

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

NEDİM MERCAN

**İŞ HUKUKU VE AİLE HUKUKU ÖRNEĞİNDE ŞIKI GÜVEN
İLİŞKİLERİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI**

Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Cavit DEMİRAL**

Kırıkkale-2011

ÖZET

Özel hayatın gizliliği günümüzde gittikçe önem kazanan bir alandır. Özel hayata yönelik ihlallerin çok çeşitli olması beraberinde yeni sorunlar getirmektedir. Sıkı güvene dayalı ilişkilerde bu alana yönelik ihlaller müdahaleye daha açıktır. Kişiler birbirlