğuracaktır. Bu konuda bkz. Cauley, Ryan, "Is Chemical Castration a Progressive or Primitive Punishment - Balls Are in Your Court, Iowa Legislature" *Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 17, No. 3, Summer 2014, s. 493-514; Brody, Kay-Frances. "A Constitutional Analysis of California's Chemical Castration Statute" *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 7, No. 1, Fall 1997, s. 141-166; Stinneford, John F., "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 3, No. 3, Spring 2006, s. 559-599.

ilişkin talepler³⁸⁷, suni döllemenin yasal olarak düzenlenmesine ilişkin talepler ve kişilerin heterolog veya homolog suni dölleme yoluna başvurma hakkı³⁸⁸ özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunur. Benzer bir biçimde, üreme yeteneğinin kişinin aydınlatılmış rızası olmaksızın ortadan kaldırılmasının da AİHS md. 8'i ihlal edeceği kabul edilmiştir. Buna göre, tıbbi ihmallerden kaynaklanan³⁸⁹ ya da kasıtlı olarak veya zorla alınmış bir rızaya dayanarak yapılan müdahalelerle³⁹⁰ kişinin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalidir.

2.2.2.7. Etnik kimlik

Etnik kimlik, kişinin sahip olduğu etnisiteye göre sürdüğü yaşam tarzını ve bu etnisiteye sahip olma durumunu ifade eder.³⁹¹ Nitekim bu kimlik aynı zamanda AİHS md. 8 anlamında özgün yaşam biçimine hak kapsamında yer alır.³⁹² İHEB md. 15³⁹³, KSHS md. 27³⁹⁴ ve Ulusal ya da Etnik, Dinsel, Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Bildirisi³⁹⁵ md. 4 de bu hakkı çeşitli kavramlarla tanıyan diğer uluslararası insan hakları belgelerindendir.

³⁸⁷ *Ternovsky v. Macaristan*, 67545/09, 2010.

³⁸⁸ *Evans v. Birleşik Krallık*, 6339/05, 2007; *S.H. ve diğerleri v. Avusturya*, 57813/00, 2010;

³⁸⁹ *Csoma v. Romanya*, 8759/05, 2013.

³⁹⁰ *V. C. v. Slovakya*, 18968/07, 2011.

³⁹¹ "The Court does not dispute the right of a Government to require the existence of objective evidence of a claimed ethnicity. In a similar vein, the Court is ready to accept that it should be open to the authorities to refuse a claim to be officially recorded as belonging to a particular ethnicity where such a claim is based on purely subjective and unsubstantiated grounds. ... The Court would further observe that Mr Ciubotaru's claim is based on more than his subjective perception of his own ethnicity. It is clear that he is able to provide objectively verifiable links with the Romanian ethnic group such as language, name, empathy and others". *Ciubotaru v. Moldova*, 27138/04, 2010.

³⁹² Arslan-Öncü, s. 333, 334; Gümüş, s. 344-352.

³⁹³ "1. Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir".

³⁹⁴ "Azınlıkların Korunması - Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir Devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişiler grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma, kendi dinlerinin gereği ibadeti etme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları engellenmez".

³⁹⁵ BM Genel Kurulunun 20 Aralık 1993 tarihli ve 47/135 sayılı Kararı, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/716b2--Ulusal-veya-Etnik,-Dinsel-veya-Dilse-Azinliklara-Mensup-Olan-Kisilerin-Haklarina-Dair-Bildiri.pdf>, S.E.T. 09.05.2019.

Buna göre, özel yaşamın gizliliği hakkı bakımından etnik kimliğin korunması da, ilk olarak belli bir etnisiteye sahip olma durumuna saygı gösterilmesini ve bu temelde ayrımcılık yapılmamasını, ikinci olarak ise bu etnisiteden kaynaklanan gelenek ve göreneklerinin korunmasını ifade eder.³⁹⁶

AIHM de karşısına gelen başvurularda md. 8 kapsamında inceleme yaparken, örneğin Çingenelerin göçebe yaşam tarzı içinde kullandıkları karavanların, etnik kimliklerinin bir parçası olduğu ve konut olarak kabul edilmesi, karavanlarını yerleştirmek istedikleri yerlerin kendilerine tahsis edilmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapmıştır.³⁹⁷ Bu durumda örneğin kişinin konuştuğu dil, sahip olduğu özgün ad ve kendisini ait hissettiği ortak tarihin oluşturduğu etnik kimliği nedeniyle ayrımcılığa uğraması veya bu kimliğine uygun olarak yaşamasına ilişkin taleplerinin yerine getirilmemesi, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.

2.2.2.8. Konut

Özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında yer alan unsurlardan bir diğer olan konut (*domicile*)³⁹⁸ özel yaşamın gizliliğini açıklayan teorilerden, yalnız bırakılma hakkı, dış müdahalelerden uzak olma hakkı ve en az müdahale talebi, mahremiyet ve manevi varlığın korunması ile yakından ilişkilidir. Konut, yerleşim yerinden (*residence*) farklı bir kavramdır ve öncelikle bu ayrımın yapılması gereklidir. Nitekim bu kavramların medeni hukuk, ceza hukuku ve insan hakları hukuku anlamında yorumlanma biçimleri de farklılık göstermektedir.³⁹⁹

Yerleşim yeri, kişiler hukuku kapsamında TMK md. 19/1’de tanımlandığı şekliyle, “bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer” anlamına gelmektedir.

³⁹⁶ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 385; Roagna, s. 17, 18; Arslan-Öncü, s. 333, 334; Gümüş, s. 350 vd.

³⁹⁷ *Chapman v. Birleşik Krallık*, 27238/95, 2001; *Lee v. Birleşik Krallık*, 25289/94, 2001; *Beard v. Birleşik Krallık*, 24882/94, 2001; *Jane Smith v. Birleşik Krallık*, 25154/94, 2001; *Coster v. Birleşik Krallık*, 24876/94, 2001; *Winterstein ve diğerleri v. Fransa*, 27013/07, 2013.

³⁹⁸ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 382 vd.; Roagna, s. 30, 31; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 291 vd.; Arslan-Öncü, s. 191 vd.; Aktaş, s. 50-54.

³⁹⁹ Tutunaru, Mircea, “Some Considerations on National and International Legal Guarantees of the Inviolability of Domicile”, *Journal of Law and Administrative Sciences*, Iss. 6, 2016, s. 21.

Buna göre, kişinin yerleşim yerinde sürekli olarak kalma niyetinin bulunması gerekir. Bu, kişinin bağımsız yerleşim yerini ifade eder ve Türk hukukunda esas alınan yerleşim yeri biçimi budur. Bu nedenle bu çalışmada yerleşim yeri ile kast edilen bağımsız yerleşim yeridir. Velayet ve vesayet altında bulunanların yerleşim yeri ise, TMK md. 21’de düzenlendiği üzere yasal yerleşim yeridir ve bu durumda kişinin yerleşim yeri yasa ile belirlenmiş olduğundan, sürekli kalma niyeti aranmaz ve istisnai bir yerleşim yeri biçimidir.⁴⁰⁰

Yerleşim yerinin sahip olması gereken süreklilik (objektif şart) ve sürekli oturma niyeti (subjektif şart), konut ile arasındaki farkı ortaya koymada yardımcı olur. Süreklilik şartı, yerleşim yerinde oturmanın belirsiz ya da uzun süreli olmasını, devamlı olarak bu yerde oturuluyor olmasını, bu yerin kişinin yaşantısının merkezi hâline gelecek kadar önem arz etmesini ifade eder. Bu nedenle bu yeri örneğin öğrenim ya da iş gibi nedenlerle kısa süreli olarak terk etmek, sürekliliği etkilemez.⁴⁰¹ Sürekli oturma niyeti ise, kişinin oturduğu yerde sürekli olarak kalmaya yönelik kast ve isteğidir. Bu şart subjektif bir durumu ifade ettiğinden, üçüncü kişilerce ancak dışa yansıyan emareler aracılığıyla anlaşılabilir. Örneğin kişinin çalıştığı, çok uzun süredir oturduğu, aile yaşantısının bulunduğu, sosyal yaşantısını yoğunlaştırdığı yer, kişinin burayı sürekli olarak oturma niyetiyle kullandığı sonucunu doğurur.⁴⁰²

Özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilen konut ise, yerleşim yerinden farklı olarak bu tür objektif ve subjektif şartlara sahip değildir. Buna göre,

⁴⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 292; Serozan, s. 484; Dural/ Öğüz, s. 189-195; Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş-Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, 2013, s. 440-45; Yılmaz, Zahit, “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Kapsamında Konutta Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 17, 2011, s. 162.

⁴⁰¹ Dural/ Öğüz, s. 192; Akipek/ Akıntürk/ Ateş-Karaman, s. 446; Nitekim TMK md. 22 uyarınca, “Bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaz”.

⁴⁰² Dural/ Öğüz, s. 192, 193; Ancak örneğin kişinin aile yaşantısı ile iş yaşantısının farklı yerlerde olması hâlinde, kişi genellikle iş yaşantısının izin verdiği ölçüde sürekli olarak ailesinin bulunduğu yere gideceğinden, yerleşim yerinin aile yaşantısını sürdürdüğü yer olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte bunun aksi de mümkündür. Nitekim kişi kendisine yöneltilen davalarda hiçbir zaman yetkisizlik itirazında bulunmuyorsa, sürekli olarak belli bir yerdeki vergi dairesini kullanıyorsa ya da iletişim olarak sürekli olarak belli bir adres veriyorsa, yerleşim yerinin burası olduğu sonucuna varılabilir. Akipek/ Akıntürk/ Ateş-Karaman, s. 446.

bir konutun varlığı için kişinin burada sürekli olarak oturma niyetiyle kalıyor olması gerekmez; eylemli bir biçimde belirli bir yerde yaşama iradesi yeterlidir.⁴⁰³ Bununla birlikte, yaşanan her yerin konut olarak kabul edilmesi de mümkün değildir; dolayısıyla bir konutun varlığından söz etmek için kişinin burada genellikle özel yaşamını veya aile yaşamını sürdürüyor olması da gerekir.⁴⁰⁴ Dolayısıyla orada yaşayan kişinin o yer ile “yeterli ve devam eden bağlarının” varlığı aranmalıdır.⁴⁰⁵

AIHS md. 8 ve AY md. 21 anlamında konut, birçok mekanı kapsamına alacak bir anlama sahiptir. AIHM ve AYM, önlerine gelen birçok başvuruda çeşitli mekanların konut olarak nitelendirilebileceğine hükmederek dinamik ve genişletici bir yorum yapmıştır. Buna göre, örneğin kiralık ya da maliki olunan⁴⁰⁶ ev⁴⁰⁷, karavan⁴⁰⁸, otel odası⁴⁰⁹, yazlık evler⁴¹⁰, işyerleri⁴¹¹ gibi, kişinin yeterli ve devam eden bağlarının bulunduğu mekanlar, konut kapsamında değerlendirilmiştir.

Çalışmanın konusu bakımından önem teşkil eden işyerlerinin konut olarak nitelendirilmesi, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline ilişkin mekansal

⁴⁰³ Tutunaru, s. 22; Akipek/ Akıntürk/ Ateş-Karaman, s. 446, 447.

⁴⁰⁴ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 382; *Giacomelli v. İtalya*, 59909/00, 2006.

⁴⁰⁵ *Gillow v. Birleşik Krallık*, 9063/80, 1996.

⁴⁰⁶ Nitekim konutun korunması için konut üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığı ya da konuttaki ikamet hukuka uygun olup olmadığı önem arz etmez. Bununla birlikte, konuta yönelik müdahalenin hukuka aykırılığının tespitinde konut üzerindeki hakkın hukuka uygun olup olmadığı ise tartışılmalıdır. Arslan-Öncü, s. 196, 197; *Prokopovich v. Rusya*, 2004; *Pibernik v. Hırvatistan*, 2004; *Larkos v. Kıbrıs*, 1999.

⁴⁰⁷ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 291.

⁴⁰⁸ *Chapman v. Birleşik Krallık*, 27238/95, 2001 ve *Buckley v. Birleşik Krallık*, 20348/92, 1995 kararlarında, Çingenelerin yaşadıkları karavanların onların konutu olduğu kabul edilmiştir.

⁴⁰⁹ *O’Rourke v. Birleşik Krallık*, 39022/97, 2001 kararında ise başvurunun kaldığı otel odasından atılması hususu tartışılırken, somut olayda başvurunun somut olayda kaldığı oda ile her ne kadar yeterli ve devam eden bağlarının olmadığı tespit edilmiş ve konuta saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmişse de, aksi bir durumda otel odasının da konut olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır.

⁴¹⁰ *Demades v. Türkiye*, 16219/90, 2003 kararında Mahkeme, yazlık evin veya kişinin zamanını geçirdiği ikinci bir evin, kişi bakımından duygusal bir anlam ifade edebileceğini, bu ölçüde de konut olarak değerlendirilebileceğini vurgulamıştır.

⁴¹¹ *Niemietz v. Almanya*, 13710/88, 1992; *Mialhe v. Fransa*, 12661/87, 1994; *Buck v. Almanya*, 41604/98, 2005; *Petri Sallinen ve diğerleri v. Finlanda*, 50882/99, 2005; *Halford v. Birleşik Krallık*, 20605/92, 1997; *Amann v. İsviçre*, 27798/95, 2000; *Société Colas Est. ve diğerleri v. Fransa*, 37971/97, 2002; *Copland v. Birleşik Krallık*, 2007; *Peev v. Bulgaristan*, 64209/01, 2007; *Bărbulescu v. Romanya*, 61496/08, 2017.

olarak daha geniş bir koruma alanı sunmaktadır. Nitekim AİHM'in de karara bağladığı üzere, özel yaşam kavramı, kişinin iş yaşantısını da kapsayacak niteliktedir. Zira çok sayıda kişi günlük yaşamının çok büyük bir kısmını işyerinde veya iş yaşantısıyla ilgili yaşam çevrelerinde geçirmekte, bu yaşam çevrelerinde birçok insanla ilişki kurmakta, iş yaşantısını “kişiselleştirmektedir”.⁴¹² Bu durumda iş yaşantısının mekansal uzantısı olan işyerinin de özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında ve konut niteliğinde korunması gerekir. Bununla birlikte belirtilmesi gerekir ki, işyerinde yer alan bölümlerin konut olarak nitelendirilebilmesi için bu yerlerin salt işe özgülenmiş yerler olmaması, işçinin bu yerde çalışırken özel yaşamın gizliliği hakkının korunacağına ilişkin makul bir beklentisi olması gerekir.⁴¹³

Konutun özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunması da kendisini çeşitli hukuki talepler biçiminde gösterir. Öncelikle, AİHS sisteminde konuta saygı hakkı, konut dokunulmazlığından daha geniş bir anlam ifade eder. Buna göre konutun özel yaşamın gizliliği kapsamında korunması yalnızca konut içindeki mahremiyeti sağlamayı ve konutun içine hukuka aykırı biçimde girilmesini engellemeyi amaçlamaz, kişinin konutunda yaşamasına ilişkin çeşitli durumları da kapsar.⁴¹⁴ Buna göre, konut hem maddi hem de manevi yönden korunur.

İlk olarak, konutun maddi olarak korunması; konutun kullanılmasını⁴¹⁵, konutun istenilen türden (şekilden) olmasını⁴¹⁶, konuttan dışarı atılmamayı veya

⁴¹² Roagna, s. 20, 21; *Niemietz v. Almanya*, 13710/88, 1992.

⁴¹³ AYM'nin değerlendirdiği üzere, konut kavramı işyerlerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bununla birlikte bütünüyle işe özgülenmiş yerler konut kavramı kapsamında görülemez. AYM *Günay Dağ ve diğerleri Başvurusu*, 2013/1631, 17/12/2015, *Mehmet Taşdemir Başvurusu*, 013/3436, 18/5/2016; *Hasan Akboğa Başvurusu*, 2016/10380, 27/3/2019.

⁴¹⁴ Yılmaz, s. 173.

⁴¹⁵ *Wiggins v. Birleşik Krallık*, 7456/76, 1978.

⁴¹⁶ *G. & E. v. Norveç*, 9278/81, 9415/81, 1983; *Chapman v. Birleşik Krallık*, 27238/95, 2001.

tahliye edilmemeyi⁴¹⁷ ya da konutun yok edilmemesini⁴¹⁸ ifade eder. Ayrıca, konut dokunulmazlığının ihlali de bu kapsamda değerlendirilir. Nitekim bu dokunulmazlığın özel kişilere karşı korunması, bu kişilerin izinsiz girişinin engellenmesi⁴¹⁹; devlete karşı korunması ise arama, el koyma, izleme veya dinlemenin belli şartlara tabi olması⁴²⁰ demektir.

İkinci olarak, konutun manevi olarak korunması ise kişinin konutunu huzurlu ve güvenli bir biçimde kullanabiliyor olmasını amaçlar. Buna göre, kişinin yaşadığı konutun gürültü⁴²¹, emisyon, koku gibi çevre kirliliğinden⁴²² ya da başkaca somut ya

⁴¹⁷ *Kıbrıs v. Türkiye*, 6780/74, 6780/75, 1976; *Kıbrıs v. Türkiye*, 8007/77, 1983; *Connors v. Birleşik Krallık*, 66746/01, 2004. Benzer biçimde konutun hukuka aykırı olarak kamulaştırılması da bu kapsamda değerlendirilir. *Howard v. Birleşik Krallık*, 10825/84, 1984.

⁴¹⁸ *Akdıvar v. Türkiye*, 99/1995/605/693, 1996; *Dulas v. Türkiye*, 25801/94, 2001; *Altun v. Türkiye*, 24561/94, 2004; *Moldovan ve diğerleri v. Romanya*, 41138/98, 64320/01, 2007.

⁴¹⁹ *Surugiu v. Romanya*, 48995/99, 2004.

⁴²⁰ Yargıtay CGK, 7-144/150, 29.11.2005, “Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Anayasa’nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçülerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı- hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen -rıza ile arama- müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır”. *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 5029/71, 1978 ve *Chappell v. Birleşik Krallık*, 10461/83, 1990 kararlarında aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin bulunması sebebiyle özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edilmediğine karar verilmemiş olsa da, konutta yapılacak arama, el koyma ve izleme ya da dinlemenin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi ve orantılı olması gerektiği kabul edilmiştir.

⁴²¹ *Moreno Gomez v. İspanya*, 2004; *Powell & Reyner v. Birleşik Krallık*, 3/1989/163/219, 1990.

⁴²² AYM *Binali Özkaradeniz ve Diğerleri Başvurusu*, 2014/4686, 1/2/2018; *Taşkın ve diğerleri v. Türkiye*, 46117/99, 2004; *Öçkan v. Türkiye*, 46771/99, 2006; *López Ostra vs. Spain*, 16798/90, 1994; *Guerra v. İtalya*, 1998; *Giacomelli v. İtalya*, 59909/00, 2006; *Greenpeace E.V. ve diğerleri v. Almanya*, 18215/06, 2009; Aksi yönde bkz. *Ahmet Bilgin ve Diğerleri Başvurusu*, 2015/11709, 12/12/2018.

da fiziksel olmayan tehditlerden⁴²³ uzak olması, örneğin konutun engelliler için erişilebilir olması⁴²⁴, konuta saygı hakkının bir gereğidir. Bununla birlikte, konut sağlanması hakkı ve evsizliğin önlenmesi ise, konuta saygı hakkının manevi olarak korunmasının bir görünüm biçimi olarak kabul edilmemiştir.⁴²⁵

2.2.2.9. Haberleşme

Haberleşme ve haberleşmeye saygı da özel yaşamın gizliliği kapsamında korunan unsurlardan biri olarak ele alınır.⁴²⁶ Haberleşme, kişinin başkaları ile temas hâlinde olmasını ve dış dünya ile iletişim kurmasını sağlar. Özel yaşamın gizliliği hakkı, yukarıda açıklandığı üzere salt yalnız bırakılma ve müdahaleden uzak olma anlamına gelmediğinden, kişinin “kendi iç alanıyla” sınır olmasını aşan bir biçimde, dış dünya ile kurduğu ilişki ve iletişim biçimlerini de kapsar.⁴²⁷ Öyleyse haberleşme, özel yaşamın gizliliğini açıklayan teorilerden mahremiyet ve manevi varlığın korunması, birey özerkliği, kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti gibi birçok kavramlaştırma ile ilişkilidir.

Öncelikle haberleşmenin tanımı ve kapsamı açıklığa kavuşturulmalıdır. Haberleşme kavramı; e-mailler, WhatsApp ya da iMessage gibi uygulamalar üzerinden gönderilen metin mesajları, sesli mesajlar, sesli arama, görüntülü arama, faks, mektup, sosyal medyada kullanılan doğrudan mesajlar (*direct message*) gibi

⁴²³ *Hatton ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 36022/97, 2003; *Giacomelli v. İtalya*, 59909/00, 2006; Örneğin her ne kadar ihlal kararı verilmemiş olsa da kararda özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirildiği üzere, kentsel gelişimin doğal güzelliği etkilediği iddiasına ilişkin bkz. *Kyrtatos v. Yunanistan*, 41666/98, 2003.

⁴²⁴ *Marzari v. İtalya*, 36448/97, 1999 kararında her ne kadar başvurudaki somut olayda devletin engelli başvurusunun konutunda barınmasına ilişkin yeterli önlemleri aldığı kabul edilerek ihlal görülmemişse de, engellilerin evlerine ilişkin erişilebilirlik taleplerinin özel yaşamın gizliliği kapsamında ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.

⁴²⁵ Konut hakkı tek başına AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden ve AİHM’in yargı yetkisi sosyal ve ekonomik hakları kapsamadığından, md. 8 anlamında bir korumanın, devletlerin evsizliği önlemeye ilişkin politikalarının dışında kaldığı kabul edilmiştir. *Chapman v. Birleşik Krallık*, 27238/95, 2001; *Mellacher ve diğerleri v. Avusturya*, 10522/83, 1989; *Immobilier Saffi v. İtalya*, 22774/93, 1999.

⁴²⁶ Harris/ O’Boyle/ Bates/ Buckley, s. 387, 388; Roagna, s. 14, 32; Arslan-Öncü, s. 200-206; Gümüş, s. 190-192; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 285, 286, 293; Korkmaz, s. 101.

⁴²⁷ *Niemietz v. Almanya*, 13710/88, 1992.

birçok iletişim biçimini ifade eder. Nitekim haberleşmenin neleri kapsadığı, dönemin teknolojik gelişmelerine göre belirlenmeli, dinamik ve genişletici bir yorum yapılmalıdır.⁴²⁸ Haberleşme araç ve yöntemlerinin genişlemesi, beraberinde ihlal yöntemlerinin de artmasını getirmektedir. Öyle ki, güncel uyumsuzluklar bakımından, özel yaşamın gizliliği hakkının en kolay ihlal biçimlerinden biri haberleşmeye saygı hakkının ihlalidir. Zira haberleşmenin gizliliği, teknolojik yöntemlerin gelişmesi ile birlikte kolaylıkla ortadan kaldırılabilmekte, haberleşmenin içeriği ifşa edilebilmekte veya başkalarının haberleşmesine izinsiz olarak müdahale edilebilmektedir.

Ayrıca üzerinde önemle durulması gerekir ki haberleşmeye saygı kapsamındaki koruma, haberleşmenin içeriğinden tamamen bağımsızdır. Buna göre, yapılan haberleşmenin korunması için, bu iletişimdeki içeriğin “özel” olması gerekmez ve korunan menfaat esasen haberleşme araçlarının ya da yöntemlerinin kullanılmasıdır.⁴²⁹ Bu bağlamda haberleşmenin örneğin işyerinde veya kamusal bir alanda yapılıyor olması ya da haberleşmenin içeriğinin kişinin özel yaşamının gizliliği kapsamında ele alınan unsurlara dair olmaması, haberleşmeye saygının gündeme gelmesine engel değildir.⁴³⁰ Ancak elbette haberleşmenin içeriği, buna dair bilgilerin ifşa edilmesi veya telefon ya da mektuplaşma gibi haberleşme yöntemlerinin devlet tarafından denetlenmesi bakımından önem arz edecektir. Zira

⁴²⁸ Arslan-Öncü, s. 200; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s. 293; Örneğin AİHM telefon ile yapılan aramaların tarih, süre ve kişi bilgilerinin tutulmasını da haberleşmeye saygı kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim haberleşmenin yapıldığı platformun devlet tarafından mı yoksa çeşitli regülasyonlara tabi özel hukuk kişilerince mi işletildiği de önem arz etmez. *Malone v. Birleşik Krallık*, 8691/79, 1984; *Kruslin v. Fransa*, 11801/85, 1990.

⁴²⁹ Roagna, s. 32; Arslan-Öncü, s. 201; *Schönenberger & Durmaz v. İsviçre*, 11368/851988; *Campell v. Birleşik Krallık*, 13590/88, 1992.

⁴³⁰ Nitekim AİHM de haberleşmeye yapılan dinleme ve kayda alma şeklindeki müdahalenin işyerinde gerçekleşmesinin, haberleşmeye saygının korunmasına engel olmayacağını, AİHS md. 8 anlamındaki haberleşmenin konut ve işyeri gibi birçok yeri kapsadığını karara bağlamıştır. *Halford v. Birleşik Krallık*, 20605/92, 1997; Benzer biçimde, kişinin yaşam çevrelerinin içinde yer alan iş yaşantısının özel yaşamın gizliliği hakkının kapsamında olduğunu; işyerindeki çalışma masasının, dosyaların, iş bilgisayarının ve telefonunun da konuta saygı gereği korunması gerektiğini hükme bağlayan kararı için bkz. *Peev v. Bulgaristan*, 64209/01, 2007, *Société Colas Est. ve diğerleri v. Fransa*, 37971/97, 2002. Bir başka kararında ise avukat ve müvekkili arasında geçen görüşmenin dinlenmesinin de haberleşmeye saygı hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. *Schönenberger & Durmaz v. İsviçre*, 11368/851988.

örneğin cezaevinde tutuklu veya hükümlü olarak bulunanların haberleşmesinin denetlenmesine ilişkin çizilecek sınır, haberleşmenin içeriğine göre belirlenecektir.⁴³¹

Sonuç olarak, haberleşmeye saygı hakkının özel yaşamın gizliliği kapsamında korunması⁴³²; esas olarak kişinin haberleşme araç ve yöntemlerini kesintiye veya sansüre uğramaksızın kullanmasını⁴³³, özel hukuk kişileri⁴³⁴ veya devlet⁴³⁵ tarafından

⁴³¹ Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 388; *Herczegfalvy v. Avusturya*, 10533/83, 1992; *Jankausas v. Litvanya*, 50446/09, 2005; *Micha v. Polonya*, 13425/02, 2006.

⁴³² Nitekim haberleşmeye saygı, konuta saygı hakkının konut dokunulmazlığından daha geniş bir anlam içermesi gibi, yalnızca haberleşmenin gizliliğine ilişkin bir koruma sağlamaz. Haberleşmeye saygı, herkesi özgürce haberleşebilmesini ve bu haberleşmenin devlet veya özel kişilerce yapılabilecek her türlü müdahaleden uzak olması durumunu ifade eder. Korkmaz, s. 101.

⁴³³ AYM, karşısına gelen bireysel başvurulara vermiş olduğu birçok kararda cezaevinde tutuklu veya hükümlü olarak bulunan kişilerin telefonla görüşme hakkının kullandırılmamasının, mektuplaşmalarının içeriğinin denetlenmesinin veya sansürlenmesinin ya da ilgili haberleşme aracına el konulmasının haberleşmeye saygı hakkının ve dolayısıyla özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir. AYM *Veysi Aktaş Başvurusu* (2), 2015/15982, 6/2/2019; *Ömer Hayri Konar Başvurusu*, 2015/15981, 6/2/2019; *Nasrullah Kuran Başvurusu* (2), 2015/15983, 6/2/2019; *İlker Yürük Başvurusu*, 2015/4166, 9/1/2019; *Murat Türk Başvurusu* (5), 2016/2826, 20/9/2018.

⁴³⁴ Yargıtay, son yıllarda vermiş olduğu birçok kararında, haberleşmenin rıza olmaksızın kayda alınmasının somut bir uyumsuzluğa ilişkin delil toplamak kastıyla gerçekleştirilmesi hâlinde özel yaşamın gizliliğinin ihlalden söz edilemeyeceğine hükmetmektedir. Yargıtay 12. CD, 13474/3, 12.1.2015, "Sanıklı müşteki eşi arasında devam eden şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma davası bulunduğu, sanıklı müşteki eşi arasında geçen olaylar nedeniyle, sanığın, müştekiyle telefon görüşmesi yaptığı sırada, müştekinin kendisine yönelik kasten yaralama ve tehdit eylemi nedeniyle, bu telefon görüşmesini rıza olmaksızın kayda alarak bilahare CD'ye aktararak boşanma davasına delil olarak sunması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, 5237 sayılı TCK'nın 134/1-2 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal ve TCK'nın 132/3 maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına dair hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir"; Yargıtay 12. CD, 13117/14791, 12.6.2012, "... kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelik, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntülerini dinleme, izleme ya da kaydetme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, esasen bu hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği anlaşılmakla ... yapılan yargılama sonucunda, sanığın kastının bulunmaması nedeniyle atılı suçların yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan ... hükümlerin isteme uygun olarak onanmasına ... karar verildi".

⁴³⁵ Kişinin telefonlarının hukuka aykırı olarak adli tedbir uygulanarak gizlice dinlenmesine veya mesajların kopyalanmasına, cezaevindeki görüşmelerde yapılan konuşmaların dinlenmesine ilişkin bkz. *Klass ve diğerleri v. Almanya*, 5029/71, 1978; *Malone v. Birleşik Krallık*, 8691/79, 1984; *Kruslin v. Fransa*, 11801/85, 1990; *Kvasnica v. Slovakya*, 72094/01, 2009; *A. v. Fransa*, 14838/89, 1993; *Van Vondel v. Hollanda*, 38258/03, 2007; *Copland v. Birleşik Krallık*, 62617/00, 2007; *Amann v. İsviçre*, 27798/95, 2000; *P.G. & J.H. v. Birleşik Krallık*, 44787/98, 2001.

hukuka aykırı olarak dinlenmemesini (ya da haberleşme araç ve yöntemine göre görüntülenmemesini, okunmamasını) veya kayda alınmamasını ifade eder. Örneğin kişinin sosyal medya hesabında doğrudan mesajlaştığı kişinin, rızası olmaksızın konuşmanın ekran kaydını alması ve başkaları ile paylaşması; kişinin işyerinde kullandığı kişisel e-mail hesabında yaptığı yazışmaların işveren tarafından izlenmesi ve denetlenmesi; kişiye cezaevinde gönderilen mektupların idare tarafından denetlenmesi ve sansürlenmesi; cezaevinde tutuklu veya hükümlülerin görüşme günlerinde yaptığı görüşmelerin dinlenmesi; idari kolluğun şüpheli olarak gördüğü birinin telefonda konuştuğu veya mesajlaştığı kişi ile olan iletişimini kayıt altına alması özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.

Çalışmanın önemi bakımından önem arz eden ihlal türü, gizli izleme, dinleme veya görüntüleme yapılmasıdır. Haberleşmenin gizli olarak izlenmesinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmemesi için, AİHM ve Yargıtayın vermiş oldukları kararlardan okunabileceği üzere, temel olarak iki sebebin varlığı aranır: (i) izlemenin yasal olarak düzenlenmiş olması⁴³⁶ ve bu yasal düzenlemenin izlemenin kapsamını ve sınırlarını açıklıkla çizmesi⁴³⁷ ve (ii) izleme kararını verecek organın bağımsızlığı ve izleme kararının güvenceli bir yargısal denetime sahip olması⁴³⁸. Bu iki şarta

⁴³⁶ Gümüş, s. 190, 191; *Taylor & Sabori v. Birleşik Krallık*, 47114/99, 2002 kararında, hiçbir yasal düzenleme olmamasına rağmen polisin kişinin çağrı cihazını kopyalaması; *P.G. & J.H. v. Birleşik Krallık*, 44787/98, 2001 kararında ise yine hiçbir yasal düzenleme olmamasına rağmen gözaltına alınan kişilerin bulunduğu yerde konuşmalarının kayıt altına alınması özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.

⁴³⁷ *Wisse v. Fransa*, 71611/01, 2005 kararında, cezaevindeki mahkumun görüşme günlerinde yaptığı görüşmelerin kaydedilmesi hususunun; *Vetter v. Fransa*, 59842/00, 2005 kararında şüphelinin sürekli olarak uğradığı dairenin içine yerleştirilen cihazla yapılan dinlemenin; *Kruslin v. Fransa*, 11801/85, 1990 kararında ise hakim tarafından dinleme kararı bakımından hakime tanınan takdir yetkisinin düzenlendiği yasal düzenlemenin, izlemenin kapsam ve sınırlarını açıklıkla çizmemesi nedeniyle özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda benzer sınırların üzerinde durmuştur. “Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı CMKNun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır”. Yargıtay 9. CD, 874/7160, 4.6.2008.

⁴³⁸ *Prado Bugallo v. İspanya*, 58496/00, 2003; *Dumitru Popescu v. Romanya*, 71525/01, 2000 kararında da belirtildiği üzere, gizli izleme yapılabilecek suçlar sınırlı sayıda belirli olmalı, gizli izleme sınırlı bir süreyle yapılabilmesi, izleme sonucunda toplanan bilgilerin saklanması, incelenmesi ve kullanılmasına ilişkin de ölçülü güvenceler getirilmelidir.

aykırı bir gizli izleme yapılması hâlinde özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu kriterler devlet tarafından yapılacak gizli izlemeye karşı getirilmiştir; nitekim özel hukuk kişilerinin aralarındaki hukuki ilişkilerde gizli izleme yapılması yasaktır.

2.2.2.10. Kişisel veriler

Son olarak, kişisel veriler de özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan unsurlardan biridir.⁴³⁹ Bilişim toplumunda meydana gelen gelişmelerin, devletin ve özel hukuk kişilerinin kişisel verileri elde etmeyi nasıl kolaylaştırdığının ve bunun bireyi nasıl bir teknolojik kuşatılmışlık altına aldığının üzerinde daha önce durulduğu üzere; Endüstri 4.0, *Big Data*, sosyal medya uygulamaları, yapay zeka ve robot teknolojileri gibi ilerlemeler, bir yandan ekonomik anlamda orta sınıf işgücünü yıpratarak sosyal adaletsizliği derinleştirirken, bir yandan da hukuku ve özellikle çalışma hayatını değiştirmekte, dönüştürmektedir.⁴⁴⁰ Bu değişim ve dönüşüm, kişisel verilerin daha önce görülmemiş oranda hızlı ve kapsamlı olarak toplanması, depolanması ve kullanılmasına olanak sağlamakta, toplanan veriler kesintisiz bir biçimde birçok algoritma ile işlenmektedir.⁴⁴¹

Bu durum da bireylerin, devletler ve büyük şirketler tarafından toplanan ve işlenen bilgilerine yönelik hukuki bir koruma sağlanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Böylece bahsi geçen bu güncel gelişmeler, kişisel verilerin korunması için hukuki bir zemin arayışını başlatmış, neticede bu zemin kendisini özel yaşamın gizliliği hakkında bulmuştur. Gerçekten de, dünya genelinde kişisel verilerin

⁴³⁹ Gürsel, İlke, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 18-26; Beytar, Erbil, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 50; Küzeci, s. 73-88; Harris/ O'Boyle/ Bates/ Buckley, s. 374, 375; Roagna, s. 14, 32; Gümüş, s. 179-189; Aktaş, s. 73 vd.

⁴⁴⁰ Fanti, Sébastien, "Protection des données informatiques", *La protection des données dans les relations de travail*, ed. Jean-Philippe Dunand/ Pascal Mahon, Schulthess Editions romandes, 2017, s. 231.

⁴⁴¹ *Big Data* ve kişisel verilerin bu yöntemle işlenmesine ilişkin bkz. Çekin, s. 360 vd.

korunmasına yönelik iç hukuk kurallarının çok çeşitli biçimlerde kabul edildiği görülebilir.⁴⁴²

Hukuki temeline bakılacak olursa, her ne kadar AİHS md. 8’de açıkça düzenlenmemiş olsa da, AİHM’in verdiği kararlardan⁴⁴³ da anlaşılacağı üzere kişisel verilerin korunması, özel yaşamın gizliliği hakkının içerisinde inceleme alanı bulabilecek niteliktedir. AYM de kişisel verilerin AY md. 20’de özel yaşamın gizliliği hakkının bir uzantısı olarak açıkça yer alması sebebiyle, doğrudan bu hakkın kapsamında inceleme yapabilmektedir.⁴⁴⁴ Kişisel verilerin bir başka kurala bağlanmış biçimi olan Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi md. 8’de⁴⁴⁵ ise, kişisel veriler açıkça bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylece AY md. 20’de yer aldığı gibi özel yaşamın gizliliği hakkının bir uzantısı olarak değil, kendi başına bağımsız bir hak niteliği kazanmıştır. Bu nedenle ABAD’ın verdiği kararlar, özel yaşamın gizliliği hakkının incelenmesini gerektirmemiş, uyumsuzlukların sadece kişisel veri hukukuna göre çözümlenebilmesi mümkün olmuştur.⁴⁴⁶

Bununla birlikte, birçok ortak noktada kesişmeler de, kişisel verilerin korunması hukuku, özel yaşamın gizliliği hukukundan ayrılarak güncel ve bağımsız

⁴⁴² Örneğin Avrupa’da Belarus dışında her ülkenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin iç hukuk düzenlemeleri yer almakta, hatta uluslararası normlar getirilmekte; Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, ABD gibi ülkeler kendilerine özgü koruma kuralları kabul etmekte; Japonya, Singapur Hong Kong ve Güney Kore gibi Asya ülkeleri de güncel hukuki gelişmelerle kişisel verilerin korunmasını sağlamaktadır. Fanti, s. 231, 232.

⁴⁴³ *Rotaru v. Romanya*, 28341/95, 2000; *S. & Marper v. Birleşik Krallık*, 30562/04, 30566/04, 2008; *Murray v. Birleşik Krallık*, 14310/88, 1993; *Leander v. İsveç*, 9248/81, 1987; *Chave née Jullien v. Fransa*, 14461/88, 1991; *Amann v. İsviçre*, 27798/95, 2000; *Peck v. Birleşik Krallık*, 44647/98, 2003; *Wisse v. Fransa*, 71611/01, 2005.

⁴⁴⁴ AYM *Fatih Saraman Başvurusu*, 2014/7256, 27/2/2019; *Nurcan Belin Başvurusu*, 2014/14187, 10/1/2018.

⁴⁴⁵ ABTHB md. 8 de KVKK ve GDPR’a benzer biçimde şu hükümleri içermektedir: “1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir. 3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir”.

⁴⁴⁶ Lachmayer, s. 84 vd.; Mostert, Menno/ Bredenoord, Annelien L./ van der Sloot, Bart/ van Delden, Johannes J. M., “From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research”, *European Journal of Health Law*, Vol. 25, Iss. 1, 2017, s. 43 vd.

bir çalışma alanı oluşturmuştur.⁴⁴⁷ Bu nedenle çalışmanın sınırlılığı bakımından kişisel veriler, özel yaşamın gizliliği hakkı ile kesiştiği hususlar bakımından ele alınacaktır.

Öncelikle kişisel verilerin korunması, özel yaşamın gizliliği hakkını açıklayan teorilerden kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti ve birey özerkliği ile doğrudan ilişkilidir. Nitekim kişisel veri hukukunun temelini oluşturan Moore, Westin ve Fried'in kavramlaştırması da kişinin kendisine dair veriler üzerinde; bu verilerin toplanması, depolanması, kullanılması ve silinmesine ilişkin hakimiyetine dayanır.⁴⁴⁸ Öyleyse kişisel veri hukuku, temel olarak kişinin kendisine ait verilerin devlet veya özel hukuk kişilerince işlenmesine yönelik bir koruma sağlar.⁴⁴⁹ Kişisel verilerin işlenmesi ise, KVKK md. 3/1,e uyarınca, “Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade eder.

Diğer unsurların ele alınış biçimine paralel olarak, kişisel verilerin korunmasının da özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında ne ifade ettiği üzerinde durulmalıdır. KVKK md. 3, GDPR md. 4/1 ve 95/46/EC sayılı Direktif md 2/a, paralel düzenlemelerle kişisel verileri “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamış ve kişisel verilerin korunması hakkının kişisel verileri işlenen gerçek kişilere ait olduğu öngörülmüştür. Bundan anlaşılabileceği üzere kişisel veriler, (i) yalnızca gerçek kişilere ait olabilir ve (ii) kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgidir; özel yaşamın gizliliği hakkı bakımından da bu anlamda korunur.

⁴⁴⁷ Kişisel veriler ile özel yaşamın gizliliği hakkı arasındaki ilişki için bkz. Mostert/ Bredenoord/ van der Sloot/ van Delden, s. 47-50; Forde, Aidan, “The Conceptual Relationship between Privacy and Data Protection”, Cambridge Law Review, No. 135, Iss. 1, 2016, s. 135-149; Tezcan, Durmuş, “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2017, s. 16-25.

⁴⁴⁸ Moore, Defining Privacy, s. 412; Bruyer, s. 564; Fried, s. 482.

⁴⁴⁹ Küzeci, s. 320-327.

İlk olarak, kişisel verilerin yalnızca gerçek kişilere ait olması, tüzel kişilerin ve kişi gruplarının bu hakkın koruması dışında bırakıldığını gösterir ve bu durum, kişisel verilerin korunmasının bir insan hakkı olduğu görüşü ile uyumludur. Nitekim kişisel verilerin korunması hususu, bir insan hakkı sorunsalı olarak ortaya çıkmış ve esasen bireyleri tüzel kişilere ve devlete karşı korumayı amaçlamıştır.⁴⁵⁰ Ancak hukuk düzenimizde gerçek kişiler ve tüzel kişiler arasında hak ve ehliyetler bakımından yapılan ayrımlar göz önünde bulundurulduğunda, tüzel kişilerin bu korumanın kapsamı dışında tutulmuş olması eleştirilebilir.⁴⁵¹ Nitekim ABAD'ın vermiş olduğu bazı kararlar da bu kanıyı pekiştirmektedir.⁴⁵² Ayrıca, kişi gruplarının bu korumadan yararlanamaması da, yukarıda bahsi geçen *data profiling* (fişleme) yapılmasına karşı koruma alanını zayıflatması nedeniyle eleştirilebilir.⁴⁵³ Zira örneğin aynı mahallede veya semtte yaşayanların ya da aynı tüketim alışkanlıklarına sahip bireylerin hangi partiye oy verdiği, hangi dinî veya siyasi görüşlere sahip olduğu, cinsel yönelimleri gibi birçok veri devlet tarafından toplanmakta, bu kişiler ise grup olarak koruma altına alınmamaktadır.

İkinci olarak, kişisel veri, sahibinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgidir. Dikkat edileceği üzere, kişisel verilerin niteliğine ilişkin de iki alt

⁴⁵⁰ Küzeci, s. 325, 326; Örneğin 95/46/EC sayılı Direktif'te ve bu Direktif'in hazırlığı ile görevli Madde 29 Çalışma Grubunun raporlarında da dile getirildiği üzere, kişisel veri kavramının bireyi esas aldığı kabul edilmiştir. Gürsel, s. 111, 112.

⁴⁵¹ Örneğin İsviçre Veri Koruma Kanunu md. 3 (b) hükmünde ve İtalya, Avusturya, Lüksemburg gibi devletlerin 95/46/EC sayılı Direktif'e göre çıkardıkları veri koruma kanunlarında kişisel verilerin korunması hakkının gerçek veya tüzel kişilere ait olduğu hüküm altına alınmıştır. Gürsel, s. 113; Yücedağ, Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 2, 2017, s. 766; Dülger, Murat Volkan, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", İstanbul İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5, S. 1, Bahar 2018, s. 73; Nitekim AYM de önüne gelen bir soyut norm denetimi talebinde AY md. 20'de lafzı geçen "herkes" ifadesinin tüzel kişileri de kapsadığı yönünde karar vermiş, kişisel verilerin korunmasına ilişkin taleplerin tüzel kişilerce de AY md. 20 yoluyla ileri sürülebileceği sonucuna varmıştır. AYM 84/183, 4/12/2014.

⁴⁵² ABAD, önüne gelen bazı davalarda tüzel kişiliğin resmî unvanının gerçek kişi isminden oluşması hâlinde, bir kişinin yürüttüğü kurumsal e-posta veya sosyal medya hesaplarında ya da tüzel kişiliğin sahip olduğu küçük işletmelerin işletmeci gerçek kişinin davranışından bağımsız kurumsal bir yapısının olmaması hâlinde, tüzel kişilerin de gerçek kişiler vasıtasıyla kişisel verilerinin korunmasını talep edebileceğini karara bağlamıştır. CJEU, Joined Cases C-92/09 & C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR ve Hartmut Eifert v. Land Hessen*, 09.11.2010.

⁴⁵³ Küzeci, s. 323-325.

unsur bulunmaktadır: (a) sahibinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılma, (b) her türlü bilginin kişisel veri olabilmesi.

Kişisel verilerin veri öznesi gerçek kişinin kimliğini belirli kılması, o kişinin kimliğinin açık ve doğrudan tespit edilebilmesini sağlamasıdır. Örneğin ad, soyad, görüntü, adres, doğum tarihi, vatandaşlık numarası, biyometrik veriler, veri öznesinin kimliğini doğrudan doğruya tespit edebilmeye yarayan türden bilgilerdir. Bununla birlikte, kişisel verinin ait olduğu kişinin kimliğini belirlenebilir bir hâle getirmesi de yeterlidir.⁴⁵⁴ Örneğin doğrudan doğruya kişinin kim olduğunu ortaya koymamakla birlikte, “X şehrinde X mahallesinde oturan, X üniversitesinde X alanında doktora eğitimi gören, X günlerinde X saatleri arasında X toplu taşıma aracını kullanan kişi” bilgisi, veri öznesinin kim olduğuna güçlü bir biçimde işaret eden bir bilgi olduğundan, kişisel veri sayılır.

Kişisel verilerin her türlü bilgi olabilmesi de, söz konusu bilginin veri öznesi ile arasında bir bağ bulunmasını ifade eder. Aynı zamanda bu bilgi yazılı ve kayıt altına alınmış olması ya da elektronik ortamda bulunması gibi şartlar da bulunmamaktadır.⁴⁵⁵ Nitekim KVKK ya da ilgili uluslararası düzenlemeler de kişisel verilerin ne tür bilgiler olduğunu *numerus klausus* bir biçimde saymamış; sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere göre hangi bilgilerin kişisel veri olduğuna ilişkin dinamik bir yorum yapılabilmesini mümkün kılmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik güncel gelişmeler, artık veri öznesinin unutulma hakkının (*le droit à l’oubli*) da kabulünü gerektirmiştir. Zira internete konulmuş olan herhangi bir içeriğin takibi veya ortadan kaldırılması neredeyse mümkün değildir. Anında ve sayıca belirsiz kişiye ulaşabilen bir içerik Google gibi arama motorları sayesinde kullanıcılara kolayca ulaşabilir. İnternet gerçekten de “unutmaz”.⁴⁵⁶ Bu durum da, internetin kamusal bir alan olarak sağladığı ifade ve

⁴⁵⁴ Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 88, 89; Gürsel, s. 113, 114.

⁴⁵⁵ Handbook on European Data Protection, s. 41 vd.; Küzeci, s. 323; Gürsel, s. 114, 115.

⁴⁵⁶ Løkke, s. 45, 46.

basın özgürlüğü ile içeriğin ilişkili olduğu kişinin özel yaşamı arasında çetin bir çatışma doğurabilir.

Bu hususta ABAD'ın vermiş olduğu *Google Spain v. AEPD* kararında⁴⁵⁷, 95/46/EC sayılı Direktif'i hak temelli, geniş ve amaca uygun yorumlaması ile⁴⁵⁸ gündeme gelen unutulma hakkı, kişinin özellikler internet üzerinde yer alan kişisel verilerinin, her ne kadar hukuka uygun olarak toplanmış ve işlenmiş olsa da, yine ilgili kişinin talebi doğrultusunda ortadan kaldırılabilmesi anlamına gelir. Nitekim bu da özel yaşamın gizliliği hakkını açıklayan birey özerkliği ve kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyetine dayanır.⁴⁵⁹ Neticede unutulma hakkı, özellikle dijital ortamda kişinin kendisine dair kişisel verilere üçüncü kişilerce erişimin sona ermesi, üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediği kişisel verilerinin silinmesi ve bir daha hatırlanmaması talebidir.⁴⁶⁰ Bu talebin yerine getirilmesi için bu verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması, sadece dijital ortamda (örneğin internet üzerinde) bulunması ya da kişinin geçmişine dair olumsuz ve zarar tehlikesi taşıyan

⁴⁵⁷ *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12, 13/05/2014.

⁴⁵⁸ Lachmayer, s. 85.

⁴⁵⁹ Unutulma hakkının ortaya çıkmasına ilişkin üç temel teorinin ileri sürüldüğü görülebilir: (i) kişisel verilerin belirli bir süre geçtikten sonra silinmesi gerektiği görüşü, (ii) kişiye dair eski ve artık güncelliğini yitirmiş olumsuz bilgilerin artık tekrar ortaya çıkmaması gerektiğini ifade eden “beyaz sayfa” görüşü, (iii) kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı gereği kendisini serbestçe ifade etme özgürlüğünün olduğunu, bu nedenle de geçmişte yapmış olduğu ancak şu an benimsemediği veya başkaları tarafından bilinmesini istemediği eylemlerinin ortadan kaldırılması gerektiğini savunan görüş. Önok, Murat, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında ‘Unutulma Hakkı’ ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2017, s. 160.

⁴⁶⁰ Önok, s. 165.

bir niteliği olması gerekmez.⁴⁶¹ Bu bağlamda, AYM⁴⁶² ve Yargıtay⁴⁶³ da özellikle AY md. 5, 17, ve 20'ye dayanarak vermiş oldukları kararlarda kişinin unutulma hakkının kişisel verilerin korunması hakkının bir uzantısı olduğunu kabul etmektedir; ancak kimi kararlarda söz konusu verinin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması veya kişinin geçmişine dair olumsuz ve zarar tehlikesi taşıyan bir niteliği olması şartlarını aramaktadır.

⁴⁶¹ Önok, s. 166; Aksi yönde görüş için bkz. Løkke, s. 46, 47.

⁴⁶² AYM *N.B.B. Başvurusu*, 2013/5653, 3/3/2016, "devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkan tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeye unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır"; Aksi yönde, söz konusu kişisel verilerin hukuka uygun olarak toplandığı, hâla haber niteliği taşıdığı ve somut olayda ifade ve basın özgürlüğü ile olan çatışmada unutulma hakkının üstün gelemediği başvurular için bkz. *Gözde Yiğit Başvurusu*, 2014/16026, 5/10/2017; *Fahri Göncü Başvurusu*, 2014/17943, 5/10/2017, "Unutulma hakkının İnternet gazete arşivlerindeki her türlü haber yönünden uygulanmasını beklemek mümkün değildir. Nitekim özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğu açıktır. Bu durumda bir İnternet haberinin unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmektedir. ... arşivde arama yapmaya imkan tanıyan haber ile kişi arasında ilişki kuran kişisel verilerin silinmesi, haberin anonim hale getirilmesi, haber içeriğinin bir kısmına erişimin engellenmesi gibi birçok yöntem benimsenebilir. Bu bağlamda yargının görevinin, İnternet ortamının sağladığı kolaylıkla zamanla kişilerin itibarına yönelik müdahale oluşturan haberleri tamamen ortadan kaldırarak geçmişte meydana gelmiş olayların yeniden yazılmasını sağlamak olmadığı dikkate alınmalıdır. İnternet haber arşivinin bir bütün olarak basın özgürlüğünün korunması altında olduğu unutulmamalıdır".

⁴⁶³ Yargıtay HGK, 4-56/1679, 17.6.2015, "Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır. Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutulması geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir. Kaldı ki, davacı da yargılama sırasında verdiği dilekçelerinde bu istem üzerinde ısrarla durmuştur. Davacı unutulma hakkı ile özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini, aradan geçen süre nedeniyle toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde; 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. O halde davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği dikkate alındığında davacı lehine manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur"; Yargıtay 19. CD, 7735/13080, 10.12.2018.

Sonuç olarak örneğin kişinin adı, soyadı, görüntüsü⁴⁶⁴, sesi, yerleşim yeri bilgisi, parmak izi⁴⁶⁵, göz retinası bilgisi, biyometrik yüz bilgisi, DNA gibi genetik bilgileri⁴⁶⁶, istihbarat bilgileri⁴⁶⁷, sağlık kayıtları⁴⁶⁸, seyahat kayıtları⁴⁶⁹, cinsel yönelim bilgisi, seks işçisi olma durumu⁴⁷⁰, disiplin veya idari para cezaları cezaları ya da mahkumiyete ilişkin kayıtlar⁴⁷¹, mesleki sicil kayıtları⁴⁷², dernek veya sendika üyeliği, tüketim bilgileri⁴⁷³, saç kökü, doku örneği, araç plakası, bir ankete verdiği cevaplar, telefon görüşme kayıtları⁴⁷⁴, HIV+ olma durumu⁴⁷⁵ gibi her türlü bilgi kişisel veriler kapsamında ele alınır ve bu verilerin hukuka aykırı işlenmesine karşı korunur.⁴⁷⁶

⁴⁶⁴ *S. & Marper v. Birleşik Krallık*, 30562/04, 2008; *Peck v. Birleşik Krallık*, 44647/98, 2003.

⁴⁶⁵ *M. K. v. Fransa*, 19522/09, 2013; *S. & Marper v. Birleşik Krallık*, 30562/04, 2008.

⁴⁶⁶ *S. & Marper v. Birleşik Krallık*, 30562/04, 2008; Aksi yönde bkz. *Peruzzo & Martens v. Almanya*, 57900/12, 2013; *Friedl v. Avusturya*, 15225/89, 1995.

⁴⁶⁷ *Rotaru v. Romanya*, 38341/95, 2000; *Haralambie v. Romanya*, 21737/03, 2009; *Turek v. Slovakya*, 57986/00, 2006.

⁴⁶⁸ *Leander v. İsveç*, 9248/81, 1987; *Chave née Jullien v. Fransa*, 14461/88, 1991.

⁴⁶⁹ *Shimovolos v. Rusya*, 30194/09, 2011.

⁴⁷⁰ *Khelili v. İsviçre*, 16188/07, 2011.

⁴⁷¹ *AYM Fatih Saraman Başvurusu*, 2014/7256, 27/2/2019; *Brunet v. Fransa*, 21010/10, 2014; *E. B. ve diğerleri v. Avusturya*, 31913/07, 2013.

⁴⁷² *AYM Nurcan Belin Başvurusu*, 2014/14187, 10/1/2018.

⁴⁷³ *X v. Belçika*, 4276/69.

⁴⁷⁴ *Amann v. İsviçre*, 27798/95, 2000.

⁴⁷⁵ *I.B. v. Yunanistan*, 552/10, 2013; *Z. v. Finlandiya*, 22009/93, 1997; HIV+ olma durumu ile AIDS hastalığına sahip olma durumu farklı sağlık durumlarıdır. Nitekim HIV+ bireylerin PreP ve muadili ilaçları kullandıkları sürece HIV- bireylerden farklı bir yaşam sürmedikleri, hayatlarına sağlıklı herhangi biri gibi devam ettikleri bilimsel gerçekliktir. Türkiye’de HIV+ bireylerin hak mücadelesine ilişkin bkz. AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar, Türkiye’de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Pozitif Yaşam Derneği Yayınları, İstanbul, 2008; <https://www.kirmizikurdele.org/prep>, S.E.T. 16.05.2019.

⁴⁷⁶ Küzeci, s. 320-324; Korkmaz, s. 101; Yargıtay CGK, 12-1510/331, 17.06.2014, “ Bununla birlikte gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. TCK’nun 136. maddesinde tıpkı 135. maddesinde olduğu gibi korunan hukuki değer genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel verilerdir. Bu düzenlemeler ile tüm kişisel veriler koruma altına alındığından kişisel verilerin mutlaka gizli olması zorunlu değildir. Gizli olmayan ve herkes tarafından bilinen kişisel veriler de hukuka aykırı eylemlere karşı korunmalıdır. Zira kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda korunan hukuki değer ‘sır’ olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır”.

Yukarıda örneklenmiş kişisel verilerden bazıları, KVKK (ve bahsi geçen diğer uluslararası düzenlemeler) anlamında özel nitelikli (hassas) veri olarak nitelendirilmektedir. KVKK md. 6 uyarınca, “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır”.⁴⁷⁷ Buna göre sayılı unsurların işlenebilmesi için, Ancak “birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir”.

⁴⁷⁷ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, s. 249-261; Yücedağ, s. 772 vd.; Özdemir, Hayrünnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 127 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ HAKKININ İHLALİ VE BUNA BAĞLANAN HÜKÜM VE SONUÇLAR

1. İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASINDA

İş ilişkisinin kurulması, özellikle kurumsal nitelik kazanmış tüzel kişi işverenler bakımından, örneğin insan kaynakları departmanlarının aday işçileri işe almadan önce tabi tuttıkları bir seçim süreci ile başlar.⁴⁷⁸ Bu seçim süreci, iş ilanından başlayarak başvuru formu, işçi ile görüşme ve işçiye yapılacak teklif gibi adımlar içerir⁴⁷⁹ ve genellikle işçi ile yapılacak sözlü bir mülakat, işçi hakkında üçüncü kişilerden bilgi edinme ve işçiye uygulanacak birtakım testlerden oluşur.⁴⁸⁰ Bu tür bir süreç, işçilerin genellikle yükseltme veya iç transfer gibi iç kaynaklardan değil, internet ilanları, doğrudan başvurular, özel istihdam büroları, Türk İş Kurumu aracılığı gibi dış kaynaklardan işçi istihdam etmeyi tercih etmesi hâlinde gündeme gelir.⁴⁸¹ Nitekim iş sözleşmesinin özelliklerinden bir tanesi de kişisel bir ilişki kurması, yani bu sözleşme türün *intuitu personae* nitelikte olmasıdır.⁴⁸² Bu nedenle işverenin işe alım esnasında işçiye dair kişisel bilgiler edinmesi, iş sözleşmesinin temelinde yer alan güven ilişkisinin bir gereğidir.⁴⁸³

Bununla birlikte, işverenin işe alımda uygulayacağı yöntemler, işçinin özel yaşamının gizliliği hakkı ile çatışabilir; nitekim bu yöntemler işçinin kişiliğine

⁴⁷⁸ Demirkol, Şehnaz/ Ertuğral, Suna Mungan, “İşletmelerde Personel Seçiminde Kullanılan Teknikler ve Analizler”, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 2, 2007, s. 29-32.

⁴⁷⁹ Christie, Irene/ Anand, Gita, “Canadian Legal Regulation of Disclosure of Information About Employees or Prospective Employees to Employers or Prospective Employers”, Comparative Labour Law and Policy Journal, Vol. 21, Iss. 4, 2000, s. 684.

⁴⁸⁰ Süzek, s. 306, 307; Auzero/ Dockès, s. 163-166; Gürsel, s. 289-351; Küzeci, s. 386-392; Çetin, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 188-2013; Ünal, Canan, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, ed. Tankut Centel, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, Beytar, s. 162-184.

⁴⁸¹ Demirkol/ Ertuğral, s. 27.

⁴⁸² Miné/ Marchand, s. 127, 128; Gaudu, François/ Vatinet, Raymond, Les contrats du travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, s. 71.

⁴⁸³ Süzek, s. 240; Senyen-Kaplan, s. 63.

ilişkin birtakım unsurların ortaya çıkarılması ve kullanılması amacını taşır. Öte yandan işçi, iş ilişkisinde “zayıf taraf” konumundadır. Bu nedenle işçinin işverene olan ekonomik ve kişisel bağımlılığı, onu işe alım sürecinde sorulacak sorular veya uygulanacak testler bakımından güçlü olduğu yönleri ön plana çıkarmaya, işe alım kriterleri bakımından yetersiz olduğu yönlerini ise gizlemeye yönlendirir⁴⁸⁴. Bu çatışmanın hukuka uygun bir biçimde çözümlenebilmesi için, söz konusu yöntemlerin uygulanabilmesinin belli sınırları bulunmalı, özel yaşamın gizliliği hakkı işverenin hukuka aykırı müdahalelerine karşı korunmalıdır.

Buna göre öncelikle tarafların iş sözleşmesinin kurulması aşamasında (*la relation précontractuelle*) hangi hukuki ilişki biçiminde olduklarının tespiti gerekir. Yapılan görüşmeler ve bu kapsamda sorulacak sorular, yapılacak testler veya üçüncü kişilerden bilgi edinmenin hukuki temeli, sözleşmeler hukuku bakımından *culpa in contrahendo* ilkesine dayanır. Dolayısıyla, taraflar henüz iş sözleşmesini akdetmemiş olsalar da, sözleşme ilişkisinin başlangıcını ifade eden görüşmeler esnasında, aralarındaki sosyal temastan kaynaklanan bağımsız bir

⁴⁸⁴ Süzek, s. 306; Gürsel, s. 290; Yürekli, Sabahattin, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 552.

sözleşmeden⁴⁸⁵ doğan birtakım borçlara sahiptir.⁴⁸⁶ İşçi ve işveren, sözleşmeyi akdedecekleri kanısıyla birbirlerine güvenir; bu nedenle de aydınlatma, özen gösterme, sadakat ve koruma yan yükümlülükleri altındadır.⁴⁸⁷ Nitekim sözleşme benzeri bağımsız bir hukuki ilişki içindeyken tarafların sahip olduğu bu yan yükümlülükler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin genel sınırı olan⁴⁸⁸ ve TMK md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından kaynağını alır.⁴⁸⁹

Sonuç olarak, iş ilişkisinin kurulması esnasında ortaya çıkan bu bağımsız borç ilişkisine göre, işveren ve işçi arasında aralarındaki belli koruma ve davranış yükümlülükleri doğar.⁴⁹⁰ Bu yükümlülükler ise iş ilişkisinin kurulmasında aday işçiye sorulabilecek sorulara, uygulanabilecek testlere ve üçüncü kişilerden elde edilebilecek bilgilere ilişkin sınırlar ve bu sınırlara uyulmaması hâlinde doğacak hüküm ve sonuçlar doğurur.

⁴⁸⁵ Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007, s. 92; Durak, Yasemin, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2017, s. 270 vd.

⁴⁸⁶ Yargıtay HGK, /13-593/623, 1.12.2010, “Zira sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan her biri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir. ... ‘İşlemsel değinme (temas)’ kuramına göre; bir kimsenin, sözleşmenin görüşülmesine başlamadan önce de, ‘işlemsel ilişkiler hazırlığına girişmesi’ durumunda güven ilişkisinden, tarafların birbirlerinin kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolunda davranış yükümleri doğacağı kabul edilmektedir. İşlemsel ilişkiler hazırlığına girişme, bu hazırlık henüz gerçek bir ‘sözleşmenin görüşülmesi’ aşamasına varmamış olsa bile gerçekleşebilir. ... Çünkü sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun sözleşme veya haksız fiil hükümlerine dayandırılması, zamanaşımı, ispat yükünün dağılımı ve yardımcı kişilerin sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. Zira sözleşme sorumluluğunda, kanunda aksine bir hüküm yoksa zamanaşımı süresi 10 yıldır (BK. m. 125). Davacı kusuru ispatlamakla yükümlü değildir (BK. m. 96) ve yardımcı kişilerden dolayı sorumlulukta, adam çalıştıran kurtuluş delili getirme imkanından mahrumdur (BK. m. 100). Haksız fiil sorumluluğunda ise, zamanaşımı süresi 1 yıldır (BK. m. 60) davacı, davalının kusurlu olduğunu ispatlamak zorundadır (BK. m. 42) ve yardımcı kişilerden dolayı sorumlulukta adam çalıştıran kurtuluş delili getirebilme imkanına sahiptir”.

⁴⁸⁷ Süzek, s. 306; Yürekli, s. 545, 546; Uncular, s. 189; Aksi yönde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler bakımından doğan yükümlülüğün haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi görüşü için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 89 vd.; Güven sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile olan ilişkisine ilişkin bkz. Durak, s. 259 vd.

⁴⁸⁸ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 187.

⁴⁸⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31.

⁴⁹⁰ Süzek, s. 306; Yürekli, s. 550.

Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, söz konusu bilgiler iş ilişkisinin kurulmasında toplanabileceği gibi, iş sözleşmesi akdedildikten sonra, yani iş ilişkisinin devamı süresince de toplanabilir. Böyle bir durumda uygulanacak genel ve özel sınırlar ile tarafların aydınlatma, özen gösterme, sadakat ve koruma borçları (yan yükümlülükleri) aynıdır. Aradaki tek fark, artık iş sözleşmesi kurulmadan önceki *culpa in contrahendo* sorumluluğundan değil, iş sözleşmesinden doğan borçlardan bahsedilecek olmasıdır.

1.1. Aday İşçiye Soru Sorulması

İşveren, işe alımlarda aday işçilerin sahip oldukları yetenekleri ve kişisel özelliklerini öğrenmek ve bunların görülecek işin niteliğine uygun olup olmadığını değerlendirmek ister. Bu nedenle işçiye işe alım sürecinde sözlü ya da yazılı olarak birtakım sorular yönelterek bu sorulara verilecek cevaplara göre iş sözleşmesini akdetmeye karar verebilir. Bununla birlikte, işverenin işçiye yönelteceği soruların genel sınırını TMK md. 2’de yerini bulan dürüstlük kuralı çizer⁴⁹¹.

Söz konusu genel sınır, işçiye yöneltilebilecek soruların görülecek işin niteliği ile doğrudan bir bağlantısı olması ve işçinin iş görme yeterliliğini ölçecek nitelikte olması anlamına gelir.⁴⁹² Örneğin Fransız iş hukukunda *Code du Travail* md. L. 1221-5 de ve Belçika iş hukukunda 38 no’lu Toplu İş Sözleşmesi

⁴⁹¹ Süzek, s. 306; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 151; Uncular, s. 191; Manav, Eda, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, S. 2, 2015, s. 114; Aydınli, İbrahim, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2005, s. 29.

⁴⁹² Miné/ Marchand, s. 148; Auzero/ Dockès, s. 165; Gaudu/ Vatinet, s. 70, 71; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30, 31; Süzek, s. 307; Uncular, s. 191; Aydınli, s. 29; Beytar, s. 164; Lyon-Caen, Gérard, Les libertés publiques et l’emploi, Rapport au ministre du Travail et de l’Emploi et de la Formation professionnelle, La documentation française, 1992, s. 61.

(*Collective Bargaining Agreement, CBA*) md. 11’de⁴⁹³ işçiye yöneltilecek soruların bu iki özelliği taşıması gerektiğini, işçinin sadece bu tür sorulara dürüstlük kuralına uygun biçimde cevap verme yükümlülüğünün olduğunu düzenlemektedir. Bir başka örnek ise Kanada Ontario İnsan Hakları Kurumunun hazırlamış olduğu, işe alımda sorulamayacak dokuz bilgi türünün yer aldığı çizelgedir. Bu çizelge de, kural olarak aday işçiden elde edilmek istenen bilginin görülecek iş ile doğrudan bağlantılı olması ve herhangi bir ayrımcılık temeli yaratmaması gerektiğini kurala bağlamaktadır.⁴⁹⁴

İşçi, *culpa in contrahendo* hâlinde bir yan yükümlülük olarak sadakat borcu altında olduğundan, kendisine yöneltilen sorular hukuka uygunsa doğru bir biçimde yanıtlamalı, hatta sözleşmenin kurulmasını imkansız hâle getirecek ya da sözleşmenin esaslı bir unsuru teşkil edecek bir bilgiyi, dürüstlük kuralı çerçevesinde kendiliğinden işverene sunmalıdır.⁴⁹⁵ Aksi hâlde işverenin İK md. 25/2 (a) uyarınca “iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı hâlde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” sebebine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshi mümkün olacaktır.

İşçinin işin niteliği ile doğrudan bir bağlantısı bulunmayan sorulara ise cevap vermesi gerekmez, bu tür soruların yanıtsız bırakılmış olması da işe

⁴⁹³ Belçika’da üçlü yapılanmanın bir örneğini oluşturacak şekilde, Ulusal Çalışma Konseyi (*Conceil National du Travail*), bir kamu kurum ve kuruluşu olarak ülke çapında en geniş yetkili üç işçi ve üç işveren sendika ya da teşkilatı ile çalışır. Bu Konsey, işçi ve işveren sendika ya da teşkilatları arasında ulusal düzeyde yürürlüğe girecek toplu iş sözleşmelerinin yapılmasını sağlar ve söz konusu toplu iş sözleşmeleri, Çalışma Bakanı tarafından imzalandıktan sonra Kraliyet Kararnamesi ile yürürlüğe girer. Hendrickx, Frank, “Legal Regulation of Disclosure of Information About Employees or Prospective Employees to Employers or Prospective Employers in Belgium”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 21, 2000, s. 655.

⁴⁹⁴ Christie/ Anand, s. 687, 688.

⁴⁹⁵ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 180; Süzek, s. 307; Yürekli, s. 551; Odaman, Serkan, “İşçinin İş Başvurusu Sırasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S. 274, Ekim 2002, s. 41; Rehbinden, Manfred, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgil Hukuki Sorunlar”, çev. Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1-4, 1981, s. 752; Ancak örneğin kişinin rahip ya da imam olduğu bilgisi ya da mevcut engellilik durumu kendiliğinden sunulması gereken bilgilerden değildir. Cour de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 17698 du 17 octobre 1973; Cour de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 1083 du 6 mai 2003.

alınmama sebebi olamaz. Öyle ki, bu tür sorular özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edeceğinden işçinin “yalan söyleme hakkının” (*Recht zur Lüge*) varlığı kabul edilmelidir.⁴⁹⁶ Nitekim işçi, böyle bir durumda özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali niteliğini oluşturan bir soruya yönelik doğru yanıt verme yükümlülüğü altında olmadığı gibi, soruyu yanıtsız bırakmak durumunda da değildir. Çünkü işçi, her ne kadar yöneltilen soru hukuka aykırı olsa da iş sözleşmesinin kurulmasını istemekte, işverenin kendisini istihdam etmesi için söz konusu görüşmeleri gerçekleştirmektedir. Özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden soruyu doğru yanıtlaması hâlinde işe alınmama riski doğmaktadır. Bu nedenle işveren, kendi hukuka aykırı eylemine dayanarak iş sözleşmesi kurulduktan sonra İK md. 25/2 (a) hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez⁴⁹⁷; zira böyle bir durumda işçi işvereni yanıltmış olmaz.⁴⁹⁸

İşçiye sorulabilecek sorular; (i) işçinin kimliğine ve kişiliğine dair bilgilerine, (ii) sağlık durumuna, (iii) hamilelik durumuna, (iv) eski mahkumiyet veya tutukluluğuna, (v) sendikal faaliyetlerine ve görüşlerine dair birçok biçimde olabilir. Bu nedenle her bir soru biçimi için göz önünde bulundurulması gereken, öğreti ve yargı kararlarının şekillendirdiği özel sınırlar da mevcuttur.

1.1.1 İşçinin kimliği ve kişiliğine ilişkin sorular

İşçinin kimliği ve kişiliğine dair bilgilerine ilişkin sorulabilecek soruların başında ad, soyad, doğum tarihi, adres, e-posta adresi ve telefon numarası gibi hususlar gelir. Bu gibi bilgiler, işverenin istihdam edeceği kişiyi tanımasına yönelik olup işin niteliği ile doğrudan ilgilidir. Benzer biçimde, vatandaşlık (uyruklu) bilgisinin de sorulması, MÖHUK md. 27’ye uygulama alanı verecek şekilde iş ilişkisinin yabancı unsur taşıyıp taşımadığının ya da 6735 sayılı

⁴⁹⁶ Gaudu/ Vatinet, s. 72; Küzeci, s. 68; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 157; Gürsel, s. 324; Uncular, s. 192; Manav, s. 115; Yürekli, s. 552; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 659, 660.

⁴⁹⁷ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 179; Manav, s. 115.

⁴⁹⁸ Duc, Jean-Louis/ Subilia, Olivier, Commentaire du Contrat Individuel de Travail, IRAL, Lausanne, 1998, s. 86; Cœuret, Alain/ Gauriau, Bernard/ Miné, Michel, Droit du Travail, Dalloz, 2006, s. 405, 406; Protection of Workers’ Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17.

Uluslararası İşgücü Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına uygulama alanı verecek şekilde yabancı işçi çalıştırmaya ilişkin herhangi bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığının tespiti için gereklidir. Bu nedenle bu soruların sorulmasının hukuka uygun olduğu kabul edilir.⁴⁹⁹ Ancak işverenin herhangi bir ayrımcılık temeli yaratmamak için esasen kişinin vatandaşlık bilgisini sormaması, bunun yerine yabancı olup olunmadığının ve varsa çalışma izninin olup olmadığının sorulması tercih edilmelidir.⁵⁰⁰ Benzer biçimde, işçinin etnik kimliğine dair yöneltilecek bir sorunun işçiye yöneltilmesi mümkün değildir. Zira etnisiteye ilişkin bilgiler hem KVKK md. 6/1 anlamına hassas veri olarak ancak işçinin rızası dahiline toplanabildiğinden hem de herhangi bir işin görülmesi bakımından gerekli görülmesi mümkün olamayacağından işçiye sorulamaz.⁵⁰¹

Aday işçinin yaşının da görülecek işin niteliği ile ilgili olarak sorulup sorulamayacağı tartışılmalıdır. Özellikle 40 yaş alt sınırı ile başladığı kabul edilen yaş ayrımcılığı, işe alımlarda emekliliklerinden sonra işgücü piyasasına tekrar dönmek isteyen ya da ileri yaşta işten çıkarılmış olan kişilerin⁵⁰² istihdamını zorlaştırmaktadır.⁵⁰³ Bu durumda, İK md. 71’de düzenlenen çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı gibi işçinin yaşının işin niteliği bakımından önem arz ettiği hâller dışında işçinin yaşının sorulması, başvuru için bir alt veya üst sınır konulması⁵⁰⁴ ya da işe alımda bu bilginin tek başına esas teşkil etmesi mümkün

⁴⁹⁹ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Gürsel, s. 290; Uncular, s. 192; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 179; Manav, s. 114; Beytar, s. 163.

⁵⁰⁰ Christie/ Anand, s. 687; Lyon-Caen, s. 63.

⁵⁰¹ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 186; Öyle ki, işveren adaya yönelteceği bu tür bir soruya dayanarak işe alımı engellerse, TCK md. 122’de düzenlenmiş olan nefret ve ayrımcılık suçunu işlemiş olacaktır. Gürsel, s. 291.

⁵⁰² Özellikle OECD ülkeleri bakımından 1973 Petrol Krizi’nden sonra geliştirilen politikalar, “erken emeklilik” gibi uygulamaların azaltılması, ileri yaştaki kişilerin işgücüne katkısının olabildiğince uzun bir biçimde devam etmesi gibi amaçlara yöneliktir. Bu konuda 20 OECD ülkesinin 1990-2015 yılları arasında geliştirdiği politikalar ve bunun genç işgücü ile ileri yaştaki işgücü arasındaki ilişkiye yansımaları için bkz. Ji, Eun Jeong, “The Relationship Between Youth Employment and Older Persons’ Employment in 20 OECD Countries”, International Labour Law Review, Vol. 156, No. 3-4, 2017, s. 421 vd.

⁵⁰³ Özen, Serap/ Özbek, Çağlar, “Çalışma Yaşamında Yaşlılık: Yaşlı Çalışanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum, S. 2, 2017, s. 559, 560.

⁵⁰⁴ Leray, Gwénaëlle, Discriminations en entreprise, Employeur et salariés: Comment lutter contre les situations discriminatoires, Gereso Edition, 2016, s. 21.

görülmemelidir.⁵⁰⁵ Örneğin Fransız iş hukukunda *Code du Travail* md. 1133-2, bu duruma açıklık getirmekte, iş sağlığı ve güvenliği gibi meşru bir amaca yönelik makul bir sebebe dayanıldığı müddetçe işe alımlarda alt veya üst sınıır belirlenebileceğini kurala bağlamaktadır.

İşçinin kimlik numarasının ya da eğer yabancıysa pasaport numarasının sorulması da, sadece işe alımı gerçekleştirilecek olanlar bakımından mümkün olmalıdır. Nitekim kimlik ya da pasaport numarası, Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) yapılacak işe giriş bildirgesi gibi birtakım yasal yükümlölüklerin yerine getirilmesi bakımından gereklidir.⁵⁰⁶ Bununla birlikte, GDPR md. 87’de⁵⁰⁷ de üzerinde ayrıca durulduğu gibi kimlik numarası, güncel teknolojik gelişmeler nedeniyle, sahibini bağlayacak birtakım hukuki işlemleri yapmaya tek başına imkan tanıdığından⁵⁰⁸, oldukça dikkatle işlenmesi gereken bir veridir. Benzer biçimde e-devlet şifresinin talep edilmesi ise mümkün değildir.⁵⁰⁹ Nitekim e-devlet uygulaması, 42 milyon 490 bin kişinin kullandığı, 591 kurumun 4.773 hizmetinin bulunduğu⁵¹⁰ bir internet portalı olup SGK, Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü gibi birçok kurumdan kişiye dair her türlü bilginin elde edilebileceği ve birçok işlemin yapılabileceği bir platform olduğundan⁵¹¹, işveren tarafından erişilmesi söz konusu olmamalıdır.

⁵⁰⁵ Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 213 du 6 juin 1963; İş görüşmelerinde sorulan doğum tarihi, sahip olunan sertifika veya diploma gibi bilgilerin aday işçinin yaşını ortaya çıkarması ve bunun doğrudan yaş ayrımcılığı yaratmasına ilişkin bkz. Ünal, Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 294-299.

⁵⁰⁶ Gürsel, s. 291; Uncular, s. 191.

⁵⁰⁷ “Üye devletler bir ulusal kimlik numarası veya genel uygulamaya ilişkin başka bir tanımlayıcının işlenmesine özgü koşulları da belirleyebilir. Bu durumda, ulusal kimlik numarası veya genel uygulamaya ilişkin başka bir tanımlayıcı ancak veri sahibinin bu Tüzük uyarınca hakları ve özgürlüklerine ilişkin uygun güvenceler çerçevesinde kullanılır”.

⁵⁰⁸ Birçok banka, yalnızca kimlik numarası ve kredi tutarını içeren bir mesajın bankanın ilgili numarasına kısa mesaj atılması ile söz konusu kredinin kimlik sahibi adına çekilmesi imkanını tanımaktadır. Benzer biçimde trafik ya da tapu müdürlükleri de yalnızca kimlik numarası ile belli bilgilerin sorgulanmasına imkan vermektedir.

⁵⁰⁹ Gürsel, s. 292; Uncular, s. 193.

⁵¹⁰ turkiye.gov.tr, S.E.T., 20.05.2019.

⁵¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, s. 445-454.

İşçinin kimliği ve kişiliğine ilişkin gündeme gelebilecek sorulardan bir diğeri ise medeni durumdur. Kişinin evli olup olmadığı, evli değilse romantik veya cinsel bir partnerinin bulunup bulunmadığı, boşanmış olup olmadığı gibi bilgiler, kural olarak herhangi bir işin görülmesi bakımından gerekli olmadığından işçiye sorulamaz.⁵¹² Benzer biçimde, kişinin çocuk sahibi olup olmadığı da işçinin işe alınıp alınmaması bakımından önem taşımamalıdır. Dolayısıyla, eğer görülecek işin niteliği gereği sıklıkla seyahat edilmesi gerekecekse, sorulması gereken işçinin evli ya da çocuğunun olup olmadığı veya bakım yükümlülüğünü üstlendiği birinin olup olmadığı değil, seyahat engelinin olup olmadığı ya da örneğin haftasonu çalışmalarının işçi için uygun olup olmadığıdır.⁵¹³ Ancak işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması uyarınca evli veya çocuğu olan işçilere belli sosyal ücretlerin verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren yapacağı ek ödemenin miktarını tespit edebilmek için bu tür soruları sorabilir.⁵¹⁴ Bununla birlikte, bu bilgiler yine de görülecek işin niteliği ile ilgili olmadığından, işverenin bu bilgilere dayanarak işçiye işe almaması özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.

Evli veya çocuk sahibi olunup olunmadığına ya da evlenme planları olup olmadığına dair sorular, genellikle kadın işçilere yönelik cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmasına yol açmaktadır. Nitekim evlilik ve çocuk bakımı, ataerkil toplumsal cinsiyet kalıp yargılarının kadın cinsiyet kimliğine atadığı rollerdir. Bu durum da çalışan kadınların iş yaşamına henüz girerken dahi belli ayrımcılıklara maruz kalmasına neden olmaktadır.⁵¹⁵ Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu CEDAW

⁵¹² Gaudu/ Vatinet, s. 72; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Aksi yönde bkz. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 179; Gürsel, s. 292; Uncular, s. 192, 193.

⁵¹³ Christie/ Anand, s. 688.

⁵¹⁴ Gürsel, s. 292; Uncular, s. 192, 193.

⁵¹⁵ Çalışan kadınların iş yaşamında uğradığı ayrımcılık türleri, kadının ekonomik anlamda güçlenmesi ve reformist feminist harekete dair bkz. Hooks, Bell, Feminizm Herkes İçindir: Tutkulu Politika, bgst Yayınları, İstanbul, 2016, s. 65-71; Connaghan, Joanne, "Labour Law and Feminist Method", International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 33, No. 1, 2017, s. 93-114; Öner, Nurcan, "Türkiye'de Kadın İşgücünün Görünümü", ÇGSB Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, s. 55, 56; Castellano, Rosalia/ Rocca, Antonella, "Gender Disparities in European Labour Markets: A Comparison of Conditions for Men and Women in Paid Employment", International Law Review, Vol. 157, No. 4, 2018, s. 589 vd.

md. 11/1(a) hükmü uyarınca, “istihdam konularında seçim yapılırken aynı ölçülerin uygulanması da dahil, aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı” göz önünde bulundurulacak olursa, işverenlerin işin niteliğinin bu tür soruları sormasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Bununla bağlantılı olarak, cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin ya da cinsel ilişkilerin de işe alımda sorulmaması ya da söylene dahi işe alımda bir etkisinin olmaması gerekir.⁵¹⁶ Nitekim İK md. 5, “işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” hükmü; TİHEKK md. 6 (2) ise “işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez” hükmü ile, işin niteliğinin gerekli kılmadığı müddetçe aday işçinin cinsiyetinin önem arz etmediğini kurala bağlamıştır. İK md. 72 ve 73’te düzenlenen kadın işçi çalıştırma yasaklarının bulunduğu işyerleri bakımından ise, işe alımda cinsiyetin sorulması mümkün olacaktır. Ancak bu hükümler, AY md. 10 ve AY md. 90/son yoluyla ILO’nun 111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi ve CEDAW’ın yukarıda bahsi geçen maddesinin (b) ve (c)⁵¹⁷ bentleriyle çelişen ve kanımızca yürürlükten kaldırılması gereken hükümlerdir.⁵¹⁸

Benzer biçimde, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin özellikle özel sektörde istihdamın önünde bir engel teşkil ettiği gözlemlenebilir. Her sene Kaos GL Derneği ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi tarafından hazırlanan Türkiye’de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu raporları da bu durumu

⁵¹⁶ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Uncular, s. 193; Gürsel, s. 293; Christie/ Anand, s. 699; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Aksi yönde Rehbinden, s. 753.

⁵¹⁷ “Mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı...”

⁵¹⁸ Bu hususta aksi yönde ancak iş hukukunda kadın ve LGBTİ+’lara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair pozitif düzenlemelere ilişkin isabetli değerlendirmeler için bkz. Erdoğan, Çağla, “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, ed. Gülriz Uygur/ Nadire Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018, s. 437 vd.

açıklıkla ortaya koymaktadır. 2018 verileri, LGBTİ+ bireylerin iş ararken İŞKUR ve özel istihdam bürolarını tercih etmediğini, mülakatlarda cinsel yönelimlerini veya cinsiyet kimliklerini gizlediğini, doğrudan ayrımcı iş ilanlarına veya mülakat sorularına rastlamasalar dahi işe alım sürecinde cinsel yönelim veya cinsiyet kimliklerini açıkladıklarında ayrımcılığa uğradıklarını göstermektedir.⁵¹⁹

1.1.2. İşçinin eğitimi ve mesleki deneyimine ilişkin sorular

İşçinin daha önce almış olduğu eğitim ve öğretimi ya da mesleki tecrübesine ilişkin sorular da kural olarak işin niteliği ile doğrudan ilişkili olduğundan, özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmez.⁵²⁰ Buna göre işveren, aday işçiden lise, üniversite veya yükseköğrenim diplomalarını; sahip olduğu sertifika, ruhsat veya benzeri belgelerini; bildiği yabancı dillere dair yeterlilik belgelerini; daha önce yapmış olduğu çalışmalara ilişkin portfolyosunu talep edebilir. İşçi de bu tür soru veya taleplere dürüstlük kuralı çerçevesinde doğru yanıt verme yükümlülüğü altındadır.

Benzer biçimde, işçinin daha önceki iş sözleşmesinde rekabet yasağına dair herhangi bir hüküm olup olmadığı da sorulabilecek sorulardandır. Zira BK md. 446/3 uyarınca işveren, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir ve bu durum, işçinin başvurduğu işyerinde çalışmasına engel olabilir. Bu nedenle işverenin böyle bir yasağın var olup olmadığını işçiye sorması hukuka uygundur.⁵²¹

⁵¹⁹ Özellikle mülakat ve testlerde, araştırmanın anket bölümüne katılan katılımcıların %40'ının ayrımcılığa maruz kalmadı, %4'ünün ise ayrımcılığa maruz kaldığı görülmektedir. Ancak bunun arkasındaki sebebin, %52,26 oranıyla cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin belli olmaması ya da %59,30 oranıyla cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin gizlenmesi olduğu tespit edilebilir. Türkiye'de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu, 2018 Yılı Araştırması, ed. Murat Köylü, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL), Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Ayrintı Basımevi, Ankara, 2018, s. 27-36.

⁵²⁰ Rehbinden, s. 753; Gaudu/ Vatinet, s. 72; Christie/ Anand, s. 687; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 660, 661; Gürsel, s. 294; Küzeci, s. 386; Uncular, s. 192; Yürekli, s. 551; Demirkol/ Ertuğral, s. 30.

⁵²¹ Rehbinden, s. 754; Gürsel, s. 298; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153; Yürekli, s. 552.

İşçinin daha önce çalıştığı işler için aldığı ücret ya da önceki iş sözleşmelerinin sona erme nedenlerinin ise kural olarak sorulamayacağı kabul edilmelidir.⁵²² Öncelikle, işçinin daha önceki iş sözleşmelerine dayanarak aldığı ücretin ne olduğu, görülecek işin niteliği ile doğrudan bağlantılı bir husus olmaktan ziyade, işçinin işverenle mevcut iş sözleşmesi bakımından sözleşme serbestisine dayanarak yaptığı bir pazarlıktan ibarettir. Zira işçinin daha yüksek bir ücret alabilmek amacıyla çaba sarf etmesi olağan karşılanmalı, ekonomik olarak daha güçlü olan işverenin ücreti karşılıklı olarak belirleme sürecinde daha avantajlı bir konumda olduğu göz ardı edilmemelidir. Ancak iş sözleşmesinden belirlenecek ücretin alt sınırı, işçinin önceki ücreti olarak belirlenmiş durumdaysa, bu sefer işçinin önceki ücretine dair sorunun sorulması hukuka uygun olur ve işçinin bu soruya doğru yanıt vermesi gerekir.⁵²³

Aynı şekilde, işçinin önceki işinden ayrılma sebebinin ne olduğu da mevcut iş sözleşmesinin akdedilmesi bakımından önem taşımamalıdır.⁵²⁴ Zira özellikle vergi denetimi sektörü gibi oligarşik eğilimli piyasalarda kara liste uygulamalarıyla karşılaşılabilen, bazı işverenlerin kişisel ve hukuka uygun olmayan sebeplerle işçilerin iş sözleşmesini feshettiği gözlemlenebilmektedir. Benzer biçimde, 15 Temmuz 2016’da yaşanan darbe girişimi sonrasında FETÖ ile bağlantısı bulunduğu iddiasıyla işten çıkarılan işçilerin, henüz herhangi bir terör suçundan ötürü mahkumiyetleri kesinleşmemişken veya haklarında bu bağlantıya dair herhangi bir somut delil bulunmuyorken başvurdukları işlere alınmadıkları görülmektedir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda işçilerin FETÖ ile bağlantı iddiası nedeniyle işten çıkarılmalarında, işçinin davranışlarının ve somut olayda ortaya konulan delillerin şüpheyi yer vermeyecek şekilde (*in concreto*) söz konusu bağlantıyı haklı çıkarması şartını aramış, sadece böyle bir şüphenin

⁵²² Gürsel, s. 296; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 152; Manav, 114, 115; Aksi yönde Rehbinden, s. 48; Yürekli, s. 551; İşçinin ücretinin kişisel veri niteliği ve bunun korunmasına ilişkin bkz. Baysal, Ulaş, “Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, ed. Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 319 vd.

⁵²³ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153; Manav, s. 115; Gürsel, s. 296; Odaman, s. 41.

⁵²⁴ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153; Gürsel, s. 297.

varlığını geçerli veya haklı nedenle fesih için yeterli görmemiştir.⁵²⁵ Dolayısıyla, bu gibi sebeplerle işten çıkarılan kişilerin işten ayrılma sebeplerinin müstakbel işverenleri tarafından öğrenilmemesini istemede haklı bir menfaatleri bulunmaktadır.⁵²⁶

Bununla birlikte, önceki iş sözleşmesinin sona erme sebebinin önem taşıdığı tek durum, İK md. 23'ün uygulama alanı bulmasıdır.⁵²⁷ Buna göre, süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, yeni işveren de işçiyle birlikte sorumlu olur. Ancak bunun için; işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işverenin sebep olması, yeni işverenin, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almış olması ya da yeni işverenin işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam etmesi gerekir. Bu nedenle işveren yalnızca bu hükmün kapsamı ile sınırlı olmak

⁵²⁵ Kanımızca FETÖ ile bağlantı şüphesinin varlığı tek başına iş sözleşmesinin feshi için geçerli veya haklı neden oluşturmamalı; yalnızca somut olayda bu bağlantının çok kuvvetli olduğu delillerle ispat edilebilir durumdaysa iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi söz konusu olabilmelidir. Yargıtay 22. HD, 16494/314, 9.1.2019, “Her ne kadar Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığının cevabı yazısında davacının çocuğunun kapatılan Özel...İlkokulda okuduğu bildirilmiş ise de, 15 Temmuz darbe girişimi öncesi Haziran 2016 tarihinde davacının çocuğunun kaydını bu okuldan aldığı dikkate alındığında, tek başına bu hususun davacı işçi yönünden örgüt üyeliğiyle irtibatı veya iltisakı olduğu yönünde yeterli bir şüphe oluşturmayaacağı, yukarıda bahsedilen araştırma sonuçları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacı işçinin şüpheyi haklı kılacak herhangi bir davranışı tespit edilemediğinden feshin geçersiz olduğu ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından ...”; Yargıtay 9. HD, 3964/22744, 10.12.2018, “Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde darbe girişimi gecesi işyerinden içeriği tespit edilemeyen bazı evrakları çıkardığı sabit olan davacının kendisinin FETÖ/PDY ile ilgi, iltisak ya da irtibatı bulunduğunu ortaya çıkarabilecek belgeleri işyeri dışına çıkardığı ihtimalini akla getirdiği ve bunun davalı işveren açısından şüphe oluşturduğu, terör örgütü ile irtibat veya iltisakı bulunduğu dair şüphe bulunan bir işçiye çalıştırmaya devam etmenin, davalı işverenden açısından beklenemeyeceği ,davacının FETÖ/PDY ile ilgi, iltisak ya da irtibatı bulunduğu konusunda davalı işveren açısından şüphe feshini gerektirir yeterli delil olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi gerekmekte olup ...”; Katılmadığımız aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 9. HD, 8557/17485, 4.10.2018, “Somut uyuşmazlıkta; dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibat ve iltisakı iddiasıyla ... Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/130801 sayılı soruşturma dosyasında şüpheli olduğu ve hakkında yurtdışı çıkış yasağı bulunduğu, esasen davacının iş akdinin de davalı işveren tarafından bilinen davacının FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibat ve iltisakı sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Feshe dair yazılı bildirimde, bu hususun açıkça yazılmayıp, “hizmetinize ihtiyaç duyulmaması” şeklinde yazılması feshin davacının ... ile olan irtibat ve iltisakı sebebiyle gerçekleştiği gerçeğini değiştirmeyeceğinden ve feshin geçerliliğine etki etmeyeceğinden, davanın reddi yerine, yazılı gerekçeyle işe iade kararı verilmesi hatalıdır”.

⁵²⁶ Gürsel, s. 297.

⁵²⁷ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153; Odaman, s. 41; Gürsel, s. 297.

kaydıyla, önceki iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilip feshedilmediğini sorabilir; eğer fesih işçi tarafından gerçekleştirilmemişse zaten bu hüküm uygulama alanı bulmayacağından fesih sebebinin sorulmaması gerekir.⁵²⁸

Son olarak, eğitim ve mesleki deneyimle doğrudan alakalı olmamakla birlikte, erkek aday işçilere bu kapsamda sorulan sorulardan biri de zorunlu askerlik görevlerini yerine getirip getirmediğidir. Öğretide birçok görüş, işyerinden belirli bir süre uzak kalınacak olması sebebiyle erkek işçiye dair bu bilginin sorulabileceği yönündedir.⁵²⁹ Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, nasıl ki kadın işçiye hamile olup olmadığı veya çocuk sahibi olmak isteyip istemediği sorulamayacaksa, erkek işçiye de kanunen yerine getirmesi zorunlu bu görevi yerine getirip getirmediği sorulmamalı, sorulsa dahi olumsuz yanıt hâlinde bu sebeple işe alımı engellenmemelidir.⁵³⁰

1.1.3. İşçinin gündelik yaşamına ilişkin sorular

İşçinin hobileri, gündelik yaşamında neler yaptığı, boş zamanlarını nasıl değerlendirdiği de işveren tarafından işçinin kişiliğine dair öğrenilmek istenen bilgilerden olabilir.⁵³¹ Ancak bu tür sorular, işçinin özel yaşamının gizliliği hakkı kapsamında korunan birçok unsura yönelik olacağından, görülecek işin niteliği ile doğrudan bağlantısının kurulması mümkün değildir; bu nedenle de aday işçiye sorulamayacak niteliktedir.⁵³² Bu tür soruların sorulabilmesini mümkün kılan tek sebep, adayın hobileri ile işin niteliği arasında, küratörlük ya da moda tasarımcılığında olduğu gibi sıkı bir ilişki olmalıdır.

Bununla birlikte, adaya işyeri dışında sigara, alkol ya da uyuşturucu kullanıp kullanmadığı, sosyal yaşamında ne gibi yerlere gittiği, arkadaşları ya da

⁵²⁸ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153, Gürsel, s. 297.

⁵²⁹ Rehbinden, s. 753; Gürsel, s. 294; Yürekli, s. 551; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 152; Aydın, s. 30; Manav, s. 113.

⁵³⁰ Lyon-Caen, s. 62.

⁵³¹ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667.

⁵³² Gürsel, s. 294, 295; Christie/ Anand, s. 687.

ailesi ile olan ilişkisinde neler yaşadığı kesinlikle sorulamayacak türden sorulardır.⁵³³ Nitekim bu bilgilerin işin niteliği ile ilgili olması mümkün değildir; bu durumda bu tür soruların sorulması özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.⁵³⁴

1.1.4. İşçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular

İşçinin malvarlığı, kredi kayıtları ve herhangi bir borcu bulunup bulunmadığı gibi, kişinin ekonomik durumuna ilişkin soruların sorulması da kural olarak özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır. Öğretide, işverenin organizasyonel menfaatlerini ve işyerinin prestiji gibi unsurları göz önünde tutarak, işçilerin büyük miktarda borcu olup olmadığının sorulmasını hukuka uygun bulan görüşler bulunmaktaysa da,⁵³⁵ kabul edilmesi gereken, aday işçinin ekonomik durumunun işe alım esnasında sorulmaması gerektiğidir.⁵³⁶

Ancak bu bilgi, özel yaşamın gizliliği hakkının bir parçası olarak yalnızca oldukça istisnai durumlarda görülecek işin niteliği ile ilgili olabilir. Buna örnek olarak muhasebe müdürlüğü, yatırım danışmanlığı, satınalma müdürlüğü gibi doğrudan doğruya işyerinin harcamalarını yapmaya veya borçlarını tahsil etmeye yönelik işler verilebilir.⁵³⁷ Bu gibi hâllerde, örneğin Kanada iş hukukunda işverenlerin işçinin yazılı rızasını almak kaydıyla kredi kayıt raporları alması mümkün görülmektedir.⁵³⁸

⁵³³ Gürsel, s. 295; Lyon-Caen, s. 62; Manav, s. 116; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 155; Christie/Anand, s. 687; Beytar, s. 168, 169.

⁵³⁴ Yargıtay 9. HD, 31257/9580, 21.4.2008, “İş Kanununun 18'nci maddesinin 1.fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle geçerli olarak feshedebilir. İşverenin iş sözleşmesinin süreli feshini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanununun 25'nci maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranış, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz”.

⁵³⁵ Rehbinden, s. 754; Yürekli, s. 552.

⁵³⁶ Lyon-Caen, s. 62; Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 457 du 29 mai 1984.

⁵³⁷ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Uncular, s. 75; Gürsel, s. 299; Rehbinden, s. 754.

⁵³⁸ Christie/Anand, s. 704.

Bununla birlikte, kanaatimizce işçinin büyük miktarda borcu olması durumu, bu gibi hâllerde işe alıma engel olmamalıdır. Nitekim kişinin kişisel harcamaları ve ekonomik durumu ile iş yaşantısında sergileyeceği tavır aynı olmak durumunda değildir. İşçinin savurgan, ekonomik olarak güvenilir olmayan tutumları varsa, bu durumun sözleşmeye konulacak en çok iki aylık deneme süresi ile gözlemlenebilmesi, bu durum çok sonra ortaya çıkarsa da iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle feshedilmesi mümkündür.

1.1.5. İşçinin eski mahkumiyet veya tutukluluğuna ilişkin sorular

İşverenin BK md. 66'da düzenlenen, istihdam ettiği işçiye ilişkin sahip olduğu kusursuz sorumluluğu, işçinin, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı giderme yükümlülüğünü doğurmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında kurala bağlandığı üzere, işverene getirilen kurtuluş kanıtına göre işçisini seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi hâlinde bu sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bu sebeple, aday işçinin seçilmesi esnasında işverenin başkalarına zarar verme eğiliminde olup olmadığını göz önünde bulundurması gerekir.

Öte yandan, istihdam edenin kusursuz sorumluluğunun doğup doğmayacağı, sadece kişinin eski mahkumiyet veya tutukluluk kayıtlarına bakılarak anlaşılamaz. Ayrıca, kişinin daha önce işlediği bir suçtan ötürü mahkum olduğu ve tamamladığı cezanın önüne bir kez daha çıkarılmasının, her ne kadar işe alınmama bir ceza yargılaması olmasa da, geniş anlamda *ne bis in idem* ilkesine ve bu ilkenin kabul edilme amacına aykırılık taşıyacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle, işçiye eski mahkumiyet veya tutukluğuna dair soruların sorulması da kural olarak işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eder.⁵³⁹ Öyle ki, adli sicil kaydının talep edilmesi gibi bir durumda, bu kayıtlardaki bilgiler yalnızca söz konusu işin niteliği ile ilgili olmayabileceğinden, işçi hakkında işverenin

⁵³⁹ Lyon-Caen, s. 61, 62; Gaudu/ Vatinet, s. 72; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 664; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 155-157; Manav, s. 119; Küzeci, s. 386.

bilmesine gerek olmayan birçok bilginin ifşasına sebep olabilecektir; nitekim işçinin işin niteliği ile ilgili olmayan mahkumiyetini kendiliğinden açıklaması da gerekmez.⁵⁴⁰ Bu nedenle işçinin buna ilişkin soruları doğru yanıtlaması gerekmez; öyle ki, söz konusu mahkumiyet adli sicil kayıtlarından silinmişse, adayın herhangi bir mahkumiyeti olmadığı yönünde beyanı işvereni yanıltmak olarak değerlendirilemez.⁵⁴¹

İşçinin sabıka kaydının bulunup bulunmadığı, yalnızca yapılacak işin niteliğinin belli suçları işlemiş kişiler bakımından uygun olmaması ve söz konusu suçtan ötürü kesinleşmiş bir mahkumiyetin, işyerinin güvenliğini tehlikeye sokması hâlinde hukuka uygun olabilir.⁵⁴² Buna göre böyle bir soru, *in concreto* bir biçimde doğrudan alınacak işin gerektirdiği bir biçimde sınırlandırılmalıdır. Örneğin çocuğun cinsel istismarı suçu bir kreşe alınacak işçi açısından;⁵⁴³ irtikap veya hırsızlık gibi mali suçlar kasiyer veya veznedar olarak çalışacak işçi açısından; trafik suçları şoför olarak işe alınacak işçi açısından;⁵⁴⁴ kanımızca cinsel taciz veya saldırı suçları da kadın sığınma evinde çalışacak işçi açısından sorulabilecek ve hatta sorulması gereken sorulardır.

⁵⁴⁰ Gürsel, s. 320; Rehbinder, s. 755; Odaman, s. 42.

⁵⁴¹ Küzeci, s. 387; Manav, s. 119; Odaman, s. 42; Rehbinder, s. 755; Ancak örneğin Kanada'nın Ontario eyaletinde, adayın mahkumiyetine ilişkin soruların sorulmaması için söz konusu suça ilişkin af çıkarılmış olma şartı bulunmaktadır. British Columbia, Prince Edward Island ve Quebec eyaletlerinde yürürlükte olan İnsan Hakları Yasası'na göre ise işin niteliğine ilişkin olmayan mahkumiyetlerin sorulmasının ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kurala bağlanmıştır. Christie/ Anand, s. 706.

⁵⁴² Lyon-Caen, s. 62; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 664, 665; Küzeci, s. 386, 387; Gürsel, s. 319; Manav, s. 119; Ancak katılmadığımız bir kararında Yargıtay, işçinin işe alım esnasında kendisine sabıkasının bulunup bulunmadığı sorusunu doğru yanıtlamayan işçinin iş sözleşmesinin İK md. 17/2 (yeni İK md. 25/2) uyarınca haklı nedenle feshinin, söz konusu mahkumiyetin işin niteliği ile alakalı olup olmadığını göz önünde bulundurmadan hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay 9. HD, 4727/7993, 6.6.2000, "1475 sayılı İş Kanununun 17/2-a maddesinde: 'Hizmet akdi yapıldığı sırada, bu akdin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması' ahlak ve iyiniyet kurallarına uygun olmayan bir hali oluşturur. Davacı işçi işe girmeden önce müessir fiil suçundan hüküm giymiş olduğu halde ise giriş formunda hiçbir sabıkası yani mahkumiyeti bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir. Daha sonra davalı işveren durumu öğrenmesi üzerine anılan kural uyarınca fesih yetkisini kullanmıştır. Bu durumda davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmadığı açıktır. O halde davanın reddine karar verilmelidir".

⁵⁴³ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 16; Gürsel, s. 319.

⁵⁴⁴ Manav, s. 119; Rehbinder, s. Uncular, s. 78; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Odaman, s. 42.

1.1.6 İşçinin sendika, dernek veya siyasi parti üyeliği ya da dinî, felsefî veya politik görüşlerine ilişkin sorular

Her şeyden önce değinilmesi gerekir ki, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerde bulunma; ILO’nun 87 No’lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi ile sendika kurma hakkını ve sendikal özgürlükleri düzenleyen AY md. 51 ve STİSK md. 25 hükümleri uyarınca bir hak olarak korunmaktadır. Özellikle STİSK md. 25’te kurala bağlandığı üzere, “işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz”. Buna göre, işçiye işe alım esnasında sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerine ilişkin herhangi bir sorunun sorulması mümkün değildir;⁵⁴⁵ aksi hâlde özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Aynı durum dernek ve siyasi parti üyeliği için de geçerlidir. Zira dernek kurma hürriyetini düzenleyen AY md. 33 ve seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını düzenleyen AY md. 67’nin sağladığı koruma, bu hakların kullanımı engelleyecek uygulamaları hukuka aykırı kılmaktadır.⁵⁴⁶

Benzer biçimde, işçinin dinî, felsefî veya politik görüşleri (ya da örneğin hangi partiye oy verdiği) de özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında yer alan unsurlardan olup görülecek bir iş ile doğrudan bir bağlantı içermesi kural olarak mümkün olmadığından, işçiye sorulamayacak niteliktedir.⁵⁴⁷ Nitekim AY md. 15/2, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya

⁵⁴⁵ Rehbinden, s. 754; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Christie/ Anand, s. 687; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Gürsel, s. 322; Odaman, s. 42; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 157; Manav, s. 119; Beytar, s. 173, 175; Yürekli, s. 552.

⁵⁴⁶ Protection of Workers’ Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 16; Rehbinden, s. 754; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Christie/ Anand, s. 687; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Gürsel, s. 322; Odaman, s. 42; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 157; Manav, s. 119; Beytar, s. 174; Yürekli, s. 552.

⁵⁴⁷ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30, 31; Rehbinden, s. 754; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 157; Gürsel, s. 323; Odaman, s. 42; Manav, s. 119; Beytar, s. 174.

zorlanamayacağını; AY md. 24/3, kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını; AY md. 25/2 ise her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını kurala bağlamaktadır.

Bununla birlikte, görülecek işin niteliğiyle güçlü bir bağlantı olması hâlinde; örneğin işçinin belirli bir görüşteki sendika, siyasi parti veya dernekte, kilise veya camii gibi belirli bir dine yönelik ibadet yerlerinde istihdam edilmesi gibi durumlarda hangi sendika, dernek veya siyasi partiye üye olduğu, sözleşmenin kurulması esnasında sorulabilir.⁵⁴⁸ Nitekim bu gibi durumlarda yapılacak işin odağına aldığı amaç, belli bir siyasi görüş ya da dinin yaygınlaşması veya gelişmesine yöneliktir. Bununla birlikte, kanaatimizce, bu gibi hâllerde de işçinin istihdam edileceği pozisyon ve kendisine verilecek işin dikkate alınması gerekir. Örneğin işçinin temizlik veya sekreteryâ işlerinde işe alınması durumunda, işe girdiği sendika, dernek veya partiye üye olması veya bu kurumlarla aynı dinî, felsefî veya siyasi görüşleri taşıması gerekmez. Ancak söz konusu kurumun amacını yerine getirmeye yönelik önem taşıyan ve kuruma aidiyet hissedilmesini gerektiren türden işlerde bu sorular sorulabilir. Bunlara örnek olarak da, başkan veya başkan yardımcılığı, kampanya yürütücülüğü, imam veya rahiplik gibi pozisyonlar verilebilir.

Bunun yanında, işe alım esnasında değil ancak iş sözleşmesi akdedildikten sonra, işçinin bir sendikaya üye olup olmadığı veya hangi sendikaya üye olduğu, STİSK md. 18/2 ya da 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu md. 25/1 hükümlerinin uygulanması bakımından sorulabilir. Nitekim işverenin, işçilerinin üyelik ve dayanışma aidatlarını yetkili işçi sendikasının yazılı başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesmek suretiyle ilgili sendikaya ödeyebilmesi için bu bilgi gereklidir. Benzer biçimde, kamu görevlilerinin ödeyeceği üyelik ödentilerinin üyelik başvuru formuna ve sendika tüzüğünde belirtilen aylık ödenti tutarına göre kamu işverenince aylığından

⁵⁴⁸ Christie/ Anand, s. 687; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 157; Gürsel, s. 323; Rehbinden, s. 753; Manav, s. 119; Beytar, s. 175.

kesilerek beş gün içinde sendikaların banka hesaplarına yatırılabilmesi ve ödenti listesinin bir örneği ilgili sendikaya gönderilebilmesi için de bu bilginin işçiye sorulması gerekir.⁵⁴⁹

1.1.7. İşçinin hamileliğine ilişkin sorular

İşçiye hamile olup olmadığı sorusunun yöneltip yöneltilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle ilgili hukuk kurallarının göz önünde bulundurulması gerekir. İlk olarak İK md. 5/3, “işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” hükmüne yer vermek suretiyle hamile olma durumunun işe alınmama sebebi olamayacağını açıklıkla kurala bağlamıştır. İkinci olarak, Türkiye’nin tarafı olduğu CEDAW md. 2, Türkiye’nin “herhangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri almak” yükümlülüğünü, md. 11/1 (b) ve 11/2 (a) ise kadınların çalışma hakları bakımından özellikle işe alımlarda annelik veya evlilik nedeniyle uğrayacakları ayrımcılığın engellenmesi gerekliliğini düzenlemektedir. Son olarak, Türkiye’nin taraf olduğu ILO’nun 111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi, md. 1’de “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma” olarak tanımlanan ayrımcılığın, md. 2 ve 3 hükümlerine göre ortadan kaldırılmasını düzenlemektedir. Örneğin Fransız iş hukukunda *Code du Travail*, md. L. 1225-1 de İK md. 5’e benzer biçimde kadın işçinin hamilelik durumunun işe alınmama, iş sözleşmesini askıya alma veya feshetme sebebi olamayacağını, md. L. 1225-2⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Gürsel, s. 324; Rehbinden, s. 754.

⁵⁵⁰ Öyle ki, Fransız iş hukukunda bu hükmün işçinin yalan söyleme hakkını doğrudan doğruya düzenlemiş olduğu ileri sürülmektedir. Lyon-Caen, s. 67.

ise kadın işçinin hamileliğe ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanma talebinde bulunması hâli dışında hamileliğine ilişkin hiçbir bilgiyi açıklamak zorunda olmadığını düzenlemektedir.

Buna göre, işçinin hamile olup olmadığı ya da hamile olmayı planlayıp planlamadığı, kadın işçinin işe alımında cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmasına sebep olabilecek türden sorulardır. Nitekim işyerinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin önlenmesi için yapılabileceklerden biri de cinsiyete dayalı ayrımcılık biçimlerinin özellikle hamilelik zemininde engellenmesidir.⁵⁵¹ Gerçekten de, kadın işçinin hamileliğinin görülecek bir işin niteliğine ilişkin olması genel olarak mümkün değildir. Zira hamile bir işçinin iş görmesi ile hamile olmayan bir işçinin iş görmesi arasında, doğuma çok yaklaşıldığı tarihler dışında hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle kural, kadın işçiye hamile olup olmadığının veya hamile olmayı planlayıp planlamadığının işe alımlarda sorulamayacak olmasıdır.⁵⁵² Aksi hâlde kadın işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı ve ayrımcılık yasağı⁵⁵³ ihlal edilmiş olur. Örneğin ABAD da önüne gelen davalarda, kadının hamileliğine ilişkin soruların kural olarak sorulamayacağını, öyle ki tüm başvurucular kadın olsa dahi hamileliğe ilişkin bir sorunun cinsiyet

⁵⁵¹ Lawrence, Miranda, “Approaches to Gender Equality in the Workplace: *Dumont-Ferlatte v. Canada* (Employment and Immigration Commission)”, *Ottawa Law Review*, Vol. 29, No. 2, 1998, s. 479-483; Yıldız, s. 171.

⁵⁵² Leray, s. 21; Lyon-Caen, s. 62; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Ünal, s. 282, 283; Gürsel, s. 315; Küzeci, s. 388; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 153; Manav, s. 117; Uncular, s. 77; Yürekli, s. 557; Doğan-Yenisey, s. 71; Aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Rehbinden, s. 754, 755; Sözer, Ali Nazım, “Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları”, *Adalet*, C. 73, S. 6, 1982, s. 1051 vd.

⁵⁵³ Hamileliğe ilişkin uygulanacak koruyucu hükümlerin gerekliliğinin, cinsiyete dayalı ayrımcılığın engellenmesi bakımından gerekli olduğu, sonradan ortaya konulup kabul edilebilmiştir. Zira hamile olmayan kadınlar ile erkekler arasında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın bulunmadığı, dolayısıyla hamileliğe ilişkin meselelerin cinsiyete dayalı olmadığı iddiası çürütülmüştür. Feminist hukuk öğretisi, kadının çalışma yaşamında yaşadığı ayrımcılık ve şiddet türlerinin temelinde toplumsal cinsiyet rollerinin yer aldığını teorik ve ampirik çalışmalarla kanıtlamıştır. ABD’de de Anayasa Mahkemesi tarafından görülen ilk davalarda hamileliğe ilişkin ayrımcılığın cinsiyete dayalı olmadığı iddia edilmekle birlikte, Hamileliğe Dayalı Ayrımcılık Yasası’nın (*Pregnancy Discrimination Act*) kabulüyle, bunun cinsiyete dayalı bir ayrımcılık sorunu olduğu kabul edilmiştir. İlgili kararlar için bkz. *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484, 1974; *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125, 1976; Yasanın kabulünden sonraki kararlar için bkz. *Newport News Shipbuilding & Dry Dock Co. v. EEOC*, 462 U.S. 669, 1983; *California Federal Savings & Loan Ass’n. v. Guerra*, 479 U.S. 272, 1987; *Wimberly v. Labor & Industrial Relations Commission*, 479 U.S. 511, 1987. Hassberg, Linda, “Toward Gender Equality: Testing the Applicability of a Broader Discrimination Standard in the Workplace”, *Buffalo Law Review*, Vol. 40, No. 2, 1992, s. 220-229.

ayrımcılığı olduğunu, aday işçinin bu tür sorulara doğru yanıt vermesi gerekmediğini, hamileliğin sonradan ortaya çıkması durumunda da iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğini karara bağlamıştır.⁵⁵⁴

Bununla birlikte, aday işçinin hamile olup olmadığının veya bunu planlayıp planlamadığının sorulması için, işin hamile kadının çalışması için sağlık ve güvenliği tehlikeye düşürecek nitelikte olması ya da hamilelik koşullarında söz konusu işin yapılmasının işçiden objektif olarak beklenemeyecek kadar ağır olması gerekir.⁵⁵⁵ Buna göre, kanımızca işverenin hamile işçiye ve çocuğuna ilişkin kanun ya da tarafı olunan toplu iş sözleşmeleri tarafından kendisine yüklenen yükümlülüklerin varlığı, işçiye hamile olup olmadığının sorulması için geçerli bir sebep olamaz.⁵⁵⁶ Ancak örneğin işçinin görsel olarak bedenini kullanmasını gerektirecek mankenlik, dansçılık, hamile olmayan bir kadın karaktere ilişkin bir rol için aktrislik gibi işlerde özellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapılacaksa, işe alım esnasında veya yapılacak iş süresince hamile olunmaması, yapılacak işin niteliği ile doğrudan alakalı olduğundan hamileliğe ilişkin sorular sorulabilir.⁵⁵⁷

Benzer biçimde, yine işe alımda sorulamayacak olmakla birlikte, 16.08.2013 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik md. 6 gereği gebe veya emziren işçinin iş sözleşmesi akdedildikten sonra bunu işverene bildirme yükümlülüğü vardır. Nitekim aynı yönetmeliğin 8 ve

⁵⁵⁴ *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88, 8 November 1990. *Gabriele Habermann-Beltermann v. Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. eV*, C-421/92, 5 May 1994.

⁵⁵⁵ Hendrickx, *Disclosure of Information*, s. 663; Ünal, s. 284, 285; Gürsel, s. 315; Küzeci, s. 388; ABAD, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, 11 January 2000; *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*, C-273/97, 26 October 1999; Öyle ki, işe alınacak kadının hamile olduğunu kendisinin açıklaması hâlinde, alınacak iş için öngörülen çalışma koşullarında uyumlaştırmaya gidilmesi gerektiği kabul edilebilir. Taub, Nadine, “At the Intersection of Reproductive Freedom and Gender Equality: Problems in Addressing Reproductive Hazards in the Workplace”, *UCLA Women’s Law Journal*, Vol. 6, No. 2, 1996, s. 448 vd.

⁵⁵⁶ Gürsel, s. 314, 315; Leray, s. 85; Urhanoglu-Cengiz, İftar, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 10, S. 4, 2009, s. 28; Aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Rehbinden, s. 754; Manav, s. 117; Sözer, s. 41, 42.

⁵⁵⁷ Ünal, s. 315; Gürsel, s. 284; Rehbinden, s. 756; Manav, s. 117.

9. maddeleri uyarınca gece çalıştırma yasağı⁵⁵⁸ ile günlük yedi buçuk saatten çalıştırılmama koşullarını uygulayabilmek ve md. 13 vd. düzenlenen yükümlülükler açısından iş ilişkisi içindeyken işverenin bu konuda bilgilendirilmesi gerekir. Bununla birlikte, bu yükümlülükleri nedeniyle iş ilişkisi süresince işyeri hekiminin kadın işçilere hamilelik testi yapması mümkün değildir.⁵⁵⁹

1.1.8. İşçinin sağlık durumuna ilişkin sorular

Aday işçiye sorulabilecek sorulardan bir diğeri de sağlık durumuna ilişkindir. İşçinin kimliği, eğitimi ve mesleki deneyimi gibi, sağlık durumuna ilişkin bilgilerin işveren tarafından bilinmesinde de genel olarak makul bir yarar bulunmaktadır. Nitekim işveren, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) uyarınca işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik birtakım yükümlülükler altındadır ve bu yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için henüz işe alımda işçinin işin niteliğine ilişkin sağlık sorunu olup olmadığını bilmelidir. Ayrıca, kanımızca, hamileliğe ilişkin koruyucu hükümlerin varlığı bakımından işverenin sahip olduğu yükümlülükler ile kadın işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının çatışmasında, hamilelik durumunun öğrenilmesi hem ayrımcılık hem de bu hakka ölçüsüz bir müdahale olacakken; iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almaya ilişkin yükümlülükler nedeniyle bu tür bilgilerin öğrenilmesi, ayrımcılık veya özel yaşamın gizliliği hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmeyecektir.

Bu durumda, görülecek işin niteliğinin işçinin sağlık durumu bakımından önem arz etmesi ve belli sağlık durumundaki işçilerin söz konusu işi

⁵⁵⁸ Bu yasak nedeniyle öğretilen, gece işlerinde çalışacak olan aday işçilere hamileliğe ilişkin soruların sorulabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşler için bkz. Sözer, s. 1051; Ünal, s. 285; Rehbinden, s. 756.

⁵⁵⁹ Gürsel, s. 317.

yapamayacak olması hâlinde, bu sebeplerle sınırlı olmak şartıyla⁵⁶⁰ işçiye sağlık durumuna ilişkin sorular sorulabilir.⁵⁶¹

Örneğin fikrî emeğe dayanan bir işin yapılmasında kişinin kullandığı ilaçların, tıbbi geçmişinin veya fiziksel kabiliyetine ilişkin sınırlılığının bir önemi bulunmaz; bu nedenle bu tür bir işe alımda sağlık durumuna ilişkin bahsi geçen sorulamaz. Ancak o işyerindeki olağan çalışma koşullarında aday işçinin diğer işçilere veya müşterilere bulaşacak hastalıklarının olup olmadığı sorulabilir.⁵⁶² Zira İK md. 24/1 (b) hükmü, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa haklı nedenle fesih hakkı olduğunu kurala bağlamaktadır. Elbette burada da sorulacak soru, ancak ve ancak o işyerinde, söz konusu işin görüldüğü esnada bulaşabilmesi mümkün olabilecek türden bulaşıcı hastalıklarla sınır olmalıdır.

Sağlığa ilişkin sorular bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir husus, HIV+ olma (HIV ile yaşama) durumuna ilişkin yöneltilecek sorulardır. Öncelikle, HIV ile yaşayan kişilere ilişkin özellikle Türkiye'deki stigmatın⁵⁶³ ortadan kaldırılabilmesi için birtakım kavramların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İlk olarak, HIV (*Human Immunodeficiency Virus*, İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü) kişinin bağışıklık sisteminin zayıflamasına yol açabilen virüs

⁵⁶⁰ Nitekim sağlığa ilişkin sorulacak sorular, kişinin engellilik durumu, akıl sağlığı, hastalıkları, fiziksel veya zihinsel sınırlılıkları, tıbbi geçmişi, disleksi gibi öğrenme engeli, bağımlılıkları veya kullandığı ilaçlar gibi çok geniş bir kapsama sahiptir. Bu durumda bahsi geçen bilgilerin birçoğunun kişinin göreceği iş ile ilişkili olması mümkün olmadığından, sorulacak soruların da görülecek işin gerektirdiği kadarıyla sınırlı olması gerekir. Christie/ Anand, s. 701.

⁵⁶¹ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668, 669; Christie/ Anand, s. 701; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 30; Rehbinden, s. 754; Yıldız, s. 163; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 154; Odaman, s. 41; Manav, s. 118; Gürsel, s. 302; Ünal, s. 276; Yürekli, s. 553.

⁵⁶² Gürsel, s. 301; Ünal, s. 276.

⁵⁶³ Türkiye'de ilk HIV bildirimi 1985 yılında yapılmıştır. İlk başta üç kişinin HIV+ olduğu raporlandıktan sonra, özellikle bu konudaki bilinçlenme ile hastanelere başvurulmasıyla raporlanan sayı gittikçe artmıştır. Türkiye Halk Sağlığı Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Daire Başkanlığı Cinsel Yolla Bulaşan Enfeksiyonlar Biriminin 2017 yılında yayımladığı rapora göre 1 Ekim 1985 ile 31 Aralık 2017 tarihleri arasında toplamda 17884 kişinin HIV+ olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır. <http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/veriler31Aralik2017.pdf>, S.E.T. 26.05.2019; Türkiye'de Sağlık Bakanlığı ve The Global Fund sponsorluğunda uygulanan Türkiye HIV/AIDS Önleme ve Destek Programı kapsamında yapılan araştırmalar ve Türkiye'ye dair bulgular ile çözüm önerilerine ilişkin bkz. AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar.

tipini ifade ederken, AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*, Edinilmiş Bağışıklık Yetersizliği Sendromu) HIV'nin vücuda girmesinden sonra tedavi ile baskılanmadığı hâlde bağışıklık sisteminin zayıflaması nedeniyle ortaya çıkabilecek hastalıkların tümünü, yani bu tıbbi sendromu ifade eder.⁵⁶⁴ Dolayısıyla, HIV de AIDS de bir hastalık değildir.

İkinci olarak HIV, enfeksiyondan sonra 6. evreye kadar (bulaşma, birincil HIV enfeksiyonu, serokonversiyon, asemptomatik dönem, erken semptomatik dönem, geç semptomatik dönem) AIDS evresine gelmez ve bu evreye gelene kadar kan nakli ile bulaşmışsa 1-2 yıl, cinsel yol ile bulaşmışsa 8-10 yıl geçmiş olur.⁵⁶⁵ Buna göre kişinin HIV taşıdığı tespit edildikten sonra uzun yıllar boyunca AIDS evresine gelmesi mümkün değildir ve bu evreye gelene kadar tedaviye başlanması durumunda kişinin viral yükü, başkalarına bulaşmayacak seviyeye iner ve AIDS evresine geçilmesi engellenir.⁵⁶⁶ Mevcut tedavi yöntemleri ile kaydedilen ilerlemeye göre, HIV+ bireyin tedavisi AIDS evresine gelmeden önce başlarsa, bu kişinin yaşam süresi ve kalitesi, HIV- bireyler ile aynıdır.⁵⁶⁷

Üçüncü olarak, HIV'nin bulaşma yolları oldukça sınırlıdır. HIV temel olarak üç şekilde bulaşır: korunmasız cinsel ilişki, kan yolu, anneden bebeğe doğum veya emzirme yoluyla.⁵⁶⁸ Buna göre, öpüşmek; dokunmak; el sıkışmak, sarılmak; aynı ortamda veya sofrada bulunmak; aynı saunayı, havuzu, banyoyu, tuvaleti paylaşmak; aynı tabağı, bardağı, çatalı, kaşığı kullanmak; aynı hayvanlar ile temasta bulunmak; aynı giysileri ve telefon kulaklığını kullanmak; aynı

⁵⁶⁴ Pozitif Yaşamak: HIV ile Yaşayanlar İçin El Kitabı, ed. Çiğdem Şimşek, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul, 2015, s. 13.

⁵⁶⁵ Pozitif Yaşamak, s. 15; Sönmezer, Meliha Çağla, "HIV Enfeksiyonun Klinik Özellikleri ve Tedavisi", http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/HATAM_HIV_AIDS_klinik_ozel_041217.pdf, S.E.T. 26.05.2019.

⁵⁶⁶ Pozitif Yaşamak, s. 23.

⁵⁶⁷ Tümer, Aygen, "HIV/AIDS Epidemiyolojisi ve Korunma", s. 1, http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/Epid_web_AT_2017.pdf, S.E.T. 26.05.2019.

⁵⁶⁸ Pozitif Yaşamak, s. 24, 25; Tümer, s. 2, 3.

kuaföre gitmek; gözyaşı, ter, tükürük, sivrisinek, böcek, arı sokması ile HIV bulaşmamaktadır.⁵⁶⁹

Son olarak, ILO'nun 2010 yılında kabul ettiği 200 No'lu HIV, AIDS ve Çalışma Dünyasına İlişkin Tavsiye Kararı, işe alımdan iş ilişkisinin sona ermesine kadar her türlü çalışan ve potansiyel çalışanı kapsamına almaktadır. Bu Tavsiye Kararı'nın IV.10 hükmünde, HIV ile yaşama durumunun işe alımda, iş ilişkisinde veya sona ermesinde herhangi bir ayrımcılık temeli yaratmaması gerektiği kurala bağlanmakta; IV.4 (b) hükmünde ise üye devletlerin ILO tarafından 2001 yılında kabul edilen HIV/AIDS ve Çalışma Dünyası Uygulama Kodu'na uygun politikalar yürütmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁷⁰ Nitekim bu Uygulama Kodu da md. 8.1'de, işe alımda uygulanacak zorunlu testler arasında HIV testlerinin hiçbir şekilde yer alamayacağını düzenlemektedir.⁵⁷¹

Tüm bu açıklamalar ışığında, işe alımlarda HIV ile yaşama durumuna ilişkin soruların sorulmasının kural olarak özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal ettiği kuşkusuzdur. Nitekim HIV'nin bulaşma yolları göz önünde bulundurulacak olursa, HIV+ olma durumunun iş sağlığı ve güvenliği açısından yaratacağı risk oldukça azdır.⁵⁷² Bu durumda işe alımda bu tür bir sorunun sorulabilmesi için kişinin örneğin dikiş işleriyle uğraşacak bir terzi olarak ya da sağlık kuruluşlarında cerrah, hemşire laborant, ilk yardım görevlisi, dişçi olarak işe alınıyor olması⁵⁷³ yeterli olmamalı, bunun yanı sıra alındığı işin yapılış biçiminin işçinin kanının bir başkasına bulaşma riski taşıması gerekir. Ancak kanımızca bu hâllerde dahi işçinin HIV ile yaşayıp yaşamadığı sorusuna doğru yanıt vermesi

⁵⁶⁹ Pozitif Yaşamak, s. 24; Tümer, s. 3; Sönmezer, s. 2, 3.

⁵⁷⁰ Recommendation No 200 concerning HIV and AIDS and the World of Work), Geneva, 99th ILC session, 17 June 2010.

⁵⁷¹ HIV/AIDS and the World of Work: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 2001, s. 15.

⁵⁷² Öyle ki, Belçika iş hukukunda iş mahkemelerinin kararları, yalnızca kan yoluyla bulaşma riskini taşıyan sağlık sektöründe çalışanlar bakımından HIV testinin yapılabileceği yönündedir. Hendrickx, Disclosure of Information, s. 669, 670.

⁵⁷³ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 669; Gürsel, s. 301; Ünal, s. 278, 279; Uncular, s. 76; Manav, s. 118; Odaman, s. 41; Ertürk, Şükran, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002, s. 9, 10.

zorunluluğu bulunmamaktadır; zira aşağıda açıklanacağı üzere işverenin işe alım sürecinde veya iş ilişkisinin devamında işçiye HIV testi yaptırmaması mümkün değildir. Nitekim AİHM⁵⁷⁴ ve AYM⁵⁷⁵ de, HIV+ olma durumunun işe alımlarda ve daha sonra inceleneceği üzere iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık temeli yarattığı takdirde özel yaşamın gizliliği hakkının da ihlal edilmiş olacağını karara bağlamıştır.

⁵⁷⁴ *I.B. v. Yunanistan*, 552/10, 2013, “The court of appeal had held that the threat of disruption to the company was based on scientifically unfounded reactions and that where an employee’s illness did not have an adverse effect on the employment relationship or the smooth running of the company, it could not be taken as an objective justification for termination of the contract. It had explicitly recognized that the applicant’s HIV-positive status had no effect on his ability to carry out his work and there was no evidence that it would lead to an adverse impact on his contract, justifying its termination. The company’s very existence was not threatened by the pressure exerted by the employees. The employees’ prejudice could not be used as a pretext for ending the contract of an HIV-positive employee. The need to protect the employer’s interests had to be carefully balanced against the need to protect the interests of the employee, who was the weaker party to the contract, especially where that employee was HIV-positive”; *Kiyutin v. Rusya*, 2700/10, 2011.

⁵⁷⁵ AYM *T.A.A. Başvurusu*, 2014/19081, 1/2/2017, “Somut olayda başvurunun istifa dilekçesi verdiği sabit olmakla birlikte HIV virüsü taşıyıcısı olması ve bu durumun işverence öğrenilmesi üzerine başvurunun önce ücreti ödenmek suretiyle birkaç ay iş yerinden uzaklaştırıldığı ve daha sonra işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay bozma kararının ve bu karara uyarak davayı reddeden İş Mahkemesinin karar gerekçesinde ‘Davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu göz önüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır.’ denilerek başvurunun çalışmasına son verilmesinin işverence HIV pozitif olması nedenine dayandırıldığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla somut olayda başvurunun ‘sağlık durumu’ sebep gösterilerek çalışma hayatını etkileyen bir işleme tabi tutulmuş olması, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkını da ilgilendirmektedir. ... Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimal de olsa- ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu kabul edilmelidir. ... Yargıtay ve İş Mahkemesi ise kararlarında, hastalığın ‘bulaşıcı’ olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvurunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkanları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığı ele alınmamıştır. Oysa tanık beyanlarına göre gerek işyeri hekiminin işverene başvurunun bir başka işte çalıştırılması tavsiyesinde bulunduğu gerekse personel ve mali işler müdürünün dış görev olarak bayi ziyareti işinin verilmesinden söz ettiği, Mahkemece atanan bilirkişinin raporunda da işverenin yapması gerekenin davacı işçinin hastalığı nedeniyle risk taşımayan bir başka işe verilmesi olduğunun belirtildiği görülmektedir. Ancak işveren tarafından işyerinde bu şekilde bir başka görev olup olmadığı, varsa başvurunun niteliklerinin söz konusu görev bakımından yeterli olup olmadığı gibi hususlarda hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır”.

1.2. İşçiye Biyolojik veya Psikolojik Testler Uygulanması

İşveren, işe alım sürecinde sözlü mülakat aşamasından sonra, işe almayı kabul ettiği işçilere⁵⁷⁶ iş sözleşmesinin yapılması esnasında birtakım biyolojik veya psikolojik testler uygulamak isteyebilir. Biyolojik testler; kişinin sağlık durumuna, biyolojik ve fizyolojik özelliklerine dair çeşitli testlerden oluşur. Psikolojik testler ise, “psikoteknik” olarak da nitelendirilen zeka, dikkat, hafıza, bilgi, yetenek, ilgi, yaratıcılık, kişilik ve dürüstlük testleridir.⁵⁷⁷ Çalışmanı amacı bakımından inceleme alanı bulacak olanlar ise, alkol ve uyuşturucu testleri, sağlık ve HIV testleri, kişilik ve dürüstlük testleri ve genetik testlerdir.⁵⁷⁸

Bu uygulamaların genel amacı, işverenin hukuki ve cezai sorumluluk alanını doğuracak olan işyerinde çalışan kişilerin işlem ve eylemlerinin hukuka aykırılığını önlemektir. Nitekim işveren, yukarıda açıklandığı üzere BK md. 66 uyarınca iş görme esnasında işçilerinin üçüncü kişilere vereceği zararlardan ötürü objektif bir kusursuz sorumluluğa sahiptir. Aynı zamanda yönetim hakkı kapsamında, işyeri içindeki disiplini ve işin kusursuz bir biçimde görülmesini sağlamak amacıyla işçilerin birtakım hareketlerini denetleme hakkı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, bu testlerin yapılmasına ilişkin birtakım genel sınırlar bulunmaktadır. Her şeyden önce, psikolojik veya biyolojik testlerin yapılması, kuşkusuz TMK md. 23/3’te ifade edildiği üzere “insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli” teşkil edeceğinden, işçinin yazılı

⁵⁷⁶ Christie/ Anand, s. 701, 702.

⁵⁷⁷ Demirkol/ Ertuğral, s. 30, 31.

⁵⁷⁸ Lyon-Caen, s. 69, 70; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668 vd.; Christie/ Anand, s. 701 vd.; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 161 vd.; Gürsel, s. 324 vd.; Ünal, s. 287 vd.; Beytar, s. 175-184; Davidson, Dan, “Employee Testing: An Ethical Perspective”, Journal of Business Ethics, Vol. 7, No. 3, March 1988, s. 211 vd.; MacDonald, Chris/ William-Jones, Bryn, “Ethics and Genetics: Susceptibility Testing in the Workplace”, Journal of Business Ethics, Vol. 35, 2002, s. 235 vd.; Simms, Michele, “Defining Privacy in Employee Health Screening Cases: Ethical Ramifications Concerning the Employee/Employer Relationship”, Journal of Business Ethics, Vol. 13, No. 5, 1994, s. 315 vd.; Mell, Christina Louise, “Employee Drug Testing: Guilty until Proven Innocent?”, Missouri Law Review, Vol. 52, 1987, s. 625 vd.

rızasının alınması şartı bulunmaktadır.⁵⁷⁹ Ayrıca, bu tür testler doğrudan doğruya kişinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan unsurlarını ortaya çıkarmaya yöneliktir. Örneğin kişinin alkol içip içmediği, uyuşturucu kullanıp kullanmadığı, hangi ilaçları kullandığı, etnik kökeni, hamile olup olmadığı gibi özel yaşamını ilgilendiren birçok husus bu gibi testlerle ortaya çıkabilmektedir.⁵⁸⁰ Bu nedenle bu tür testlerin genel amacının daima görülecek işin niteliği ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınabilmesine ilişkin olması gerekir.⁵⁸¹ Zira işçi hakkında toplanacak bilgilerin sınırını, aday işçiye sorularda olduğu gibi, hâla TMK md. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralı çizmektedir. Bu genel sınırların yanı sıra, bu testlerin yapılmasına ilişkin birtakım özel sınırların varlığı da gereklidir ve aşağıda her bir teste ilişkin bahsi geçen sınırlardan kısaca söz edilecektir.

1.2.1. Alkol ve uyuşturucu testleri

İşveren, iş sözleşmesini akdedeceği işçilere (ya da iş sözleşmesi akdedildikten sonra iş ilişkisinin devamı boyunca) alkol ve uyuşturucu testleri yaparak, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğini sağlamayı ve işin kusursuz bir biçimde görülmesini amaçlayabilir. İşyerindeki verimliliği artırmak, işçilerin ve müşterilerin sağlık ve güvenliğini korumak, mevzuatın gerektirdiği birtakım yükümlülükleri yerine getirmek gibi pek çok sebep, işverenlerin bu tür testleri yapma yönündeki isteğini artırabilir.⁵⁸² Bir başka sebep de, İK md. 25/2 (d)

⁵⁷⁹ Gürsel, s. 325; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 162; TMK md. 23/3 anlamında sınırlamanın şartları için bkz. Kılıçoğlu, s. 335-344.

⁵⁸⁰ Davidson, s. 212; Gürsel, s. 324, 325; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1996, s. 32.

⁵⁸¹ Örneğin Kanada iş hukukunda işçiye iş sözleşmesi akdedileceği esnada uygulanacak testler bakımından iki temel şart aranmaktadır: Söz konusu testlerin (i) işe alım esnasında, iş sözleşmesi akdedilecek işçilere yapılması ve (ii) işçinin, görülecek işin temel yükümlülüklerini yerine getirip getiremeyeceğine ilişkin olması. Christie/ Anand, s. 702, 703; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31.

⁵⁸² Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 32; Gürsel, s. 325; Nitekim ABD’de işyerindeki hırsızlık olayları, işgücü kayıpları ve verimliliğin düşmesi gibi sebeplerle her yıl işletmelerin toplamında ortalama 50 milyar dolarlık bir kayıp meydana gelmektedir. Bu durum da işverenleri alkol ve uyuşturucu bağımlılığı ile mücadele etmeye yönlendirmektedir. Statistic Brain Institute 2018 verilerine dayanarak yazılmış haber için bkz. <https://www.cnbc.com/2017/09/12/workplace-crime-costs-us-businesses-50-billion-a-year.html>, S.E.T. 26.05.2019; Davidson, s. 213.

hükmüdür. Nitekim bu hüküm uyarınca, işçinin işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması, işveren için haklı nedenle derhal fesih sebebidir. Örneğin Fransız iş hukukunda ise *Code du Travail* md. R. 4228-20, şarap, bira ve elma şarabı dışındaki her türlü alkollü içkinin işyerinde tüketilmesini yasaklamakta, buna yönelik md. L. 4121-1 gereği üstlendiği işçiyi gözetme (güvenliğini sağlama, fiziksel ve psikolojik sağlığını koruma) borcunun gerektirdiği önlemleri alma imkanı tanımaktadır.⁵⁸³

Bununla birlikte, alkol ve uyuşturucu testlerine yönelik katıldığımız birtakım eleştiriler yöneltilmektedir. İlk olarak, alkol ve uyuşturucu testleri, testin yapıldığı anda elde edilen verilere göre, ölçülen alkol veya uyuşturucunun cinsine göre değişmekle birlikte, herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda alkol ve uyuşturucu alınmış olduğunu tespit etmekten öteye geçmez.⁵⁸⁴ Nitekim 1996 yılında çıkarılan İşyerinde Uyuşturucu ve Alkole Dayanan Sorunların Yönetilmesine Dair ILO Uygulama Kodu da bu durumu ortaya koymaktadır.⁵⁸⁵ Örneğin kokain, ortalama olarak tükürük testinde iki gün, idrar testinde üç gün, saç kökü testinde ise kullanım miktarına göre aylar veya yıllar boyunca vücutta kalabilmektedir. Benzer biçimde, kullanım miktarına göre değişmekle birlikte marijuananın⁵⁸⁶ vücutta kaldığı süre de ortalama olarak tükürük testi için 48 saat, kan testi için 36 saat, idrar testi için 3 gün ve saç kökü testi için 90 gündür.⁵⁸⁷ Bu

⁵⁸³ Miné/ Marchand, s. 108.

⁵⁸⁴ Davidson, s. 215.

⁵⁸⁵ Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 32.

⁵⁸⁶ İşyerinde tıbbi amaçlı marijuana kullanımına ilişkin sorumluluk hukuku ve etik meselelere ilişkin bkz. Mello, Jeffrey A., “Employment and Public Policy Issues Surrounding Medical Marijuana in the Workplace”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 117, No. 3, October 2013, s. 659-666; Genel olarak marijuana kullanımının ağır uyuşturucu türlerine göre farklılıkları ve yakın tarihte birçok ülke ve eyalette uyuşturuculara ilişkin suçlar kapsamında çıkarılmasına ilişkin bkz. Siff, Stephen, “The Illegalization of Marijuana: A Brief History”, *Origins: Current Events in Historical Perspective*, Vol. 7, Iss 8, May 2014. Türkiye ise 29 Eylül 2016 tarihinde 29842 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kenevir Yetiştiriciliği ve Kontrolü Hakkında Yönetmelik ile belli illerde çiftçilerin kenevir yetiştirmesine cevaz verecek bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, çiftçiler veya kenevir üzerinde bilimsel araştırma yürütmek isteyen kişiler, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına izin başvurusunda bulunabilir, uygun görülen başvurular için üç yıl süreyle bu kişilerin Yönetmelik’e uygun bir biçimde kenevir yetiştirmesine izin verilir.

⁵⁸⁷ American Addiction Centers bilgilendirme kitapçıları, ed. Dan Wagener, <https://americanaddictioncenters.org/cocaine-treatment/how-long-in-system#>, S.E.T. 26.05.2019; <https://americanaddictioncenters.org/marijuana-rehab/how-long-system-body>, S.E.T. 26.05.2019.

durumda, bahsi geçen ILO Kodu'nun da ifade ettiği üzere, bu tür testlerin uygulanması ile işçinin işyerine alkol veya uyuşturucu etkisi altında geldiği, işyerinde bu maddeleri kullandığı ya da bu maddeleri kullanmaktan ötürü performansının etkilendiği ispat edilemez.⁵⁸⁸ Nitekim yapılan testin türüne göre işçi yalnızca belli günlerde alkol veya uyuşturucu kullanmayarak testin pozitif çıkmasından kaçınabileceği gibi, işçinin işyeri ve çalışma saatleri dışında kullanmış olduğu alkol veya uyuşturucunun tespiti işveren tarafından bilinmesi ihtimali de özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut verebilecektir.

İkinci olarak, bahsi geçen testler tükürük, kan, idrar, saç kökü gibi örnekler üzerinden yapıldığından, kişinin sağlık durumuna dair başkaca testlerin yapılmasına imkan tanıyarak uyuşturucu veya alkol dışındaki unsurların test edilmesine sebep olabilir. Örneğin kişinin hamileliği, kullandığı ilaçlar, HIV+ olma durumu gibi işverenin bilmesinde herhangi bir hukuki menfaatinin bulunmadığı hususlar, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecek şekilde işveren tarafından öğrenilebilir.⁵⁸⁹ Ayrıca, bu tür testleri yapılması tek başına vücut dokunulmazlığının ihlali olacağından hukuka uygunluk sebepleri oldukça dar yorumlanmalıdır⁵⁹⁰; zira idrar testlerinde olduğu gibi kişiye test esnasında bir başkasının refakat etmesi gibi ağır bir hak ihlali tehlikesi gündeme gelebilir.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 165; *Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice*, s. 33; Ayrıca, söz konusu testlerin detaylı ve gelişmiş taramalarla yapılmaması hâlinde genellikle yanlış sonuçlara varılabilmektedir. Örneğin tamamen tıbbi hatalarla; Ritalin, Xanax, Adderall gibi belli reçeteli ilaçların kullanımı ya da bazı bitki çaylarının sürekli ve çok tüketilmesi uyuşturucu kullanımı olarak yansıyabileceği gibi, siyahi veya koyu ten renkli kişilerin cildinde bulunan Melanin pigmentinin marijuana içeriğindeki THC molekülüne benzerliği nedeniyle bu kişilerin marijuana kullandığı gibi bir sonuca da varılabilir. Davidson, s. 215.

⁵⁸⁹ Gürsel, s. 326; *Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice*, s. 32.

⁵⁹⁰ ABD öğretisinde bir görüş de işçiye yapılacak bu tür testlerin kamu işverenleri tarafından yapılması durumunda, Fourth Amendment anlamında vücut dokunulmazlığına yönelik bir “arama ve yakalama” (*search and seizure*) olduğunu, bu nedenle idari veya adli kolluk tarafından yapılacak diğer arama ve yakalamaların tabi olduğu şartlara tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre örneğin ABD hukuku bakımından mahkeme kararı olmaksızın bu tür testlerin yapılabilmesi için, (i) delilleri karartma şüphesinin varlığı, (ii) özel yaşamın gizliliği beklentisinin çok düşük olması gereken kamu kesiminde çalışıyor olma durumu ve (iii) testlerin cezai değil idari bir işlem olarak yapılması şartları aranır. Mell, s. 634-642.

⁵⁹¹ Gürsel, s. 326.

Dolayısıyla, işçilere alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılması kural olarak yasaktır. Ancak belli sınır ve şartlara uyulması hâlinde bu testlerin de yapılabileceği kabul edilir. Yargı kararları ve öğreti, bu testlerin hukuka uygunluğuna ilişkin üç temel unsurun gerekliliğini ortaya koymuştur: (i) işçinin önceden alınmış yazılı rızası, (ii) görülecek işe ilişkin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atan bir risk taşıması, (iii) testin yapılış biçiminin orantılılığı ve işçiye usûli güvenceler sağlanması.⁵⁹²

İlk olarak alkol ve uyuşturucu testleri, yukarıda bahsi geçtiği üzere vücut bütünlüğüne ilişkin bir müdahale olup TMK md. 23/3 anlamında işçiden biyolojik madde alınmasıdır. Bahsi geçen hükme göre, “yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz”. Buna göre, işçiden yazılı bir rıza alınmışsa ve aşağıda bahsi geçecek olan diğer iki şart da mevcutsa, bu testlerin yapılması hukuka uygun olur.⁵⁹³ Elbette işçinin testin amacı, testin ölçüm sınırı, izlenecek tıbbi süreç, test sonuçlarının kullanılması konularında aydınlatılmış biçimde rıza göstermiş olması gerekir.⁵⁹⁴ Bununla birlikte, TMK md. 23/3 hükmü biyolojik maddenin alınmasına ilişkin verilen taahhütten doğan borcun eksik borç olduğunu kurala bağlamıştır.⁵⁹⁵ Bu nedenle, işçiden örneğin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik gibi yazılı kaynaklara dayanarak bu tür bir testi zorla yaptırması talep edilemez ve testi yaptırmadığı için maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunulamaz. Testi yaptırmayı reddeden işçilerin de

⁵⁹² Çetin, s. 193-202; Gürsel, s. 327-331; Ünal, s. 288, 289; Christie/ Anand, s. 695.

⁵⁹³ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 329; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 37; Davidson, s. 215; Mell, 642, 643.

⁵⁹⁴ *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973) kararında ABD’de Anayasa Mahkemesi, alkol ve uyuşturucu testlerine verilen rızanın durumun tüm koşullarından anlaşılması gerektiğini ifade etmekle birlikte ve bu testlerin yapılabilmesi için herhangi bir rıza aramakla birlikte, Iowa’da verilen bir başka kararda, Bölge Mahkemesi, rızanın tek başına her türlü testin yapılması için yeterli bir şart olmadığına, testin makul ve meşru bir amacının olması gerektiğine hükmetmiştir. *McDonnell v. Hunter*, Washington Post, Mar. 5 (1986); Mell, s. 643; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 37; Gürsel, s. 330; Çetin, s. 194.

⁵⁹⁵ Kılıçoğlu, s. 337.

doğrudan doğruya alkol veya uyuşturucu bağımlısı olduğu yönünde çıkarımda bulunulamaz.⁵⁹⁶

İkinci olarak, alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılabilmesi için söz konusu işin iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürecek riskler taşıyor olması gerekir.⁵⁹⁷ Bundan anlaşılması gereken, testin yapılacağı işçinin gördüğü işin başkalarının yaşamını, güvenliğini ve sağlığını yakından ilgilendiren, yüksek rizikolu bir sorumluluğu beraberinde getiren türden bir iş olmasıdır. Örneğin nükleer santral⁵⁹⁸, petrol rafinerisi, maden ocağı, havaalanı kontrol kulesi gibi işyerlerinde çalışan⁵⁹⁹ ya da pilot, yolcu asistanı,⁶⁰⁰ otobüs şoförü, acil yardım görevlisi, cerrah, polis gibi meslekleri icra eden işçilerin gördükleri işler bu tür testlerin yapılmasını makul ve meşru kılabilir.⁶⁰¹ Nitekim bu kişilerin gördüğü işler, işyerinin ve toplumun zarar görmesi ihtimalini taşıyan ve çok yoğun bir dikkat ve özen yükümlülüğü gerektiren türdendir. Önemle dikkat edilmesi gerekir ki, sadece bahsi geçen işyerlerinde çalışıyor olmak ya da bahsi geçen meslekleri icra etmek bu testlerin her zaman uygulanabileceği anlamına gelmez, nitekim o işyerindeki tüm işçilere yapılacak bir uygulama ağır hak ihlallerine sebep olabilir. İşçinin

⁵⁹⁶ Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 34.

⁵⁹⁷ Çetin, s. 193; Gürsel, s. 327; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 165; Ünal, s. 290; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 669.

⁵⁹⁸ *Wretlund v. İsveç*, 46210/99, 2004 kararında AIHM, başvurunun nükleer santralde çalışan bir temizlik işçisi olmasına rağmen alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulabileceğine hükmetmiştir. Oysa, başvurunun da belirttiği gibi, sahip olduğu görev ve yetkiler bakımından bir temizlik işçisinin her ne kadar nükleer santralde çalışsa da işyerinin veya toplumun zarar görmesine sebep olabilecek bir davranışta bulunması ve bu tür tehlikeler yaratacak kısımlara girişi mümkün değildir.

⁵⁹⁹ ABD Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar, demiryolu çalışanlarının toplumun güvenliği ve sağlığını etkileyen bir işte, bedensel ve zihinsel sağlıklarına güvenilerek çalıştırıldığını, bu nedenle nefes ve idrar testleri ile alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulabileceklerini hükme bağlamıştır. *Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602 (1989).

⁶⁰⁰ *Madsen v. Danimarka*, 58341/00, 2002 kararında AIHM, Scandinavian Seaways şirketinde yolcu asistanı olarak çalışan bir işçinin tabi tutulduğu ve şirketin personel politikasına (Türk iş hukuku anlamında iç yönetmeliğe) dayanarak uygulanan alkol testinin, yapılan iş gereği uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir.

⁶⁰¹ Örneğin Fransız Danıştayının vermiş olduğu bir kararda, işveren vekilinin (*chef d'entreprise*) sahip olduğu emir ve talimat verme yetkisinin kullanılması yoluyla iş sağlığı ve güvenliğine herhangi bir şekilde etkisi olmayan işçilere uygulanan alkol testinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Conseil d'Etat, Arrêt n° 06361 du Conseil d'Etat du 1er février 1980.

sahip olduğu görev ve yetkilerin bu testlerin uygulanmasını gerekli kılıp kılmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁰²

Üçüncü olarak, alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılış biçiminin özel yaşamın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale teşkil etmemesi ve işçilere bu testin yapılış usûlüne ilişkin belli güvencelerin verilmesi gerekir.⁶⁰³ Özellikle bu tür testlerin doğru ve ayrıntılı verilere dayanabilmesi için, testin yüksek kaliteli, tıbbi ekipmanlar bakımından eksiksiz ve güncel tekniklerle yapılması gerekir.⁶⁰⁴ Testi yapacak olan uzman sağlık personeli ve laboratuvarlar da dikkat ve özenle seçilmeli, test sonuçlarının incelenmesi bu uzmanlar tarafından yapılmalıdır. Aynı zamanda, yapılacak testlerde yalnızca alkol veya uyuşturucunun varlığına ilişkin bir inceleme yapılmalı, işçiye dair başka herhangi bir veri elde edilmesini sağlayacak hiçbir inceleme yapılmamalıdır.⁶⁰⁵ Sağlık uzmanlarının testin yapılmasından önce işçiye testin sonucuna etki edebilecek türden bilgileri (örneğin ilaç veya bitkisel ürün kullanımını) sorması, testin sonucunun pozitif çıkması hâlinde bu sonucu ilk olarak işçi ile görüşmesi gerekir. Benzer biçimde, testin tek bir işçiye yönelik şüphe sebebiyle yapılmaması, işçiler arası dikey ve yatay eşitliğe dikkat edilmesi, gizli bir biçimde yapılması ve sonuçlarının yalnızca

⁶⁰² Çetin, s. 200; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 167; Kanada Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda itfaiyecilere yapılacak testler bakımından işin görülmesini ilişkin olma, testin yapılacağı işçilerin güvenlik riski taşıyan işler yürütüyor olması ve testin yapılması ile işçinin performansı arasında bir bağlantı olması gerektiğini karara bağlamıştır. *Public Service Employee Relations Commission v. BCGSEU*, 3 S.C.R. 3 (1999). Kanada Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında belirttiği sınırlar da bu konuya ışık tutabilir. Buna göre, bu tür testler işçinin performans düşüklüğünü ölçmek amacıyla, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanmadığı sürece, güvenliğe ilişkin tehlikelerin var olduğu işler bakımından yapılabilir. *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, 189 D.L.R. 4 , 14 (2000), Bu kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Craig, John D. R., "Entrop v. Imperial Oil Ltd. - Employment Drug and Alcohol Testing is Put to the Test", Canadian Labour and Employment Law Journal, Vol. 9, 2002, s. 147-168.

⁶⁰³ Gürsel, s. 330, 331; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 167; Çetin, s. 194, 195; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 34-38.

⁶⁰⁴ Gürsel, s. 330; Ünal, s. 289; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 32 vd.; Örneğin Avrupa İşyeri Uyuşturucu Testleri Topluluğu'nun (*European Workplace Drug Testing Society*) 2010'da çıkardığı kılavuz, işyerlerinde saç kökleri kullanılarak yapılacak uyuşturucu ve alkol testlerine ilişkin izlenmesi gereken tıbbi prosedürleri ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Bu belge, saç örneğinin alınması, laboratuvar analiz usûlleri, test sonuçlarının ikili kontrollerle doğrulanması ve yorumlanmasına ilişkin uygulayıcılara yol göstermektedir. Salomone, A./ Tsanaclis, L./ Agius, R./ Kintz, P./ Baumgartner, M.R., "European Guidelines for Workplace Drug and Alcohol Testing in Hair", Drug Testing and Analysis, Vol. 8, 2016, s. 996-1004.

⁶⁰⁵ Çetin, s. 194, 195; Gürsel, s. 330; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 37.

ilgili işçi, testi yapan uzman sağlık personeli ve bu konuyla ilgili işveren vekili ya da işverenin kendisi tarafından bilinmesi gerekir; nitekim bu, İSGK md. 15/5 gereğidir.⁶⁰⁶ Son olarak, söz konusu testlerin hiçbir şekilde adayın özlük dosyasında tutulmaması, bu tür testlere dair ayrı bir dosyada saklanması gerekir.⁶⁰⁷

1.2.2. Sağlık ve HIV testleri

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu açısından, işçilere işe alımda birtakım sağlık testleri uygulayabilir⁶⁰⁸; nitekim İSGK md. 15 uyarınca, işe girişlerde işçilere sağlık muayenesinin yapılmasını sağlamak zorundadır.⁶⁰⁹ Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, uygulanacak sağlık testleri, alkol ve uyuşturucu testlerinde olduğu gibi işe alım sürecini tamamlamak üzere olan, iş sözleşmesi akdedilecek olan işçilere yapılabilir.⁶¹⁰ Bu durumda, işe alımlarda uygulanacak sağlık testlerine ilişkin sınırlarının belirlenebilmesi için ilk olarak işverenin bu konudaki yasal yükümlülüklerinden bahsetmek gerekir.

İSGK md. 6/1,a uyarınca işveren, “çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir”. Bu yükümlülük İSGK md. 38’de 12/7/2013 tarihinde yapılan değişiklikle 50’den az çalışanı olan ve az tehlikeli işyerleri için 1 Temmuz 2020 tarihine ertelenmiş; 50’den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer

⁶⁰⁶ Çetin, s. 202; Ünal, s. 289; Gürsel, s. 331; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 37.

⁶⁰⁷ Gürsel, s. 331; Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, s. 19.

⁶⁰⁸ Miné/ Marchand, s. 343.

⁶⁰⁹ Süzek, s. 887, 888.

⁶¹⁰ Christie/ Anand, s. 702.

alan işyerleri için 1 Ocak 2014 tarihinde, diğer işyerleri için ise 30 Aralık 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

İşyeri hekimleri, İSGK md. 8’de tanımlanan görevleri uyarınca, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. 20 Temmuz 2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik md. 9/2,c,1 gereği de, sağlık gözetimi kapsamında yapılacak işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler ile ilgili olarak çalışanları bilgilendirmek ve onların rızasını almak görevleri bulunmaktadır.⁶¹¹ Ancak İSGK md. 15/3 gereği, 50’den az işçi çalıştıran az tehlikeli işyerleri için alınacak raporların kamu hizmet sunucuları ya da aile hekimlerinden alınması da mümkündür. Belçika ve Fransa iş mevzuatında da işyeri hekimleri (*médecin du travail*) benzer görevler üstlenmektedir.⁶¹²

Bununla birlikte, İSGK md. 15/5’te de kurala bağlandığı üzere, işverenin işçiye işe alımlarda uygulayacağı sağlık testleri bakımından özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin,⁶¹³ özellikle test sonuçlarının gizliliğini gerektiren yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla işçilere işe alımlarda uygulanacak olan sağlık testlerinin de belli sınırlarının varlığı kabul edilmelidir. Yargı kararları ve öğreti tarafından ortaya konulan bu sınırlar; (i) işçinin önceden alınmış yazılı rızası, (ii) sağlık testinin görülecek işin niteliğine ilişkin olup işçinin bu konudaki yeterliliğini ölçmeye yönelik olması ve (iii) testin teknik gereklere uygunluğu ve

⁶¹¹ Ayrıca, bu görevlerini yerine getirirken çalışanların yapacakları işe uygun olduklarını belirten işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi ile gerekli tetkiklerin sonuçlarını bu Yönetmelik’e uygun olarak düzenlemek ve işyerinde muhafaza etmek durumundadırlar. İşyeri hekimleri, bu görevlerini yerine getirirken Yönetmelik’in 10. maddesindeki yetkilerine dayanır. Bu bilgilerin işyerinde muhafaza edilmesine ilişkin bu hükmün, yukarıda bahsi geçtiği üzere işçiye uygulanacak test sonuçlarını içeren bilgilerin özlük dosyasında değil, ayrı bir dosyada tutulması gerektiği kuralını teyit ettiği kabul edilebilir.

⁶¹² Lyon-Caen, s. 68 vd.; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668, 669.

⁶¹³ İşyerinde uygulanacak sağlık testleri ile işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının teorik ve etik açıdan değerlendirmesi için bkz. Simms, s. 321-324.

sonuçlarının gizliliğidir.⁶¹⁴ Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, sağlık testleri, işe alımdan sonra iş ilişkisi devam ederken de yapılabilir ve bu sınırlar bu testler bakımından da geçerliliğini korur.

İlk olarak, işçilere işe alım esnasında sağlık testlerinin uygulanabilmesi için, işçinin yazılı rızasının alınması gerekir; nitekim işyeri hekimi (ya da kamu hizmet sunucuları veya aile hekimleri) tarafından yapılacak muayene işçinin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil edecektir.⁶¹⁵

İkinci olarak, işçiden talep edilen testin, görülecek işin niteliği ile ilgili olması gerekir. Buna göre hem işçinin sağlık durumunun görülecek iş için uygun veya yeterli olup olmadığı hem de işçinin söz konusu işyerinde çalışmakla iş sağlığı ve güvenliği bakımından maruz kalabileceği tehlikelerin ölçülmesiyle sınırlı olunmalıdır.⁶¹⁶ Örneğin gıda üretimine ilişki bir işyerinde çalışan işçinin gıda güvenliğini tehlikeye sokacak akut ve kronik bulaşıcı bir hastalığının bulunup bulunmadığı⁶¹⁷; işçinin söz konusu işyerinin olağan çalışma koşulları altında diğer işçilere bulaştırabileceği bulaşıcı bir hastalığının olup olmadığı; pilot veya otobüs şoförü gibi toplumun güvenliği ve sağlığına ilişkin yüksek riskli işlerde çalışanların fiziksel veya psikolojik yeterlilik ve yetkinlikleri⁶¹⁸; işçinin söz konusu iş görme edimini yerine getirmesi için sağlığına dayanan bir engelinin

⁶¹⁴ Christie/ Anand, s. 702, 703; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 302 vd.; Ünal, s. 271 vd.; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668 vd.

⁶¹⁵ Nitekim bahsi geçen Yönetmelik md. 9/2,c,1 gereği işyeri hekimi, işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler ile ilgili olarak işçinin rızasını almak görevine sahiptir. Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 302; Burada dikkat edilmesi gereken bir husus ise işçinin gönüllü olarak işverene verdiği sağlık testi sonuçlarıdır. ABD’de verilen birtakım kararlara göre, işçinin gönüllü olarak bir sağlık testi sonucunu işverene vermesi, işverenin daha sonra bu sonucu kullanarak yapacağı eylem ve işlemlere karşı özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali iddiasında bulunmasına engel olabilir. Örneğin işçinin ücretsiz izne ayrılmak için verdiği Hepatit C raporunun ya da geçici iş göremezlik ödeneği almak için verdiği maluliyet raporunun daha sonra başkaları tarafından görülmesi, ABD mahkemelerince işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir. *EEOC v. Thrivent Fin. for Lutherans*, 795 F. Supp. 2d 840 (E.D. Wis. 2011), *affd.*, 700 F. 3d 1044 (7th Cir. 2012); *Fisher v. Harvey*, No. 1:05-CV-102, 2006 WL 2370207 (E.D. Tenn. Aug. 14, 2006); *Doe v. U.S. Postal Serv.*, 317 F.3d 339 (D.C. Cir. 2003); Thomson, Mel, “Employee Recourses to Manager-Revealed Private Health Information”, St. Mary’s Law Journal, Vol. 47, 2015, s. 441 vd.

⁶¹⁶ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668; Lyon-Caen, s. 69; Christie/ Anand, s. 702; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 302, 303; Ünal, s. 272; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 180.

⁶¹⁷ Gürsel, s. 305; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 668.

⁶¹⁸ Gürsel, s. 305.

bulunup bulunmadığı⁶¹⁹ işe alımlarda sağlık testleri ile ölçülebilir. Ancak işçinin iş görme yeterliliği veya uygunluğunu ölçme amacını aşan, örneğin hamilelik durumunu, kullandığı ilaçları, görülecek iş ile ilgisiz hastalıklarını ifşa eden türden sağlık testleri işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmiş olacaktır.

Üçüncü olarak, işe alım esnasında işçiye uygulanacak testin teknik gereklere uygunluğunun ve sonuçlarının gizliliğinin sağlanması gerekir.⁶²⁰ Öncelikle, işçiye işe alımlarda uygulanan sağlık testleri, alanında uzman sağlık personeli tarafından yapılmalıdır. İşyeri hekimi (ya da İSGK md. 15/3 uyarınca kamu hizmet sunucuları ya da aile hekimleri), söz konusu testleri yapmak konusunda uzman olmalıdır.⁶²¹ Ayrıca, yapılan test sonuçlarının gizliliği sağlanmalı, bu sonuçların testi yapmakta uzman kişi, işçinin kendisi ve sonucun olumsuz çıkması hâlinde işe alımda görevli işveren ya da işveren vekili dışında kimse tarafından öğrenilmemesi gerekir. Nitekim işverene ya da işveren vekiline sunulacak bilginin de yalnızca işçinin işe girişi bakımından önem arz eden bilgilerle sınırlı olması gerekir.⁶²² İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik md. 11/1 ve 18/1 uyarınca da, işyeri hekimleri ve diğer sağlık personeli, bu Yönetmelikte belirtilen görevlerini yaparken çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler.⁶²³

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, işe alımlarda gerçekleştirilecek sağlık testlerinin HIV testlerini içerip içermeyeceğidir. Bu konuda yukarıda açıklandığı üzere, aday işçiye sorulacak sorular hakkında

⁶¹⁹ Lyon-Caen, s. 68; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31.

⁶²⁰ İşçiye ait sağlık verilerinin işveren veya işveren vekilleri tarafından ifşa edilmesine ilişkin yakın tarihte ABD mahkemelerince verilen kararların incelemesi ve ABD'nin ilgili mevzuatının bu konuda sahip olduğu boşluğun doldurulmasına ilişkin öneriler için bkz. Thomson, s. 459.

⁶²¹ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 305.

⁶²² Miné/ Marchand, s. 151; Gürsel, s. 309-312; İşyeri hekimi ya da başka bir sağlık uzmanının söz konusu sağlık testinin yalnızca işverenin ihtiyaç duyduğu bilgiyi vermesi gerekir. Bunun aksi, işyeri hekiminin sır saklama yükümlülüğünün ihlali olacaktır. Ünal, s. 272-274.

⁶²³ Lyon-Caen, s. 70; Rehbinden, s. 748; Bu hükmün İK md. 75'te düzenlenen işçinin özlük dosyasını tutma yükümlülüğü ile çatışması ve olması gereken hukuk bakımından görüşler için bkz. Gürsel, s. 309-312.

üzerinde durulan sınırlar aynen geçerlidir. Bu durumda, ILO'nun 2001 yılında kabul ettiği HIV/AIDS ve Çalışma Dünyası Uygulama Kodu md. 4/6'nın işçilerin işe alım esnasında veya iş ilişkisi süresince HIV taramalarına tabi tutulamayacağı hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı Uygulama Kodu md. 8/1 de işe alım veya iş ilişkisinin devamı için bir şart olarak HIV testlerinin yapılamayacağını, işçilere yapılacak hiçbir sağlık testinin HIV taşıma durumuna ilişkin bir kısım içermeyeceğini düzenlemektedir. Benzer biçimde md. 8/2, HIV testlerinin hiçbir sosyal güvenlik veya sigorta türü için gerekli olamayacağını kurala bağlamıştır.

Sonuç olarak, bu Uygulama Kodu'nun 8. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında belirtildiği üzere, HIV testleri ancak ve ancak işçinin bu testi yaptırmaya gönüllü olması ya da işyerinde kan, vücut sıvısı ya da vücut dokusunun ortaya çıkma riskinin meydana gelmesinden sonra (ki bu durumda da kazalanan işçiye veya diğer işçilere tıbbi bir danışmanlık verilmesi ve HIV testi yaptırtmasının yalnızca önerilmesi) mümkündür. ILO'nun 200 no'lu Tavsiye Kararı da benzer biçimde 24 vd. maddelerinde HIV testinin yalnızca işçi tarafından gönüllü olduğu takdirde yapılabileceğini⁶²⁴, hiçbir durumda zorunlu HIV testinin yapılmasının mümkün olmadığını, özellikle göçmen işçiler bakımından uyulması gereken koruyucu yükümlülükleri kurala bağlamaktadır.

İşe alım esnasında (veya iş ilişkisinin devamı süresince) HIV testlerinin yapılması, görülecek işin niteliği veya iş sağlığı ve güvenliği bakımından belli tehlikeler içeriyor olsa da⁶²⁵ özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalidir. Nitekim HIV+ olma durumunun işçiye sorulmasından farklı olarak, bu tür bir testin uygulanmasıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi bir müdahalede

⁶²⁴ ILO ve Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Kasım 2018'de çıkarmış olduğu İşyerinde İşçinin Kendisine HIV Testi Yapmasına Dair Politika Özeti için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_651792.pdf, S.E.T. 16.05.2019.

⁶²⁵ Öğretide birçok yazar HIV testlerinin işe alımlarda veya iş ilişkisinin devamında uygulanabilmesini belli şartlar altında kabul etmektedir. Bir görüşe göre işveren, iş sağlığı ve güvenliğinin belli riskler taşıdığı meslek grupları bakımından işçinin rızasını almak kaydıyla uygulanabilir. Ünal, s. 296; Erkanlı, Betül, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 88. Bir başka görüş de, isabetsiz bir biçimde, işe alımlarda işçinin HIV+ olduğuna ilişkin makul bir şüphenin varlığını ve bulaşma riskini azaltmaya ilişkin önlemlerin gerekliliğini HIV testinin uygulanması bakımından yeterli görmekte; bu tür testlerin uygulanmasını hukuka aykırı bulmamaktadır. Sevimli, s. 180, 181.

bulunulmaktadır ve hayatın olağan akışı, hiçbir işyerinde HIV'nin kişiler arasında kan yoluyla bulaşmasına elverişli değildir. Ayrıca işçinin HIV ile yaşadığını işverenine kendisinin ibraz etmesi veya gönüllü olarak teste tabi tutulmayı kabul etmesi durumunda, sonuç pozitif çıktığında örneğin HIV+ erkek işçinin cinsel yönelimi üzerinden ayrımcılığa uğrama ihtimali doğabilir.⁶²⁶ Türkiye'de yapılan bilimsel araştırmaların ortaya koyduğu bulgulara rağmen ne yazık ki hâla HIV+ olma durumunun eşcinsellere ilişkin bir sağlık durumu olduğu kalıp yargısı bulunmaktadır.⁶²⁷

Tüm bu açıklamalar ışığında, kanımızca işe alımlarda veya iş ilişkisinin devamında işçilere HIV testlerinin uygulanabilmesi, ancak ve ancak sağlık sektöründe ve görülecek işte meydana gelebilecek kazaların başkalarının kaniyla temas etme riskini taşıması durumunda mümkündür. Elbette böyle bir durumda da mutlaka işçinin rızasının alınması, işçiye uygulanan HIV testinin işçiye rutin olarak uygulanan sağlık testleri arasında yer almaması gerekir.⁶²⁸ Bunun yanı sıra, İK anlamındaki işçilik statüleri öğretide henüz tartışılmamış olmakla birlikte, iş sözleşmesinin tüm unsurlarını taşıyan *sui generis* bir sözleşme ile genelevlerde

⁶²⁶ AİHM'in vermiş olduğu *I.B. v. Yunanistan* kararında da, Mahkeme, işçinin işyerinde HIV+ olduğunun ortaya çıkması nedeniyle diğer işçiler tarafından mobbinge maruz kalmasını ve neticede işveren tarafından iş sözleşmesinin kıdem tazminatı verilmek suretiyle feshedilmesini özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak yorumlamıştır. *I.B. v. Yunanistan*, 552/10, 2013; Simms, s. 316; ABD'de bu konuya ilişkin verilen belli kararlar, HIV ile yaşama durumunun eşcinsel olma durumuna ilişkin taşıdığı stigmatı gözler önüne sermektedir. Örneğin Delaware Bölge Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, sağlık personelinin eşcinsel olduğunu öğrendiği hastanın HIV+ olup olmadığını ısrarla sorması ve hastaya bu durum üzerinden kötü muamele etmesi, cinsel yönelim temelli ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. *Miller v. Spicer*, 822 F. Supp. 158, 160 (D. Del. 1993); Benzer biçimde, Alabama Bölge İstinaf Mahkemesi de 2012'de vermiş olduğu bir kararda isabetli bir biçimde HIV+ olma durumunun eşcinsel olma durumu ile özdeşleştirilmesi nedeniyle homofobinin ve ayrımcılığın arttığını vurgulamaktadır. *Henderson v. Thomas*, 913 F. Supp. 2d 1267, 1278 (M.D. Ala. 2012); Gordon, Andrew J., "End Around: HIV Discrimination of the Post-Amendments Act Workplace", *Berkeley Journal of Employment and Labour Law*, Vol. 36, 2015, s. 229, 230; Simms, s. 316.

⁶²⁷ Türkiye Halk Sağlığı Müdürlüğü, Bulaşıcı Hastalıklar Daire Başkanlığı, Cinsel Yolla Bulaşan Enfeksiyonlar Biriminin 1 Ekim 1985 - 31 Aralık 2017 tarihleri arasındaki HIV+ olma durumunun tespit edildiği vakalara ilişkin yayımlanan raporda, heteroseksüel cinsel ilişki ile bulaşma oranı %35.80 ile birinci, homoseksüel/biseksüel cinsel ilişki ile bulaşma oranı ise %13.97 oranı ile ikinci sırada yer almaktadır. <http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/veriler31Aralik2017.pdf>, S.E.T. 25.05.2019.

⁶²⁸ ABAD vermiş olduğu bir kararda, aday işçinin işverenin talep ettiği HIV testine rızası olmadığını açıkça belirtmesine rağmen yapılan testin hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamıştır. *X v. Commission*, C-404/92 P, 05.10.1994; Benzer biçimde, Belçika'da görülen Dendermonde Labour Court, Jan. 5, 1998, T. GEZ. 38 (1998-99) davasında, sağlık sektöründe cerrah olarak çalışan işçinin rızası alınmadan yapılan HIV testini hukuka aykırı bulmuştur. *Hendrickx, Disclosure of Information*, s. 669.

çalışan seks işçileri, Umumi Hıfzısıhha Kanununa dayanarak çıkarılan ve olması gereken hukuk bakımından çok fazla eleştiri alan, ağır hak ihlallerine sebep olan ilgili Tüzük'ün⁶²⁹ 25 ve 26. maddeleri uyarınca zorunlu HIV testlerine tabi tutulmaktadır.

1.2.3. Kişilik ve dürüstlük testleri

Yukarıda açıklanan hususların tamamı, işçiye uygulanabilecek biyolojik testlere dairdir. Kişilik ve dürüstlük testleri ise psikolojik testlerdendir. Yetenek testleri, zeka testleri, beğeni testleri gibi birçok farklı psikolojik test türü bulunur.⁶³⁰ İşe alınacak işçinin kişilik testlerine tabi tutulması, onun yeteneklerini, göreceği işe olan yatkınlığını, yetkinliğini, güvenilirliğini, tutarlılığını, stres ve kriz yönetimi becerilerini ve davranış biçimlerini öğrenme amacı taşır.⁶³¹ Nitekim yukarıda da bahsi geçtiği üzere, iş sözleşmesinin güven temeli, bu sözleşmeye *intuitu personae* nitelik kazandırır ve bu nedenle işçinin kişiliği büyük bir önem taşır.⁶³² Ayrıca, işveren istihdam edeceği işçinin kişiliğini öğrenmekle işyerinde meydana gelebilecek hırsızlık, cinsel taciz ve saldırı olaylarını önlemeye ilişkin tedbirler almak isteyebilir, mülakatın subjektif bir niteliğe sahip olmasından endişe duyarak daha bilimsel ve yazılı bir teste ihtiyaç duyabilir ya da işçinin referanslarından topladığı bilgilerle yetinmeyebilir.⁶³³

Birçok kişilik testi türü bulunmaktadır ve bunların her biri farklı puanlandırma skalalarına, ölçüm değerlerine, referans noktalarına ve yorumlama biçimlerine sahiptir. Objektif ve projektif türde⁶³⁴ testler, Minnesota Multiphasic

⁶²⁹ Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, R.G. 9.4.1961, No: 10786.

⁶³⁰ Workers' privacy: Part III: Testing in the workplace, Conditions of Work Digest, Vol. 12, No. 2, 1993, s. 71.

⁶³¹ Gürsel, s. 342; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 71, 72.

⁶³² Miné/ Marchand, s. 127, 128; Gaudu/ Vatinet, s. 71.

⁶³³ Stabile, Susan J., "The Use of Personality Tests as a Hiring Tool: Is the Benefit Worth the Cost", University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law, Vol. 4, 2002, s. 281, 282; Gürsel, s. 343.

⁶³⁴ Bu türler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsel, s. 342, 343; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 72-74; Demirkol/ Ertuğral, s. 30, 31.

Personality Inventory (MMPI), Guilford-Zimmerman Temperament Survey, Hogan Development Survey, Plus 32 testi, Rorschach mürekkep testleri ve Myers-Briggs Type Indicator (MBTI) gibi⁶³⁵ çeşitli kişilik testleri, işçilere işe alımlarda uygulanmakta ve işçi seçimlerine etki etmektedir.

İş sözleşmelerinin akdedilmesine etkisi bakımından kişilik testlerine belli eleştirilere yöneltilmektedir. Öncelikle, kişilik testlerinin astroloji, nümeroloji, jestüoloji, morfoloji gibi irrasyonel testlere dayanmaması gerekir.⁶³⁶ Ayrıca, bu tür testlerin değerlendirilmesi ve yorumlanması, alanında uzman psikologların dahi uzlaşamayabileceği birtakım sorunlar içermektedir. Benzer biçimde, kişilik testleri o an işçinin içerisinde bulunduğu psikolojik durumla sınırlı birtakım ölçümler yapmaktadır. Oysa işçi işe alındıktan sonra deneyim ve eğitimle bu testlerden çok daha farklı sonuçlar elde edebilir. Ayrıca, bu tür testlerin uygulanması kişinin birtakım kişisel yargılarını ve değerlerini ortaya çıkaracağından, ayrımcılık temeli oluşturma riski taşımaktadır.⁶³⁷ Buna göre, kişilik testlerinin uygulanmasına ilişkin de yargı kararları ve öğreti tarafından ortaya konulmuş olan, ILO'nun İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına Yönelik Uygulama Kodu'nda da karşılığını bulan belli sınırların üzerinde kısaca durulması gerekir.

İlk olarak, kişilik testleri işçinin aydınlatılmış rızasına dayanarak yapılmalıdır. Bu rıza, testin içeriğini, yapılış biçimini, amacını, sınırlarını ve sonuçlarına dair bilgilerin işçiye aktarılmasından sonra verilmelidir.⁶³⁸

İkinci olarak, kişilik testinin türü ve içeriğinin, işçinin alınacağı işin niteliğine, bu iş için olan yeterliliğine ve yetkinliğine ilişkin olması gerekir. Buna göre işçiye uygulanan test, işin gerekleri bakımından ölçücü olmalı, testte bu sınırın dışına çıkan, işçinin özel yaşamının gizliliğinin unsurlarının öğrenilmesine

⁶³⁵ Stabile, s. 285, 286.

⁶³⁶ Lyon-Caen, s. 97; Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17.

⁶³⁷ Gürsel, s. 343; Stabile, s. 313; Farklı ülkeler bakımından incelenecek olursa, kişilik testlerinin işe alım süreçlerinde kullanılma oranları Fransa'da %34,8, Almanya'da %40, İtalya'da %37,5, İngiltere'de %40'tır. Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 75.

⁶³⁸ Rehbinden, s. 748; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 671; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 344; Ünal, s. 298; Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17.

sebepler olacak sorular yer almamalıdır.⁶³⁹ Örneğin stres ve kriz yönetiminin ölçüleceği bir kişilik testinde, işçiden kendi yaşamından bir örnek vermesi istenemez. Benzer biçimde, bir kişilik testinde işçinin cinsel yönelimine, kıyafet seçimlerine, aile yaşantısına, sosyal yaşantısına dair sorular sorulamaz veya bu tür bilgilere dayanılarak birtakım soruların çözülmesi istenemez.

Son olarak, uygulanan testin bilimsel olarak kabul gören, güvenilir testlerden biri olması ve sonuçlarının bu teste dair psikoloji disiplini uzman biri tarafından değerlendirilmesi gerekir.⁶⁴⁰ Elbette burada da sağlık testlerinde olduğu gibi, işverene yalnızca işin niteliğine ilişkin olup istihdamı etkileyecek türden sonuçlar aktarılmalıdır. Bu nedenle kişilik testinin yazılı olarak değil, sağlık muayenesinin işyeri hekimi tarafından gerçekleştirilmesi gibi bir psikolog tarafından gerçekleştirilmesi test sonuçlarının gizliliğin tesisi için daha elverişlidir.⁶⁴¹

Kişilik testlerinden sonra üzerinde durulması gereken diğer husus ise dürüstlük testleridir. İşçilere işe alımlarda sorulan soruların ya da iş ilişkisi içerisinde belli durumlarda işçiden alınan beyanın doğruluğunun tespiti için yapılmak istenen dürüstlük testlerinin yazılı (*graph*)⁶⁴² ve mekanik (*polygraph*)⁶⁴³ olmak üzere iki türü bulunur. Her iki tür testin de güvenilirliğine ve geçerliliğine

⁶³⁹ Stabile, s. 290-299; Rehbinden, s. 748; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 671; Kirschner/Kremp/ Magotsch, s. 31; Gürsel, s. 344; Ünal, s. 298, 299; Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17; California Eyalet Temyiz Mahkemesi, *Soroka v. Dayton Hudson Corp.*, 58 Empl. Pra. Dec. (CCH), 270 (Cal. Ct. App. 1991).

⁶⁴⁰ Ünal, s. 298; Gürsel, s. 345; Lyon-Caen, s. 95.

⁶⁴¹ Lyon-Caen, s. 95.

⁶⁴² Yazılı dürüstlük testleri, özellikle hırsızlık veya sahte hastalık raporu alınmasına yönelik bir önlem olarak 1990'lı yıllarda özellikle ABD'de yaygınlık kazanmış testlerdir. Öyle ki, 1991 yılında ABD'de 5 milyon kişinin yazılı dürüstlük testine tabi tutulduğu, 1988'de Fortune'un ilk 500 listesindeki şirketlerin %15-20'sinin işçilerine yazılı dürüstlük testi uyguladığı raporlanmıştır. Bu testleri, kişinin farazi bir durumda ne gibi bir tepki vereceği ya da ne gibi bir eylemde bulunacağı üzerine kurgulanmış doğru-yanlış sorularından oluşabileceği gibi, kişinin el yazısının yer aldığı bir metnin incelenmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Testing in workplace, s. 84, 85.

⁶⁴³ Mekanik dürüstlük testleri, yalan söyleyen kişinin fizyolojik birtakım tepkiler vereceği varsayımına dayanarak; kan basıncı, kalp atışı, nefes alış hızı, ses titreşimi, cilt üzerindeki elektrik akımı değişimi gibi değişkenleri ölçümleyerek kişinin doğru söyleyip söylemediğini tespit eder. 1895'te İtalyan ceza hukukçusu ve kriminolog Cesare Lombroso tarafından ortaya konulan, kişinin doğruyu söylemediği hâllerde kan basıncının değişmesi gibi fizyolojik tepkiler vereceği argümanına dayanan bu testler, 1930 yılında William Morston tarafından mekanik bir cihaz ile kullanılabilir hâline getirilmiştir. Davidson, s. 213, 214; Testing in workplace, s. 88.

dair birçok şüphe yer almakta, bu testlerin kişinin doğruyu söyleyip söylemediğine dair açık ve net bir bilgi sunup sunmadığı henüz üzerinde uzlaşıya varılamamış şekilde tartışılmaktadır.⁶⁴⁴

Dürüstlük testleri istisnasız bir biçimde hukuka aykırıdır ve özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eder.⁶⁴⁵ Nitekim bu tür testler işçinin göreceği işle hiçbir ilgisi bulunmayan, işçinin hukuka aykırı sorulara ilişkin yalan söyleme hakkını kullanmasına engel olan, işçinin yeterliliğini ölçme amacı gütmeyen, özel yaşamın gizliliği hakkının özüne dokunacak şekile ölçüsüz bir ihlal niteliği taşıyan müdahalelerdir. Öyle ki, yalan söylemeyen bir kişinin yalan söylediği gibi yanlış bir sonuca varılmasına neden olabileceği gibi, yalan söylemekte usta birinin de doğruyu söylediği sonucuna varılmasına sebep olabilmektedir. Bu durumda testin kendisi de uygulama amacına elverişli değildir. ILO'nun İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına Yönelik Uygulama Kodu md. 6.10 da, mekanik dürüstlük testlerinin, bu tür ekipmanların ya da benzeri her türlü test usûlünün işçilere uygulanmaması gerektiğini kurala bağlamıştır.⁶⁴⁶

1.2.4. Genetik testler

Gen, her canlı türü için fizyolojik ve işlevsel bir kalıtım birimidir. Genler, hücrelerin içerisinde yer alan kromozomların bir kısmını oluşturan, DNA'dan oluşan nükleotid dizilerini ifade eder. 1988'de ABD'de başlatılan ve 2004'te sona eren İnsan Genomu Projesi (*Human Genome Project*)⁶⁴⁷ bulgularına göre,

⁶⁴⁴ Testing in workplace, s. 86, 89; Öyle ki, özellikle mekanik dürüstlük testlerinin %10-40 arasında hata payı olduğu araştırmalar sonucunda ortaya çıkmış, bu yanlış payı dahi bu tür testlere güvenilirliğin çok düşük seviyede olduğunu göstermiştir. Davidson, s. 214.

⁶⁴⁵ Ünal, s. 298; Gürsel, s. 348; Aksi yönde katılmadığımız bir başka görüşe göre ise, mekanik dürüstlük testleri özel yaşamın gizliliği hakkını ölçsüz bir biçimde sınırlandırdığı için yasak olmakla birlikte, yazılı dürüstlük testleri kişilik testlerinin tabi olduğu üç şarta uygunsa işçilere uygulanabilir niteliktedir. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 194-196; Rehbinden, s. 748.

⁶⁴⁶ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 4, 17; Örneğin Kanada iş hukukunda Ontario Eyaleti İstihdam Standartları Yasası (*Employment Standards Act*) da işçilere uygulanabilecek her türlü dürüstlük testini yasaklamıştır. Christie/ Anand, s. 701.

⁶⁴⁷ İnsan Genomu Projesi'nin tarihi ve yapısı için bkz. <https://www.genome.gov/human-genome-project/What>, S.E.T. 29.05.2019.

insanlarda 20.000 ila 25.000 arası farklı gen bulunur.⁶⁴⁸ Genetik özelliklerin işyeri bakımından arz ettiği önem ise, belli genlere sahip işçilerin belli hastalık veya anomalileri taşıması ihtimalidir.⁶⁴⁹ Yaklaşık olarak 5.000 farklı genetik bozukluk bulunmaktaysa da, bunların yalnızca onlarcası genetik testlerle tespit edilebilir durumdadır.⁶⁵⁰

KVKK md. 6 ve GDPR md. 9/1, genetik verileri özel nitelikli veri olarak düzenlemiş, bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesini kural olarak yasaklamış, ancak kanunla düzenlenen hâllerde bu verilerin işlenebilmesine olanak tanımıştır. Örneğin Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) md. 16-10 ise, genetik testlerin yalnızca tıbbi veya bilimsel amaçla yapılabileceğini öngörerek bu testlerin işyerinde işçinin yeterliliğine ilişkin yapılmasına cevaz vermemektedir.⁶⁵¹ Genetik veriler, kişinin sağlığına dair birçok durum veya olgunun tespit edilebilmesini sağlar, kişinin gelecekte yaşaması muhtemel sağlık problemlerinin öngörülmesine yardımcı olur. Nitekim monogenik bozukluğun sebep olduğu doğumla geçen hastalıklar olduğu gibi, poligenik bozukluğun sebep olduğu ve çevresel etkenlerin etkisiyle sonradan ortaya çıkan hastalıklar da mevcuttur.⁶⁵² Bu durumda, işyerinde görülecek işin niteliğinin ya da işyerinin fiziki koşullarının, bu tür bir hastalığın ortaya çıkmasına zemin hazırlayacağı endişesi doğabilir. Bu nedenle işverenlerin işe alımlarda işçilere yönelik birtakım genetik testler yapılması gerekliliğini ileri sürmeleri mümkündür.

Bu verilerin elde edilmesi için yapılan genetik testler de genetik tarama (*screening*) ve genetik izleme (*monitoring*) olarak ikiye ayrılır. Genetik tarama,

⁶⁴⁸ Bu sayı insan (*homo sapiens*) geni araştırmalarının başladığı ilk tarihlerde 100.000 olarak öngörülmekte iken, genetik biliminin kaydettiği ilerlemeler tahmin edildiği kadar fazla sayıda genin olmadığını ortaya koymaya başlamıştır. <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/basics/gene>, S.E.T. 29.05.2019; İnsan Genomu Projesi'nin zaman çizelgesi ve projenin ayrıntıları için bkz. <https://www.genome.gov/human-genome-project/Timeline-of-Events>, S.E.T. 29.05.2019; Rothstein, Mark A./ Hoffman, Sharona, "Genetic Testing, Genetic Medicine, and Managed Care", Wake Forest Law Review, Vol. 34, 1999, s. 853.

⁶⁴⁹ Lyon-Caen, s. 69.

⁶⁵⁰ Rothstein/ Hoffman, s. 854 vd.; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 54.

⁶⁵¹ Lyon-Caen, s. 69.

⁶⁵² Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 54.

tek seferlik bir testtir ve bu testle kişinin mevcut genetik durumunun tespiti sağlanır. Tarama sonucunda kişinin genetik bozuklukların yol açtığı belli hastalıklara sahip olup olmadığı anlaşılabilir ancak bu testler genellikle birçok hastalık türü için yüksek bir güvenilirlik oranı sunmaz.⁶⁵³ Ayrıca, genel bir genetik tarama, kişinin etnik kimliği⁶⁵⁴, işyeri ile ilişkili olmayan sağlık durumu, bedensel ve psikolojik özellikleri gibi özel yaşamın gizliliği hakkının özü ile bağlantılı birçok unsuru ifşa edebilir.⁶⁵⁵

Genetik izleme ise, çevresel etkenlerin kişinin genetik yapısına etki edip etmediğini tespit etmek için periyodik olarak sürekli yapılan testler bütünüdür.⁶⁵⁶ Buna göre bu tür bir izleme, kişinin mevcut genetik durumunu ya da hastalıklarını ifşa etmeyeceği için özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut vermeyebilir. Zira genetik izlemeler, işçinin sağlığında tedavi veya tedbir gerektiren bir durum olup olmadığını ortaya çıkaracağı gibi, işyerinde işçilerin sağlığına zarar veren birtakım koşullar bakımından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından da yol gösterici olabilir.⁶⁵⁷ Bununla birlikte, çevresel koşulların genetik yapı üzerindeki etkisi çok uzun süre alabileceğinden ve bu etkiler de doğrudan bir hastalık veya anomaliyi işaret etmeyebileceğinden, genetik izlemelerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma ya da işçinin sağlığı için tedavi veya tedbir alma amacına ne kadar hizmet ettiği tartışmalıdır.⁶⁵⁸

Her iki test türü de işçinin işe yeterliliğine ve göreceği işin niteliğine ilişkin olmayabileceğinden, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut vermesi muhtemeldir. Ayrıca, sonuç ne olursa olsun, bu tür testlerin sonuçlarının işveren

⁶⁵³ Gürsel, s. 336; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 55, 56.

⁶⁵⁴ Örneğin yalnızca Ashkenazi Yahudilerinin sahip olduğu bir hastalık türüne sebep olan Tay-Sachs geninin tespiti, işçinin etnik kimliğini ifşa etmiş olacaktır. Dorff, Elliot N./ Zoloth, Laurie, “Summary of the Science of Genetic Testing”, Jews and Genes, ed. Elliot N. Dorff/ Laurie Zoloth, University of Nebraska Press, 2015, s. 195, 196.

⁶⁵⁵ Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 56.

⁶⁵⁶ Protection of Workers’ Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 18.

⁶⁵⁷ MacDonald/ William-Jones, s. 236; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 56.

⁶⁵⁸ MacDonald/ William-Jones, s. 237; Gürsel, s. 336, 337; Conditions of Work Digest, Testing in the workplace, s. 56.

ile paylaşılması hâlinde işçiye yönelik bir ayrımcılık temeli oluşturması riski bulunmaktadır.⁶⁵⁹ İşverenin, işçinin sağlığına ve geleceğine dair bu kadar fazla bilgiye sahip olmasını ve işçilerini bu tür testlere tabi tutmasını mümkün görmek, özel yaşamın gizliliği hakkının özüne dokunmaktadır.⁶⁶⁰ Bu durumda kabul edilmesi gerekir ki, işyerinde genetik testlerin uygulanması kural olarak yasaktır.

Bununla birlikte, belli şartların varlığı hâlinde bu testlerin uygulanmasının özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmediği kabul edilebilir. İlk olarak, bu tür bir testin yapılabilmesi için kişiden biyolojik madde alınacağı için, işçinin yazılı ve aydınlatılmış rızası gereklidir.⁶⁶¹ Buna bağlı olarak, kanımızca, alkol, uyuşturucu testlerinde ya da sağlık testlerinde olduğu gibi, bu testlerin ancak ve ancak iş sözleşmesi bağtlanacak işçiler bakımından uygulanması söz konusu olmalıdır. İkinci olarak, yapılacak genetik tarama veya izlemenin orantılı olması şarttır.⁶⁶² Buna göre, genetik testin yapılmasından başka hiçbir şekilde bu testin yapılma amacına ulaşılamıyor olması gerekir.⁶⁶³ Ayrıca, yalnızca görülecek işin niteliği ile ilgili olan hususların teste dahil olması, test edilen genetik durumun işin yapılmasına engel olacak nitelikte olması ya da işçinin göreceği işin bu tür bir genetik durumda iken sağlığına zarar verecek nitelikte olması gerekir. Son olarak, yapılan genetik test sonucunun yalnızca işin niteliği ile ilgili olan kısmı işveren ile paylaşılmalı, sonuçların gizliliği sağlanmalı, işçiye sonuçlara itiraz etme gibi usûlî güvenceler verilmelidir.⁶⁶⁴ Bunların yanı sıra, bu şartlara uygun olarak yapılmış genetik testlere dayanarak işçilere ayrımcılık yapılmamalı, test sonuçları tek başına işe alımda ya da işten çıkarmada bir kriter olarak belirlenmemelidir.⁶⁶⁵

⁶⁵⁹ Rothstein/ Hoffman, s. 887.

⁶⁶⁰ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17.

⁶⁶¹ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 137; Gürsel, s. 337.

⁶⁶² Hendrickx, Disclosure of Information, s. 670; MacDonald/ William-Jones, s. 238.

⁶⁶³ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 17; MacDonald/ William-Jones, s. 238.

⁶⁶⁴ MacDonald/ William-Jones, s. 238; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 670.

⁶⁶⁵ Gürsel, s. 341; MacDonald/ William-Jones, s. 238.

1.3. Aday İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Toplanması

İşverenin işe alımlarda aday işçiye soracağı sorular ya da uygulayacağı testler, işçiye dair bilgilerin doğrudan kendisinden elde edilmesini sağlar. Bununla birlikte, işverenlerin kimi zaman aday işçilere dair bu bilgileri üçüncü kişiler vasıtasıyla doğrulaması ya da aday işçi hakkında daha fazla bilgi edinmesi gerekebilir.⁶⁶⁶ Ayrıca, iş sözleşmesinin sona erme sebebinin önem taşıdığı bir durum olarak İK md. 23'ün uygulama alanı bulup bulmayacağını öğrenmek bakımından da eski işverenden bilgi edinilmesi gerekebilir. Yukarıda açıklandığı üzere işçiye hukuka uygun bir biçimde önceki iş sözleşmesinin sona erme biçimine ilişkin sorulan sorunun yanıtını doğrulamak gerekli olabilir. Bu nedenle uygulamada işverenlerin işe başvuran kişilerden birtakım referanslar göstermesi istenmekte ya da bu kişilerin eski işverenlerinden bilgi edinilmektedir.⁶⁶⁷ Ancak elbette örneğin Fransız iş hukukunda *Code du Travail* md. L. 1221-7'nin kurala bağladığı gibi, “anonim CV” yöntemi ile kişinin kimliği gizli bir biçimde iş başvurusu yapması hâlinde⁶⁶⁸ üçüncü kişilerden bilgi edinilmesi durumu söz konusu olmayacaktır.

Bununla birlikte, eski işverenden ya da işçinin göstermiş olduğu referanslardan edinilecek bilgilerin de belli sınırları bulunmaktadır. Nitekim işçilere sorulabilecek soruların ya da uygulanabilecek testlerin tabi olduğu sınırlar, işçi hakkındaki bu tür bilgilerin üçüncü kişilerden elde edilmesi bakımından da geçerlidir. Aksi hâlde bu sınırların arkasından dolaşmış olacak,⁶⁶⁹ hem müstakbel işveren hem de eski işveren veya referans kişinin işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmesi mümkün olacaktır.

⁶⁶⁶ Demirkol/ Ertuğral, s. 32; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 32.

⁶⁶⁷ Rehbinden, s. 746; Lyon-Caen, s. 93; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 666; Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 28, 32; Gürsel, s. 348; Christie/ Anand, s. 648.

⁶⁶⁸ Miné/ Marchand, s. 148; Lyon-Caen, s. 35.

⁶⁶⁹ Gürsel, s. 348; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 159.

1.3.1. Eski işverenden bilgi edinilmesi

Bu durumda ilk olarak tartışılması gereken, aday işçi hakkında eski işverenden bilgi edinilmesi durumudur. Bu bakımdan aranacak ilk şart ise, işçinin edinilecek bilgilere dair göstereceği aydınlatılmış bir rızanın varlığıdır.⁶⁷⁰ Nitekim ILO'nun İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına Yönelik Uygulama Kodu md. 6.2 de, üçüncü kişilerden elde edilecek verilere ilişkin işçinin açık rızasının aranması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, bu rızanın alınması için işçinin mevcut iş sözleşmesinin henüz sona erip ermediği de önem arz etmemelidir.⁶⁷¹ Bununla birlikte, işçinin eski işvereninden bilgi edinilmesine rıza göstermemesi hâlinde işe alınmaması durumunun hukuka uygunluğu tartışmalıdır.⁶⁷²

İkinci olarak, eski işverenin, müstakbel işveren tarafından aday işçiye dair sorulan soruları yanıtlamayı kabul etmesi hâlinde de, aday işçiye sorulacak sorulara dair yukarıda açıklanan sınırlara uyulması gerekir.⁶⁷³ Buna göre, genel bir sınır olarak eski işveren tarafından yanıtlanacak soruların görülecek işin niteliği ile doğrudan bir bağlantısı olması ve işçinin iş görme yeterliliğini ölçecek nitelikte olması; ayrıca işçinin kimliği ve kişiliği, eğitimi ve mesleki deneyimi, gündelik yaşamı, ekonomik durumu, eski mahkumiyet veya tutukluğu, sendika, dernek veya parti üyeliği ya da dinî, felsefî veya politik görüşleri, hamileliği ve sağlık durumuna ilişkin özel sınırlara uyulması gereklidir. Elbette bu yükümlülüklerle uyma zorunluluğu, aday işçinin eski işverenindedir.

Üçüncü olarak, özellikle iş sözleşmesinin sona erme biçimi bakımından verilecek bilgilerde kara liste uygulamasının gündeme gelmemesi gerekmektedir.⁶⁷⁴ Kara liste, işverenlerin belirli işçi gruplarının sahip oldukları

⁶⁷⁰ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 15.

⁶⁷¹ Gürsel, s. 349; Katılmadığımız aksi görüşe göre ise iş sözleşmesinin feshi için henüz işçi tarafından ihbar gerçekleştirilmemişse işçinin rızası alınmalı, aksi takdirde işçinin rızasına gerek duyulmamalıdır. Rehbinden, s. 746.

⁶⁷² Rehbinden, s. 747; Gürsel, s. 349; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 159.

⁶⁷³ Gürsel, s. 350.

⁶⁷⁴ Gürsel, s. 351.

belli özellikleri topladıkları ve sınıflandırdıkları listelerdir.⁶⁷⁵ Bu tür kayıtlar, işçilerin bir anlamda fişlenmesi sonucunu doğurur ve genellikle aday işçiye sorulabilecek soruların tabi olduğu sınırları aşan, görülecek işin niteliği veya işçinin yeterliliğine ilişkin olmayan türden bilgiler içerir. Bu faaliyetin kendisi özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olmanın yanı sıra, bu tür bilgilerin müstakbel işverene verilmemesi gerekir.

1.3.2. İşçinin verdiği referanslardan bilgi edinilmesi

Uygulamada aday işçiler genellikle başvuru formlarında ya da mülakatları esnasında birtakım referanslar göstermekte, kimi zaman bu referansların sayısı ve tabi olduğu kriterler müstakbel işverenler tarafından önceden belirlenmektedir.⁶⁷⁶ Aday işçi bu şekilde sahip olduğu özellikleri ve işin görülmesi bakımından yeterliliğini dolaylı ve daha objektif bir kaynakla ortaya koyma fırsatı bulmaktadır. Nitekim referans olacak kişiler genellikle aday işçiyle daha önce çalışmış olan, çalışma yaşamında belli bir saygınlığı bulunan ve aday işçiye yakından tanıyan kişilerdir.

Bu kişiler, serbestçe hazırlayacakları bir referans mektubu veya önceden hazırlanmış matbu bir formu doldurmak suretiyle aday işçinin görülecek iş bakımından yeterliliğini ortaya koymakta, aday işçinin işe alınması için müstakbel işverene bir çeşit öneride bulunmaktadır. Aday işçi, referans olarak göstereceği kişileri kendi iradesiyle seçtiğinden, söz konusu bilgilerin müstakbel işverene verilmesi bakımından rızası olduğu varsayılmaktadır.⁶⁷⁷ Bu durumda, referansların vereceği bilgiler bakımından uyulması gereken sınır, aday işçiye sorulabilecek sorulara ilişkin bahsi geçen sınırlardan ibarettir.

Bunun yanı sıra, işten ayrılan işçiye işverenin verme yükümlülüğü bulunan çalışma (hizmet) belgesinin de referans olarak gösterilmesi mümkün görülmektedir. İK md. 28 uyarınca işveren, “işten ayrılan işçiye, işveren

⁶⁷⁵ Gürsel, s. 206, 207.

⁶⁷⁶ Hendrickx, Disclosure of Information, s. 666; Demirkol/ Ertuğral, s. 32.

⁶⁷⁷ Rehbinden, s. 746; Gürsel, s. 351.

tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge” verir. Bu belge basit çalışma belgesi olarak da anılmaktadır.⁶⁷⁸ Bu belge işçinin göreceği iş bakımından yeterliliğini tam anlamıyla ortaya koymasa da, hangi süre ne çeşit bir iş yaptığı bilgisi, işçinin görebileceği işler bakımından işverene fikir verebilir.

BK md. 426 da, İK’da düzenlenen çalışma belgesinden daha kapsamlı bir hizmet belgesi verme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre “işveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. İşçinin açıkça istemde bulunması hâlinde, hizmet belgesinde onun işgörmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir”. Bu hizmet belgesi, uygulamada “bonservis” adı altında da verilmektedir.⁶⁷⁹ Bu durumda, aday işçinin eski işverenden BK md. 426 uyarınca isteyeceği hizmet belgesi, işçinin talebi uyarınca iş görmedeki beceri, tutum ve davranışları da içereceğinden, tam bir referans olarak görülebilir.⁶⁸⁰

Eski işverenlerin işçiye vereceği çalışma (hizmet) belgesi bakımından da uyulması gereken sınır, ilk olarak aday işçinin beceri, tutum ve davranışlarının da yer almasına ilişkin talebi; ikinci olarak bu bakımdan yazılacak olan hususların aday işçinin yeterliliği ve görülecek işin niteliği ile ilişkili olması; üçüncü olarak belgede yer alan bilgilerin doğru olması gerekliliğidir.⁶⁸¹ Nitekim İK md. 28/2 ve BK md. 426/3, çalışma (hizmet) belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiye işe alan yeni işverenin, eski işverenden tazminat isteyebileceğini düzenlemektedir.

⁶⁷⁸ Bu çalışma belgesinde işçinin adının, doğum yeri ve tarihinin, işverenin adının ve adresinin de belirtilmesi gerektiği kabul edilebilir. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 585.

⁶⁷⁹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 586.

⁶⁸⁰ Gürsel, s. 352.

⁶⁸¹ Örneğin Belçika Antwerp İstinaf Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin verdiği bir karar inceleme alanı bulabilir. İki aylık deneme sürecinde olan işçisinin eski işvereni, yeni işverenin talebi üzerine bu işçinin çalışma süresini, iş sözleşmesinin sona erme nedenini, iş sözleşmesi devam ederken denetlediği işçi sayısını yazılı olarak bildirmiştir. Mahkeme, eski işverenin bu eylemini hukuka aykırı bulmuş, çalışma belgesi niteliğindeki bu tür bilgilerin ancak işçinin talebi üzerine kendisine verilebileceğini, kaldı ki işçi ayrıca başka bilgiler talep etmediği sürece bu tür bir belgede de yalnızca iş sözleşmesinin devam süresinin ve yapılan işin niteliğinin yer alabileceğini karara bağlayarak, işçinin eski işverene ilişkin tazminat taleplerini kabul etmiştir. Antwerp Court of First Instance, February 19, 1993, Hendrickx, Disclosure of Information, s. 666’dan naklen.

1.4. İş İlişkisinin Kurulmasında İşçinin Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının İhlaline Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar

1.4.1. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu

İş ilişkisinin kurulmasında, yani aday işçiye sorular sorulması ya da biyolojik veya psikolojik testler uygulanması esnasında bahsi geçen genel veya özel sınırlara uyulmaması hâlinde, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olur. Bu ihlal ise, aday işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan birtakım özel hukuk ve ceza hukuku yaptırımlarını gündeme getirir. Aşağıda böyle bir ihlale bağlanan hüküm ve sonuçlar kısaca incelenecektir.

Her şeyden önce, aday işçi ve işvereni arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, aday işçinin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren ile arasındaki sözleşme öncesi ilişki (*relation précontractuelle*), *culpa in contrahendo* sorumluluğudur.⁶⁸² Bu sorumluluk, sözleşmenin kurulmasının karşı tarafa zarar verme amacıyla engellenmesi, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafa maddi veya manevi bir zarar verilmiş olması gibi durumlarda gündeme gelir ve tarafların sözleşmeyi yapmaktan kendi iradeleriyle vazgeçmiş olmaları ya da sözleşmenin sonradan geçersiz olması, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme gelmesini engellemez.⁶⁸³

⁶⁸² Süzek, s. 306; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 200; Yürekli, s. 545, 546; Uncular, s. 189.

⁶⁸³ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 200, 201; Oğuzman/ Öz, s. 38.

İlk kez 1861’de Jhering tarafından ortaya konulan⁶⁸⁴ bu bu sorumluluğun dayanağı konusunda öğretilerde görüş ayrılığı bulunmaktadır,⁶⁸⁵ bu ayrım ise (i) yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zarara ilişkin sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen BK md. 116’nın uygulanması, (ii) zamanaşımı ve (iii) ispat külfeti bakımından anlamlı farklar yaratmaktadır.

Öğretilerdeki bir görüş, henüz taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmamış olduğundan ve sözleşmesel ilişkiler ile sözleşmesel olmayan ilişkiler arasında kesin bir ayrıma gidilmesi gerektiğinden,⁶⁸⁶ bu sorumluluğu BK md. 49 vd. hükümlerine göre haksız fiil sorumluluğuna (*responsabilité délictuelle*) dayandırır.⁶⁸⁷ Buna göre de sözleşme görüşmeleri esnasında zarar gören, uğradığı zararı ve karşı tarafın kusurluluğunu ispat külfeti altında olacak, bu zararlara ilişkin zamanaşımı ise zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle⁶⁸⁸ sona erecektir.

Katıldığımız görüşe göre ise bu sorumluluk biçimi, tarafların sözleşme yapmak üzere geçmiş oldukları sosyal temasa ve bu temanın meydana getirdiği

⁶⁸⁴ Jhering’in yayımlamış olduğu “Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen” makalesi ile özellikle Alman sözleşmeler hukuku öğretisi sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğu tartışmaya başlamış, bu tartışmalar ise genel olarak sözleşmenin yapılacağı güvenini uyandıran tarafın, karşı tarafın hazırlık edimlerini yerine getirmesinden sonradan kasıtlı olarak bu sözleşmenin yapılmasını engel olmasına ve bu nedenle karşı tarafın maddi veya manevi zarara uğramasına sebep olmasına odaklanmıştır. Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, Harvard Law Review, Vol. 77, 1964, s. 401, 402.

⁶⁸⁵ Amerikan, Fransız ve Alman hukuku bakımından culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil ve sözleşmeler hukuku görüşlerine göre karşılaştırmalı incelemesine ilişkin bkz. Mirmina, Steven A., “A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on Its Origins in Roman, German, and French Law as Well as Its Application in American Law”, Connecticut Journal of International Law, Vol. 8, No. 1, 1992, s. 77 vd.

⁶⁸⁶ Cours de cassation, chambre commerciale, Arrêt n° 70-14154 du 20 mars 1972; Cours de cassation, deuxième chambre civile, Arrêt n° 14022 du 19 novembre 1964; Mirmina, s. 86-89.

⁶⁸⁷ Sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler bakımından doğan yükümlülüğün haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi görüşü için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 89 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 479, 480’de yer alan 486, 491 ve 492 numaralı dipnotlar; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 201; Yürekli, s. 544, 545.

⁶⁸⁸ Ancak burada haksız fiil sorumluluğu kabul edilse de, BK’da özel olarak düzenlenmiş sözleşme öncesi görüşmelere ilişkin düzenlemelerin varlığı hâlinde (BK md. 39/2, 35, 47 gibi), alacaklara uygulanacak genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımının kabul edilmesi gerekir. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 96.

bağımsız ilişkiden⁶⁸⁹ doğan makul güvene⁶⁹⁰ ve dolayısıyla sözleşmesel sorumluluğa (*responsabilité contractuelle*) dayanır.⁶⁹¹ Buna göre, sözleşme görüşmeleri esnasında zarar gören işçi, uğradığı zararı ispat külfeti altında olmakla birlikte, bu sefer işveren kusurlu davranmadığını ispat etmek külfeti altında olacak, işçini tazminat talepleri bakımından da sözleşmeden doğan alacaklara ilişkin on yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

Bir başka görüş ise bu sorumluluğu sözleşme benzeri, kendine özgü bir sorumluluk olarak tanımlar. Nitekim bu durumun TMK md. 2'den doğan dürüstlük kuralına ilişkin sorumluluğun özel bir türü olduğunu savunanlar olduğu gibi, her somut olayın kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurularak haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin karma olarak uygulanabileceği görüşünde olanlar da vardır.⁶⁹² Bununla birlikte, bu görüşü savunanların da büyük kısmı sözleşmeler hukuku kurallarının uygulanması gerektiği görüşüne yaklaşmaktadır.⁶⁹³

⁶⁸⁹ Ateş, s. 270 vd.

⁶⁹⁰ Kessler/ Fine, s. 412-420.

⁶⁹¹ Yargıtay 22. HD, 20291/28025, 24.12.2018, “Bir kişinin davranışlarıyla, başkalarında yarattığı haklı beklentiler nedeniyle bu kişiler arasında güvene dayalı bir ilişki oluşmuştur. Kendine özgü bir sorumluluk olan güven sorumluluğu, bu güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır ve herhangi bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirmediği için taraf iradesinden bağımsız yasal bir sorumluluk sebebidir. Güven sorumluluğunun pozitif hukuktaki dayanağı Türk – İsviçre Hukuku açısından Medeni Kanunun 2. maddesi olan dürüst davranma ilkesidir. Medeni Kanunun 2. maddesinde, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun davranmak mecburiyetini getiren kanun koyucu, açık bir şekilde doğruluk ve güven kurallarına atıf yapmıştır. Ayrıca kanunun yorumlanmasında, tamamlanmasında, irade beyanlarının yorumunda, bu nedenle de hukuki işlemlerin kurulmasında ve yorumlanmasında, sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanmasında, tamamlanmasında ve değiştirilmesinde de önemli işlevi olan doğruluk ve güven kuralları, sözleşme görüşmeleri esnasında meydana gelen culpa in contrahendo sorumluluğunun da temelini oluşturmaktadır. Culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için sözleşmenin tüm unsurları ile kurulmuş olmasının veya geçerli bir sözleşme olup olmadığında bir önemi bulunmamaktadır. Bütün bu hukuki kurumların temelinde dürüstlük kuralı gereği korunması gereken ve bu yüzden yasal bir yükümlülük olarak da ortaya çıkan, kendine özgü bir sorumluluk vardır. Güven sorumluluğu edim yükümünden bağımsız yasal bir borç ilişkisine dayanır. Sorumluluğun doğması için zarar verenle zarar gören arasında asli edim yükümünün doğumunu sağlayacak bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Taraflardan birinin kendi davranışlarıyla diğer tarafta güven oluşturmaya, bu ikisi arasında var olan güven ilişkisinin zarar görmüş olmasından dolayı dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk meydana gelmektedir”; Yargıtay HGK, 13-593/623, 1.12.2010; Yürekli, s. 546.

⁶⁹² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 1160, 1161; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 200, 201.

⁶⁹³ Eren, s. 1160.

Kanımızca da, özellikle iş sözleşmesinin kurulmasında zayıf taraf konumunda olan işçinin makul oranda korunması ilkesine uygun olan, *culpa in contrahendo* sorumluluğunun sözleşmesel olduğunun kabulüdür. Nitekim işveren karşısında sosyal ve ekonomik olarak daha güçsüz olan işçinin, iş görüşmelerinde meydana gelen hak ihlallerini ispat etme imkanı zayıftır. Bu durumda, işverenden işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmediğini ve söz konusu genel ve özel sınırlara uyduğunu ispat etmesini beklemek gerekir. Ayrıca, zamanaşımının süresi bakımından da sözleşmesel sorumluluk hükümleri daha işçi lehinedir.

Sonuç olarak, taraflar, sözleşmenin kurulmasından önce, TMK md. 2’de yerini bulan dürüstlük kuralına uygun bir biçimde davranmaya dair birtakım yan yükümlülüklerle sahiptir.⁶⁹⁴ Bunlar, görüşmeleri ciddi bir şekilde gerçekleştirme, kendi kendine bilgi alma, karşı tarafa bilgi verme ve onu aydınlatma, özen gösterme, dürüst davranma yükümlülükleridir.⁶⁹⁵ Buna göre işverenin işçiye özel

⁶⁹⁴ Bununla birlikte, BK, kimi hâllerde özel olarak sözleşme öncesi görüşmelerden sorumluluğu açıkça düzenlemiştir. Bunlara örnek olarak aldatma ve korkutma yoluyla sözleşmenin yapılmasına sebep olan tarafın sorumluluğuna ilişkin BK md. 39/2, kendi kusuruyla yanılan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi durumunda sahip olduğu sorumluluğa ilişkin BK md. 35, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin BK md. 47 verilebilir. Oğuzman/ Öz, s. 37, 38.

⁶⁹⁵ Yargıtay HGK, 13-1220/239, 13.2.2013, “Bu yeni belirlenen sorumluluk türlerinden olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu (*culpa in contrahendo*) genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflardan birinin diğerine veya onun koruması altında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralı (TMK. m. 2) gereğince ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlali sonucu meydana gelen sorumluluktur. ... Başka bir ifadeyle, sözleşme görüşmelerinde taraflardan birinin diğerine dürüstlük kuralına aykırı davranma sonucu verdiği zararlarla ilgili sorumluluktur. Zira, sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte taraflar arasında temeli dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi meydana gelir ve bu ilişki koruma yükümlerini de içerir. Bundan dolayı sözleşme görüşmelerinde taraflardan herbiri veya yardımcıları, diğer tarafa veya onun himayesinde bulunan kişilerin şahıs ve mal varlıklarına zarar vermeyi engellemek için gerekli dikkat ve özeni göstermek ve koruma yükümlerine uymak zorundadırlar. Çünkü, koruma yükümleri, ifa menfaati dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar vermemeyi ihtiva eder. Sözleşme öncesi koruma yükümlerinin ihlali, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa sebebiyet verir. ... Diğer taraftan, taraflar arasında bir hukuki ilişki söz konusu olduğunda, bunun ihlalinin haksız fiil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü haksız fiilde, zarar verici davranışın işlendiği aşamada taraflar arasında daha önce kurulmuş bir hukuki ilişki yoktur. Bu sebeple sözleşme görüşmelerindeki bir yüküm ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemez. Sözleşme görüşmeleri ile ortaya çıkan güven ilişkisinin ihlaline kıyasen sözleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olacaktır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, yalnızca sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan zarardan (olumsuz zarardan) sorumluluğu değil, Medeni Yasa, m. 2, 1’deki dürüstlük kurallarına dayanan ‘güven ilkesi’nden kaynaklanan karşı tarafın kişi ve mal varlığına zarar vermemek yolundaki davranış yükümüne aykırılıktan doğan sorumluluğu da kapsar. Bu hukuksal düşünce Mukayeseli Hukukta, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkemesi’nin “mağaza kararları” diye anılan kararlarında dile getirilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi 7 Aralık 1911 tarihinde verdiği “muşamba topu kararı”olarak adlandırılan kararıyla, sözleşmenin görüşülmesinden yalnız bildirim ve aydınlatma yükümlerinin değil, karşı tarafın canını ve malını (kişi ve malvarlığını) koruma yükümlerinin de doğduğunu kabul etmiştir”; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 196-199; Oğuzman/ Öz, s. 38.

yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecek türden sorular sorması ya da biyolojik veya psikolojik testler uygulaması, sözleşme öncesi görüşmeler bakımından özen ve koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelecektir.

Bu hâlde işveren, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin şartların, yani borca aykırılığın, maddi veya manevi bir zararın, sözleşmenin ihlali ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının ve işverenin kusurunun varlığı hâlinde, BK md. 112, 116 ve 146 ile kurala bağlanan sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre, işçinin bundan dolayı doğan maddi ve manevi zararını gidermekle yükümlüdür. Elbette işçinin talep edebileceği bu zarar, sözleşmenin kurulmamış olmasından ötürü doğan menfi zararıdır. Bu nedenle işçi, sözleşme kurulmuş olsaydı elde edeceği ancak kurulamaması nedeniyle kaybettiği kazancın, yani müspet zararının tazminini talep edemez.⁶⁹⁶ Bunun yanı sıra, iş sözleşmesi kurulduysa, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk ikinci planda kalır (*soğurma teorisi*) ve işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali nedeniyle uğradığı zararları doğrudan doğruya kurulmuş olan iş sözleşmesine dayanarak talep etmesi gerekir.⁶⁹⁷

Tüm bunların yanı sıra, işverenin işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecek şekilde sorular sorması, biyolojik ve testler uygulaması, aynı zamanda birtakım ceza hukuku yaptırımlarını da beraberinde getirir. Buna göre işçi, md. 134 özel hayatın gizliliğini ihlal, md. 135 kişisel verilerin kaydedilmesi, md. 136 verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, md. 138 verileri yok etmeme, md. 122 nefret ve ayrımcılık, md. 117 iş ve çalışma hürriyetinin ihlal suçlarından ötürü işveren hakkında şikayette veya ihbarda bulunabilir.

1.4.2. Ayrımcılık tazminatı

Son olarak üzerinde durulması gereken husus ise, işe alımlarda özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali ile birlikte gündeme gelebilecek olan ayrımcılık hâlleridir. Daha önce bahsedildiği üzere, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında yer alan bir unsura dayanarak işe alınmaması, bu hakkın ihlalini

⁶⁹⁶ Oğuzman/ Öz, s. 480, 481; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 200, 201.

⁶⁹⁷ Oğuzman/ Öz, s. 481; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 200.

meydana getirdiği gibi, ayrımcılığı da beraberinde getirebilir. Örneğin aday işçiye hukuka aykırı olarak uygulanan testler sonucunda HIV+ olduğunun öğrenilmesi ya da cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, sendikaya üyeliği, dini, siyasi görüşü gibi hususlara ilişkin sorular sorulduğunda, bunlara verilen cevaplar nedeniyle işe alınmaması, özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmenin yanı sıra işverenin aday işçiye uyguladığı bir ayrımcılık olacaktır. Bu durumda da İK md. 5 ile kurala bağlanan eşitlik ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekir.

İK md. 5 ve iş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcunun iş ilişkisinin kurulması esnasında geçerli olup olmadığı karşılaştırmalı hukuk öğretisinde ve Türk iş hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Örneğin Amerikan hukukunda işverenin işe alımlarda belli bir cinsiyet, etnik kimlik, dinî mensubiyet şartı arayabilmesi için, bu durumun görülecek işin niteliğine ya da o işyerinin faaliyetlerini olağan bir biçimde sürdürebilmesine ilişkin olması gerekir. Bunun dışında ırk veya ten renginin ise hiçbir biçimde işe alım şartı olarak öngörülebilmesi mümkün değildir.⁶⁹⁸ Ancak örneğin katılmadığımız *Dothard v. Rawlinson* kararı, hapisanede gardiyan olarak işe alınacak kişi için erkek olma şartının aranmasını, görülecek iş bakımından objektif bir meslek gereği olduğu müddetçe ayrımcılık olarak yorumlamamıştır.⁶⁹⁹

Almanya iş hukukunda ise *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG, Genel Eşit İşlem Kanunu)⁷⁰⁰ Sec. 2/1, işçilerin işe alım süreçlerini de bu kanun kapsamına almakta ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin işverene çeşitli borçlar yüklemektedir. Sec. 15/2 uyarınca, iş sözleşmesinin kurulmasında ayrımcılık sebebiyle işe alınmama hâlinde işçi, bu ayrımcı uygulama olmasaydı alınacak olduğu pozisyon için kendisine ödenecek ücretin en fazla üç aylık tutarı kadar tazminata hak kazanır; bunun için işe alınmadığını öğrendiği tarihten itibaren iki

⁶⁹⁸ Yıldız, s. 195, 196 ve yazarın bu kısımda yapmış olduğu yollamalar; Ancak örneğin

⁶⁹⁹ *Dothard v. Rawlinson*, 433 US 347 (1977).

⁷⁰⁰ Bu Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/AGG/agg_in_englischer_Sprache.html, S.E.T. 29.05.2019.

ay içerisinde işverene yazılı olarak başvurması gerekir. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, bu işçinin Fransız iş hukukundaki gibi işe alınmaya ilişkin bir talebi gündeme gelemeyecektir.⁷⁰¹

Benzer biçimde, Fransız iş hukukunda da *Code du Travail* md. L. 1132-1, işe alım esnasında işçiye karşı ayrımcılık yapılamayacağını kurala bağlamıştır. Bahsi geçen madde, ayrımcılığın tanımını 27 Mayıs 2008 tarihli ve 2008-496 sayılı Ayrımcılıkla Mücadele Konusundaki (Avrupa Birliği) Topluluk Hukukuna⁷⁰² Adaptasyon Hükümlerine İlişkin Kanuna (*LOI n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*) dayandırmıştır. İşçinin böyle bir ayrımcılığa maruz kalması hâlinde kural, işverenin söz konusu işleminin, yani işe alınmama kararının iptalidir. Ancak *ipso facto* bir biçimde aynı pozisyon için bir başka işçi çoktan işe alınmış olabilir. Bu nedenle işçi, md. L. 1225-3, 4 uyarınca uğradığı zararların tazminini talep edebileceği gibi, işverenden yeniden işe alım sürecine alınmasını da talep edebilir.⁷⁰³

Türk iş hukukunda ise öğretilerdeki ağırlıklı görüş, eşit işlem yapma borcunun genel olarak iş ilişkisinin kurulması aşamasını kapsamadığı yönündedir.⁷⁰⁴ Nitekim İK md. 5, “iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” hükmü ile, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen AY md. 48 karşısında işverenin işe alımda ayrımcılık yapmama borcunu içermemekte, bu borcu yalnızca iş ilişkisi bakımından öngörmektedir. Ayrıca, ayrımcılık yasağının yaptırımı olarak

⁷⁰¹ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 11, 12.

⁷⁰² Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000; Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006.

⁷⁰³ Leray, s. 86, 87.

⁷⁰⁴ Süzek, s. 454, 455; Süzek, Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, 2008, s. 24-39; Yıldız, s. 198; Baysal, Ulaş, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 25, 2010, s. 153 vd.; Doğan-Yenisey, Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, S. 4, 2006, s. 67 vd.; Yuvalı, Ertuğrul, *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 170.

İK md. 5/6'da düzenlenen ayrımcılık tazminatını da yalnızca iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde meydana gelen ayrımcılık durumları ile sınırlandırmaktadır.

Bununla birlikte, Türk iş ve ceza mevzuatında işe alımlar bakımından ayrımcılık yasağına ilişkin çeşitli istisnai hükümler bulunmaktadır. İlk olarak İK md. 5/3, cinsiyet ve gebelik durumunu işe alımlar bakımından da ayrımcılık yasağı kapsamında ele almakta; ancak bu sefer aynı maddenin 6. fıkrasında işverenin ayrımcılığını yaptırıma bağlayan ayrımcılık tazminatı kapsamı dışında bırakmaktadır. Oysaki en azından İK md. 5/3 bakımından işe alımlarda işçinin cinsiyeti veya gebelik durumu nedeniyle uğradığı ayrımcılığın, bu hükmün amacına uygun bir biçimde 6. fıkra kurala bağlanan ayrımcılık tazminatı ile yaptırıma bağlanması gerektiğinin kabulü gerekir.⁷⁰⁵

İkinci olarak, 20 Nisan 2016'da Resmî Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe giren 12319 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu (TİHEKK) md. 6 bu konuya ilişkin kurallar getirmektedir. Buna göre, “işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz”. Ancak bu hüküm de bu tür bir ayrımcılığın yaptırımını düzenlememektedir.

Üçüncü olarak, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun (EHK) md. 14/2, 3 de, engellilerin işe alınma bakımından ayrımcılığa maruz bırakılmaması gerekliliğini kurala bağlamış, ancak benzer biçimde bunun aksi için yaptırım öngörmemiştir.

Dördüncü olarak STİSK md. 25 de, “işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri

⁷⁰⁵ Yıldız, s. 198; Erdoğan, s. 438.

veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz” hükmü ile, işe alımlarda sendikal nedenle ayrımcılığı yasaklamıştır. Bununla birlikte bu hüküm de işverenin ayrımcılık yapması hâlinde tabi olacağı yaptırımını içermemektedir.

Son olarak, TCK md. 122/1, c, “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engelleyen” kimsenin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlemektedir.

Oysa kanımızca işveren, işe alımlarda da ayrımcılık yapmamak borcu altındadır. İlk olarak, iş görüşmeleri esnasında *culpa in contrahendo* sözleşmesel sorumluluk rejimine göre koruma yükümlülükleri altında olduğu kabul edilen tarafların, bu yükümlülüğün bir parçası olan ayrımcılık yapmama borcu altında olduğunun kabulü gerekir. Çünkü ayrımcılığa maruz kalacak kişinin özellikle özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında yer alan unsurlara ilişkin haklarının ihlal edileceği ve en azından manevi bir zarara uğrayacağı ortadadır. Bu nedenle *culpa in contrahendo* sorumluluğu altında, eşit işlem yapma borcunun yalnızca işçi ile işveren arasındaki geçerli bir iş sözleşmesinin bulunduğu esnada var olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.

İkinci olarak, AY md. 10 ile düzenlenen ayrımcılık yasağı, AY md. 48 ve 49 ile düzenlenen çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğü arasındaki çatışmayı çözümlmek bakımından yeterli görülmelidir. Bu durum, İK md. 5’in yorumlanması bakımından anayasa uygun yorum yönteminin bir gereğidir. Anayasanın, md. 11 gereği özel hukuk ilişkilerine de uygulanacağı göz önünde bulundurulacak olursa, ayrımcılık yasağının genel olarak tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanan, diğer tüm hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi bakımından (ki bu durumda çalışma hakkının kullanılması bakımından) uyulması gereken bir ilke olması, işverenin sözleşme özgürlüğüne ve işi hangi işçiyle en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme hakkına⁷⁰⁶ üstün gelmelidir. Nitekim, işverenin en verimli ve uyumlu işçiyi seçmesi durumu

⁷⁰⁶ Süzek, s. 454; Yuvalı, s. 170.

objektif kriterlere dayandığı müddetçe zaten ayrımcılık gündeme gelmemiş olacaktır.

Üçüncü olarak, İK md. 5'te lafzı geçen iş ilişkisinin, sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim aynı maddenin cinsiyet ve gebeliğe ilişkin özel hükmünde, işçiye “iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde” doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla lafzi yorum yapılacak olursa bu hüküm, 5. maddenin “iş ilişkisi ve sona ermesi” ikili ayrımında iş ilişkisini “iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması ve uygulanması” olarak ayırtılandırmaktadır.

Dördüncü olarak, işverenin ayrımcılık yasağına tabi olmasının yalnızca iş sözleşmesinin geçerli olduğu süre bakımından geçerli olduğunu ve bir yaptırım olarak ayrımcılık tazminatının talep edilemeyeceğini ileri sürmek, bunlarla sınırlı olmamakla birlikte en azından İK md. 5/3, TİHEKK md. 6, STİSK md. 25 ve EHK md. 14/2, 3 hükümlerinin ve genel olarak AY md. 10 ile çalışma hakkı bakımından md. 48 hükümlerinin korumak istediği menfaatlere ve bu kuralların getirilme amacına ters düşer. Dolayısıyla amaca uygun yorum yöntemi, bahsi geçen istisna hükümleri bakımından ayrımcılık tazminatı talebinin; bu istisna hükümleri dışında da genel olarak tüm ayrımcılık hâllerinin ve bunun yaptırımı olarak ayrımcılık tazminatı talebinin, iş sözleşmesi öncesi görüşmeleri de kapsadığını ortaya koymaktadır.

Nitekim iş mevzuatında işe alımlar bakımından ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen istisna hükümlerinin fazlalığı ve kapsayıcılığı, ayrımcılık yasağının genel olarak işe alımlarda uygulanmasına ilişkin teyit edici niteliktedir. Nitekim sisteme ve amaca uygun yorum yöntemi gereği, cinsiyet, gebelik, engellilik ve sendikal faaliyet nedeniyle işe alımda ayrımcılığa maruz kalması yasaklanan işçinin dini, cinsel yönelimi, HIV+ olma durumu gibi başkaca temeller üzerinden ayrımcılığa maruz kalabileceğini kabul etmek, AY ve İK md. 5 ile düzenlenen ayrımcılık yasağını işlevsiz kılacaktır. Benzer bir yorum TCK md. 122/1, c hükmü bakımından da yapılabilir. Nitekim bu hüküm gereği işe alımda

ayrımcılık yapan kişi üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı bir ceza alabilmekteyken, bu cezadan çok daha niteliksiz ve hafif olan ayrımcılık tazminatına *a fortiori* hükmedilebilmesi gerekir.

Ayrıca, açıklanan anayasaya uygun yorum, sisteme uygun yorum, lafzi ve amaca uygun yorum yöntemlerinin, İK md. 5'in iş sözleşmesinin kurulması aşamasını kapsayıp kapsamadığı konusunda hâla şüpheyi yer verdiği düşünülecek olursa da, bu sefer son çare olarak işçi lehine yorum ilkesi uygulanmalı⁷⁰⁷ ve işverenin ayrımcılık yapmama borcunun iş sözleşmesini kurulması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, İK md. 5 anlamındaki iş ilişkisinin, *culpa in contrahendo* sorumluluğu gereği sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsadığı, aday işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline neden olan bir eylem veya işlemde ötürü aynı zamanda ayrımcılığa maruz kalması hâlinde, maddi ve manevi zararının yanı sıra ayrımcılık tazminatına da hak kazandığı kabul edilmelidir. Bu durumda, işçinin talep edeceği dört aya kadarlık ücret de, Alman AGG Sec. 15/2 hükmünde yer alan yaptırıma benzer biçimde, bu ayrımcı uygulama olmasaydı alınacak olduğu pozisyon için kendisine ödenecek ücret üzerinden belirlenmelidir.

2. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMINDA

İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı, iş sözleşmesinin kurulmasında *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile korunurken, iş ilişkisinin devamında tarafların iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri ile korunur. Şöyle ki, sözleşme öncesi görüşmelerin sona ermesi ve tarafların iş sözleşmesini akdetmek

⁷⁰⁷ Süzek, s. 26.

yönündeki iradelerini yazılı veya sözlü olarak beyan etmesi⁷⁰⁸ ile birlikte iş sözleşmesi kurulmuş ve taraflar arasında artık bir iş ilişkisi başlamış olur. Bu ilişkinin temelini oluşturan iş sözleşmesi, işçi ve işveren bakımından birtakım hak ve yükümlülükler gündeme getirir. Söz konusu sinalagma, özel yaşamın gizliliği hakkının iş ilişkisinde de korunmasını sağlayacak birtakım borçlar doğurur; nitekim aşağıda inceleneceği üzere bu hakkın iş sözleşmesi bağlamında korunmasının hukuki dayanağı, işverenin işçiyi gözetme borcudur.⁷⁰⁹

Bunun yanı sıra, taraflar her ne kadar bir iş sözleşmesi akdetmemiş olsalar da aralarındaki fiilî ilişkinin bir iş ilişkisi meydana getirmesi mümkün olabilir. Böylece işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının korunması, iş sözleşmesinin henüz yapılmadığı bir süreci de kapsayabilir. Bu nedenle iş ilişkisinin ne zaman başladığının da kısaca üzerinde durulması gereklidir.

İş sözleşmesinin kural olarak şekil serbestisine tabi olması, bu sözleşme türünün sözlü veya yazılı olarak yapılabilmesi, bir geçerlilik şekline tabi olmaması anlamına gelmekle birlikte, kimi hâllerde taraflar arasında sözlü bir iş sözleşmesinin dahi yapılmaması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda fiilen iş gören kişi ile lehine iş gördüğü kişi arasındaki ilişkinin, hukuken bir iş ilişkisi meydana getirip getirmediğinin tespiti gerekir. Buna ilişkin olarak, öğretide akit teorisi (*Vertragstheorie*) iş ilişkisinin başlangıcı için geçerli bir iş sözleşmesinin

⁷⁰⁸ İK md. 8/1 gereği, iş sözleşmelerinin kurulmasında şekil serbestisi geçerlidir. İlgili hüküm uyarınca iş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir. Benzer bir biçimde, BK md. 394/1 de hizmet sözleşmelerinin kural olarak herhangi bir geçerlilik veya ispat şekline tabi olmadığını hüküm altına almıştır. Bu hüküm esasen BK md. 12/1’de öngörülen şekil serbestisinin hizmet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulan özel bir görünüm biçimidir. Saracel, Nüket, “Hizmet Akdinde Şekil Sorunu”, Prof. Dr. İlhan Cemalcılar’ın Hatırasına Armağan, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, No: 84, 1990, s. 577. Bununla birlikte, iş mevzuatında yazılı olarak yapılması öngörülmüş olan iş sözleşmesi türleri de bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak süresi bir yılı geçen belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, takım sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri ve Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi sözleşmeler verilebilir. Süzek, s. 309, 310; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 96-98; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 251-254; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 106, 107.

⁷⁰⁹ Favennec-Héry, Françoise/ Verkindt, Pierre-Yves, *Droit du travail*, Lextenso éditions, Paris, 2014, s. 222 vd.; Mazeaud, Antoine, Lextenso éditions, Paris, 2008, s. 336 vd.; Rivero, Jean/ Savatier, Jean, *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Paris, 1991, s. 510 vd.; Rehbindler, *Droit suisse du travail*, Editions Staempfli & Cie Sa, Berne, 1979, s. 76 vd.; Cœuret/ Gauriau/ Miné, s. 405 vd.; Miné/ Marchand, s. 72 vd.; Duc/ Subilia, s. 243 vd.; Süzek, *İşçiyi Gözetme Borcu*, s. 830; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 185 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 170; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 321 vd.; Aydın, s. 21, 22.

kurulma şartını ararken, katılma teorisi (*Eingliederungstheorie*) iş ilişkisinin henüz ortada geçerli bir iş sözleşmesi olmasa dahi kurulabileceğini savunmaktadır.⁷¹⁰ Türk iş mevzuatının bu hususu aydınlatmaya yarayacak hükümleri incelenecek olursa, iş ilişkisinin ne zaman başladığı ortaya konulabilir.

İlk olarak BK md. 394/2, “Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır” hükmü ile zımni bir irade uyuşması ile de hizmet sözleşmesinin kurulabilmesinin yolunu açmıştır.⁷¹¹ Buna göre, bir kişi ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman içinde gördüğünde, TMK md. 2 kapsamında bu işi lehine gördüğü kişiden haklı bir karşı edim beklentisi içinde bulunabilir. Lehine iş görülen kişi de halihazırda görülen işi kabul ettiğinde, esasen öneri-kabul teatisi gerçekleşmemiş bu *de facto* ilişkiye sonradan hukuki bir nitelik kazandırılmış, iş sözleşmesi geriye yönelik olarak kurulmuş olur.⁷¹²

İkinci olarak, İK md. 2, iş ilişkisini “işçi ile işveren arasında kurulan ilişki” olarak tanımlamakta ancak bu ilişkinin başlangıcı ve sonuna ilişkin açık bir hükme yer vermemektedir. Bununla birlikte İK md. 53/1 yıllık ücretli izin için; hâla yürürlükte olan eski İK md. 14/1 ise kıdem tazminatı için kıdemini hesaplanmasında iş sözleşmesinin başlangıcını değil, işçinin işe fiilen başlama tarihini esas almaktadır.⁷¹³ Bu durumda, iş ilişkisinin de iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu tarihten değil, işçinin fiilen işe başladığı tarihten itibaren kurulduğu kabul edilebilir. Ancak her halükarda, hem BK hem de İK anlamında iş ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iş sözleşmesinin geriye dönük dahi olsa

⁷¹⁰ Senyen-Kaplan, s. 60.

⁷¹¹ Yavuz, s. 878.

⁷¹² İşçi ve işverenin sözleşme serbestisi içinde iş ilişkisini başlatmak ve sona erdirmek bakımından tamamen özgür olduğunu savunan *at-will* doktrinine ilişkin ayrıntılı bilgi ve bunun ABD iş hukukundaki eleştirisi için bkz. Fineman, Jonathan, “The Inevitable Demise of the Implied Employment Contract”, Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Vol. 29, No. 2, 2007, s. 350-352.

⁷¹³ Süzek, s. 752, 753.

kurulmuş olması gerekir.⁷¹⁴ Dolayısıyla, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı, zımni irade beyanlarının uyuşması, işçinin fiilen iş görmeye başlaması ve lehine iş görülenin de bunu kabul etmesi ile henüz geçerli bir iş sözleşmesi akdedilmemiş olsa dahi, sonradan akdedilmiş olmak şartıyla, *de facto* bir iş ilişkisinin başlangıcından itibaren korunur.

Öte yandan, nasıl ki iş ilişkisinin kurulmasında aday işçiye sorulabilecek soruların ve uygulanabilecek testlerin işveren tarafından talep edilmesinin dayanağı iş sözleşmesinin *intuitu personae* niteliği olmasıysa, işveren tarafından iş ilişkisinin devamı boyunca işçinin özel yaşamının gizliliğine yönelik yapılacak müdahalelerin dayanağı da iş ilişkisinin sahip olduğu hukuki niteliklerdir. Bu nitelikler, işverenin yönetim hakkını ve işçinin işverene olan kişisel ve hukuki bağımlılığını gündeme getirir ve bu nedenle işçinin özel yaşamının gizliliği, iş ilişkisinin devamı boyunca müdahale edilebilir hâle gelir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, işverenin işçiye gözetme borcunun işçiye özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında sağladığı koruma ile işverenin yönetim hakkının ve işçinin kişisel ve hukuki bağımlılığının işçinin özel yaşamının gizliliğine müdahale edilebilmesine olanak sağlaması durumu çatışır. Bu çatışmanın çözümlenmesi ile iş ilişkisinin devamında işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına yapılabilecek müdahalelerin hukuki dayanağı ve genel sınırları ortaya konulmuş olur. Aşağıda söz konusu çatışma açıklanacak ve işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında çözümlenecektir.

Bunun için her şeyden önce, iş ilişkisinin, bir başka deyişle iş sözleşmesinin hukuki niteliklerinin incelenmesi gerekir. İş sözleşmesi, İK md. 2'ye göre işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisini hukuki bir işleme bağlayan, İK md. 8/1'e göre "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir". BK md. 393 de hizmet sözleşmesini "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle

⁷¹⁴ Zira iş sözleşmesine dayanmayan bir iş ilişkisinden söz edilemez. Yargıtay 9. HD, 4815/8960, 25.5.2017; Yargıtay 9. HD, 7336/19797, 4.12.2017.

iş görmeyi, ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlamaktadır.

Buna göre iş hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında kabul edildiği üzere iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık⁷¹⁵ olmak üzere üç zorunlu unsuru bulunmaktadır.⁷¹⁶ Çalışma bakımından önem araz eden ise bağımlılık unsurudur ve bundan anlaşılması gereken, işçinin ekonomik ve sosyal olarak işverene bağlı oluşu değil, kişisel ve hukuki bağımlılıktır.⁷¹⁷ İşçinin işini işverene bağımlı olarak görmesi, iş görme edimini ifa ederken her daim işverenin emir ve talimatları; yönetim, gözetim ve denetimi altında olması anlamına gelir.⁷¹⁸ İşveren, görülen işin başlangıcını ve sonunu, görülme süresini, nasıl görüleceğini belirleme ve bunları denetleme yetkisine sahiptir, bu yetkisini de emir ve talimat verme şeklinde kullanır.⁷¹⁹ Bu emir ve talimatlar, işçinin kişiliğiyle doğrudan alakalı olacağından ve işçi bu durumu sözleşme akdetmek suretiyle kabul ettiğinden,⁷²⁰ işverene karşı hem kişisel hem de hukuki bağımlılığı doğar. Dolayısıyla işçinin bu bağımlılığı, işverenin ona vereceği emir ve talimatlara uygun davranması, yani iş görme veya itaat borcunu ifa etmesi anlamına gelir.

⁷¹⁵ Nitekim bu unsur, iş sözleşmesini iş görmeye ilişkin BK’da düzenlenen vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi, yayım sözleşmesi gibi diğer sözleşme türlerinden ayırt eden unsurdur. Süzek, s. 237-239; Yargıtay 9. HD, 24493/39002, 20.10.2011; Yargıtay 9. HD, 2672/8483, 29.3.2010; Yargıtay 22. HD, 16302/29569, 22.10.2015; Yargıtay 22. HD, 24966/615, 20.01.2015, “4857 sayılı İş Kanunun 8/1. maddesi uyarınca “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir”.

⁷¹⁶ Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Süzek, s. 231 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 59, 60; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 79-81; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 150-155.

⁷¹⁷ Sevimli, Ahmet K., “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 55; Süzek, s. 234.

⁷¹⁸ Günümüzde bağımlılık unsuru, teknolojik gelişmelerin elverişliliği, internet üzerinden iş görme ediminin yerine getirilebilmesi ve belli ekonomik nedenlerden ötürü atipik iş sözleşmelerinin (evde çalışma, tele çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi) yaygınlaşması ve çeşitlenmesi ile gittikçe zayıflasa da, başkasının iş organizasyonunda iş görmenin bağımlılık unsurunu farklı düzeylerde de olsa hâla devam ettirdiği kabul edilir. Süzek, s. 234, 235; Yargıtay 9. HD, 10530/4617, 22.2.2010.

⁷¹⁹ Casaux-Labrunée, Lise, “Vie privée des salariés et vie de l’entreprise”, Droit social, No. 4, vril 2012, s. 334, 335; Yargıtay 9. HD, 10530/4617, 22.2.2010.

⁷²⁰ Süzek, s. 234.

Bu durumda işçi-işveren ilişkisi, şüphe götürmez bir biçimde hiyerarşik bir nitelik taşır. Bu eşitsiz ilişki dolayısıyla işveren, işçinin kişiliği üzerinde belli disiplin cezası verme, onu otoritesi altında kontrol etme, işyerindeki düzeni sağlama, işin görülmesine ilişkin esasları belirleme gibi belli yetkilere sahiptir. İşverenin sahip olduğu bu yetkilerin ise yönetim (*pouvoir de direction*), düzenleme (*pouvoir normatif*) ve disiplin (*pouvoir disciplinaire*) olmak üzere üçe ayrılarak sınıflandırılması mümkündür.⁷²¹ Burada önemle belirtmek gerekir ki, yönetim yetkisi ve yönetim hakkı iki farklı kavramdır. İşverenin işletme veya işyeri düzeyindeki yönetim yetkisi, ekonomik ve işletmesel düzeydedir. Girişim serbestisinden kaynağını alan yönetim yetkisi kavramı, işverenin işletme veya işyerinin kârlılığını ve ekonomik amaçlarını yerine getirebilmesi için alacağı kararlara ve uygulayacağı politikalara ilişkindir. Buna göre işçi istihdam etme, işten çıkarma, üretilen mal veya hizmete ilişkin belli stratejiler izleme gibi birçok karar alabilir. Tüm bunlar işverenin kendi girişimi üzerindeki yönetim yetkisinin (veya bir başka deyişle geniş anlamda yönetim hakkının) gereğidir.⁷²² Yönetim hakkı ise, işverenin işçi ile kurduğu iş sözleşmesine dayanan hukuki ilişkiden kaynağını alır⁷²³ ve çalışma bakımından üzerinde durulacak olan, işverenin yönetim hakkıdır.

⁷²¹ Favennec-Héry/ Verkindt, s. 241 vd.; Auzero/ Dockès, s. 669 vd., 759 vd., 784 vd.; Güzel, Ali, “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve Özgürlük”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 96.

⁷²² Miné/ Marchand, s. 97, 98; Erdemir, M. Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 41-61; Güzel, s. 97 vd.; İşverenin ekonomik girişimine dayalı menfaatleri ile işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının çatışmasının, yeni teknolojiler sayesinde işverenin işçi üzerinde sahip olduğu panoptik otorite karşısında çözümlenmesi güçtür. Nitekim teknolojinin araçsallaştırıldığı bir işyerinde işçilerin istihdam edilmesinden, performans yeterliliğinin ölçülmesine ve işyerindeki verimliliğin artırılmasına kadar her aşama işletmesel gerekliliklerden doğar. Bu durumda bir görüş, ekonomik faydacılığın işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına müdahale gerçekleştirilmesini gerektirmesi hâlinde doğru dengenin kurulabilmesinin, yine ekonomik faydacı bir ölçümle gerçekleştirilebileceğini iddia eder. Bu görüşe göre, söz konusu dengenin kurulup kurulmadığı, işletmenin verimliliği ve işçilerin performansları ile ölçülebilir. Nitekim dengesiz ve orantısız bir müdahale söz konusuysa, ağır hak ihlallerine maruz kalan işçilerin performansları düşecek, dolayısıyla işletmenin verimliliği azalacaktır. Brown, William S., “Technology, Workplace, Privacy and Personhood”, Journal of Business Ethics, Vol. 15, No. 11, November 1996, s. 1237-1248; Kovach, Kenneth A./ Jordan, Jennifer/ Tansey, Karen/ Framiñan, Eve, “The Balance Between Employee Privacy And Employer Interests”, Business and Society Review, Vol. 105, No. 2, 2000, s. 289-298.

⁷²³ Erdemir, s. 54 vd.; Süzek, s. 81.

Yönetim hakkı, düzenleme ve disiplin yetkileri ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Nitekim işveren, bahsi geçen emir ve talimat verme, denetleme ve gözetleme yetkilerini kullanırken, bunu genel nitelikli kurallara bağlayarak çalışma koşullarını düzenleme, örneğin iç yönetmelik çıkarma şeklinde⁷²⁴ veya düzenlediği çalışma koşullarına aykırılığın yaptırıma bağlanması için disiplin cezası uygulama şeklinde yapar. Öyle ki, bu durumun yasama, yürütme ve yargıya dayanan güçler ayrılığına benzediği söylenebilir.⁷²⁵ Yönetim hakkı da, söz konusu düzenlemeleri veya disiplini yürütmeyi, uygulamayı mümkün kılar.

İşverenin lehine görülecek işi düzenlenmesi, çalışma koşullarını ve işin başlangıcından sonuna kadar izleyeceği süreci belirlemesi ve denetlemesi, her işin kendi somut özellikleri ve gerekliliklerine göre değişiklik arz eder. Dolayısıyla anayasa, iş mevzuatı, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları, iş ilişkilerine uygulanacak her türlü kuralı belirlemeye yeterli değildir.⁷²⁶ Bu nedenle işverenin iş ilişkisine uygulanacak hukuk kurallarında ortaya çıkabilecek boşlukları yönetim hakkı ile doldurması, tek taraflı irade beyanlarıyla iş ilişkisine uygulanacak birtakım koşullar ortaya koyması gerekir.

BK md. 399 uyarınca, işverenin yönetim hakkını kullanımının iki görünüm biçim ortaya çıkar: (i) işin görülmesine ilişkin ve (ii) işçinin davranışlarını düzenlemeye ilişkin yönetim hakkı. İlgili hüküm uyarınca “işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. Bunun karşısında işçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”. İşveren, kendisine en yüksek düzeyde emir ve talimat verme yetkisi veren yönetim hakkını doğrudan doğruya kendisi kullanabileceği gibi, bu hakkın bir kısmını işyeri veya

⁷²⁴ Auzero/ Dockès, s. 760 vd.

⁷²⁵ Güzel, s. 96, 97.

⁷²⁶ Süzek, s. 80, 81; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 225; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 55; Erdemir, s. 48, 49; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 238; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 23.

işletmenin belli bölümlerinde işveren vekillerine de kullandırabilir.⁷²⁷ Nitekim işveren vekilleri, İK md. 1/4 uyarınca işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselerdir ve işçiler bu emir ve talimatlar uymakla da yükümlüdür.⁷²⁸

İşin ne şekilde, nerede, ne zaman, hangi usûllerle yapılacağına; çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş sürelerine; ara dinlenmesinin nasıl yapılacağına, hangi malzemelerin nasıl kullanılacağına, yıllık ücretli izinlerin nasıl kullandırılacağına ve benzeri koşullara ilişkin emir ve talimatlar, yönetim hakkının işin görülmesine ilişkin kullanımıdır.⁷²⁹ İşçinin bu tür emir ve talimatları yerine getirmesi iş görme borcuyla ilgilidir. Buna göre, işçinin işverenin işin görülmesine ilişkin verdiği emir ve talimata uymaması, iş görme borcunun ihlali anlamına gelir.⁷³⁰

İşyerindeki düzenin ve güvenliğin sağlanması ile ilgili emir ve talimatlara ilişkin yönetim hakkı ise işçinin davranışlarına ilişkindir. İşyerindeki park yerlerinin, spor tesislerinin, yemekhanenin kullanımına; işyerine giriş ve çıkışlarda uyulması gereken kurallara; işyerinde giyilecek kıyafetlere; sağlık raporlarının alınma usûllerine ve benzeri durumlara ilişkin emir ve talimatlar ise

⁷²⁷ Örneğin yıllık ücretli izinlerin kullandırılması, işveren vekillerinin onayına tabi tutulabilir. “Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Mahkemeye de işverence ibraz edilen davacının kendi imzasını taşıyan izin talep formları işveren vekili tarafından onaylanmıştır”. Yargıtay 9. HD, 1624/1029, 27.1.2011.

⁷²⁸ Süzek, Yönetim Hakkı, s. 229; Miné/ Marchand, s. 105.

⁷²⁹ “Yıllık izin işçinin dinlenme hakkı olup, hizmet akdinin devamı süresince kullanılması işverenin yönetim hakkına bağlıdır. Hizmet akdi süresi içinde söz konusu hak "ücret" niteliğinde değildir. Hizmet akdinin sona ermesi ile birlikte alacağı dönüşmektedir”. Yargıtay 9. HD, 22808/8222, 22.3.2007; “Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullandırılması gerekir”. Yargıtay 9. HD, 11139/29544, 28.10.2009; “... işyerinde verimlilik, düzen, iş barışı ve disiplininin sağlanması ve korunması için işçinin sözleşmeden veya işyeri uygulamasından kaynaklanan ekonomik ve çalışma koşullarını ağırlaştırmamak ve kötüleştirmemek şartıyla bir kısım değişiklikler yapılmasının yönetim hakkı kapsamında kaldığı ...” Yargıtay 22. HD, 12343/14238, 13.6.2013.

⁷³⁰ Miné/ Marchand, s. 97, 98; Süzek, s. 91; Güzel, s. 98, 99; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 55; Erdemir, s. 58; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 238, 239; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19, 20.

yönetim hakkının işçinin davranışlarına ilişkin kullanımıdır. İşçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin emir ve talimatlara uymaması da itaat borcunun ihlali anlamına gelir.⁷³¹

Ayrıca, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği iki türlü emir ve talimat, genel nitelikte olabileceği gibi, özel nitelikte de olabilir. Genel emir ve talimatlar, işyerinde çalışan tüm işçilere ya da belli bir bölüm ya da sınıflandırmadaki tüm işçilere verilir. Bu tür talimatlar, ilgili işçilerin kolaylıkla görebileceği, okuyabileceği veya duyabileceği şekilde ilan edilmekle, yani aleniyet kazanmakla yürürlüğe girer ve yine aynı şekilde yürürlükten kalkar.⁷³² Özel emir ve talimatlar ise bir veya birden fazla kişiye verilir ve sadece onları bağlayacak şekilde kişisel nitelik taşır. Bu tür talimatlar da ilgili kişilere bildirilmekle yürürlüğe girer ve yine aynı şekilde yürürlükten kalkar.⁷³³

Bu durumda işçinin iş ilişkisinin devamında özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin müdahaleler, yaygın ve genel olarak işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği emir ve talimatlara dayanır. Zira işçinin işyerindeki davranışlarına, yaşam tarzına; cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel ilişkilerine müdahale edilmesi, işçinin üzerinin ve eşyasının aranması; işçinin işyerinde izlenmesi ve işçinin ulaşılabilir olmama hakkının ihlali, işverenin işin görülmesine veya işçinin davranışlarına ilişkin vereceği emir ve talimatlardan kaynaklanır. Bununla birlikte, bu müdahale biçimlerinin toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları ile gündeme gelmesi de mümkündür.

Öte yandan, işçinin kişisel ve hukuki bağımlılığının, iş ilişkisinin devamı boyunca özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan unsurlara sınırsızca

⁷³¹ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 47; Süzek, s. 91; Güzel, s. 98, 99; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 55; Erdemir, s. 58, 59; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 238, 239; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19, 20.

⁷³² Süzek, s. 82, 83; Aksi yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 7147/7134, 12.6.1980, “Gerçekten hastalık nedeniyle alınacak raporların nasıl ve nereden alınacağı hakkında tamim ibraz edilmiştir. İşverenin, işin düzenli ve disiplinli bir biçimde yürütülmesini sağlama amacıyla hastalık raporlarının alınmasına olayda söz konusu olan tamimde belirtildiği üzere bir düzene koyabilir; tamimin geçersizliğini gerektirir bir durum söz konusu değildir. Ancak tamimin hukuki sonuç doğurabilmesi sözleşme koşulu haline gelmiş bulunmasına bağlıdır. Diğer taraftan belirtilen tamim zorunluluk hallerini de ortadan kaldırmaz”.

⁷³³ Süzek, s. 83.

müdahale edilmesine cevaz vermeyeceği ortadadır. Nitekim işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları ya da bunların ilgili hükümleri BK md. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olabileceği gibi, genel iş koşulu niteliği taşıyan hükümler de BK md. 20-25 hükümlerine göre genel geçerlilik, içerik ve yorum denetimine tabi olacaktır.⁷³⁴ Benzer biçimde, yönetim hakkının kendine özgü sınırları da, işverenin işçiye vereceği emir ve talimatların özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmesinin önüne geçer.

İlk olarak bu hak iş hukukunun kaynaklar hiyerarşisinde kendisinden önce gelen düzenlemelerle, yani anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, iç yönetmelik ve işyeri uygulamaları ile sınırlanır. İşveren yalnızca bu kaynaklarda bir düzenleme getirilmeyen konularda ve bu kaynaklara uygun olacak şekilde yönetim hakkını kullanabilir.⁷³⁵ Buna göre işveren anayasada yer alan hak ve özgürlüklere aykırı olacak şekilde,⁷³⁶ dolayısıyla AY md. 20’de düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecek şekilde emir ve talimat veremez.

İş mevzuatının mutlak ve nispi emredici hükümleri ile yedek hukuk kuralları da işverenin yönetim hakkını sınırlar.⁷³⁷ Ayrıca toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, iç yönetmelik ve işyeri uygulamalarında yer alan hükümlere aykırı emir ve talimat verilemez.⁷³⁸ Örneğin yönetim hakkının bu kuralları tek taraflı olarak değiştirme şeklinde kullanılması, çalışma koşullarında

⁷³⁴ Genel iş koşullarının denetimi için bkz. Süzek, Sarper, “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 459-472.

⁷³⁵ Rehbinden, Droit suisse, s. 49 vd.; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 229; Süzek, s. 83 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 55, 56.

⁷³⁶ Casaux-Labrunée, s. 335.

⁷³⁷ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 239; Erdemir, s. 107-129.

⁷³⁸ Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 55; Süzek, s. 83.

esaslı değişikliğe neden olacaksa İK md. 22'ye aykırılık içerir ve bu nedenle ilgili emir ve talimat geçersiz olur.⁷³⁹

İkinci olarak, BK md. 27'de yer alan sınırlamalara; yani kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı veya konusu imkansız emir ve talimatlar da verilemez.⁷⁴⁰ Özel yaşamın gizliliği hakkı, birçok durumda kişilik hakları kapsamında değerlendirilebileceğinden, bu sınırlama işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını korur.

Üçüncü olarak, BK md. 399'da kurala bağlandığı üzere, yönetim hakkı MK md. 2'de yerini bulan dürüstlük kuralına aykırı kullanılamaz.⁷⁴¹ İşçi yalnızca dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden yerine getirmesi beklenebilecek türden emir ve talimatlara tabi olabilir.

Dördüncü olarak, yönetim hakkı kendi amacıyla sınırlıdır.⁷⁴² Bundan anlaşılması gereken, işverenin vereceği emir ve talimatların görülecek işin niteliğine ilişkin olması ya da işyerinin düzeni ve güvenliğinin sağlanmasına özgülmesi gerekliliğidir. Dolayısıyla işçiye, işyeri dışındaki ya da gördüğü iş ile bağlantısı bulunmayan davranışlarına ve yaşamına ilişkin emir ve talimat verilemez; nitekim bu sınırlama işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını doğrudan doğruya korur.⁷⁴³ Her ne kadar işçinin işyeri dışındaki davranışları işverenin ve işletmenin menfaatlerine zarar verici nitelikte olabilecekse de,⁷⁴⁴ işverenin ve

⁷³⁹ Güzel, s. 99, 100; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19; Erdemir, s. 108-122. Fransız Yargıtayı da benzer biçimde işverenin yönetim hakkının, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmayı kapsayamayacağına; bununla birlikte sözleşme hükmü hâline getirilmemiş çalışma koşullarında yapılacak esaslı olmayan değişikliklerin, işverenin yönetim hakkı (ki buradaki anlamıyla işletmenin ve işyerinin menfaatini ön plana çıkaran yönetim yetkisi) kapsamında değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Cours de cassation, Chambre sociale, Arrêt n° 93-41137 du 10 juillet 1996; Cours de cassation, Chambre sociale, Arrêt n° 95-43274 du 3 mars 1998. Fransız Yargıtayının işverenin yönetim hakkının çalışma koşullarında değişiklik yapılması şeklindeki kararlarına ilişkin inceleme için bkz. Pusatlı, Ayşen, "Fransız Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması Hâlinde İşverenin Yönetim Hakkının Sınırı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 1-24.

⁷⁴⁰ Süzek, s. 84; Erdemir, s. 131-133.

⁷⁴¹ Süzek, s. 84, 85; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19; Erdemir, s. 102 vd.

⁷⁴² Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 84, 84; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19.

⁷⁴³ Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 57.

⁷⁴⁴ Böyle bir durumda işverenin işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceğine ilişkin bkz. Casaux-Labrunée, s. 341.

işletmenin menfaatlerini korumak, itaat veya iş görme borcunun değil, sadakat borcunun gereğidir.⁷⁴⁵ Bu nedenle işverenin yönetim hakkını kullanarak bu tür davranışlara ilişkin emir ve talimat vermesi mümkün olamaz; yalnızca işçinin sadakat borcuna uygun davranmasına ilişkin bir uyarı niteliği taşıyabilir.⁷⁴⁶

Son olarak, işverenin yönetim hakkı ve bununla ilişkili olarak işçinin kişisel ve hukuki bağımlılığının, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan durum ve olguları iş ilişkisinin devamı boyunca müdahale edilebilir kılmasının karşısında işçinin bu hakkını asıl olarak koruyan ise, işverenin işçiyi gözetme borcudur. İşverenin işçiyi gözetme borcu⁷⁴⁷, kendisini (i) işçinin kişiliğini koruma, (ii) işçiyi psikolojik ve cinsel tacize karşı koruma, (iii) iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma şeklinde gösterir ve bu borç, işçinin sadakat borcunun sinalagmasıdır.⁷⁴⁸ Buna göre işveren, işçinin yaşamını, vücut bütünlüğünü, sağlığını, özel yaşamının gizliliğini korumak; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, meslek hastalığı ve iş kazalarını azaltmak, maddi ve manevi varlığına saygı göstermek ve bu hak ve özgürlükleri ihlal etmemek; işçiye yol göstermek, yardımcı olmak, işin görülmesine ilişkin gerekli bilgileri vermek, işçinin bilgi edinme hakkını kullanmasını sağlamak ve buna benzer birçok yükümlülük ile işçiyi gözetme borcunu ifa eder.⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ İşçinin sadakat borcunun hukuki niteliği, kapsamı, süresi ve sınırları ile işçinin sadakat borcundan kaynaklanan yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Albayrak-Gül, Hande, “İşçinin Sadakat Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 141-142, 2016, s. 121-197.

⁷⁴⁶ Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 84; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 56, 57; İşçinin işyeri dışındaki davranışlarının işyeri veya işletmeye zarar vermesi hâlinde bu davranışlara ilişkin de emir ve talimat verilebileceğine ilişkin aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19.

⁷⁴⁷ Öğretide işverenin işçiyi gözetme borcunun “işçinin korunması”, “işçinin kişiliğinin korunması” gibi farklı kavramlarla da ifade edildiği görülebilir. İşverenin bu borcunu düzenleyen BK md. 417 de “işçinin kişiliğinin korunması” başlığı ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte, katıldığımız görüşe göre, söz konusu borç yalnızca işçinin kişilik hakkı kapsamında korunmasına ilişkin olmayıp, geniş anlamda işçinin gözetilmesi için öngörülen bilgilendirme ve yol gösterme gibi borçları da içerdiğinden, işçiyi gözetme borcu olarak kavramlandırılmalıdır. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 321, 322; Süzek, s. 399; Yıldız, Gaye Burcu, “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Toprak İşveren Dergisi, S. 86, 2010, s. 1, 2.

⁷⁴⁸ Süzek, s. 399; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 322; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 185; Yavuz, s. 937; Eren, s. 554; Auzero/ Dockès, s. 680 vd.; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 59, 60.

⁷⁴⁹ Süzek, s. 399; Aydın, s. 29 vd.; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 59, 60.

BK md. 417/1, hizmet sözleşmeleri kapsamında işvereni, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun⁷⁵⁰ bir düzeni sağlamakla yükümlü tutmuştur. AY md. 17, 19, 20, 24 ve 25'in özel bir görünüm biçim olduğu kabul edilebilecek olan⁷⁵¹ bu hüküm, iş ilişkilerinde işçinin kişiliği kapsamında ele alınabilecek tüm unsurların korunmasını amaçlar. İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı da, işverenin gözetme borcunun işçinin kişiliğinin korunması kapsamında işverene yüklediği yükümlülükler ile korunur.⁷⁵² Nitekim daha önce açıklandığı üzere, özel yaşamın gizliliği hakkının, kişilik hakları ile doğrudan doğruya ilişkili olduğu her türlü kuşkudan uzaktır.

Sonuç olarak, işveren iş ilişkisinin devamında, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında yer alan bir durum veya olguya dayanarak işçiye disiplin cezası uygulamak, işçiye bu hak kapsamında yer alan bir durum veya olguyu sona erdirmeye veya değiştirmeye ilişkin bir emir ve talimat vermek ya da işçinin bu hak kapsamında yer alan bir menfaatine zarar vermek suretiyle işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edebilir. Çalışmanın sınırlılığı kapsamında, aşağıda söz konusu müdahalelere ilişkin örneklerden yalnızca bir kısmı, bu müdahalelerin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki sınırları ve bu sınırların aşılması hâlinde meydana gelecek ihlalin hüküm ve sonuçları incelenecektir.

2.1. İşçinin Üstünün ve Eşyasının Aranması ile Giriş ve Çıkışlarının Denetlenmesi

İşveren, işyerinin güvenliğini ve disiplinini sağlamak için işe giriş ve çıkışlarda işçinin üstünün ve eşyasının aranmasına veya giriş ve çıkışın saatlerinin

⁷⁵⁰ İşyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzenin sağlanmasından, mehz İsviçre Borçlar Kanunu md. 328'de yer aldığı şekliyle "ahlaka uygun" bir düzenin sağlanması anlaşılmalıdır; nitekim burada bahsedilen işverenin TMK md. 2 anlamındaki objektif iyiniyet kurallarına uygun bir çalışma düzeni yaratması değil, işçilerin rahat ve huzurlu bir çalışma ortamında olması gerekliliğidir. Süzek, s. 401.

⁷⁵¹ Süzek, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 830.

⁷⁵² Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 59; Favennec-Héry/ Verkindt, s. 222 vd.; Mazeaud, s. 336 vd.; Rivero/ Savatier, s. 510 vd.; Rehbinder, Droit suisse, s. 76 vd.; Cœuret/ Gauriau/ Miné, s. 405 vd.; Miné/ Marchand, s. 72 vd.; Duc/ Subilia, s. 243 vd.; Süzek, İşçiyi Gözetme Borcu, s. 830; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 185 vd.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 170; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 321 vd.; Aydın, s. 21, 22.

denetlenmesine ilişkin emir ve talimatlar vermek ya da toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklere buna ilişkin düzenlemeler getirmek isteyebilir. Benzer biçimde, işyerinde işçilere özgülenen ofis, masa, çekmece, dolap ve benzeri yerlerde de arama yapılması söz konusu olabilir.⁷⁵³ Ancak bu tür bir arama veya denetim, kural olarak işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecektir.⁷⁵⁴ Bu nedenle aramanın veya giriş ve çıkış kontrolünün belli sınırlara tabi olması gerekir.

İlk olarak, işçilerin işyerine giriş ve çıkış saatlerinin denetimi sağlamak, genellikle başvuru bir yöntemdir ve ölçülülük ilkesine uyulması hâlinde işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olmaz. Bu tür bir denetim imza defteri, personel kimlik kartları, cep telefonu uygulamaları gibi pek çok yöntemle yapılabilir.⁷⁵⁵ Buna göre işveren bu tür bir denetim usûlünü sözleşmelerde düzenleyebileceği gibi, yönetim hakkını kullanarak vereceği emir ve talimatlarla da uygulamaya koyabilir. Ancak işe giriş ve çıkış dışında, örneğin işçilerin tuvalet kullanım süre ve saatlerinin ya da kafeterya, spor salonu ve benzeri sosyal alanlara ne sıklıkla gidildiğinin tespiti gibi sebeplerle, işçilerin bu hareketlerinin denetlenmesi, ölçülülük ilkesine uymayacak, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olacaktır.⁷⁵⁶

Bununla birlikte, parmak izi, retina taraması veya yüz tanıma gibi biyometrik kontrol sistemlerinin uygulanabilmesi, diğer yöntemlere göre farklılık arz eder. KVKK md. 6/1, kişinin kimliğine dair toplanabilecek en öz ve riskli unsurlardan olan biyometrik verileri⁷⁵⁷ hassas kişisel veri olarak kabul etmiş, bu tür kişisel verilerin işlenebilmesi için kişinin açık rızasının varlığını şart koşmuştur. Ayrıca bu durumda işçinin yalnızca açık rızasının olması da yeterli

⁷⁵³ Çetin, s. 227; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 211.

⁷⁵⁴ Aydın, s. 32.

⁷⁵⁵ Manav, s. 121.

⁷⁵⁶ Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 71

⁷⁵⁷ Özellikle devletin egemenlik kapasitesi ve büyük şirketlerin karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin kırılganlığını artıran biyometrik tanımlama sistemlerine ilişkin bkz. Piazza, Pierre, "Biometrics: The New Open Sesame?", Privacy Towards 2020: Expert Views, IP (Innovation and Prospective) Reports No. 1, CNIL DEIP.

olmayacak, öğretide çoğunluk görüşü tarafından kabul edildiği üzere, her somut olaya ölçülülük ilkesinin uygulanması gerekecektir.⁷⁵⁸ Buna göre, işverenin giriş ve çıkışları denetleyebilmek için hakka daha az müdahale edeceği bir yöntem varsa, örneğin işçilerin yalnızca elektronik yöntemlerle veya manyetik yaka kartlarıyla giriş ve çıkışının kontrolü mümkünse, bu tür bir yöntemin tercih edilmesi gerekecek; aksi hâlde biyometrik kontrol sistemlerinin uygulanması özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut verecektir.⁷⁵⁹ Ancak örneğin söz konusu işyerinin yüksek güvenlik gerektirmesi, işyerinin belli bölümlerinde o işletmeye ait ticari sırların bulunması, işyerinde kamu güvenliği ve halk sağlığını etkileyecek türden nükleer enerji ya da kimyasal madde türünden bir üretimin gerçekleştirilmesi ve benzeri durumlarda; bu tür uygulamaların yalnızca ilgili bölümlerle sınırlı olması, verilerin saklanma süresinin makul olması ve işçinin ilgili uygulama bakımından aydınlatılmış rızasının alınması şartlarıyla biyometrik kontrol sistemleri kullanılabilir.⁷⁶⁰

İkinci olarak, işe giriş ve çıkışlarda veya çalışma saatleri içerisinde işçinin üstünün veya kendisine özgülenmiş yerdeki eşyasının aranabilmesi için de belli şartların varlığı gerekir. Öncelikle, bu tür bir aramanın işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmemesi için işverenin, işyerinin güvenliği (yetkili olmayan

⁷⁵⁸ Okur, Zeki, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, Legal Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 118; Gürsel, s. 360 vd.

⁷⁵⁹ Okur, s. 118, 119; Gürsel, s. 362; Her ne kadar uyuşmazlıklar idari yargıda görülmüş ve uygulanan hukuk bakımından belli farklılıklar bulunsada, Danıştay da vermiş olduğu kararlarda parmak izi ve yüz tanıma sistemleri ile işe giriş ve çıkış saatlerinin tespit edilmesi durumunu anayasaya aykırı bulmuş, söz konusu davalarda idare olan ilgili belediye ve hastanenin personelini tabi tuttuğu bu uygulamaya dayanak teşkil eden idari işlemleri iptal etmiş veya yürütmesini durdurmuştur. İlgili kararlar için bkz. Danıştay 5. D, 7949, 15.11.2013, "Olayda, personelden kişisel veri alınması kapsamında olan "yüz tanıma sistemi" ile mesai takibi uygulamasının, kamusal alanda da olsa "özel hayatın gizliliği" ilkesi kapsamında bulunduğu anlaşılmaması karşısında; uygulamanın sınırlarını usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması, toplanan verilerin ileride başka bir şekilde kullanılamayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşılmıştır"; Danıştay 13. D, 6811/1959, 15.5.2006, "Anayasa'nın ve uluslararası sözleşmelerle ilgili yapılan değerlendirmelerden sonra, kişisel veri olan "parmak izinin" kamusal alanda da olsa "özel hayatın gizliliği" hakkı kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bireyin izni olmadan parmak izinin alınması, uygulamanın yasal dayanağının bulunmaması, dosyadan anlaşıldığı kadarıyla bu uygulamanın idare ajanları yerine bu işi yüklenen firma çalışanlarınca yapılacak olması, toplanan verilerin ileri de başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin bulunmaması göz önüne alındığında, davacı sendika üyelerinin ve diğer çalışanların hukukunu etkileyen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu kanaatine varılmaktadır".

⁷⁶⁰ Okur, s. 119; Gürsel, s. 361, 362.

kişilerin tehlike araz edebilecek işlerin bulunduğu yerlere giderek zarara yol açmasının engellenmesi gibi), konut dokunulmazlığının korunması (işyerinde çalışmayan birinin işyerine gelerek işverenin veya diğer işçilerin odalarına girmesi gibi) veya mülkiyet hakkının korunması⁷⁶¹ (işçilerin hırsızlık yapmasının önlenmesi gibi) gibi menfaatlere, bir başka deyişle bir hukuka uygunluk sebebine dayanması gerekir.⁷⁶²

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda⁷⁶³ işyerinin disiplin ve güvenliğinin bu tür denetimleri hukuka uygun hâle getirebileceğine hükmetmiştir. Benzer biçimde, Fransız Danıştay (Conseil d'Etat) da vermiş olduğu bir kararda⁷⁶⁴ değerli metal üretimi yapan bir şirket olan Comptoir Lyon Alemand Louyot'nun işçilerini giriş ve çıkışlarda aramasına ilişkin olarak, işverenin işyerindeki hırsızlıkları önlemek için böyle bir arama yapabileceğine; ancak bunun için işyerinde ciddi bir güvenlik tehlikesinin veya olağanüstü koşulların varlığının gerektiğine, her halükarda işçilerin rızasının alınmasının şart olduğuna hükmetmiştir.

Önemle belirtilmesi gerekir ki, işveren tarafından yukarıda bahsi geçen sebeplere dayanarak herhangi bir aramanın yapılabilmesi için işçinin rızasının alınmış olması gereklidir; nitekim katıldığımız görüşe göre işverenin söz konusu haklarının, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında üstün menfaat teşkil

⁷⁶¹ Belirtilmesi gerekir ki, işverenin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin menfaatinin, işçinin üstünün ve eşyasının aranmasına ilişkin bir hukuka uygunluk sebebi olup olmadığı konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş işverenin mülkiyet hakkının korunmasını tek başına hukuka uygunluk sebebi olmaya yeterli görüp işçinin üst ve eşya araması için rızasının gerekli olmadığını ileri sürerken; katıldığımız diğer görüş özellikle çağdaş iş hukukunda mülkiyet hakkının özel yaşamın gizliliği hakkına üstün gelmemesi gerektiğini ileri sürerek işçinin en azından zımni rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır. Katıldığımız görüş için bkz. Çetin, s. 229, *Halford v. Birleşik Krallık*, 1997; Aksi yönde bkz. Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 212; Manav, s. 122; Beytar, s. 95.

⁷⁶² Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 251, 252; Manav, s. 122; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 274.

⁷⁶³ “El izi alma işleminin işçi bakımından kişisel verilerin başkasının eline geçmesi kaygısına sebep olmasına ve bu durumun çalışma standartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olduğunun kabulünün gerekmesi karşısında, feshin haklı nedene dayanmadığının anlaşılmasına, ancak işverenin işyeri güvenliğini sağlamak amacıyla bu değişikliğe gittiği ve geçerli olduğu, dolayısıyla davacının bu eylemi sebebiyle yapılan feshin haklı değil fakat geçerli sebebe dayanmasına ...” Yargıtay 22. HD, 22.01.2015, 36272/924; Yargıtay 22. HD, 22.1.2015, 36273/925.

⁷⁶⁴ Conseil d'Etat, Arrêt n° 71484-71542 du 8 juillet 1988.

etmediği kabul edilmelidir.⁷⁶⁵ Nitekim bunun aksini, yani bireyin dikey bir hiyerarşik ilişkide olduğu idari veya adli kolluğun, bir başka deyişle devletin dahi arama yetkisi verilmiş bir hakim kararına bağlanmışken, bir özel hukuk kişisi olan işverenin böyle bir yetkisinin olduğunu kabul etmek, anayasaya uygun yorum yöntemine ters düşecektir.⁷⁶⁶

Ayrıca, AİHM'in vermiş olduğu kararlar, işçinin bir mekan olarak işyerindeki özel yaşamının gizliliğinin korunabilmesi için, “makul beklenti” kriterinin⁷⁶⁷ göz önünde bulundurulması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁷⁶⁸ *Halford v. Birleşik Krallık*⁷⁶⁹ davasıyla birlikte işverenin işyeri veya işyerinin işçiye özgülenen belli bölümleri üzerinde mülkiyet hakkının bulunmasının, işyerinde arama veya izleme yapılabilmesi için yeterli olmadığı ortaya konulmuştur.⁷⁷⁰ *Niemietz v. Almanya* kararında da işçilerin günlük yaşamlarının çok büyük bir kısmını işyerinde veya iş yaşantısıyla ilgili yaşam çevrelerinde geçirdiği, bu yaşam çevrelerinde birçok insanla ilişki kurduğu ve iş yaşantısını kişiselleştirdiği; bu nedenle işyerinin de konut olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olduğu ve özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunabileceği karara bağlanmıştır.⁷⁷¹

Benzer biçimde, AYM'nin de önüne gelen bireysel başvurularda değerlendirdiği üzere, konut kavramı işyerlerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, bir özel hukuk kişinin işletmesinin

⁷⁶⁵ Auzero/ Dockès, s. 690; Erdemir, s. 177; Aksi yönde bkz. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 274, 275; Beytar, s. 97-99.

⁷⁶⁶ Erdemir, s. 177.

⁷⁶⁷ Özel yaşamın gizliliği hakkının korunması bakımından makul beklenti kriterinin, ABD'de bu hakkın anayasal haklardan biri olduğunun ilk kez kabul edildiği *Katz v. United States* davasında uygulandığı görülebilir. Hendrickx, s. 470.

⁷⁶⁸ Hendrickx, s. 470; Çetin, s. 228.

⁷⁶⁹ *Halford v. Birleşik Krallık*, 20605/92, 1997.

⁷⁷⁰ Çetin, s. 229.

⁷⁷¹ Roagna, s. 20, 21; *Niemietz v. Almanya*, 13710/88, 1992.

faaliyetlerinin yürütüldüğü sicile kayıtlı merkezi, şubeleri ve bunların eklentileri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁷⁷²

Ancak AİHM'in verdiği *Peev v. Bulgaristan* kararı⁷⁷³ ile, işçinin işyerinde yapılacak aramalar bakımından özel yaşamın gizliliği hakkının korunabilmesi için, daha sonra verilen kararlarda da⁷⁷⁴ tekrarlanan bir kriter olarak, söz konusu aramanın yapıldığı yer veya durumun gizliliğine ilişkin makul bir beklentisinin olması gerektiği ifade edilmiştir. Bundan anlaşılması gereken, işçinin işyerinde kullandığı, kendisine özgülenmiş olan alanların gizliliğine güvenmesi, bu alanlara müdahale edilmesinin hukuken öngörülemez olmasıdır.⁷⁷⁵ Örneğin işçinin kişisel dolabı, masasının üzeri, çekmece ve dolapları, dosya ve klasörleri ile bilgisayar, kendisinin makul bir gizlilik beklentisi içinde bulunacağı alanlar olduğundan, işçinin rızası olmadan aranamaz.

Son olarak, işyerine giriş ve çıkışlarda yapılabilecek böyle bir aramanın da ölçülü olması, işçinin vücut dokunulmazlığının özüne dokunmaması, onur ve saygınlığına zarar vermeyecek şekilde gerçekleştirilmesi, eşitlik ilkesine uygun bir uygulama yapılıyor olması gerekir.⁷⁷⁶ Örneğin aramanın çıplak yapılması, herkes içinde yapılması, çok sık ve rahatsız edici usûllerle yapılması işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecektir.

2.2. İşçinin Yaşam Tarzı ve Davranışlarına Müdahale Edilmesi

2.2.1. İşyerindeki yaşam tarzı ve davranışlara müdahale edilmesi

İşveren, işyerindeki düzenin sağlanması, işyerinde benimsenen politikaların uygulanabilmesi, müşterilerle olan ilişkilerin geliştirilmesi,

⁷⁷² Bununla birlikte katılmadığımız bireysel başvuru kararlarında ifade edildiği üzere, bütünüyle işe özgülenmiş yerlerin doğrudan doğruya konut kavramı kapsamında görülmesi mümkün değildir. AYM *Günay Dağ ve diğerleri Başvurusu*, 2013/1631, 17/12/2015, *Mehmet Taşdemir Başvurusu*, 013/3436, 18/5/2016; *Hasan Akboğa Başvurusu*, 2016/10380, 27/3/2019.

⁷⁷³ *Peev v. Bulgaristan*, 64209/01, 2007.

⁷⁷⁴ *Peck v. Birleşik Krallık*, 44647/98, 2003; *Von Hannover v. Almanya*, 59320/00, 2004.

⁷⁷⁵ Çetin, s. 232.

⁷⁷⁶ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 275; Aydın, s. 32, 33; Beytar, s. 99.

işletmenin marka değerinin oluşturulması ve geliştirilmesi gibi ekonomik ve işletmesel sebeplerle, işçilerin işyerindeki yaşam tarzına ve davranışlarına müdahale etmek isteyebilir. Bundan anlaşılması gereken; işçinin işyerinde veya çalışma saatleri içerisindeyken giydiği kıyafete, makyaj ve sakalına, dövme ve piercinglerine, sigara içmesine, işyerindeki diğer kişilerle olan sosyal, romantik veya cinsel ilişkilerine ilişkin müdahalelerdir.

Buna göre işveren bu tür müdahaleleri toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklere getirilecek birtakım kurallarla ya da yönetim hakkı kapsamında işçilere vereceği emir ve talimatlarla gerçekleştirebilir. Bununla birlikte, işverenin bu tür müdahaleleri kural olarak işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edeceğinden, bunların belli sınırlara tabi olması veya bazı müdahalelerin doğrudan yasak olması gerekir. Aşağıda bu müdahalelere belli örnekler verilecek ve her biri için kendine özgü sınırlar tartışılacaktır.

2.2.1.1. İşçinin kıyafeti ve dış görünümüne müdahale edilmesi

İşverenin işyerindeki düzeni sağlamak, marka değerini oluşturmak ve geliştirmek için başvuracağı ilk yöntemlerden biri, işçilerin kıyafetlerinin, saç, makyaj, sakal, dövme ve piercinglerinin nasıl görünmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeler getirmektir.⁷⁷⁷

Uygulamada özellikle marka değeri yüksek büyük şirketlerin bu tür yöntemler izlediği görülmektedir. Örneğin Türk Hava Yolları'nın 2013 yılında kabin memurlarına ilişkin çıkarmış olduğu bir personel yönetmeliğinde saç ve makyaja ilişkin getirdiği yasak ve sınırlamalar⁷⁷⁸ basına yansıdığı hâliyle tartışma

⁷⁷⁷ Moore, Evaluative Privacy, s. 697.

⁷⁷⁸ Bu yasak ve sınırlamaların getirildiğine ilişkin basına yansıyan haberlere cevaben THY Genel Müdürü Temel Kotil, "alt seviyedeki yöneticilerin kendilerine sormadan böyle bir karar aldığını, ancak bunun uygulanmayacağını" ifade etmiş, bu tür bir düzenlemenin yürürlüğe girmediğini iddia etmiştir. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/thyden-kirmizi-ruj-aciklamasi-23241546>, S.E.T. 30.07.2019.

yaratmıştır.⁷⁷⁹ Özellikle kırmızı, bordo ve pembe ruj sürme yasağı; saçların fönlenmiş olması ve mutlaka makyaj yapmanın zorunlu tutulması ile belli saç kesimi türlerinin yasaklanmış olması, işçilerin özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik ağır müdahaleler teşkil etmiştir. Bu kuralların yalnızca kadın işçilere uygulanması ise uygulamanın cinsiyete dayalı ayrımcılığını ortaya koymuştur.

Bunun aksine iyi bir örnek ise küresel kahveci zinciri Starbucks'ın işçilerine uyguladığı kıyafet ve dış görünüm politikalarıdır. Starbucks, 2014 yılına kadar işçilerinin dövme, ve piercing kullanmalarına izin vermemekten, 20 Ekim 2014'te yürürlüğe giren yeni Kıyafet Kurallarına İlişkin Kılavuz'da hakaretamiz olmadığı ve boyun ve yüzde bulunmadığı sürece dövmelemlerin bulunabileceğini kararlaştırmıştır.⁷⁸⁰ 2016 yılında da geçici boya, saç tebeşiri ve sim kullanılmadığı sürece her türlü saç renginin kullanılabileceği; fötr şapka, bere ve benzeri makul şapkaların takılabileceği kararlaştırılmıştır.⁷⁸¹

Ancak belirtilmesi gerekir ki, kıyafet ve dış görünüme ilişkin bahsi geçen unsurlar, kişinin kimliğinin özüne ilişkin olup, dış görünüm üzerindeki özerkliğe tabi olarak özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunur. Nitekim kişi,

⁷⁷⁹ Türk Hava Yolları'nın söz konusu tartışmalı personel yönetmeliği, resmî web sitesinde veya başkaca şekilde yayımlanmamış olsa da, basına yansıyan hâliyle şu hükümleri içermektedir: "Makyaj: Makyaj yapmak zorunludur. Makyaj frapan olmayacak, kullanılan makyaj malzemesi kesinlikle pastel renklerde olacaktır. Kaşların doğal görüntüsü bozulmamalıdır. Abartılı biçimde şekillendirme ve/veya dövme yapılamaz. Ruj, allık, far mutlaka kullanılmalıdır. Göz kalemi siyah, kahverengi, lacivert veya koyu yeşil tonlarında kullanılabilir. Uygulanan rimel yalnızca kahve veya siyah renk olmalıdır. Pul ya da sim içeren ürünler kullanılamaz. Göz kalemi ince çizgi olarak sürülebilir. Gözün dış kenarlarına çizilen uzantılar olmamalıdır. Abartılı takma kirpik kullanılamaz. Kırmızı, bordo, pembe ve diğer frapan renkli rujlar kullanılamaz. Seçilen rujun rengi tene uyumlu pastel tonlarda olmalıdır. Saç: Saçlar taranarak derli toplu olacak şekilde yapılmalıdır (elektriklenmiş, kenarlardan çıkmış şekilde toplanmayacaktır). Kahkül kullanılabilir. Kulak çevresinden çıkan uzun bukleler veya saç tutamları olmayacaktır. Kullanılan toka saçta görünmeyecektir. Küçük, ince firkete ve küçük incili veya küçük taşlı firkete kullanılabilir. Çok tepeden olmamak kaydıyla at kuyruğu yapılabilir. Saç, lastik toka ile toplanacak ve üzeri lastik toka görünmeyecek şekilde saç ile kapatılacaktır. Saçların rengi doğal renkler olmalıdır. Doğal renklerin dışındaki renkler (ateş kırmızısı, platin sarısı gibi) kullanılamaz. Saçlar kısa ise mutlaka fönlenmelidir. Asimetrik kesim kesinlikle kullanılamaz. Peruk, postiş kesinlikle kullanılamaz. At kuyruğu şeklinde kullanılan saçlar kuaförden çıkmış görünümlü olmak kaydı ile omuz hizasını geçmeyecektir. Boyalı saçların dip boyalarına özen gösterilecektir". <https://www.airporthaber.com/thy-haberleri/thyde-tek-yasak-kirmizi-ruj-degil.html>, S.E.T. 30.07.2019.

⁷⁸⁰ İlgili haber metni için bkz. https://www.huffpost.com/entry/starbucks-tattoos-policy-work_n_5999746, S.E.T. 30.07.2019.

⁷⁸¹ Starbucks'ın resmî sitesinde yer verdiği kıyafet ve görünüm kurallarına ilişkin bkz. <https://globalassets.starbucks.com/assets/24d803a1d7764e1badbe5fa14c4efb55.pdf>, S.E.T. 30.07.2019; İlgili haber metni için bkz. <https://www.businessinsider.com/starbucks-changes-dress-code-hair-policy-2016-7>, S.E.T. 30.07.2019.

kendisini maddi ve manevi olarak ortaya koymak istediği biçimde ifade etme hakkına sahiptir.⁷⁸² İşçilerin günlük yaşamlarının çok büyük bir kısmını işyerinde veya en azından çalışma saatleri içerisinde geçirdiği de göz önünde bulundurulacak olursa,⁷⁸³ işçilerin dış görünüşleri üzerinde sahip oldukları bu hakkın pratik anlamda özel yaşamın gizliliği hakkının özüne ilişkin oluşu daha iyi ortaya konulabilir. Öyle ki, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 6 uyarınca da kişinin kılık ve kıyafeti, özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmış ve daha sıkı bir korumaya sahip olması gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁸⁴

Ayrıca, bu tür kuralların uygulanması cinsiyete dayalı ayrımcılığa vücut verebileceği gibi,⁷⁸⁵ ikili cinsiyet rejimini benimsemeyen ve daha önce özel yaşamın gizliliği hakkının cinsiyet kimliği unsuru kapsamında açıklanmış olan *genderqueer* veya trans kişilerin çalışma koşullarını ayrımcılığa dayanan bir biçimde ağırlaştırma tehlikesi taşımaktadır.⁷⁸⁶ Nitekim bahsi geçen kıyafet ve görünüm kuralları, uygulamada çoğunlukla kadın ve erkek giyimi üzerinden toplumsal normlara göre belirlenmekte, cinsiyet ifadesi ve cinsiyet kimliği spektrumunun farklı görünüm biçimleri göz ardı edilmektedir.⁷⁸⁷ Tüm bunlar göz

⁷⁸² *Peter Sutter v. İsviçre*, 8209/78, 1979; *Yankov v. Bulgaristan*, 39084/97, 2003; Çetin, s. 233, 234; Arslan-Öncü, s. 237-244.

⁷⁸³ Richardson, s. 87.

⁷⁸⁴ Küzeci, s. 185, 189.

⁷⁸⁵ ABD’de Ohio Federal Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karara yansıdığı gibi, fabrikada çalışan kadın işçilerin önlük giymesi zorunlu tutulmuşken, erkek işçilerin t-shirt giymesinin yeterli bulunması bu tür bir ayrımcılığa örnektir. *O'Donnell v. Burlington Coat Factory Warehouse Inc.*, 656 F. Supp. 263, 266, S.D. Ohio, 1987. Benzer biçimde, Yedinci Devre Temyiz Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda da, kadın işçilere üniforma giyme zorunluluğunun getirilmesi ancak erkek işçilerin takım elbise giymesine izin verilmesi hâlinde cinsiyete dayalı bir ayrımcılık gündeme gelecektir. *Carroll v. Talman Fed. Sav. & Loan Ass'n of Chi.*, 604 F.2d 1028, 1029-30, 7th Cir., 1979. Levi, Jennifer L., "Some Modest Proposals for Challenging Established Dress Code Jurisprudence", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 14, No. 1, January 2007, s. 243-256.

⁷⁸⁶ Levi, Jennifer L. "Misapplying Equality Theories: Dress Codes at Work", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 19, No. 2, 2008, s. 358 vd.; Zalesne, Deborah. "Lessons from Equal Opportunity Harasser Doctrine: Challenging Sex-Specific Appearance and Dress Code", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 14, No. 1, January 2007, s. 535-560.

⁷⁸⁷ *Kara v. Birleşik Krallık*, 36528/97, 1998 kararında ise AİHM, katılmadığımız gerekçelerle, erkek cinsiyet kimliğindeki başvuruçunun feminen cinsiyet ifadesinde bulunup elbise ve etek gibi kıyafetler giymesine yönelik yasaklayıcı müdahalenin, kamu kurum ve kuruluşlarının ciddiyet ve güvenilirliğini sağlamak için makul görülebileceğine hükmetmiştir. Bu konuda ABD’de gündeme gelen önemli ve çarpıcı yargı kararlarının queer teori ve toplumsal cinsiyet çalışmaları bakımından isabetli değerlendirmeler için bkz. Levi, s. 364-368.

önünde bulundurulacak olursa, işçilerin saç, makyaj, sakal, dövme, piercing gibi kıyafet ve dış görünümünün kural olarak müdahale edilebilir olmadığının kabulü gerekir.⁷⁸⁸

Bununla birlikte, işverenin işyerinde işçilerin kıyafeti ve dış görünümüne ilişkin hiçbir şekilde müdahalede bulunamayacağını ileri sürmek mümkün değildir. Zira belli durumlarda, bu hususların işverenin emir ve talimat verme ya da düzenleme yetkisi altında olduğu kabul edilebilir.

İlk olarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işçilerin kıyafet ve dış görünümüne yönelik müdahaleleri meşru kılar.⁷⁸⁹ Nitekim buna ilişkin kıyafetlerin belirlenmesi, temin edilmesi ve işçilere giydirilmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 10,⁷⁹⁰ 18 vd 19⁷⁹¹ ile Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik md. 6 ve 8⁷⁹² uyarınca işverenin ve işçinin yükümlülüğüdür. Benzer biçimde, işyerinde üretilen mal ve hizmetin kalitesinin, sağlık ve hijyen koşullarının veya güvenilirliğinin sağlanması; bone ve

⁷⁸⁸ Cœuret/ Gauriau, s. 404; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 231; Erdemir, s. 185.

⁷⁸⁹ Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 231; Çetin, s. 234; Beytar, s. 100, 101; Erdemir, s. 186.

⁷⁹⁰ İlgili hüküm gereği “işveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler”.

⁷⁹¹ İlgili hüküm gereği işçiler, “işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek ve kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak” yükümlülüğü altındadır.

⁷⁹² İlgili hükümler gereği “kişisel koruyucu donanımlar, işveren tarafından ücretsiz verilir, imalatçı tarafından sağlanacak kullanım kılavuzuna uygun olarak bakım, onarım ve periyodik kontrolleri yapılır, ihtiyaç duyulan parçaları değiştirilir, hijyenik şartlarda muhafaza edilir ve kullanıma hazır bulundurulur. İşveren Ek-2’de belirtilen kişisel koruyucu donanımlardan gerekli olanları sağlar. Çalışanların bu kişisel koruyucu donanımları uygun şekilde kullanmaları için her türlü önlemi alır. Çalışanlar, 6331 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine uygun olarak, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımları doğru kullanmakla, korumakla, uygun yerlerde ve uygun şekilde muhafaza etmekle yükümlüdür”.

maske takılması, sakal uzatılmaması,⁷⁹³ oje sürülmemesi⁷⁹⁴ gibi önlemler alınmasına dayanak olarak kabul edilebilir.⁷⁹⁵ Ancak kanımızca bu tür önlemlerin alınabilmesi için de söz konusu kalite, sağlık, hijyen veya güvenilirliğin sağlanabilmesi bakımından işçinin dış görünümüne daha az müdahale gerektirecek başkaca bir yöntem uygulanabilecekse bu yöntem uygulanmalı, aksi hâlde alınacak ölçüsüz bir önlemin işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal ettiği kabul edilmelidir.

İkinci olarak, işverenin uygulamak istediği kıyafet ve dış görünüm kuralı, görülecek işin niteliği ile doğrudan ilgiliyse ve o işin yapılagelişi bakımından önem arz ediyorsa, tek tip veya belli sınırlar içinde kodifiye edilmiş kıyafet kuralları getirilebilir.⁷⁹⁶ Örneğin cafe, restoran ve otel çalışanları, havayollarında görevli kabin memurları, belli etkinliklerde görevli personel, ve güvenlik görevlileri gibi işçiler, işyerinde ve çalışma saatleri içinde işverenin belirleyeceği standart kıyafetleri giymek zorunda olabilir.

Benzer biçimde, işverenin söz konusu işyeri için yaratmak istediği kurumsal imaj, güvenilirlik ve marka değeri de işyerinde belli şekilde

⁷⁹³ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda mesleği aşçılık olan bir işçinin sakal uzatmamasına ilişkin verilen emir ve talimatlara uymamasının, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açabileceğini karara bağlamıştır. Yargıtay 9. HD, 5978/9488, 21.9.1990. Bir başka kararda ise işçinin çalıştığı işyerinde yürürlükte olan iç yönetmeliğe göre bıyık bırakmama yükümlülüğü altında olabileceğini, aksi durumun işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceğini ancak iş güvencesine tabi olmayan bir işçi bakımından makul ve meşru sebeplerle iş sözleşmesinin feshine yol açabileceğini kabul etmiştir. “Davacının işe girdiği sırada yürürlükte bulunmayan işyeri yönetmeliğinin 26/1 maddesinin kılık kıyafet, traş bıyık ve sakalla ilgili olarak işverenlikçe alınmış ve işin gereği olarak verilen sözlü ve yazılı emir ve talimatlara uymamak ihtar cezasının verilmesini gerektiren bir durumdur. Davacının bıyık bırakması aynı yönetmeliğin 27. maddesinde düzenlenen işten çıkarmayı gerektiren durumlar arasında sayılmadığı gibi 1475 sayılı yasanın 17/2-g maddesine giren hallerden de değildir. İşveren bıyık bırakan davacının işyerinde çalışmasını istemiyorsa bu hal makul bir neden olarak kabul edilip, hizmet aktını 1475 sayılı yasanın 13. maddesi gereğince feshederek davacıya ihbar ve kıdem tazminatları alacağını ödemesi gerekir”. Yargıtay 9. HD, 15937/3176, 6.3.2003.

⁷⁹⁴ Örneğin Starbucks’ın işçilerine yönelik hazırlamış olduğu Kıyafet Kurallarına İlişkin Kılavuz’da oje kullanılması yasaklanmış, buna gerekçe olarak ojenin kuruyarak dökülmesi hâlinde işyerinde servis edilecek içecek veya yiyeceklerin hijyen ve kalitesinin bozulma tehlikesi gösterilmiştir.

⁷⁹⁵ Çetin, s. 235; Beytar, s. 101; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 232, 233; Erdemir, s. 186. Fransız iş hukukunda da *Code du Travail*, md. R. 4321-4 ile işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması için gerekli olan ya da görülecek işin hijyen ve sağlık açısından gerektirebileceği türden kıyafetin işveren tarafından ücretsiz olarak emin edilmesi gerektiğini kurala bağlamaktadır. Cours de cassation, chambre sociale, Arrêts n° 13-17134 et 13-17135, du 15 octobre 2014.

⁷⁹⁶ Çetin, s. 235; Beytar, s. 100, 101; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 233.

giyinilmesini gerekli kılabilir.⁷⁹⁷ Örneğin işyerinin irtibat içinde olduğu belli topluluklara yönelik ayrımcılık yapılacağı görünümünü yaratacak türden takı veya simgelerin işyerinde taşınmaması,⁷⁹⁸ işverenin güvenilirliğini ve ilişkili olduğu müşteriler nazarındaki itibarını sarsacak türden kıyafetler giyilmemesi talep edilebilir.⁷⁹⁹ Bununla birlikte, bu tür bir sebebin oldukça istisnai ve dar yorumlanması gerekir. Nitekim işverenin işletmesel menfaatleri ve işçinin dış görünümü üzerindeki özerkliğinin çatışması hâlinde işletmesel menfaatlere öncelik verilebilmesi için işçiden dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde söz konusu dış görünümde bulunmamasını bekleyebiliyor olmak ve söz konusu müdahalenin mutlaka görülen işin niteliği ile doğrudan ilişkili olması gerekir.

Sonuç olarak işçinin giyimi ve dış görünüşüne müdahale etmemenin kural olduğu kabul edilmelidir. Yukarıda bahsi geçen iki istisnai hâlde de bu tür uygulamaların işçilerin çalışma düzenini aksatmayacak nitelikte olması, “ergonomik açıdan rahatsız edici olmaması”,⁸⁰⁰ işçiye belli bir estetik, moda veya ahlak anlayışının empoze edilmiyor olması⁸⁰¹ gerekir. Örneğin işveren işçilerin giydiği eteğin boyuna, üst kıyafet dekoltesine, yaka biçimine, ayakkabı seçimine, dövme ve piercinglerine,⁸⁰² saç rengine, giysilerin toplumsal cinsiyet rolleri tarafından atfedilmiş görünüm biçimlerine⁸⁰³ müdahale edemez.

⁷⁹⁷ *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 2013; Çetin, s. 235; Beytar, s. 101.

⁷⁹⁸ *Eweida ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 2013; Cœuret/Gauriau, s. 404.

⁷⁹⁹ Çetin, s. 235; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 234.

⁸⁰⁰ Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 233.

⁸⁰¹ Çetin, s. 235, 236; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamı*, s. 234; Erdemir, s. 186; Balkır, Zehra, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, Sakarya Üniversitesi, 18-19 Kasım 2005, <http://www.etiksempozyumu.sakarya.edu.tr/etik/2.2/Balkir.pdf>, S.E.T. 30.07.2019, s. 205, 206.

⁸⁰² Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 10-28213 du 11 janvier 2012 kararında Fransız Yargıtayı, gastronomi restoranında garson olarak çalışan erkek işçisine çalışma saatleri içerisinde küpe takmamasına ilişkin talimat veren işverenin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal ettiğine, bu talimata uymayan işçinin iş sözleşmesinin feshinin ise geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

⁸⁰³ Levi, s. 372-379; Zalesne, s. 545 vd.

2.2.1.2. İşçinin sigara içmesine müdahale edilmesi

İşyerindeki kapalı alanlarda sigara içilmesi, diğer müdahale türlerinden farklı olarak doğrudan doğruya kanunla düzenlenmiş bulunduğundan, bu konuda işverenin yönetim hakkı da işçinin sigara içmeye ilişkin özgürlüğü de sınırlanmış durumdadır.⁸⁰⁴ Nitekim 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun md. 2/1, b uyarınca, “koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında” tütün ürünleri tüketilemez. Aynı kanunun 5. maddesine göre de bu yasağa uyulmaması hâlinde işveren idari para cezasına çarptırılacağından, işverenin bu yasağa uyulmasını sağlama ve denetleme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilir.⁸⁰⁵

Bununla birlikte, işyerindeki açık alanlarda veya sigara içmek için tahsis edilen alanlarda sigara içilmesi, bu yasağın kapsamı dışında kalacağından, bu konuda işverenin toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya yönetim hakkı ile bir yasak veya sınırlama getirip getiremeyeceği tartışmalıdır. Kural olarak işverenin işçilerin açık alanlarda sigara içmesine ilişkin bir yasak veya sınırlama getiremeyeceği kabul edilmelidir.⁸⁰⁶ Ancak kimi hâllerde işverenin bu duruma da müdahale etmesini gerektirecek sebeplerin varlığından söz edilebilir.

İlk olarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasının böyle bir müdahaleyi gerektirmesi işverenin böyle bir yasak veya sınırlama getirebilmesi için dayanak oluşturur. Nitekim yangın tehlikesinin bulunduğu; patlayıcı veya parlayıcı herhangi bir mal üretiminin veya satışının gerçekleştiği işyerlerinde bu tür bir yasak getirilmesi, işverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 4, 5 ve 15.

⁸⁰⁴ Süzek, s. 347, 348.

⁸⁰⁵ Kılıçoğlu, Mustafa/ Şenocak, Kemal, “İşyerinde Sigara İçme Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, Mart 2009, s. 197, 198; Okur, Zeki, “İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 3, 2009, s. 16; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 275; Beytar, s. 103; Balkır, s. 199.

⁸⁰⁶ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 275, 276; Kılıçoğlu/ Şenocak, s. 197; Aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Okur, Sigara İçme Özgürlüğü, s. 21; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 228, 229.

maddeleri kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun bir gereği olacaktır.⁸⁰⁷

İkinci olarak, işyerinin her ne kadar bahsi geçen türden bir tehlike taşımaması hâlinde de, sigara içilmesi için tahsis edilen açık veya kapalı alanların, diğer işçilerin çalıştığı yerlere, bu işçilerin pasif içiciliğine sebep olacak kadar yakın olması hâlinde de bu tür bir yasak veya sınırlama getirilebilir. Nitekim bunun dayanağı, işverenin işçilerin kişiliğinin korunması kapsamında yer alan sağlık hakkını koruyacak türden önlemler alması gerekliliğidir.⁸⁰⁸

Belirtilmesi gerekir ki, öğretide bu tür bir düzenlemenin ancak toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle getirilebileceği; yönetim hakkı ile böyle bir yasak veya sınırlama getiriliyorsa bunun yalnızca iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına dayandırılabilmesi belirtilmektedir.⁸⁰⁹ Ancak kanımızca yukarıda bahsi geçen her iki hâl için, hem yönetim hakkı hem de kaynaklar hiyerarşisinde kendisinden önce gelen diğer düzenlemelerle bu tür yasak veya sınırlamalar getirilebilir. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine dayanmayan düzenlemelerin yönetim hakkı ile getirilemeyeceğine ilişkin özel bir sınır bulunmamaktadır.

Ayrıca, kanımızca işyerindeki düzen ve disiplinin sağlanması, verimliliğin artırılması gibi nedenlerle sigara içme süresinin sınırlanması, buna ilişkin saatlerin belirlenmesi, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil edecektir. Nitekim işverenin söz konusu menfaatlerini koruyabilmesi için başvurabileceği, daha az müdahale gerektirecek türden önlemler alınabilir niteliktedir. Örneğin işçilerin sigara içmek için çok sık molaya çıkması, işini

⁸⁰⁷ Yargıtay 9. HD, 1834/24692, 2.11.2004; Yargıtay 9. HD, 27644/28421, 11.10.2010; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 276; Beytar, s. 103.

⁸⁰⁸ Kılıçoğlu/ Şenocak, s. 196; Beytar, s. 103.

⁸⁰⁹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 276; Kılıçoğlu/ Şenocak, s. 196, 197; Beytar, s. 103, 104.

aksatması⁸¹⁰ veya sigara içmesinin performansını etkilemesi gibi durumlarda iş güvencesine tabi işçinin düşük performansı ve yetersizliğine dayanarak iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi söz konusu olabileceği gibi, iş güvencesine tabi olmayan işçinin de makul ve meşru sebeplerle iş sözleşmesi feshedilebilir durumdadır. Nitekim bu tür ölçüsüz bir yasak veya sınırlamayla karşılaşan işçinin performansının düşeceği de ortadadır.⁸¹¹

2.2.2. İşyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlara müdahale edilmesi

İşçinin işyeri veya çalışma süreleri dışındaki yaşam tarzı ve davranışları, kural olarak iş ilişkisinin ve dolayısıyla işverenin müdahalesinin kapsamı dışında kalacaktır.⁸¹² Bundan anlaşılması gereken, işçinin işyeri dışındaki kişilerle olan sosyal, romantik veya cinsel ilişkilerine; sosyal medya paylaşımlarına veya basın açıklamalarına; mal veya hizmet tüketimine; gittiği mekanlara; alkol veya uyuşturucu kullanmasına; üye olduğu dernek, sendika veya siyasi partilere; katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine; dinî, ahlaki veya felsefî ibadet veya yaşayış biçimine; sanat veya spor faaliyetlerine; kıyafet ve dış görünümüne ilişkin işverenin herhangi bir disiplin yaptırımı uygulayamayacağı, işçiden bu gibi durum ve olguları sonlandırmasını veya değiştirmesini isteyemeyeceğidir. İşçinin yaşamının bu kısmı, zaman ve mekan olarak mesleki yaşamından ayrılır ve öğretide ifade edildiği biçimiyle “kişisel yaşamı” kapsamında yer alır.⁸¹³

İlk olarak, işçinin yukarıda bahsi geçen türden yaşam görünüşleri üzerinde işverenin toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi ve iç yönetmelik ile

⁸¹⁰ Temel ihtiyaçların karşılanmasının çalışma süresinden sayılması gerektiği genel kabuldür. Bu durumda sigara molasının ara dinlenmesinden sayılıp sayılmayacağı tartışması doğmaktadır. Ancak katıldığımız görüşe göre, sigara içmeyenler ile içenler arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmaması bakımından, sigara molalarının ara dinlenmesinden sayılması gerekir. Zira aksi takdirde sigara içenler, içmeyenlere göre işe daha uzun süre ara verebilmiş sayılacaklardır. Okur, *Sigara İçme Özgürlüğü*, s. 8, 9; Kılıçoğlu/ Şenocak, s. 197; Beytar, s. 104.

⁸¹¹ Brown, s. 1237-1248; Kovach/ Jordan/ Tansey/ Framiñan, s. 289-298.

⁸¹² Çetin, s. 241; Yargıtay 22. HD, 11302/11152, 5.5.2014.

⁸¹³ Favennec-Héry/ Verkindt, s. 222; Miné/ Marchand, s. 117; Auzero/ Dockès, s. 688, 689; Güzel, s. 114.

düzenleme getirmesi mümkün değildir.⁸¹⁴ Nitekim işçinin işyeri ve çalışma saatleri dışındaki yaşam tarzı ve davranışları, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye ve görülecek işe ilişkin olamaz.⁸¹⁵ Bu tür hükümler, daha sonra açıklanacağı üzere BK md. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.⁸¹⁶ Zira işçinin kişiliğinin korunması kapsamında yer alan bu unsurlara müdahale eden sözleşme hükümleri, kanunun emredici hükümlerine ve kişilik haklarına aykırı olur. Ayrıca, bahsi geçen düzenlemeler içerisinde genel iş koşulu niteliği taşıyan hükümler de BK md. 20-25 hükümlerine göre genel geçerlilik, içerik ve yorum denetimine tabi olacaktır.⁸¹⁷

İkinci olarak, işverenin bahsi geçen yaşam görünümüleri üzerinde yönetim hakkını kullanması da mümkün değildir.⁸¹⁸ Zira işverenin yönetim hakkı, yukarıda açıklandığı üzere kendi amacıyla sınırlıdır. Bundan anlaşılması gereken, işverenin emir ve talimatlarının yalnızca işin görülmesine ya da işyerindeki düzen ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin olabileceğidir.⁸¹⁹ İşçinin işyeri veya çalışma süreleri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarının bu iki hususa ilişkin olması mümkün olmadığından, işverenin bu yaşam görünümüleri üzerinde emir ve talimat vermesi mümkün değildir.

Bunun yanı sıra, işçinin kişisel yaşamının işverenin menfaatlerine zarar vermesi ya da işin görülmesini olumsuz bir biçimde etkilemesi söz konusu olabilir. Gerçekten de, işçinin işyeri veya çalışma süreleri dışındaki yaşantısının işverenin menfaatlerine zarar vermemesine; görülen işin olağan akışını, düzenini

⁸¹⁴ Supiot, Alain, Critique du droit du travail, Presses universitaires de France, 1994, s. 161, 162; Auzero/ Dockès, s. 689; Rivero/ Savatier, s. 511; Miné/ Marchand, s. 73; Cœuret/ Gauriau, s. 402; Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Çetin, s. 241; Erdemir, s. Beytar, s. 107, 108.

⁸¹⁵ Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 95-41326 du 16 décembre 1997; Arrêt n° 14-18305 du 30 novembre 2016; Arrêt n° 10-23593 du 8 novembre 2011.

⁸¹⁶ Auzero/ Dockès, s. 689.

⁸¹⁷ Süzek, Tip İş Akitleri, s. 459-472.

⁸¹⁸ Supiot, s. 161, 162; Auzero/ Dockès, s. 689; Rivero/ Savatier, s. 511; Miné/ Marchand, s. 73; Cœuret/ Gauriau, s. 402; Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Çetin, s. 241; Erdemir, s. Beytar, s. 107, 108; Aksi yönde işverenin kimi hâllerde işçinin kişisel yaşamına dair emir ve talimat verebileceğine ilişkin katılmadığımız görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19.

⁸¹⁹ Süzek, s. 84; Güzel, s. 115.

ve disiplinini bozmamasına dikkat etmesi, aksi tür davranışlardan kaçınması gerekir. Nitekim işçiden çalıştığı işyerinin saygınlığı ve güvenilirliğini kendi kusuruyla tehlikeye düşürmemesini beklemek, işverenin işçiyi gözetme borcunun sinalagmasıdır.⁸²⁰

Ancak böyle bir durumda dahi işverenin yönetim hakkını kullanarak işçinin kişisel yaşamı kapsamındaki herhangi bir durum ve olguya ilişkin emir ve talimat vermesi kabul edilemez.⁸²¹ Zira işçinin işverenin menfaatlerine zarar vermemeye ilişkin bahsi geçen yükümlülüğü, yönetim hakkının kullanılması ile gündeme gelen iş görme veya itaat borcunun değil, BK md. 396 ile kurala bağlanan sadakat borcunun gereğidir.⁸²²

Dolayısıyla, işverenin sadakat borcunun ifasına yönelik bir emir ve talimat vermesi mümkün olmadığından, böyle bir durumda yalnızca işçinin sadakat borcuna uygun davranmasına ilişkin bir uyarıda bulunması söz konusu olabilir.⁸²³ Bu uyarının aynı zamanda işçinin kusurlu davranışı bakımından zararın meydana gelmesine ilişkin iyiniyetini ortadan kaldıracak mahiyette olduğu kabul edilebilir.⁸²⁴ Örneğin görülen işin niteliğiyle güçlü bir bağlantı olması hâlinde; işçinin belirli bir görüşteki sendika, siyasi parti veya dernekte, kilise veya camii gibi belirli bir dine yönelik ibadet yerlerinde istihdam edilmesi gibi durumlarda, işçinin kişisel yaşamında çalıştığı kuruma zarar verecek ve kurumun edindiği amaçlarla hiçbir şekilde bağdaşmayacak şekilde davranması, sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Bir çevre örgütünde çalışan işçinin gerçek kürk ve deri satın almaya ilişkin sempatizanlık ve aktivizm yapan bir toplulukla olan yakın

⁸²⁰ Süzek, s. 348; Erdemir, s. 188, 189.

⁸²¹ Auzero/ Dockès, s. 689; Süzek, s. 84, Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 56, 57; Erdemir, s. 188; Aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19.

⁸²² Albayrak-Gül, s. 125; Süzek, s. 84, Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 56, 57.

⁸²³ Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Süzek, s. 84; Sevimli, İşçi-İşveren İlişkisi, s. 56, 57; Beytar, s. 107; İşçinin işyeri dışındaki davranışlarının işyeri veya işletmeye zarar vermesi hâlinde bu davranışlara ilişkin de emir ve talimat verilebileceğine ilişkin aksi yönde katılmadığımız görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 19.

⁸²⁴ Erdemir, s. 189; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 241.

ilişkisi;⁸²⁵ vegan ilkelerle işletilen bir işletmede çalışan işçinin mezbahalarda gerçekleşen hayvan kesiminin lehine sözler sarf etmesi; bir işveren sendikasında çalışan işçinin, toplu iş sözleşmesi yapılması safhasında, o işyerinin işçilerinin yasa dışı grevini haklı bulan bildiriler dağıtması buna örnek olarak gösterilebilir.

Bununla birlikte, kanaatimizce, bu gibi hâllerde de işçinin istihdam edildiği pozisyon ve kendisine verilen işin dikkate alınması gerekir. Nitekim işçinin temizlik veya sekreteryaya gibi işlerde çalışması durumunda, işe girdiği sendika, dernek veya partiye üye olması veya bu kurumlarla aynı dinî, felsefî veya siyasi görüşleri taşıması gerekmez. Ancak söz konusu kurumun amacını yerine getirmeye yönelik önem taşıyan ve kuruma aidiyet hissedilmesini gerektiren türden işlerde bu tür bir sadakat borcu doğar. Bunlara örnek olarak da, başkan veya başkan yardımcılığı, kampanya yürütücülüğü, imam veya rahiplik gibi pozisyonlar verilebilir.

Sonuç olarak, işçinin işyeri ve çalışma süreleri dışındaki yaşam tarzı ve davranışları; toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi ve iç yönetmeliklerde düzenlenemeyeceği gibi, işverenin yönetim hakkının da kapsamı dışındadır.

Bununla birlikte, İK md. 25/I, a işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi hâlini; md. 25/II, b ise, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması⁸²⁶ gibi hâlleri haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul etmiştir. Benzer biçimde İK md. 18, iş güvencesine tabi işçiler bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan işçinin işveren aleyhine sözler sarf etmesi, devamsızlığı ve işe geç gelmesi, çalışma düzenini ve barışını bozması

⁸²⁵ Erdemir, s. 190.

⁸²⁶ Yargıtay 9. HD, 14655/10166, 12.6.2017, “İşçinin işyerine uyuşturucu madde alarak gelmesi yasak olmasına rağmen alkollü içki almış olarak gelmesi yasak değildir. İşyeri dışında alınan alkol sarhoşluğa yol açmışsa, bu şekilde işyerine -bir başka anlatımla sarhoş- gelmek yasaktır. Bu nedenle alkollü içki almış olmakla birlikte sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesi 25/II-d madde kapsamında bir haklı neden olarak kabul edilemez. İşçinin, işyeri dışında aldığı alkollü içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını ve işini normal şekilde yürütülmesini etkilemiyorsa, sadece içki almış olması sözleşmenin feshi için yeterli değildir”.

gibi kimi sebepleri,⁸²⁷ iş sözleşmesinin feshedilmesi bakımından geçerli neden olarak kurala bağlamıştır. Dolayısıyla, İş Kanunu işçinin işyeri ve çalışma süreleri dışındaki kimi davranışlarının hüküm ve sonuçlarını açıkça düzenlemiştir. Ancak burada da kural, işçinin kişisel yaşamının işyerinin düzenini ve işin görülmesini etkilememesi gerektiğidir; nitekim geçerli ve haklı nedenle fesih sebebi geçrilliliğini veya haklılığını ispat külfeti işverene aittir.

Buna göre işveren, bu tür durum ve olgular menfaatlerini ve işin görülmesine ilişkin düzen ve disiplini olumsuz yönde etkiliyorsa işçiyi sadakat borcunun ifası konusunda uyarabilir ya da son çare olarak İK md. 18 veya 25 uyarınca geçerli veya haklı nedenle fesih yoluna gidebilir. Ancak iş sözleşmesinin feshi için de, işçinin kişisel yaşamındaki ilgili durum ve olgunun, doğrudan doğruya işyerindeki mal veya hizmet üretimini ya da düzeni olumsuz yönde etkilemesi ve bu etkinin somut olarak görülmüş olması şarttır. Dolayısıyla işveren, işçinin kişisel yaşamının iş ilişkisine potansiyel olarak olumsuz etki edeceğinden bahisle iş sözleşmesini feshedemez.⁸²⁸ Ayrıca elbette işçinin kişisel yaşamının işyerinin düzenini ve işin görülmesini olumsuz etkilemesi de başlı başına bir fesih sebebi olamayacaktır. Bu sebeplerin geçerli veya haklı nedenle feshe dayanak oluşturup oluşturmayacağı bir sonraki bölümde incelenecektir.

2.3. İşçinin Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelimi ve Cinsel Yaşamına Müdahale Edilmesi

İş ilişkisinin devamında işverenin, işçinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına dayanarak birtakım kararlar alması, çalışma koşullarını belirlemesi veya değiştirmesi, işyerinde ayrımcılığı önlememesi veya buna kendisinin sebep olması, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında ele alınması gereken hususlardır.⁸²⁹

⁸²⁷ Sözek, s. 578-581; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 478-490.

⁸²⁸ Miné/ Marchand, s. 117; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, s. 241 vd.; Beytar, s. 108.

⁸²⁹ Çetin, s. 257.

Her şeyden önce, iş ilişkisinin kurulmasında olduğu gibi, iş ilişkisinin devamında da işçinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına ilişkin soruların sorulması, iş ilişkisi devam ederken işçi hakkında bunlara dair veri toplanması ve bu verilerin işlenmesi, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlaline vücut verecektir.⁸³⁰

Ayrıca, işçinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına ilişkin elde edilen bilgi sebebiyle işyerinin değiştirilmesi, işçiye iş tanımı dışında veya yapamayacağı kadar ağır bir iş görmesi için emir ve talimat verilmesi, mobbing uygulanması, işçinin ücretinin ödenmemesi veya eksik ödenmesi, işçinin cinsel taciz veya saldırıya maruz bırakılması, işçiden bu bilginin gizlenmesinin istenmesi, işçi hakkında bu sebeple soruşturma açılması veya disiplin cezası uygulanması ve nihayetinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olacaktır.

AYM⁸³¹ ve AİHM⁸³² de verdiği kararlarda, özellikle işçi hakkında cinsiyet kimliği veya cinsel yönelimi nedeniyle soruşturma açılmasını veya iş sözleşmesinin bu sebeple sona erdirilmesini özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

Belirtilmesi gerekir ki, öğretide ve yargı kararlarında, cinsel taciz ve saldırı veya cinsel istismar gibi konusu suç teşkil eden fiillerin trans, eşcinsel, biseksüel veya başka cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimlerdeki kişilerce gerçekleştirilmesi ve işçinin iş sözleşmesinin bu sebeple sona erdirilmesi hâlinde, kişinin cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi üzerinde durulmakta, iş sözleşmesinin

⁸³⁰ Kirschner/ Kremp/ Magotsch, s. 31; Uncular, s. 193; Gürsel, s. 293; Christie/ Anand, s. 699; Hendrickx, Disclosure of Information, s. 667; Aksi yönde Rehbinden, s. 753.

⁸³¹ AYM *Serdar Erkek Başvurusu*, 2014/5393, 15/2/2017; *M.A.K. Başvurusu*, 2014/12591, 16/2/2017; *Ö.N.M. Başvurusu*, 2014/14751, 15/2/2017; *Orhan Eken Başvurusu*, 2014/18218, 16/2/2017; Aksi yönde okul öğretmeninin cinsel yönelimi nedeniyle işten çıkarılmasında ihlal olmadığına ilişkin karar ve bu karara yazılmış isabetli ve güçlü değerlendirmelerine katıldığımız, Engin Yıldırım tarafından yazılmış karşıoy yazısı için bkz. *Z.A. Başvurusu*, 2013/2928, 18/10/2017.

⁸³² *Smith and Grady v. Birleşik Krallık*, 33985/96, 1999; Aksi yönde Mahkeme'nin sonradan değiştirdiği içtihadı için bkz. *B. Birleşik Krallık*, 9237/81, 1983.

feshi bu temelde incelenmektedir.⁸³³ Benzer bir durum, işyerinde işçiler arasında meydana gelen romantik veya cinsel ilişki biçimleri için de söz konusudur.⁸³⁴

Kanaatimizce, herhangi bir işçinin cinsel taciz ve saldırı veya cinsel istismar gibi bir fiil gerçekleştirmesi hâlinde, feshin geçerliliği veya haklılığı bakımından tartışılacak olan yalnızca konusu suç teşkil eden fiilin kendisidir. Bu durumda, fiilin tek başına kişinin cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi ile bir ilgisi bulunmadığından, nitekim aynı fiilin örneğin heteroseksüel veya trans olmayan kişilerce işlenmesi de aynı suçu meydana getireceğinden, feshin geçerliliği veya haklılığı tartışılırken işçinin örneğin eşcinsel veya trans olup olmadığının tartışma konusu yapılmaması gerekir. Benzer biçimde, işyerindeki işçiler arasındaki romantik veya cinsel ilişki biçimlerinde de tartışılması gereken, yukarıda açıklandığı üzere bu ilişkinin işyerindeki düzeni ve işin görülmesini olumsuz bir biçimde etkileyip etkilemediğidir, ki bu tartışma da herhangi bir cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimden bağımsızdır.

Bunların yanı sıra, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki bu koruma, işçinin işyerinde işvereni veya diğer işçiler tarafından uğrayacağı ayrımcılıktan bağımsız düşünülemez.⁸³⁵ Nitekim, LGBTI+’lara yönelik yukarıda bahsi geçen ve

⁸³³ Birben, Erhan, “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 153 vd.; Yargıtay 9. HD, 14.2.2005, 1827/4204; Yargıtay 9. HD, 19.1.2009, 11072/127.

⁸³⁴ Yargıtay 9. HD, 14.10.2004, 654/30275. Bir başka kararın karşıoy yazısında ise, O. Güven Çankaya, iş sözleşmesinin kurulup kurulmadığının tespiti bakımından “... tarafların birlikte yaşadıkları evde ve ev dışındaki yaşamda birbirlerine normal evliliklerde mevcut karı koca dayanışması gibi yardımcı oldukları, bu ilişkinin temelini yasalarımızın korumadığı, toplumumuzun ahlak yapısına uymayan, ahlaka (adaba) aykırı birlikteliğe dayandığı, olayımızda hizmet akdinin unsurlarının oluşmadığı, hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile mevzunun ve temelini ahlaka (adaba) aykırı bulunması nedeniyle Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamiyle batıl olduğu ...” gibi ayrımcı ifadelerle iş sözleşmesinin kurulup kurulmadığını, iş ilişkisinin unsurlarının var olup olmadığı üzerinden incelememiş, tartışma konusunu aralarında romantik ve cinsel ilişki bulunan kişilerin cinsel yönelimi yapmıştır. Yargıtay HGK, 26.5.1999, 9-307/467.

⁸³⁵ Ancak örneğin ABD’de yürürlükte olan Yurttaş Hakları Kanununun VII. başlığı, hukuka aykırı iş ilişkilerini düzenlerken ayrımcılık yasağına da yer vermekle birlikte, ilgili kuralları “cinsiyete dayalı” biçimde oluşturmuştur. Bu durum, iş ilişkilerindeki ayrımcılık yasağının cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi kapsayıp kapsamadığına ilişkin tereddütlere yol açmış, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin verdiği çeşitli kararlar konuyu doğrudan ele almadığı için herhangi bir emsal karar ortaya çıkamamıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Brazil, Bridget, "You Better Work: Employment Discrimination, Title VII and Sexual Orientation", University of Kansas Law Review, Vol. 67, No. 3, March 2019, s. 631 vd.

hak ihlaline sebep olan işlem ve eylemler, genellikle ayrımcılığı da beraberinde getirmektedir.⁸³⁶

Nitekim Avrupa Konseyi de, Bakanlar Komitesi'nin 2010 yılında kabul ettiği Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle İlgili CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı⁸³⁷ üye devletlerin çalışma yaşamında bu tür bir ayrımcılığı önlemesi için kabul etmesi gereken kuralları örneklemiştir. Aynı zamanda bu tür ayrımcılığın önlenmesi için özel yaşamın gizliliği hakkının korunmasına ilişkin birçok tedbir sıralamıştır. Buna göre üye devletler, md. 29 uyarınca “gerek kamu gerekse özel sektörde istihdam ve meslek icra etme konusunda cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa karşı etkili koruma sağlayan uygun tedbirlerin oluşturulup uygulanmasını”, bu tedbirlerin “işe alınma, terfi edebilme, işten çıkarma, ücret ve işyerinde taciz ve diğer mağduriyet biçimlerinin önlenmesi, bunlarla mücadele ve bunların cezalandırılması dahil olmak üzere diğer çalışma koşullarını” kapsaması gerektiğini, md. 30 uyarınca “istihdam bağlamında, özellikle de iş başvurularında, toplumsal cinsiyet geçmişleriyle ilgili ilgisiz bilgilerin veya eski adlarının işverene ve diğer çalışanlara açıklanmasının önlenmesi için, transgender bireylerin mahremiyet haklarının etkili bir biçimde korunmasına özel ihtimam gösterilmesini” kabul etmelidir.

Kaos GL Derneği ve Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi tarafından hazırlanan Türkiye’de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu 2018 raporu tarafından da ortaya konulduğu üzere, işyerlerinde cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelli ayrımcılık çeşitli biçimlerde görülmektedir. Her şeyden önce, özel sektörde çalışanların %73’ü, ayrımcılığa karşı kurumsal bir koruma mekanizmasından yararlanamamaktadır. Benzer biçimde, işyerinde sosyal yardım

⁸³⁶ Badgett, M. V. Lee, "Bias in the Workplace: Consistent Evidence of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination 1998-2008", Chicago-Kent Law Review, Vol. 84, No. 2, 2009, s. 559, 560; Çetin, s. 256-264.

⁸³⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle İlgili CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf424, S.E.T. 30.06.2019.

ve etkinlik yapıldığını söyleyen çalışanların %82,41'i, LGBTI+ çalışanları kapsayıcı bir tutum olmadığını dile getirmektedir.⁸³⁸ Ayrıca, çalışanların %84,42'si cinsiyet kimliği veya cinsel yönelimini gizlemekte, ayrımcılığa maruz kalanların ise yalnızca %9,6'sı durumu yöneticilerine bildirmektedir.⁸³⁹

Buna göre, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında koruma alanı bulan cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel ilişkiler, aynı zamanda ayrımcılık yasağının da kapsamına girecek, ihlale sebep olan işlem ve eylemlerin yaptırımına ayrımcılık yasağı da eklenecektir.

2.4. İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkının İhlali

Günümüzde işçinin çalışma dışı, bir başka deyişle kişisel yaşamını mesleki yaşamından ayırmak güçtür. Nitekim atipik iş sözleşmesi türleri artmış, teknolojik gelişmeler ile işçinin iş sözleşmesinden doğan bağımlılığını azaltan iş ilişkisi biçimleri ve işverenin iş organizasyonunun sınırlarının belirlenmesi daha güç hâle gelmiştir.⁸⁴⁰ İşçinin iş-yaşam dengesini koruması zorlaşmış, teknolojinin sağladığı imkanlarla kolaylıkla ulaşılabilir ve takip edilebilir olan işçiden çalışma süreleri dışında da iş görmesi veya çalışma süresi içinde gördüğü işin takibini yapması beklenmeye başlanmıştır.⁸⁴¹ Bu durumda işçinin iş ilişkisinin dışında kalan yaşam görünümünün iş ilişkisi içerisinde de korunması, gün geçtikçe daha da önemli hâle gelmiştir.⁸⁴²

⁸³⁸ Türkiye'de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu, 2018 Yılı Araştırması, s. 37-40.

⁸³⁹ Türkiye'de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu, 2018 Yılı Araştırması, s. 41-45.

⁸⁴⁰ Güzel, s. 114; Erdemir, s. 188.

⁸⁴¹ Öyle ki, 2015'te yapılan bir araştırma, uluslararası denetim şirketi olan Deloitte işçilerinin %79'unun çalışma süresinden sonra akşamları veya tatil günlerinde e-maillerini ve iş arkadaşlarından ya da müdürlerinden gelen mesajları kontrol ettiğini göstermiştir. Observatoire du capital humain de Deloitte et Cadremploi, "Qualité de vie au travail Et le bonheur?", Deloitte Conseil, Neuilly-sur-Seine, 2015, s. 14-22; Pansu, Luc, "'Evaluation of 'Right to Disconnect' Legislation and Its Impact on Employee's Productivity'", International Journal of Management and Applied Research, Vol. 5, No. 3, 2018, s. 100 vd.

⁸⁴² Casaux-Labrunée, s. 333.

İşçinin ulaşılabilir olmama hakkı (*droit a déconnexion, right to disconnect*), ilk olarak 2004 yılında Fransız Yargıtayının verdiği bir kararda⁸⁴³ tartışılmıştır. İlgili olayda ara dinlenmesinde olan ambulans şoförünün işvereni tarafından yapılan aramaya cevap vermemesi, ulaşılabilir olmama hakkı kapsamında değerlendirilmiş, bu sebeple yapılan fesih haksız kabul edilmiştir.⁸⁴⁴ Bunun üzerine 8 Ağustos 2016'da, dönemin Fransız Çalışma Bakanı Myriam El Khomri'den adını alan *El Khomri* yasası ile, işçinin ulaşılabilir olmama hakkı ilk defa bir iş mevzuatında yerini almıştır.⁸⁴⁵ 1 Ocak 2017'de yürürlüğe giren bu düzenleme, uluslararası kamuoyunda yankısını bularak diğer ülkeleri teşvik etmiş, Filipinler, Belçika, Hollanda, Québec iş mevzuatında kurala bağlanmaya başlamıştır.⁸⁴⁶

Fransız iş hukukuna *Code du Travail* md. L. 2242-8 hükmü ile getirilen bu yenilik, bir işyerinde 50'den fazla işçi çalıştıran işverenlerin, işçileri ile sendika işyeri temsilcileri ya da işyeri kurulları aracılığıyla pazarlık ederek, çalışma süreleri dışında dijital araçların kullanımına ilişkin, dinlenme ve mola hakkını ile kişisel ve ailevi yaşamını güvence altına alan bir uzlaşuya varmasını kurala bağlamaktadır. Eğer böyle bir uzlaşuya varılamazsa, işveren yine işyeri sendika temsilcisinin veya işyeri kurulunun görüşünü alarak, işçinin ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin bir çizelge hazırlamalıdır. Bu hükmün yaptırımı düzenlenmemiş olmakla birlikte,⁸⁴⁷ Fransız Yargıtayının 12 Temmuz 2018'de İngiliz Rentokil Initial şirketi için hükmettiği 60.868,51 Euro tutarındaki maddi tazminat,⁸⁴⁸ bu hükme dayandırılmıştır.⁸⁴⁹

Türk iş hukukunda işçinin ulaşılabilir olmama hakkı açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu hakkın bazı mevcut hükümlere dayandırılması mümkündür. İlk

⁸⁴³ Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 45889 du 17 février 2004.

⁸⁴⁴ Ugan-Çatalkaya, Deniz, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin İşverence 'Ulaşılabilir Olmama' Hakkı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, 2016, s. 16; Güzel, s. 120.

⁸⁴⁵ Secunda, Paul M., "The Employee Right to Disconnect", Notre Dame Journal of International & Comparative Law, Vol. 9, No. 1, 2019, s. 27, 8; Pansu, s. 99.

⁸⁴⁶ Pansu, s. 100.

⁸⁴⁷ Alman hukukunda işçinin ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin mevcut uygulamayla karşılaştırmalı olarak, hükmün avantaj ve dezavantajları ile barındırdığı eksiklikler için bkz. Secunda, s. 29-32.

⁸⁴⁸ Cours de cassation, chambre sociale, Arrêt n° 17-13.029 du 12 juillet 2018.

⁸⁴⁹ Pansu, s. 101.

olarak, çalışma sürelerini kurala bağlayan İK md. 63 vd. ve bu hükmün uygulanmasını düzenleyen İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği md. 3'e göre, "çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir". Buna göre, işçinin fiilen çalıştırıldığı her an, kural olarak, sözleşme ile kararlaştırılmış olan ya da İK md. 63 uyarınca uygulanacak olan haftada en çok 45 saatlik çalışma süresinden sayılacaktır.⁸⁵⁰ Dolayısıyla işçinin belirli günlük çalışma süresi sonra erdikten sonra işveren tarafından ulaşılarak iş takibi yapması, belli bir işi tamamlaması, görülen işi kontrol etmesi gibi talepleri yerine getirmesi, onun haftalık çalışma süresinden sayılmalıdır.⁸⁵¹

İkinci olarak, yine aynı yönetmeliğin 3. maddesi uyarınca da, ara dinlenmeleri "yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak düzenlenir". Bu durumda işçinin günlük çalışma süresinin bitiminden itibaren kesintisiz olarak, ki bu durumda işveren tarafından işin görülmesine ilişkin hiçbir talimat almayarak, dinlenmesi gerekir.

Son olarak, işçinin kişiliğinin ve özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkı ve anayasal güvenceye sahip dinlenme hakkı, işçinin ulaşılabilir olmama hakkını doğurmaktadır. Nitekim işçinin sahip olduğu bu hakların amaçlarından biri de işçinin sağlığının, bedensel ve psikolojik bütünlüğünün korunması, onun ekonomik ve sosyal yaşantısını devam ettirebilmesidir.⁸⁵² Bu durumda günlük çalışma süresi sona erdikten sonra işçinin sürekli olarak işiyle ilgili bir ileti, emir veya talimat alması, bu amaca aykırılık teşkil edecektir.

⁸⁵⁰ Süzek, s. 778.

⁸⁵¹ Ancak elbette işçinin haftalık çalışma süresini aşacak şekilde, günlük çalışma süresinden sonra işverence çalıştırılması, fazla çalışma hükümlerine tabi olacaktır. Ugan-Çatalkaya, s. 746, 747.

⁸⁵² AYM, 32/65, 13.7.1971, R.G. 14171, "Şu da belirtilmelidir ki 41. maddede iktisadî ve sosyal hayatın düzenlenmesinde herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış düzeyi sağlanması amacı dahi öngörülmüştür. Bir hafta olağan biçimde çalışıp yorulan bir kimsenin hafta sonunda dinlenmesi, onun insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış düzeyine ermesi için, bu günkü uygarlık dünyasında, vazgeçilmez bir koşul sayılmaktadır. ... Hafta tatili, olağan biçimde çalışanların yıpranmadan ve daha verimli olarak çalışmalarını sağlamak ereği ile benimsenmiştir. ... Kaldı ki Anayasa'nın 42. maddesinin ikinci fıkrasında da çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için Devletin toplumsal, iktisadî ve akçalı tedbirlerle çalışanları koruyup çalışmayı destekleyeceği öngörülmüştür. İnsanca yaşamanın gerekli koşullarından birisi de olağan biçimde çalışan kişinin hafta sonu dinlenmesidir."; Cengiz, İstar, "Türk İş Hukukunda Dinlenme Hakkı", 3rd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 9-11 November 2017, s. 56-57.

Sonuç olarak, günlük çalışma süresi sona erdikten sonra, ara dinlenmesi veya hafta tatili içerisindeyken, işveren veya işveren vekilinin ya da başka işçilerin, görülen işe ilişkin e-mail atması, telefonla araması, sosyal medya üzerinden iletişime geçmesi, işçinin ulaşılabilir olmama hakkının ihlaline vücut verecektir.

2.5. İş İlişkisinin Devamında İşçinin Özel Yaşamın Gizliliği Hakkının İhlaline Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar

İş ilişkisinin devamında, yukarıda açıklanan genel ve özel sınırları aşacak şekilde; işyerinde işçinin kıyafeti ve görünümüne, sigara içmesine, işyerindeki kişilerle olan ilişkilerine; işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışlarına; işçinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına müdahale edilmesi ya da işçinin ulaşılabilir olmama hakkının ihlal edilmesi, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edecektir.

Bu durumda, iş mevzuatının ve iş ilişkisinin dayandığı sözleşme hükümlerinin getirdiği kurallara göre, bu ihlale bağlanan hüküm ve sonuçlar inceleme alanı bulacaktır.

2.6.1. İşçinin kişilik hakkının korunması

İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkının işveren veya başka bir işçi tarafından ihlal edilmesi hâlinde bu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması veya yaptırımı tabi tutulması, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali özel hüküm ve sonuçlara bağlanmadığından, genel hükümlere, yani TMK'ya göre belirlenecektir. Buna göre, özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik bir ihlale meşru müdafaa, cevap ve düzeltme hakkı, taşınmazlara tecavüzün önlenmesine ilişkin idari yollara başvurma hakkı gibi dava dışı yollarla koruma sağlanamayacağından,⁸⁵³ yalnızca dava yoluyla koruma incelenecektir.

⁸⁵³ Kılıçoğlu, s. 346.

2.6.1.1. Kusur ve zarar şartını gerektirmeyen davalar

Hukuka aykırı eylemlerin dava yoluyla önlenmesi, kusur ve zarar şartını gerektirip gerektirmediğine göre ikiye ayrılmaktadır. Bu şartı gerektirmeyen davalar, TMK md. 25'e göre; (i) saldırı tehlikesinin önlenmesi, (ii) sürmekte olan saldırıya son verilmesi, (iii) sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti, (iv) hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilmesi, (v) düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması talebidir.

Buna göre ilk olarak işçi, henüz doğmamış bir saldırının önlenmesini, fiil henüz gerçekleşmeden yarattığı tehlikenin ortadan kaldırılmasını talep edebilir.⁸⁵⁴ Bu durumda işçinin özel yaşamının gizliliği henüz ihlal edilmemiş olmakla birlikte, ilk kez ihlal edileceğine veya daha önceki ihlalin tekrarlanacağına ilişkin objektif ve ciddi sebeplere dayanan kuvvetli bir ihtimalin varlığı gerekir.⁸⁵⁵ Böylelikle hakim, işverenin veya üçüncü bir kişinin bir davranışta bulunmamasına, saldırıdan kaçınmasına ilişkin eda hükmü taşıyan bir karar verir.

İkinci olarak, işçinin sürmekte olan saldırıya son verilmesini talep etmesi de mümkündür. Buna göre, bu sefer saldırıya vücut verip hâla devam eden veya etkisini devam ettiren bir fiilin varlığı gerekir.⁸⁵⁶ Bu dava, saldırı sonucu ortaya çıkan hukuka aykırı sonucu tamamen ortadan kaldırmaya ve buna sebebiyet veren fiili kaynağından sona erdirmeye yöneliktir. Bunun için, durdurmanın mümkün olması ve durdurmada bir yararın bulunması gerekir.⁸⁵⁷ Böylelikle hakim, işverenin veya üçüncü bir kişinin mevcut saldırıyı oluşturan fiilleri durdurmaya ve etkilerini sonlandırmaya ilişkin eda hükmü taşıyan bir karar verir. Bu karar

⁸⁵⁴ Dural/ Öğüz, s. 144; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 192 vd.; Kılıçoğlu, s. 371-374; Gürsel, s. 410.

⁸⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 375, 376.

⁸⁵⁶ Bu konuda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Nitekim kimi yazarlar, saldırının etkilerinin hâla sürüyor olmasını, fiilin hâla devam ediyor olması şartını sağlamak bakımından yeterli görmemekte, böyle bir durumda yapılması gerekenin saldırının hukuka aykırılığının tespiti olduğunu ileri sürmektedir. Gürsel, s. 410, 411; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 191; aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 381.

⁸⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 382, 383.

geçmişe değil ancak geleceğe yönelik bir etki doğurur.⁸⁵⁸ Verilen karar İcra ve İflas Kanunu md. 30 gereğince icrada takip edilebilir nitelikte olup aksi md. 343 uyarınca tazyik hapsiyle yaptırıma bağlandığından,⁸⁵⁹ bu dava türü oldukça elverişlidir.

Üçüncü olarak, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti talep edilebilir. Buna göre, meydana gelmiş ve artık sona ermiş bir saldırı, işçi üzerinde etkisini hâla sürdürüyorsa, işçinin bu durumun hukuka aykırılığının tespit edilmesini talep etmesi mümkündür.⁸⁶⁰ Bunun için işçinin hukuki yararının olması, yani saldırının işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını konu edinmesi gerekmektedir.⁸⁶¹ Böylelikle hakim, işverenin veya üçüncü bir kişinin sona ermiş olan saldırısının hukuka aykırı olduğunu tespit edecektir.

Dördüncü olarak, aşağıda incelenecek maddi ve manevi zararın tazmininden bağımsız olarak, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali dolayısıyla elde edilmiş olan⁸⁶² kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilmesi mümkündür. Bu durumda işveren veya üçüncü bir kişi, söz konusu hak ihlali neticesinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görerek maddi bir kazanç elde etmişse, kıyasen uygulanan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bu kazanç işçiye verilir.⁸⁶³

Beşinci olarak, özel yaşamın gizliliği hakkı ihlal edilen işçi, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması talebinde bulunabilir. Buna göre, ihlalin özellikle çok sayıda kişi tarafından öğrenildiği ve saldırının etki alanının büyüdüğü durumlarda, işçinin maruz bırakıldığı ihlalin hukuka aykırılığının üçüncü kişilerce de öğrenilmesi gerekir. Aksi takdirde işçi bu

⁸⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 380.

⁸⁵⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 193; Gürsel, s. 411.

⁸⁶⁰ Dural/ Ögüz, s. 146.

⁸⁶¹ Gürsel, s. 412.

⁸⁶² Burada dikkat edilmesi gereken, söz konusu kazancın ne kadarının ihlal sonucu elde edildiğidir. Nitekim ihlale neden olan eylem her halükarda belli miktarda bir kazançla sebep olmuş olabilir ancak bu kazancın ne kadarlık kısmının ihlalle arasında uygun illiyet bağı olduğu araştırılmalıdır. Yargıtay 4. HD, 20.5.1991, 13291/5116.

⁸⁶³ Kılıçoğlu, s. 394, 395.

hukuka aykırı fiil neticesinde geçmişe yönelik zararını tazmin edebilmiş olmakla birlikte, üçüncü kişiler nezdinde hâla geleceğe yönelik zarar görme tehlikesi altında olacaktır.⁸⁶⁴ Belirtilmesi gerekir ki, bu talep ayrı bir dava olarak ileri sürülemez ve yukarıda bahsi geçen önleme, son verme ve tespit davaları ya da maddi ve manevi tazminat davası⁸⁶⁵ ile birlikte talep edilmesi gerekir.⁸⁶⁶

Son olarak, TMK md. 25/son, bu davaların açılması için bir yetki kuralı getirmiş, böylece saldırıya maruz kalanı korumayı amaçlamıştır. İlgili hükme göre işçi, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

2.6.1.2. Kusur ve zarar şartını gerektiren davalar

İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali, aynı zamanda iş ilişkisinin kaynağı olan iş sözleşmesinden doğan borçlar bakımından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bu durumda, BK md. 417 uyarınca, işverenin “kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”. BK md. 114/2 gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağından, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin şartların var olması gerekir.

Buna göre ilk olarak, işverenin hukuka aykırı fiili işçide maddi veya manevi bir zarar meydana getirmişse, bu zarar ile işverenin fiili arasında uygun illiyet bağı varsa ve işveren kusurluysa, işçinin maddi veya manevi tazminat⁸⁶⁷ talep etme hakkı doğar. Bu durumda borca aykırılığın bulunmadığını ispat külfeti BK md. 112/1 gereği işverendedir. Bununla birlikte, uğranılan maddi veya manevi

⁸⁶⁴ Gürsel, s. 412, 413.

⁸⁶⁵ Öğretide hangi düzeltme veya kararların yayımlanabileceğine ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, s. 387.

⁸⁶⁶ Dural/ Ögüz, s. 147; Gürsel, s. 413.

⁸⁶⁷ Yargıtay HGK, 6.11.2013, 3-56/1525.

zararın ispat külfeti ise işçidedir. Benzer biçimde, BK md. 146 uyarınca maddi ve manevi tazminat alacakları için zamanaşımı 10 yıldır.

İşverenin sözleşmeden doğan borca aykırılığa ilişkin bir başka sorumluluğu ise yardımcı kişilerin işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğudur. BK md. 116/1 uyarınca işveren, “borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür”. Bu da sözleşmeden doğan bir borca aykırılık teşkil edeceğinden, BK md. 114/2 gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, işverenin yardımcı kişilerin işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğu, istihdam edenin kusursuz sorumluluğu ile karıştırılmamalıdır. Nitekim işverenin sözleşmeden doğan borca aykırılık hâli dışında, haksız fiilden doğan kusursuz sorumluluğu da söz konusu olabilir.⁸⁶⁸ Buna göre, işyerinde çalışan bir işçinin, diğer bir işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmesi durumunda işverenin haksız fiile dayanan kusursuz sorumluluğunun doğup doğmayacağı tartışmalıdır. Nitekim istihdam edenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen BK md. 66’ya göre işveren, “çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür”. Bu kusursuz sorumluluktan kurtulmak için işverenin “çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini” ve “işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu” ispat etmesi gerekir.

Bu durumda, bu kusursuz sorumluluk türünün şartları olarak işveren ile zarar veren arasında iş ilişkisi bulunması, zararın üçüncü bir kişiye verilmesi, zararın işin görülmesi sırasında ve işle ilgili olarak verilmiş bulunması ve işverenin kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekir.⁸⁶⁹ Zararın üçüncü bir kişiye verilmesi şartını kabul eden görüşe göre, işyerindeki bir işçinin bir başka işçinin

⁸⁶⁸ Gürsel, s. 415-418; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 675-680.

⁸⁶⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 342-348.

özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal etmesi hâlinde, işveren ile zarar gören arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu, haksız fiilden doğan kusursuz sorumluluğa gidilmeyecek, BK md. 112 tarikiyle md. 116'da yerini bulan yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk gündeme gelecek, böylece sözleşmeye aykırılıktan doğan bir kusur sorumluluğundan söz edilecektir.⁸⁷⁰ Aksi görüşe göre, böyle bir ihlalin varlığı hâlinde işveren hem BK md. 66 uyarınca istihdam edenin kusursuz sorumluluğuna hem de BK md. 116 uyarınca yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa sahip olacak, işçi bakımından bu iki sorumluluk türünden birine başvurmak için haklar yarışacaktır.⁸⁷¹

Bu durumda her iki sorumluluğun niteliği ve özellikleri bakımından belli farklılıklar meydana gelecektir. İlk olarak istihdam edenin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hâli olup işverenin kurtuluş kanıtı getirmesi imkanı kurala bağlanmıştır. Oysa yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kusur sorumluluğudur ve herhangi bir kurtuluş kanıtı düzenlenmemiştir; ancak işverenin sözleşmeden doğan bu uyuşmazlıkta kusurlu olmadığını kanıtlaması mümkündür⁸⁷². İkinci olarak, istihdam edenin kusursuz sorumluluğunda BK açıkça rücu hakkını düzenlemiştir. Yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta ise böyle bir düzenleme yer almamakla birlikte genel hükümlere göre rücunun mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁸⁷³ Son olarak, zamanaşımı, BK md. 146 uyarınca yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren 10 yıldır. İstihdam edenin sorumluluğu ise haksız fiil sorumluluğu olduğundan zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren 2 yıldır.

Son olarak, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının İK md. 5 veya STİSK md. 25/4 hükmü ile birlikte ihlal edilmesi hâlinde, ayrımcılık tazminatı ya da sendikal tazminat talebi gündeme gelecektir. Zira İK md. 5; iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri

⁸⁷⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 344, 345.

⁸⁷¹ Gürsel, s. 417, 418.

⁸⁷² Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 679, 680.

⁸⁷³ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 680.

sebeplere dayalı ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemekle, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan unsurlara ilişkin genel bir ayrımcılık yasağı kabul etmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş ilişkisinin devamı boyunca cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını ayrıca teyit etmiştir. Benzer bir vurgu, aynı maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında ücret alacağı bakımından yapılmıştır. İş ilişkisinin devamı boyunca ayrımcılık yasağının yaptırımını ise, işçinin dört aya kadarlık ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatıdır.⁸⁷⁴

Benzer biçimde, işçinin iş ilişkisinin devamı boyunca sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kalması hâlinde STİSK md. 25/4 uyarınca en az bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal nedenle tazminat talep etme hakkı doğar. Bu bağlamda sendikal nedenle fesihle tazminat, sadece işe iade davası ile birlikte talep edilebilecek bir tazminat türü değildir, iş ilişkisinin devamı boyunca da tek başına talep edilebilir; zira iş ilişkisinin devamı boyunca sendikal özgürlüklerin ihlali hâlinde işe iade davası gündeme gelmeyecektir.⁸⁷⁵

⁸⁷⁴ Her ne kadar iş ilişkisinin sona ermesinde gündeme gelse de, iş güvencesine tabi işçilerin işe iade davalarında Yargıtay tarafından ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin mümkün görülmemesi, kanımızca hukuka aykırı görülmelidir. Nitekim İK md. 21 gereği ödenecek iş güvencesi tazminatının getirilme amacı ile İK md. 5 gereği ödenecek ayrımcılık tazminatının amaçları birbirinden tamamen farklıdır. İş güvencesine tabi işçilere ilişkin her fesih ayrımcılık temeline dayanmaz. Nitekim İK md. 5 ile getirilmek istenen, feshin geçersizliğinin aynı zamanda ayrımcılık yaratması hâlini yaptırıma bağlamaktır. Aksi hâlde yalnızca iş güvencesine tabi olmayanların feshinde ayrımcılık tazminatı gündeme gelebilir, ki bu da iş güvencesine tabi olup olmama konusunda hiçbir ayrıma gitmeyen İK md. 5'in lafzına ve amacına aykırı olacaktır. Ayrıca, aynı maddenin sonunda, sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki açıkça düzenlenmiş, bu ikisinin bir arada istenemeyeceği belirtilmiştir. Bunun mefhumu muhalifinden çıkarılması gereken sonuç, ayrımcılık tazminatının iş güvencesi tazminatı veya kötüniet tazminatı ile birlikte istenebilecek olmasıdır. Katılmadığımız karar için bkz. Yargıtay 9. HD, 29.11.2013, 29053/27095.

⁸⁷⁵ Süzek, s. 546, 547; Tuncay/ Savaş-Kutsal, s. 116 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 276, 277; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 744 vd.; "İşverenin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca iş sözleşmesini sendikal nedenlerle feshetmesi halinde işçi, 4857 sayılı kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, ... dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez". Yargıtay 9. HD, 19.12.2018, 3525/23682; Yargıtay 9. HD, 4.10.2018, 5445/17529.

2.6.2. Sözleşmenin veya sözleşmenin ilgili hükümlerinin geçersizliği

İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı her zaman işverenin veya diğer işçilerin işlem ve eylemleriyle ihlal edilmeyebilir. Öyle ki, yukarıda açıklandığı üzere, ihlale sebep olan uygulamaların birçoğu bireysel veya tip iş akitlerinde, iç yönetmeliklerde ya da işyeri uygulamalarında yer alan belli kurallardan kaynaklanmaktadır. Bu durumda, her bir ihlal türü için belirlenmiş olan genel ve özel sınırları aşan, dolayısıyla işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden kuralların geçersizliği söz konusudur.

İlk olarak, bireysel veya tip iş akitlerine, iç yönetmeliklere, işyeri uygulamalarına ve işverenin yönetim hakkına uygulanacak olan BK md. 27 uyarınca, “kanunun emredici hükümlerine⁸⁷⁶, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”.

Dolayısıyla özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin olarak AY md. 20, BK md. 417 ve TMK md. 23 gibi emredici hükümlere aykırı olarak yapılacak sözleşmeler tamamen veya kısmen geçersiz olacaktır. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, BK md. 27, kanunun emredici hükümlerinin yanı sıra kişilik haklarına aykırılığı ayrıca ve açıkça düzenlemektedir.⁸⁷⁷ Böylece işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden sözleşme veya ilgili hükümler, işçinin kişilik hakkı kapsamında yer alan bir unsura ilişkinse, kişilik haklarına aykırılıktan butlanı söz konusu olacaktır. Örneğin TMK md. 23/1 kapsamında sözleşmenin konusu kişinin

⁸⁷⁶ Daha önce üzerinde durulduğu üzere, bu hükümdeki “kanun” lafzı ile ifade edilmek istenen sadece hiyerarşik olarak kanun özelliği taşıyan hukuk kuralları değildir, bunun dışında emredici nitelik taşıyan KHK, İBK gibi başkaca hukuk kurallarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 135; Oğuzman/ Öz, s. 72, 73.

⁸⁷⁷ Nomer, s. 86, 87; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 108, 109; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 225, 226.

vazgeçmeyeceği haklardansa⁸⁷⁸ ya da kişi TMK md. 23/2 kapsamında özgürlüklerinden hukuka veya ahlaka aykırı olarak vazgeçiyorsa, söz konusu yaptırım uygulama alanı bulacaktır.⁸⁷⁹

Belirtmek gerekir ki butlan, kural olarak sözleşmeler bakımından *ex tunc* (geçmişe yönelik) bir etki gösterir. Buna göre batıl olan sözleşme baştan itibaren geçersizdir, zaman veya icazet ile de geçerli hâle gelemmez. BK md. 27’de düzenlenen butlan hâli, BK md. 394/3’te de “geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” hükmü ile özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre iş sözleşmesinin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaması ve sadece *ex nunc* (geleceğe yönelik) etki göstermesi, işçinin iş sözleşmesini geçerlik sebebini bilmeyerek yapmış olması koşuluna bağlanmıştır. Bununla birlikte, sürekli edim borcu altına giren tarafların yaptığı sözleşmenin geleceğe yönelik geçersizlik doğurması, işçinin geçersizlik sebebini bilmesi durumunda işçinin iş ve sosyal güvenlik hukukundan doğan haklarını tehlikeye düşüreceğinden ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması, iş görme veya ücret ödeme dışındaki borç türlerinin (rekabet etmeme, kişiliği gözetme, eşit işlem gibi) iş ilişkisinde parasal değerinin tespit edilmesinin çok güç olması nedeniyle neredeyse olanaksız olduğundan, iş hukukunun belli özellikleri ile örtüşmez ve bu nedenle ilgili BK hükmünün iş hukukuna uyarlanması gerekir.⁸⁸⁰ Sonuç olarak, iş sözleşmeleri özel yaşamın gizliliğini kişilik hakkı bakımından ihlal edecek şekilde yapıldığında, iş sözleşmesi hiçbir koşula bağlı olmaksızın geleceğe yönelik olarak geçersiz hâle gelecektir.

⁸⁷⁸ Nitekim bu hükmün uygulamada genel olarak bir geçersizlik sebebi olarak ileri sürülmediği konusunda öğretilde görüş birliği vardır ve esas olarak geçersizliğe dayanak gösterilen md. 23/2’dir. Kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri yasaklayan bu hüküm ile BK md. 27 arasındaki ilişki için bkz. Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 567.

⁸⁷⁹ Bununla birlikte katılmadığımız bir görüş kişilik haklarına aykırılığın yaptırımının nispi hükümsüzlük olması gerektiğini, zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen bu gibi düzenlemelerde hükümsüzlüğün re’sen dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 231, 232.

⁸⁸⁰ Süzek, s. 330-333; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 112, 113; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 256, 257; Yargıtay İBK, 18.6.1958 20/9, Yargıtay İBK, 19.3.1955, 22/2.

İkinci olarak, tip iş akitleri veya iç yönetmeliklerde işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden hükümlerin bulunması hâlinde genel iş koşullarının denetimi gündeme gelecektir. BK md. 20-25 hükümlerine tabi olan genel iş koşulları, “düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz”. Günümüzde iş akitlerin çoğunluğu, tip iş sözleşmesi şeklinde düzenlenmekte, işçilerin çalışma koşullarının da esaslı bir kısmı iç yönetmeliklerde düzenlenmektedir.

Genel iş koşullarının tabi olduğu ilk denetim yürürlük denetimidir. Buna göre, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin bir düzenlemenin içeriği konusunda işçiye açıkça bilgi verilmediyse ve işçiye bunları öğrenme olanağı sağlanmadıysa, ilgili genel iş koşulu hükümleri yazılmamış sayılacaktır.⁸⁸¹ Benzer biçimde, “şaşırtıcı hüküm” olarak da nitelendirilen, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel iş koşulları da aynı denetime tabidir. Ayrıca, BK md. 22 uyarınca, işverenin yazılmamış sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu, yani farazi iradesini ileri sürmesi de mümkün değildir.⁸⁸²

İkinci olarak, genel iş koşulları yorum denetimine tabi tutulur. Buna göre, genel iş koşulu özelliği bulunmayan sözleşme hükümler güven teorisine göre yorumlanırken, genel iş koşulları *contra proferentem ilkesi*⁸⁸³ gereğince düzenleyen, yani işveren aleyhine yorumlanır.⁸⁸⁴ Nitekim BK md. 23, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağını kurala bağlamaktadır.

⁸⁸¹ Süzek, s. 66; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 233; Civan, Ersun, Genel İş Koşulları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 188 vd.

⁸⁸² Bu konuda bkz. Civan, s. 191 vd.

⁸⁸³ Standart sözleşmelerde bu ilkenin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Horton, David, "Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts", University of Colorado Law Review, Vol. 80, No. 2, 2009, s. 431-486.

⁸⁸⁴ Süzek, s. 67; Civan, s. 196 vd.; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 233.

Üçüncü olarak, genel iş koşullarının içeriğini ve yerindeliğini değerlendirerek, sözleşme adaletini ve sözleşme serbestisini sağlamaya yönelik yapılan denetim, içerik denetimidir. Böylelikle taraflar arasındaki hak ve borçların dengelenmesi sağlanır, aradaki iş ilişkisinin hakkaniyete uygun, adil bir biçimde düzenlenmesi amaçlanır.⁸⁸⁵ Buna göre, genel iş koşullarında işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde işçinin durumunu ağırlaştıran, iş ilişkisinde önemli bir dengesizliğe ve ölçüsüz bir mağduriyete yol açan hükümler, her ne kadar yasada açıkça yaptırıma bağlanmamışsa da batıl olacaktır. Tıpkı yazılmamış sayılan hükümler gibi, içerik denetimine takılan hükümler bakımından da işverenin farazi iradesini ileri süremeyeceğini kabul etmek gerekir.⁸⁸⁶

2.6.3. İşçinin fesih hakkının doğması

İş ilişkisinin devamında işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden birçok işlem veya eylem, işçi için iş ilişkisini artık çekilmez hâle getirebilir, iş sözleşmesinin temelinde yer alan güven bağını zedeleyebilir. Bu durumda, dürüstlük kuralına göre işçiden iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemeyecekse, bozucu yenilik doğuran bir hak olan derhal fesih hakkı doğmuş olur.⁸⁸⁷ Bu durumda işçinin iş güvencesine tabi olup olmaması veya iş sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmaksızın doğan haklı nedenle fesihten bahsedilecektir.

İK md. 24/II, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzeri nedenleri örneklemek suretiyle saymıştır.⁸⁸⁸ Buna göre, işveren “iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa; işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve

⁸⁸⁵ Süzek, s. 68; Süzek, *Tip İş Akitleri*, s. 459 vd.; Civan, s. 210 vd.; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 234.

⁸⁸⁶ Süzek, s. 68.

⁸⁸⁷ Süzek, s. 679.

⁸⁸⁸ Gürsel, s. 420; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 233 vd.; Süzek, s. 696; Yargıtay 9. HD, 15.10.2009, 10408/26968; Yargıtay 9. HD, 2.6.2009, 375/15531.

namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa; işçiye 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 isnad veya ithamlarda bulunursa; işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa; işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse; ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa”, işçinin haklı nedenle fesih hakkı doğar.

Bu sebeplerden özellikle işverenin işçiye veya aile üyelerinden birine şeref ve namusa dokunacak şekilde sözler söylemesi ya da davranışlarda bulunması, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan onur ve saygınlık unsuruna yönelmektedir. İşveren vekilinin bu tür söz ve davranışlarda bulunması da işçi açısından haklı nedenle fesih sebebidir.⁸⁸⁹

Benzer biçimde, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması ya da bir işçinin cinsel tacizi bildirilmesine rağmen işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması⁸⁹⁰ da bu hakkın koruması kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca

⁸⁸⁹ Yargıtay 9. HD, 14.2.1994, 14090/2244; Yargıtay 9. HD, 1.12.2009, 11819/32509; Yargıtay 9. HD, 24.2.2011, 4745/4868.

⁸⁹⁰ Yargıtay, 9. HD, 14.1.2015, 7490/470, “... davacının işyerinde çalışan diğer bir işçi tarafından telefonuna mesaj atılarak taciz edildiği yukarıya ifadeleri özetlenen tanık beyanlarıyla ispatlandığından ve yine bu tacizler sebebiyle davacının şikayetine rağmen işverenin tacizde bulunan işçiyi işten çıkartmayıp sadece servisinin değiştirilmesi sebebiyle davacı işçinin sözleşmeyi feshettiği tanık ifadelerinde beyan edildiğinden, mahkemece sözleşmenin davacı işçi tarafından maruz kaldığı eylemi durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması sebebiyle haklı sebeple feshedildiği kabulüyle kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup hükmün bozulması gerekmiştir”.

Yargıtay, yalnızca cinsel tacizin değil, mobbingin de bu hükmün kapsamına girdiğine hükmetmektedir.⁸⁹¹

Ücretin kanun veya sözleşmeye uygun olarak hesap edilip ödenmemesi de, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki bir unsura dayanan bir ayrımcılığa dayanabilir. Böyle bir durumda da işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmelidir.⁸⁹²

Son olarak, çalışma şartlarının uygulanmaması, kendisini birçok farklı şekilde gösterebilir. Örneğin işçinin özel yaşamın gizliliği kapsamında korunan bir unsur sebebiyle işyerinin veya görevinin değiştirilmesi,⁸⁹³ SGK primlerinin yatırılmaması veya düşük gösterilmesi, işçinin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı şartlarda çalıştırılması ve benzeri, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal eden sebepler, dürüstlük kuralına göre işçinin iş sözleşmesini sürdürmesini çekilmez kılıyorsa, haklı nedenle fesih hakkını doğurur.

İşçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanması belli bir süreye tabi tutulmuştur. İK md. 26/1'e göre; ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller veya benzeri sebeplerle yapılan haklı nedenle fesih, işverenin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu işçinin öğrendiği günden başlayarak altı iş günü

⁸⁹¹ Yargıtay 9. HD, 15.10.2009, 10408/26968, “Öte yandan davacının işyerinin (bölümünün) çok sık değiştirildiği ve yıldırma politikası uygulandığı iddia edilmiştir. Davacının işyerinin hangi tarihlerde ve hangi sıklıkta değiştirildiği belirlenerek mobbing unsurlarını taşıyıp taşımadığı araştırıldıktan sonra tüm delillerle birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır”.

⁸⁹² Yargıtay 9. HD, 10.4.2019, 3200/8467, “İşçinin ücretlerinin ödenmemesi ve sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden belirtilmemesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca işçiye haklı fesih hakkı verir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı işçinin fazla mesai ücretine hak kazandığı tespit edilmiş olup, davacının sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden ödenmediği de anlaşılmaktadır. Buna göre, davacının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiği sonucuna varılmalıdır. Mahkemece, davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine, yanılığlı değerlendirme ile talebin reddine karar verilmesi hatalıdır”.

⁸⁹³ Yargıtay 22. HD, 3.3.2015, 34150/8689, “Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelikler, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri, işyeri personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarla, işyeri uygulamalarının çalışma yaşamına etkileri sonucu her bir iş ilişkisinde çalışma şartları meydana gelir. Çalışma şartlarını belirleyen kaynaklarda bu şartlar bazen emredici olarak düzenlenmiş olup, işçi aleyhine olarak değişikliğe gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün değildir. Diğer hallerde çalışma şartlarında değişiklik yapılması 4857 Sayılı Kanunun 22. maddesinde özel biçimde ele alınmıştır. Anılan hükme göre, işçi aleyhine yapılması düşünülen değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve altı iş günü içinde işçinin yazılı kabulüyle uygulamaya konulması gerekir. Aksi halde değişiklik işçiyi bağlamaz. Somut olayda, dosya içeriğinden, davacının aşçı yardımcısı iken, bulaşıkhanede görevlendirildiği, böylece çalışma şartlarında aleyhine değişiklik yapıldığı, bu sebeple 4857 Sayılı Kanunun 24/II-f. maddesi uyarınca haklı olarak davacı tarafından iş sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır”.

geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Aksi takdirde haksız fesih gerçekleştirilmiş olacaktır.⁸⁹⁴ Ancak elbette söz konusu ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararın tazmini bu süreden bağımsızdır.

İşçinin haklı nedenle feshinin hukuki sonuçları ise, ilk olarak işçinin ücreti ile kanundan veya sözleşmeden doğan her türlü para ve parayla ölçülmesi mümkün alacağının tam olarak ödenmesidir. Ayrıca işçi özel yaşamın gizliliği hakkının ihlalinin bahisle iş akdini İK md. 24/II uyarınca haklı nedenle feshettiğinde, uğradığı zararın tazminini yukarıda açıklanan genel hükümlere göre talep edebilecektir.⁸⁹⁵ Son olarak, bir yıllık kıdemi bulunan işçinin haklı nedenle feshinin sonucunda kıdem tazminatına hak kazanması da söz konusudur. Ancak her türlü kuşkudan uzaktır ki, işçinin böyle bir fesih sonucunda ihbar tazminatı talep etmesi mümkün olmayacaktır.

2.6.4. İdari yaptırımlar

Yukarıda bahsi geçen hukuki yaptırımlardan işveren sorumluyken, idari yaptırımların hem işverene hem de işveren vekillerine uygulanması mümkündür. Nitekim iş mevzuatından doğan yükümlülükler bakımından İK md. 2/5, bu kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluğun işveren vekilleri hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir.

Bununla birlikte, işveren vekilinin idari sorumluluğu, onun görev ve yetki alanına giren konularla sınırlıdır. Bundan anlaşılması gereken, işveren vekilinin, yönetmesi için verilen göreve ilişkin teknik, hukuki ve idari yetkinlik ve bilgiye sahip olması; aynı zamanda görmesi beklendiği işe ilişkin kendisine gerekli yetkinin işveren tarafından verilmiş olması gerekir. Nitekim, işveren vekilinin idari sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, gördüğü işe ilişkin gerçekten de bilgili ve tecrübeli olması, bu bilgi ve tecrübesini kullanabilecek yetkilerle donatılmış olması aranmalıdır.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ Süzek, s. 703.

⁸⁹⁵ Yargıtay 9. HD, 29.9.2014, 35462/28348.

⁸⁹⁶ Cœuret, s. 408; Süzek, s. 191; Yargıtay 9. CD, 9.6.1981, 2085/2251.

Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkı ile birlikte İK md. 5'te kurala bağlanan ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği durumlarda, İK md. 99/1 (a) uyarınca, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir.

İş ilişkisinin kurulmasında aday işçi hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanması bağlamında, İK md. 99/1 (d) uyarınca, İK md. 28'e aykırı olarak çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranan veya bu belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazan işveren veya işveren vekiline, bu durumdaki her işçi için yüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir. Benzer biçimde, İK md. 104'e göre, İK md. 75'e aykırı olarak işçi özlük dosyalarını düzenlemeyen işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilir.

İK md. 102/1 (a)'ya göre; işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunan bir unsurdan ötürü geniş anlamda ücretinin kasten ödenmemesi, ödenmesinin geciktirilmesi veya eksik ödenmesi; Asgari Ücret Tespit Komisyonu'nun belirlediği asgari ücret tutarının ödenmemesi veya eksik ödenmesi; ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın zorunlu olduğu hâlde özel olarak açılan banka hesabına ödenmemesi hâlinde işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye, bu durumda olan her işçi için yüzyirmibeş Türk Lirası idari para cezası verilir.

İşçinin ulaşılamama hakkı bağlamında ise İK md. 102/1 (c)'ye göre, fazla çalışmalara ilişkin ücret ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay içinde kullandırmayan, fazla saatlerde yapılan çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası idari para cezası verilir. Son olarak, İK md. 104'e göre yine aynı bağlamda, İK md. 63'te ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde düzenlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran; İK md. 68'de düzenlenen ara dinlenmelerini uygulamayan; İK md. 74'e aykırı olarak doğumdan önce ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış işçiye çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilir.

Son olarak, İK'dan bağımsız bir biçimde, İnternet Kanunuyla getirilmiş bazı idari yaptırımlar bulunmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, İnternet Kanununda yer alan “özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” başlıklı md. 9/A,1'e göre, “İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir". Buna göre, “derhal uygulama” ilkesi benimsenerek, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişinin doğrudan BTK'ya başvurabilmesi sağlanmış, erişim engeli kararının alınması süreci hızlandırılmıştır.⁸⁹⁷ Daha önce İnternet Kanunu md. 9/A'ya getirilen eleştiriler tartışıldığı için burada ayrıca değinilmeyecektir.

İlgili hükme göre, özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, BTK'ya başvururken hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz. Başkan, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.⁸⁹⁸ Erişimin engellenmesi, özel yaşamın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

Bu kararın BTK aracılığıyla alınmasından ve uygulatılmasından sonra ise, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararı en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Kuruma gönderir. Hâkim tarafından

⁸⁹⁷ Kent, s. 120; Çırakoğlu, s. 122.

⁸⁹⁸ Dört saatlik sürenin, kararın Erişim Sağlayıcıları Birliğine bildirildiği andan itibaren başlayacağı kabul edilmelidir. Çırakoğlu, s. 108.

verilen bu karara karşı BTK Başkanı tarafından itiraz yoluna gidilebilir. Erişim engel talebinin talepçi tarafından süresi içerisinde sulh ceza hakimliğinin kararına sunulmaması hâlinde erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

İlgili hükmün son fıkrasında yer alan istisna hükmüne göre, özel yaşamın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan BTK Başkanı'nın emri üzerine erişimin engellenmesi Kurum tarafından yapılır. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı da yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur ve hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.

2.6.5. Cezai yaptırımlar

TCK md. 132 haberleşmenin gizliliğini ihlal, md. 133 kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, md. 134 özel hayatın gizliliğini ihlal, md. 135 kişisel verilerin kaydedilmesi, md. 136 verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, md. 138 verileri yok etmeme, md. 116 konut dokunulmazlığını ihlal, md. 120 haksız arama, md. 122 nefret ve ayrımcılık, md. 117 iş ve çalışma hürriyetinin ihlal, md. 118 ise sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçları ile, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının işveren veya üçüncü kişilerce ihlal edilmesi hâlinde uygulanacak ceza normlarını kurala bağlamıştır. Çalışmanın sınırlılığı sebebiyle bu ceza normlarının içeriği ve uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgiye yer verilmeyecektir.

SONUÇ

Özel yaşamın gizliliği kavramı, ortaya çıktığı tarihten bu yana birçok değişim geçirmiş, sahip olduğu anlam birey-devlet-şirketler odağında belli alanlarda genişlemiş, belli alanlarda ise daralmıştır. Günümüzün gözetim toplumunda bu kavramı açıklamak, sahip olduğu çok katmanlı yapı nedeniyle oldukça güçleşmiştir. Bireyler sadece kendi aralarındaki ilişkilerde değil, devlet ve büyük şirketlerin sahip olduğu kapasiteyle hayatlarının her anında izlenmekte ve gözetlenmektedir. Büyük Veri, sosyal medya, bulut teknolojileri, transnasyonel veri ağları, kişiyi teknolojik bir kuşatılmışlık altında tutmakta; meydana gelen ekonomik, siyasal ve sosyal gelişmeler, bireyin özel yaşamının bir kavram olarak ne ifade ettiğini de değiştirmektedir.

Öğretide özel yaşamın gizliliğini kavramlaştırmaya, tanımlamaya ve sınırlarını belirlemeye yönelik birçok teori ileri sürülmüştür. Bunlar, (i) yalnız bırakılma hakkı, (ii) dış müdahalelerden uzak olma hakkı ve en az müdahale talebi, (iii) mahremiyet ve manevi varlığın korunması, (iv) birey özerkliği ve sınırlı erişim, (v) kişinin kendisine dair bilgi üzerindeki hakimiyeti ve (vi) üç alan teorisi olarak derlenebilir. Bu teorilerden her biri, özel yaşamın gizliliğini farklı hukuki zeminlere oturtmakta, bireyin özel yaşamı üzerindeki hakimiyetine dair farklı unsurları odağına almaktadır. Bununla birlikte, bu teorilerin birbiri ile kesiştiği ve benzeştiği, kimilerinin arasında tamamlayıcılık, kimilerinin arasında ise dışlayıcılık ilişkisi olduğu gözlemlenebilir. Kanaatimizce, özel yaşamın gizliliği hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkından kaynağını alır. Nitekim özel yaşamın gizliliği, sahip olduğu önem bakımından felsefi ve sosyolojik olarak demokrasiye, totaliter rejimlerin engellenmesi arzusuna, insan onuruna ve bireyin toplumdan önce geldiği kabulüne dayanır. Bu nedenle bireyler arası ilişkileri öncelikleyen teoriler, bu kavramı açıklamaya yeterli değildir.

Özel yaşamın gizliliğinin bir insan hakkı olması, bu hakkın uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda düzenlenme biçiminden öte gelir. Özel yaşamın gizliliğini bir insan hakkı olarak düzenleyen uluslararası belgeler; İnsan Hakları

Evrensel Bildirgesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü olarak derlenebilir. Aynı zamanda Türk hukukunda da çeşitli kanun, tüzük ve yönetmelikler bu hakka veya bu hak bakımından uygulama alanı bulabilecek çeşitli hükümlere yer vermektedir. Bu bakımdan da Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Ceza Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve İnternet Kanunu inceleme alanı bulmaktadır.

Özel yaşamın gizliliği hakkı, düzenlendiği hükümler ve bunlara dayanarak oluşturulan öğreti ve yargı kararları ışığında, öznesi, zamanı ve unsurları belirlenebilir hâle gelmiştir. Buna göre, bu hak kural olarak hayatta olan gerçek kişilere aittir ve bunun tek istisnası kişiliğin *postmortem* korunmasıdır. Karşılaştırmalı hukuk, AİHM, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında; (i) ad ve soyad, (ii) görüntü ve ses, (iii) cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel ilişkiler, (iv) aile yaşamı, (v) onur ve saygınlık, (vi) kürtaj ve üremeye ilişkin haklar, (vii) etnik kimlik, (viii) konut, (ix) haberleşme ve (x) kişisel veriler, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken unsurlardır.

Bu hakkın özel hukuk ilişkileri bakımından uygulama alanı bulduğu yerlerden biri de, iş ilişkileridir. Nitekim işçinin iş sözleşmesinden doğan haklarından biri de özel yaşamın gizliliği hakkıdır. Bu durumun hukuki dayanağı ise işçinin sadakat borcunun sinalagması olan, işverenin işçinin kişiliğini koruma ve gözetme borcudur. İşçinin özel yaşamın gizliliği hakkı, iş ilişkisinin kurulmasında, iş ilişkisinin devamında belli sınırlara sahiptir ve işveren tarafından bu sınırların aşılmasıyla çeşitli biçimlerde ihlal edilebilir.

İlk olarak, iş ilişkisinin kurulmasında (i) aday işçiye sorular sorulması, (ii) biyolojik veya psikolojik testler uygulanması ve (iii) aday işçi hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanması gibi uygulamalar, özel yaşamın gizliliği hakkını ihlal edebilir ve her bir uygulamaya ilişkin özel sınırlar bulunur.

Aday işçiye sorular sorulmasının genel sınırı, sorulacak soruların görülecek işin niteliğiyle ve işçinin bu iş bakımından yeterliliğiyle ilişkili olmasıdır. İşçinin

kimliği ve kişiliğine ilişkin, eğitimi ve mesleki deneyimine, gündelik yaşamına, ekonomik durumuna, eski mahkumiyet veya tutukluluğuna, sendika, dernek veya parti üyeliği ya da dinî, felsefi veya politik görüşlerine, hamileliğine ve sağlık durumuna ilişkin sorular, bu genel sınırın yanı sıra, somut olaya göre kendilerine özgü birtakım sınırlara da sahiptir.

İşçiye biyolojik veya psikolojik testler uygulanması da, alkol ve uyuşturucu testleri, sağlık ve HIV testleri, kişilik ve dürüstlük testleri ve genetik testler bakımından inceleme alanı bulmaktadır. Bu tür testlerin genel sınırı da, işçinin rızasının alınması, görülecek işin niteliği ile ilgili olması, testlerin yapılma usûlünün belli güvencelere sahip olması ve sonuçların gizliliğinin sağlanmasıdır. Bununla birlikte bu testlerin de somut olaya göre kendilerine özgü birtakım sınırları bulunmaktadır.

Aday işçi hakkında üçüncü kişilerden bilgi toplanması da, eski işverenden veya işçinin vermiş olduğu referanslardan bilgi edinilmesi şeklinde gerçekleşir. Bu şekilde toplanan bilgilere ilişkin şartlar ise, eski işverenden edinilecek bilgiler için işçinin rızasının alınması her halükarda aday işçiye sorulabilecek olan sınırlara burada da uyulmasıdır.

İş ilişkisinin kurulmasında özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali gündeme gelirse, *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında işçinin maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunması mümkündür. Ayrıca, kanaatimizce işverenin eşit işlem yapma borcu sözleşme öncesi görüşmeleri de kapsadığından, ayrımcılık tazminatı da talep edilebilir.

İkinci olarak, iş ilişkisinin devamında ise, (i) işçinin üstünün ve eşyasının aranması, (ii) işçinin yaşam tarzı ve davranışlarına müdahale edilmesi, (iii) işçinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamına müdahale edilmesi ve (iv) işçinin ulaşılabilir olmama hakkının ihlali, işçinin özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında inceleme alanı bulur. Bu uygulamalara ilişkin uyulması gereken şartlar da; işçinin rızasının alınması, uygulamanın orantılı olması ve hakkın özüne dokunmaması, müdahalenin görülen işin ve söz konusu işyerinin niteliklerine ilişkin gereklilik arz etmesidir.

İş ilişkisinin devamında işçinin özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edilmesi hâlinde, (i) kişiliğin korunmasına yönelik genel hükümlerin uygulanması, (ii) sözleşmenin veya sözleşmenin ilgili hükümlerinin geçersizliği, (iii) işçinin fesih hakkının doğması ve (iv) idari ve cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olur. Buna göre, ilk olarak maddi ve manevi tazminat ile elde edilmiş kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenmesi veya saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi, etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması talepleri gündeme gelecektir. İkinci olarak, iş ilişkisinin devamında uygulanan toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, tip iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya yazılı işyeri uygulaması, genel geçerlilik denetimi (veya tip iş sözleşmelerinde içerik ve yorum denetimi) uyarınca tamamen veya kısmen geçersiz olacaktır. Üçüncü olarak, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçinin sözleşmeyi süreli feshi gündeme gelebilecek; belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmelerinde ise haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır. Son olarak İş Kanunu, Ceza Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca işverene uygulanabilecek idari ve cezai yaptırımlar da gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

MAKALE VE KİTAPLAR

Akın, F. İlhan, Kamu Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974.

Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut/ Ateş-Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, 2013.

Akkutay, Ali İbrahim, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1-2, 2007.

Aktaş, Batuhan, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Der Kitabevi, İstanbul, 2017.

Alaei, Mostafa, "Globalization and the Universality of Human Rights (A Critical Glance over the Western Approach)", International Studies Journal, Vol. 3, No. 3, Winter 2007.

Albayrak-Gül, Hande, “İşçinin Sadakat Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 141-142, 2016.

Albrecht, Jan Philipp, “How the GDPR Will Change the World”, European Data Protection Law Review, Vol. 2, No. 3, 2016.

Annan, Kofi, We the People: The Role of the United Nations in the 21st Century, United Nations Department of Public Information, New York, 2000.

Araslı, Oya, “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası’nda Düzenlenişi”, Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1979.

Arslan-Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007.

Auzero, Gilles/ Dockès, Emmanuel, Droit du Travail, 28e Edition, Dalloz, Paris, 2014.

Aybay, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2017.

Aydınlı, İbrahim, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2005.

Badgett, M. V. Lee, "Bias in the Workplace: Consistent Evidence of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination 1998-2008", Chicago-Kent Law Review, Vol. 84, No. 2, 2009.

Baghai, Katayoun, Privacy as a Human Right: A Sociological Theory", Sociology, Vol. 46, No. 5, October 2012.

Balkır, Zehra, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, Sakarya Üniversitesi, 18-19 Kasım 2005, <http://www.etiksempozyumu.sakarya.edu.tr/etik/2.2/Balkir.pdf>, S.E.T. 30.07.2019.

Barthélémy, Jacques/ Cette, Gilbert, Réformer le Droit du Travail, Odile Jacob, Paris, 2015.

Bassewitz, Katherine von, “Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar”, çev. Şafak Parlak Börü, International Review of Intellectual Property and Competition Law, S. 6, 2004.

Başalp, Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 1, 2015.

Baxi, Upendra, "Does Life Indeed Begin at Sixty - Revisiting the UDHR as a Single Garment of Destiny in a Hyperglobalizing World," Emory International Law Review, Vol. 23, No. 1, 2009.

Baysal, Ulaş, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, 2010.

Baysal, Ulaş, “Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, ed. Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Belgin, Derya, “Anayasa’nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S. 4, Güz 2008.

Beytar, Erbil, İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Bhaimia, Sahar, “The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection”, Legal Information Management, Vol. 18, No. 1, 2018.

Birben, Erhan, “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Bloustein, J. Edward, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, New York University Law Review, Vol. 39, No. 1, 1964.

Brazil, Bridget, "You Better Work: Employment Discrimination, Title VII and Sexual Orientation", University of Kansas Law Review, Vol. 67, No. 3, March 2019.

Brody, Kay-Frances. "A Constitutional Analysis of California's Chemical Castration Statute" Temple Political & Civil Rights Law Review, Vol. 7, No. 1, Fall 1997.

Brown, Jessica, "Human Rights, Gay Rights, or Both: International Human Rights Law and Same-Sex Marriage", Florida Journal of International Law, Vol. 28, No. 2, August 2016.

Brown, William S., “Technology, Workplace, Privacy and Personhood”, Journal of Business Ethics, Vol. 15, No. 11, November 1996.

Broy, Dominic, "Germany: Starting Implementation of the GDPR - Brief Overview of the Government Bill for a New Federal Data Protection Act", *European Data Protection Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2017.

Bruyer, Richard A., "Privacy: A Review and Critique of the Literature", *Alberta Law Review*, Vol. 43, No. 3, 2006.

Bulut, Ali, *Türk İş Hukukunda Sendikal Güvenceler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Butler, Judith, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, Metis Yayıncılık, 2016.

Casaux-Labrunée, Lise, "Vie privée des salariés et vie de l'entreprise", *Droit social*, No. 4, vril 2012.

Castellano, Rosalia/ Rocca, Antonella, "Gender Disparities in European Labour Markets: A Comparison of Conditions for Men and Women in Paid Employment", *International Law Review*, Vol. 157, No. 4, 2018.

Cauley, Ryan, "Is Chemical Castration a Progressive or Primitive Punishment - Balls Are in Your Court, Iowa Legislature" *Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 17, No. 3, Summer 2014.

Cengiz, İhtar, "Türk İş Hukukunda Dinlenme Hakkı", 3rd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 9-11 November 2017.

Christie, Irene/ Anand, Gita, "Canadian Legal Regulation of Disclosure of Information About Employees or Prospective Employees to Employers or Prospective Employers", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 21, Iss. 4., 2000.

Cœuret, Alain/ Gauriau, Bernard/ Miné, Michel, *Droit du Travail*, Dalloz, 2006.

Cohen, Manny, "Fake News and Manipulated Data, The New GDPR, and the Future of Information", *Business Information Review*, Vol. 34, No. 2, 2017.

Colliard, Claude Albert, *Libertés Publiques*, Dalloz, 1972.

Connaghan, Joanne, "Labour Law and Feminist Method", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 33, No. 1, 2017.

Connell, R. W., *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.

Craig, John D. R., "Entrop v. Imperial Oil Ltd. - Employment Drug and Alcohol Testing is Put to the Test", *Canadian Labour and Employment Law Journal*, Vol. 9, 2002.

Çankaya, Yiğitcan, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 55, 2017.

Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000.

Çekin, Mesut Serdar, "6689 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 2, 2016.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Çetin, Evra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Çetinkaya, Mehmet Burçin, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007.

Çırakoğlu, Melikşah, 5651 sayılı kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991.

Davidson, Dan, "Employee Testing: An Ethical Perspective", Journal of Business Ethics, Vol. 7, No. 3, March 1988.

De Santis, Federica/ Frigerio, Filippo "Right to Privacy and Government's Intelligence Activities: Where is the Balance?", Bocconi Legal Papers, Vol. 83, No. 5, 2015

Demirkol, Şehnaz/ Ertuğral, Suna Mungan, "İşletmelerde Personel Seçiminde Kullanılan Teknikler ve Analizler", Sosyal Bilimler Dergisi, S. 2, 2007.

Doğan-Yenisay, Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, S. 4, 2006.

Doğan, Pınar Bahar, "Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014.

Donay, Süheyl, "Özel Hayat Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Hukukçuları Kongresi", İÜHFM C. 39, S. 1-4, 1976.

Dorff, Elliot N./ Zoloth, Laurie, "Summary of the Science of Genetic Testing", Jews and Genes, ed. Elliot N. Dorff/ Laurie Zoloth, University of Nebraska Press, 2015.

Duc, Jean-Louis/ Subilia, Olivier, Commentaire du Contrat Individuel de Travail, IRAL, Lausanne, 1998.

Durak, Yasemin, "Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2017.

Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan, Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Dursun, Gizem "AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 167-168, 2018.

Dülger, Murat Volkan, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", İstanbul İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5, S. 1, Bahar 2018.

Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Dülger)

Elçin, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Hukuk Yayınları Dizisi - 886, Ankara, 2012.

Engin, Murat, "İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 5, S. 2, 2015.

Erdemir, M. Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Erdemli, Mahmut/ Onur, Tolga, "Türkiyede Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2014.

Erdoğan, Canan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Erdoğan)

Erdoğan, Çağla, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, ed. Gülriz Uygur/ Nadire Özdemir, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Erkanlı, Betül, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Ertürk, Şükran, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002.

Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Fanti, Sébastien, "Protection des données informatiques", La protection des données dans les relations de travail, ed. Jean-Philippe Dunand/ Pascal Mahon, Schulthess Editions romandes, 2017.

Favennec-Héry, Françoise/ Verkindt, Pierre-Yves, Droit du travail, Lextenso éditions, Paris, 2014.

Feinberg, Joel, "Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideas in the Constitution?", Notre Dame Law Review, Iss. 3, February 1983.

Fineman, Jonathan, "The Inevitable Demise of the Implied Employment Contract", Berkeley Journal of Employment & Labor Law, Vol. 29, No. 2, 2007.

Forde, Aidan, "The Conceptual Relationship between Privacy and Data Protection", Cambridge Law Review, No. 135, Iss. 1, 2016.

Foucault, Michel, Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

Fried, Charles, "Privacy", Yale Law Journal, Vol. 77, No. 3, 1968.

Gaudu, François/ Vatinet, Raymond, Les contrats du travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001.

Gazetecilik: Haberin Nitelikleri, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2013.

Gemalmaz, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2010.

Gerek, Şehnaz/ Aydın, Ali Rıza, “Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55, Kasım 2004.

Gerety, Tom, “Redefining Privacy”, Harvard Civil Liberties Law Review, Vol. 12, No. 2, 1977.

Gerstner, Maruerite E., "Liability Issues with Artificial Intelligence Software", Santa Clara Law Review, Vol. 33, No. 1, 1993.

Gezder, Ümit, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Doktrini”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, 2007.

Gintis, Herbert/ an Schaik, Carel/ Boehm, Christopher, “Zoon Politikon: The Evolutionary Origins of Human Political Systems”, Current Anthropology, Vol. 56, No. 3, June 2015.

Goddard, Michelle, “The EU General Data Protection Regulation (GDPR): European Regulation That Has a Global Impact”, International Journal of Market Research, Vol. 59, Iss. 6, 2017.

Gordon, Andrew J., “End Around: HIV Discrimination of the Post-Amendments Act Workplace”, Berkeley Journal of Employment and Labour Law, Vol. 36, 2015.

Gözübüyük, Şeref A., Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Grentzenberg, Verena/ Kirchner, Jens, “Data Protection and Monitoring”, Key Aspects of German Employment and Labour Law, ed. Kirchner, Jens/ Kremp, Pascal R./ Magotsch, Michael, Springer, Berlin, 2018.

Gümüş, Tarık A., Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Güngör, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Warp Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni, C. 51, S. 1, 2002.

Gürkan, Ülker, “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995.

Gürsel, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul, 2011.

Gürsel, İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016. (Gürsel)

Güzel, Ali, “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve Özgürlük”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016.

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2009. (Hafizoğulları/ Özen)

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, U-S-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018.

Harris, David J./ O’Boyle, Michael/ Bates, Ed P./ Buckley, Carla M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü-Kılcı/ Ulaş Karan, Avrupa Konseyi Yayını, 2013.

Hassberg, Linda, “Toward Gender Equality: Testing the Applicability of a Broader Discrimination Standard in the Workplace”, Buffalo Law Review, Vol. 40, No. 2, 1992.

Hayek, A. Friedrich, Droit, Legislation et Liberté, Volume 2, Le Mirage de la Justice Sociale, Presses Universitaires de France, Paris, 1982.

Heckmann, Dirk, “İnternette Kişiliğin Korunması: Şerefin ve Profilin Korunması İçin Karşı Çıkışlar Olarak Bilişim Teknolojileri Kullanımının Anonimliği ve Kesintisiz Veri Bağlantısı”, çev., Kerem Öz, İnternet Hukuku: Prof. Dr. Jan C. Joerden’a Armağan, ed. Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Hendrickx, Frank, “Employment Privacy”, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, ed. R. Blanpain, Kluwer Law International, The Netherlands, 2014. (Hendrickx)

Hendrickx, Frank, “Legal Regulation of Disclosure of Information About Employees or Prospective Employees to Employers or Prospective Employers in Belgium”, Comparative Labour Law and Policy Journal, Vol. 21, 2000. (Hendrickx, Disclosure of Information)

Hooks, Bell, Feminizm Herkes İçindir: Tutkulu Politika, bgst Yayınları, İstanbul, 2016.

Horton, David, "Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts", University of Colorado Law Review, Vol. 80, No. 2, 2009.

Hughes, R.L. David, “Two Concepts of Privacy”, Computer Law and Security Review, S. 31, 2015.

Hunt, Chris D.L., “Conceptualizing Privacy and Elucidating Its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort”, Queens Law Journal, Vol. 37, 2012.

Inness, Julie, Privacy, Intimacy, and Isolation, New York: Oxford University Press, 1992.

İba, Şeref, Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

İmre, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İÜHFİM, Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı, C. XXXIX, S. 1-4, 1974.

İnalçık, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.

Ji, Eun Jeong, “The Relationship Between Youth Employment and Older Persons’ Employment in 20 OECD Countries”, International Labour Law Review, Vol. 156, No. 3-4, 2017.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2017. (Kaboğlu, Genel Esaslar)

Kaboğlu, İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak?, İmge Kitabevi, İstanbul, 2010. (Kaboğlu)

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayıncılık, İstanbul, Nisan 1998.

Kaneti, S., “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 53, 2011.

Kaplan, Emine Tuncay, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Aralık 2011.

Kent, Bülent, Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, “Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study”, Harvard Law Review, Vol. 77, 1964.

Keyman, Selahattin/ Toroslu, Haluk, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Kılıçoğlu-Yılmaz, Kumru, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku)

Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Kılıçoğlu)

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırıları)

Kılıçoğlu, Mustafa/ Şenocak, Kemal, “İşyerinde Sigara İçme Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, Mart 2009.

Kılınç, Ümit, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, TBB Dergisi, S. 89, 2010.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Korkmaz, Ali, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 16 (Özel Sayı I), 2014.

Kovach, Kenneth A./ Jordan, Jennifer/ Tansey, Karen/ Framiñan, Eve, “The Balance Between Employee Privacy And Employer Interests”, *Business and Society Review*, Vol. 105, No. 2, 2000.

Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Lachmayer, Konrad, “Rethinking Privacy Beyond Borders, Developing Transnational Rights on Data Privacy”, *Tilburg Law Review*, Vol. 20, Iss. 1, 2015.

Lawrence, Miranda, “Approaches to Gender Equality in the Workplace: *Dumont-Ferlatte v. Canada* (Employment and Immigration Commission)”, *Ottawa Law Review*, Vol. 29, No. 2, 1998.

Lemmens, Koen, “The Protection Of Privacy Between a Rights-Based and a Freedom-Based Approach: What the Swiss Example Can Teach Us”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 10, No. 4, December 2003.

Leray, Gwénaëlle, *Discriminations en entreprise, Employeur et salariés: Comment lutter contre les situations discriminatoires*, Gereso Edition, 2016.

Levi, Jennifer L. "Misapplying Equality Theories: Dress Codes at Work", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 19, No. 2, 2008.

Levi, Jennifer L., "Some Modest Proposals for Challenging Established Dress Code Jurisprudence", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 14, No. 1, January 2007.

Locke, John, “Of Identity and Diversity”, *An Essay Concerning Human Understanding*, 2. Kitap, London, Rivington, 1824.

Løkke, Eirik, *Mahremiyet: Dijital Toplumda Özel Hayat*, çev. Dilek Başak, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mayıs 2018.

Los, Maria, “Looking into the Future: Surveillance, Globalisation and the Totalitarian Future”, *Theorizing Surveillance: The Panopticon and Beyond*, ed. David Lyon, Portland, 2006.

Lyon-Caen, Gérard, *Les libertés publiques et l’emploi, Rapport au ministre du Travail et de l’Emploi et de la Formation professionnelle*, La documentation française, 1992.

MacDonald, Chris/ William-Jones, Bryn, “Ethics and Genetics: Susceptibility Testing in the Workplace”, *Journal of Business Ethics*, Vol. 35, 2002.

Manav-Özdemir, Eda A., “Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinin Türk İş Hukukunda Uygulanması”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Vol. 13, Iss. 52, 2016.

Manav, Eda, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, S. 2*, 2015.

Mantouvalou, Virginia, “Are Labour Rights Human Rights”, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, No. 2, 2012.

Mazeaud, Antoine, *Lextenso éditions*, Paris, 2008.

Mell, Christina Louise, "Employee Drug Testing: Guilty until Proven Innocent?", *Missouri Law Review*, Vol. 52, 1987.

Mello, Jeffrey A., "Employment and Public Policy Issues Surrounding Medical Marijuana in the Workplace", *Journal of Business Ethics*, Vol. 117, No. 3, October 2013.

Metin, Sevtap, *Biyotıp Etiği ve Hukuk*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Meulders-Klein, M. T., *La vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, R.I.D.C., 1992.

Mill, John Stuart, *On Liberty*, ed. Currin V. Shields, New York Macmillan, 1956 (1859).

Miné, Michel/ Marchand, Daniel, *Le Grande Livre du Droit du Travail en Pratique*, Eyrolles, Septembre 2016.

Mirmina, Steven A., "A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on Its Origins in Roman, German, and French Law as Well as Its Application in American Law", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 8, No. 1, 1992.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018.

Moore, Adam D., "Defining Privacy", *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39, No. 3, Fall 2008. (Moore, Defining Privacy)

Moore, Adam D., "Employee Monitoring and Computer Technology: Evaluative Surveillance v. Privacy", *Business Ethics Quarterly*, Vol. 10, No. 3, July 2000. (Moore, Evaluative Surveillance)

Mostert, Menno/ Bredenoord, Annelien L./ van der Sloot, Bart/ van Delden, Johannes J. M., "From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research", *European Journal of Health Law*, Vol. 25, Iss. 1, 2017.

Mulunch, Yitages Alamaw, "The Relevance of the Universal Declaration of Human Rights Today: Appraisal Based on Its Significance and Some Contemporary World Realities," *Jimma University Journal of Law*, Vol. 3, No. 1, October 2010.

Mundie, Craig, "Privacy Pragmatism: Focus on Data Use, Not Data Collection", *Foreign Affairs*, Vol. 93, No. 2, March-April 2014.

Nelson, Lisa, "Privacy and Technology: Reconsidering a Crucial Public Policy Debate in the Post-September 11 Era", *Public Administration Review*, Vol. 64, No. 3, 2004.

Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.

Observatoire du capital humain de Deloitte et Cadremploi, "Qualité de vie au travail Et le bonheur?", *Deloitte Conseil*, Neuilly-sur-Seine, 2015.

Odaman, Serkan, "İşçinin İşe Başvurusu Sırasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", *Tekstil İşveren Dergisi*, S. 274, Ekim 2002.

Oğuzman, Kemal M./ Öz, Turgut M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Okur, Zeki, “İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 3, 2009.

Okur, Zeki, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, Legal Kitabevi, İstanbul, 2013. (Okur)

Olivia/ Cleis, Maria Nicole, “How the Right to Privacy Became a Human Right”, Human Rights Law Review, No. 14, Temmuz 2014.

Orwell, George, 1984, “A Note on the Text”, Peter Davison, Penguin Books, 1990.

Orwell, George, 1984, çev. Celal Üster, Can Yayınları, İstanbul, 2014.

Öner, Nurcan, “Türkiye’de Kadın İşgücünün Görünümü”, ÇGSB Çalışma Dünyası Dergisi, C. 1, S. 1, 2013.

Önok, Murat, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında ‘Unutulma Hakkı’ ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2017.

Özbudun, Ergun, “Anayasa Hukuku Açısından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. 1, Ankara 1977.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Özbudun, Türk Anayasa)

Özdemir, Hayrünnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Özdemir, Hayrünnisa, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Adı Üzerindeki Hak ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008.

Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1978.

Özen, Serap/ Özbek, Çağlar, “Çalışma Yaşamında Yaşlılık: Yaşlı Çalışanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum, S. 2, 2017.

Özkan-Duvan, Ayşe, “The Judicial Application of Human Rights Law in Turkey”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 1, 2015.

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul, 1982, s. 127; Ataay, Aytekin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarı, İstanbul, 1978.

Palace, Victor M. "What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law", Florida Law Review, Vol. 71, No. 1, January 2019.

Pansu, Luc, “Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity”, International Journal of Management and Applied Research, Vol. 5, No. 3, 2018.

Parent, William A., "Privacy, Morality and the Law", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, No. 4, 1983.

Parker, Richard B., "A Definition of Privacy", *Rutgers Law Review*, Vol. 27, Iss. 2, 1974.

Peari, Sagi, "The Choice Based Perspective of Choice-of-Law", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 23, Iss. 477, 2013.

Penner, Paul S./ Hull, Richard, "The Beginning of Individual Human Personhood", *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 33, 2008

Piazza, Pierre, "Biometrics: The New Open Sesame?", *Privacy Towards 2020: Expert Views, IP (Innovation and Prospective) Reports No. 1, CNIL DEIP*.

Polater, Yusuf Ziya, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, 2009.

Posner, R.A., "Privacy, Surveillance, and Law", *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, 2008.

Pusatlı, Ayşen, "Fransız Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapılması Hâlinde İşverenin Yönetim Hakkının Sınırı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2016.

Rehbinder, *Droit suisse du travail*, Editions Staempfli & Cie Sa, Berne, 1979. (Rehbinder, *Droit suisse*)

Rehbinder, Manfred, "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgil Hukuki Sorunlar", çev. Ömer Teoman, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXI, S. 1-4, 1981. (Rehbinder)

Renard, Georges, "The Philosophy of Institution", *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos, 20th Century Legal Philosophy Series*, Vol. VIII, ed. Albert Broderick, Harvard University Press, Massachusetts, 1970.

Rice, Stanley B., "The Right of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 68, No. 3, March 1920.

Richardson, Janice, *Law and the Philosophy of Privacy*, Routledge, Londra, 2016.

Risen, James/ Lichtblau, Eric, "Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts", *New York Times*, 16 Aralık 2005, www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html, S.E.T. 31.01.2019.

Risse, Mathias, "Human Rights and Artificial Intelligence: An Urgently Needed Agenda", *Carr Center for Human Rights Policy Harvard Kennedy School*, 2018.

Rivero, Jean/ Savatier, Jean, *Droit du travail*, Presses universitaire de france, Paris, 1991.

Roagna, Ivana, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması", *Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*, çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Strazburg, 2012.

Robinson, N./ Valeri, L./ Cave, J./ Starkey, T./ Graux, H./ Creese, S./ Hopkins, P., "Security, Privacy and Trust Challenges Stemming from the Technological Underpinnings of Cloud Computing", In *The Cloud: Understanding the Security, Privacy and Trust Challenges*, RAND Corporation, 2011.

Rothstein, Mark A./ Hoffman, Sharona, "Genetic Testing, Genetic Medicine, and Managed Care", *Wake Forest Law Review*, Vol. 34, 1999.

Rubinfeld, Jed, "The Right of Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 102, No. 4, February 1989.

Salomone, A./ Tsanaclis, L./ Agius, R./ Kintz, P./ Baumgartner, M.R., "European Guidelines for Workplace Drug and Alcohol Testing in Hair", *Drug Testing and Analysis*, Vol. 8, 2016.

Saracel, Nüket, "Hizmet Akdinide Şekil Sorunu", Prof. Dr. İlhan Cemalcılar'ın Hatırasına Armağan, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, No: 84, 1990.

Sayar, Tansu/ Kılıç-Öztürk, Yasemin, "Türkiye'de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania v. Casey* Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2018.

Schwartz, Herman, "Economic and Social Rights", *Amsterdam University Journal of International Law and Politics*, Vol. 8, No. 551, 1992-1993.

Secunda, Paul M., "The Employee Right to Disconnect", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 9, No. 1, 2019.

Senyen-Kaplan, Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.

Serozan, Rona, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 11, S. 14, 1977.

Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2017. (Serozan)

Sever, Çiğdem, "Kadının Soyadı: Bir Boz-Yap Hikayesiyle Eşitlik Sağlandı mı?", *Güncel Hukuk*, Şubat 2014.

Sevimli, Ahmet K., "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 10, Haziran 2008. (Sevimli, İşçi İşveren İlişkisi)

Sevimli, Ahmet K., "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 24, Aralık 2011.

Sevimli, Ahmet K., *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2006. (Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı)

Sezer, Kübra, "Case of Axel Springer AG v. Germany - Application no. 39954/08, 07.02.2012, AİHS md. 10", *Fasikül*, S. 54, Mayıs 2014.

Siff, Stephen, "The Illegalization of Marijuana: A Brief History", *Origins: Current Events in Historical Perspective*, Vol. 7, Iss 8, May 2014.

Simms, Michele, "Defining Privacy in Employee Health Screening Cases: Ethical Ramifications Concerning the Employee/Employer Relationship", *Journal of Business Ethics*, Vol. 13, No. 5, 1994.

Solove, Daniel J., "Conceptualizing Privacy", *California Law Review*, Vol. 90, No. 4, July 2002. (Solove, Conceptualizing Privacy)

Solove, Daniel J., *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, New York, 2004. (Solove, The Digital Person)

Solove, Daniel, "A Taxonomy of Privacy", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No. 3, January 2006. (Solove, Taxonomy)

Soykan, Cavidan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, 2007.

Sözer, Ali Nazım, "Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları", *Adalet*, C. 73, S. 6, 1982.

Speed, John Gilmer, "The Right of Privacy", *The North American Review*, Vol.163, No. 476, July 1896.

Stabile, Susan J., "The Use of Personality Tests as a Hiring Tool: Is the Benefit Worth the Cost", *University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law*, Vol. 4, 2002.

Stinneford, John F., "Incapacitation Through Maiming: Chemical Castration, the Eighth Amendment, and the Denial of Human Dignity", *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 3, No. 3, Spring 2006.

Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 50-56

Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Süzek, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 12, 2008.

Süzek, Sarper, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Ankara 2010.

Süzek, Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998. (Süzek, Yönetim Hakkı)

Süzek, Sarper, "Tıp İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2016.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018. (Süzek)

Şen, Ersan, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı, İstanbul, 1996.

Tandoğan, Haluk, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 1963.

Taşkın, Ahmet, “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S. 30, 2011. (Taşkın)

Taşkın, Cankat Ş., “2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 24, S. 97, 2011.

Taub, Nadine, “At the Intersection of Reproductive Freedom and Gender Equality: Problems in Addressing Reproductive Hazards in the Workplace”, UCLA Women’s Law Journal, Vol. 6, No. 2, 1996.

Tekin-Apaydın, Deniz, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018.

Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Tezcan, Durmuş, “Özel Hayat Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2017.

Tezcan, Durmuş, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu’nun Rolü”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 36, Kasım 2012.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Thomson, Mel, “Employee Recourses to Manager-Revealed Private Health Information”, St. Mary’s Law Journal, Vol. 47, 2015.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Tuncay, Can/ Savaş-Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.

Tutunaru, Mircea, “Some Considerations on National and International Legal Guarantees of the Inviolability of Domicile”, Journal of Law and Administrative Sciences, Iss. 6, 2016, s. 21.

Ugan-Çatalkaya, Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin İşverence ‘Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, 2016.

Uncular, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Urhanoglu-Cengiz, İftar, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4, 2009.

Ünal, Canan, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, ed. Tankut Centel, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. (Ünal)

Ünal, Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Voss, W. Gregory, “Preparing for the Proposed EU General Data Protection Regulation: With or without Amendments”, American Bar Association, Business Law Today, November 2012.

Wacks, Raymond, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2014.

Wagner, Julian/ Benecke, Alexander, “National Legislation within the Framework of the GDPR”, European Data Protection Law Review, Vol. 2, No. 3, 2016.

Warren, Samuel D./ Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, December 1890.

Westin, Alan, Privacy and Freedom, New York: Atheneum, 1968.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 937; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Yay, Serdar, “Tarihsel Süreçte Türkiye’de Sosyal Devlet”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 3, S. 9, 2014.

Yenidünya, Caner/ Yaşar, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Bir Yaptırım Mıdır?”, TAAD, S. 14, 2013.

Yıldız, Gaye Burcu, “İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Toprak İşveren Dergisi, S. 86, 2010.

Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Legal Yayınevi, Ankara, 2008. (Yıldız)

Yılmaz, Zahit, “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Kapsamında Konutta Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 17, 2011.

Yuvalı, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Yücedağ, Nafiye, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXV, S. 2, 2017.

Yürekli, Sabahattin, “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014.

Zalesne, Deborah. "Lessons from Equal Opportunity Harasser Doctrine: Challenging Sex-Specific Appearance and Dress Code", Duke Journal of Gender Law & Policy, Vol. 14, No. 1, January 2007.

Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk/Giriş ve Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.

Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

Zorlutuna, Dilara, Sendikalar Hukukunda Demokrasi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KARAR, RAPOR VE DİĞER KAYNAKLAR

AIDS, İnsan Hakları ve Yasalar, Türkiye’de AIDS Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Öneriler, Pozitif Yaşam Derneği Yayınları, İstanbul, 2008; <https://www.kirmizikurdele.org/prep>, S.E.T. 16.05.2019.

American Addiction Centers bilgilendirme kitapçıkları, ed. Dan Wagener, <https://americanaddictioncenters.org/cocaine-treatment/how-long-in-system#>, S.E.T. 26.05.2019. <https://americanaddictioncenters.org/marijuana-rehab/how-long-system-body>, S.E.T. 26.05.2019.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle İlgili CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf424, S.E.T. 30.06.2019.

BM Genel Kurulunun 20 Aralık 1993 tarihli ve 47/135 sayılı Kararı, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/716b2--Ulusal-veya-Etnik,-Dinsel-veya-Dilsel-Azinliklara-Mensup-Olan-Kisilerin-Haklarina-Dair-Bildiri.pdf>, S.E.T. 09.05.2019.

Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele (*Combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*), Avrupa Konseyi Standartları, Avrupa Konseyi Yayınları, Nisan 2014.

Cinsiyet Geçiş Kılavuzu, SPoD Yayını, ed. Hayat Çelik, Punto Baskı, İstanbul, Mayıs 2017.

Commission on Human Rights, 2nd Session, Summary Record of the 28th Meeting, 4 Aralık 1947, E/CN.4/SR/28; Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 1 Temmuz 1947, E/CN.4/21.

Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

Council of Europe Resolution Containing Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, No. 428, 1970.

Council of Europe, Collected Edition of the *Travaux Préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Vol. I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975.

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000.

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000.

Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002.

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004.

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Documented Outline, 11 June 1947, E/CN.4/AC.1/3/Add.1.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex A.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex D.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex F.

HIV/AIDS and the World of Work: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 2001.

ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, International Labour Conference, Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998; <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>, S.E.T. 19.03.2019.

İşyerinde İşçinin Kendisine HIV Testi Yapmasına Dair Politika Özeti https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_651792.pdf, S.E.T. 16.05.2019.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: 31853594-101-580-249.

Management of Alcohol and Drug-Related Issues in the Workplace: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1996.

Pozitif Yaşamak: HIV ile Yaşayanlar İçin El Kitabı, ed. Çiğdem Şimşek, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul, 2015.

Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3, 1968.

Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

Recommendation 1271 (1995) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children, Adopted by the Assembly on 28 April 1995 (16th Sitting).

Recommendation 1362 (1998) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children, Adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly on 18 March 1998.

Recommendation No 200 concerning HIV and AIDS and the World of Work), Geneva, 99th ILC session, 17 June 2010.

Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978 at 292nd Meeting of the Ministers' Deputies.

Resolution 1165 (1998) on Right to Privacy, Adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998 in 24th Sitting.

Sönmezer, Meliha Çağla, “HIV Enfeksiyonun Klinik Özellikleri ve Tedavisi”, http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/HATAM_HIV_AIDS_klinik_ozel_041217.pdf, S.E.T. 26.05.2019.

Tümer, Aygen, “HIV/AIDS Epidemiyolojisi ve Korunma”, s. 1, http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/Epid_web_AT_2017.pdf, S.E.T. 26.05.2019.

Türkiye’de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu, 2018 Yılı Araştırması, ed. Murat Köylü, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL), Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2018.

Türkiye’nin onaylamış olduğu ILO Sözleşmeleri, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/genericdocument/wcms_645630.pdf, S.E.T. 16.03.2019.

UN General Assembly Resolution 543 (IV), “Preparation of Two Draft International Covenants on Human Rights”, 375th plenary meeting, 5 Şubat 1952.

UN General Assembly Resolution, 60/251, “Human Rights Council”, 72nd plenary meeting, 15 Mart 2006.

Wittes, Benjamin, “What Ben Franklin Really Said”, İnternet Makalesi, Brookings, July 2011, <https://www.lawfareblog.com/what-ben-franklin-really-said#UvvR12RDtZs>, S.E.T. 31.01.2019.

Workers' privacy: Part III: Testing in the workplace, Conditions of Work Digest, Vol. 12, No. 2, 1993.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: 31853594-101-580-249.

Kişisel Verilerin Korunması Projesi, <http://www.bilgiedinmehakki.org/kisisel-verilerin-korunmasi-projesi>, S.E.T. 31.08.2019.

American Addiction Centers bilgilendirme kitapçıkları, ed. Dan Wagener, <https://americanaddictioncenters.org/cocaine-treatment/how-long-in-system#>, <https://americanaddictioncenters.org/marijuana-rehab/how-long-system-body>, S.E.T. 31.05.2019.

BM Genel Kurulunun 20 Aralık 1993 tarihli ve 47/135 sayılı Kararı, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/716b2--Uluslararası-Etnik,-Dinsel-veya-Dilsel-Azinliklara-Mensup-Olan-Kisilerin-Haklarina-Dair-Bildiri.pdf>, S.E.T. 31.05.2019.

Commission on Human Rights, 2nd Session, Summary Record of the 28th Meeting, 4 Aralık 1947, E/CN.4/SR/28; Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 1 Temmuz 1947, E/CN.4/21.

Congrès de Juristes des pays nordiques sur le droit au respect de la vie privée, Bulletin de la commission internationale de juriste, No. 31, Eylül 1967.

Council of Europe Resolution Containing Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, No. 428.

Council of Europe, Collected Edition of the *Travaux Préparatoires* of the European Convention on Human Rights, Vol. I, The Hague, Martinus Nijhoff, 1975.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex A.

Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on 1st Session, 1 July 1947, E/CN.4/21, Annex D, Annex F.

Francis Crick Memorial Conference, "Consciousness in Human and Non-Human Animals", 07.11.2012, <http://fcmconference.org/#program>, S.E.T. 07.03.2019.

HIV/AIDS and the World of Work: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 2001.

ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, International Labour Conference, Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998, <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>, S.E.T. 31.05.2019.

ILO'nun Kuruluşu ve Tarihçesi, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>, S.E.T. 31.08.2019

Labour Conference, Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998; <https://www.ilo.org/declaration/>

Management of alcohol and drug-related issues in the workplace: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1996.

NSA ve PISM Haberi, <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/obama-administration-nsa-prism-revelations-live>, S.E.T. 31.07.2019

Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

Recommendation No 200 concerning HIV and AIDS and the World of Work), Geneva, 99th ILC session, 17 June 2010.

Resolution 1165 (1998) on Right to Privacy, Adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998 in 24th Sitting.

Türkiye'de Özel Sektör Çalışanı Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İntersekslerin Durumu, 2018 Yılı Araştırması, ed. Murat Köylü, Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği (Kaos GL), Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2018.

Türkiye'nin Onaylamış Olduğu ILO Sözleşmeleri, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/>, S.E.T. 31.05.2019.

UN General Assembly Resolution 543 (IV), "Preparation of Two Draft International Covenants on Human Rights", 375th plenary meeting, 5 Şubat 1952.

UN General Assembly Resolution, 60/251, "Human Rights Council", 72nd plenary meeting, 15 Mart 2006.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.bilgiedinmehakki.org/kisisel-verilerin-korunmasi-projesi/>, S.E.T. 12.04.2019.

<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/veriler31Aralik2017.pdf>, S.E.T. 26.05.2019.

<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/veriler31Aralik2017.pdf>, S.E.T. 25.05.2019.

<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/thyden-kirmizi-ruj-aciklamasi-23241546>, S.E.T. 30.07.2019.

<http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/CEDAW-Komitesinin-Nihai-Yorumlari.pdf>, S.E.T. 08.05.2019.

<https://ekmekvegul.net/gundem/turkiyede-kurtajin-tarihi>, S.E.T. 08.05.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0058>, S.E.T. 04.04.2019.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, S.E.T. 19.03.2019.

<https://globalassets.starbucks.com/assets/24d803a1d7764e1badbe5fa14c4efb55.pdf>, S.E.T. 30.07.2019.

<https://kaosgl.org/sayfa.php?id=28102>, S.E.T. 29.04.2019.

<https://t24.com.tr/haber/iscilere-kaytarmasin-diye-gps,127009>, S.E.T. 31.01.2019.

<https://www.airporthaber.com/thy-haberleri/thyde-tek-yasak-kirmizi-ruj-degil.html>, S.E.T. 30.07.2019.

<https://www.businessinsider.com/starbucks-changes-dress-code-hair-policy-2016-7>, S.E.T. 30.05.2019.

<https://www.cbsnews.com/news/heartbeat-bill-in-georgia-abortion-law-signing-brian-kemp-to-sign-georgia-fetal-heartbeat-bill-today-2019-05-07-live/>, S.E.T. 08.05.2019.

<https://www.cnbc.com/2017/09/12/workplace-crime-costs-us-businesses-50-billion-a-year.html>, S.E.T. 26.05.2019.

<https://www.genome.gov/human-genome-project/What>, S.E.T. 29.05.2019.

https://www.huffpost.com/entry/starbucks-tattoos-policy-work_n_5999746, S.E.T. 30.06.2019.

https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm, S.E.T. 16.03.2019.

<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>, S.E.T. 16.03.2019.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/erv_1999_1_165/erv_1999_1_165.html, S.E.T. 31.01.2019.

<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/07/obama-administration-nsa-prism-revelations-live>, S.E.T. 31.01.2019.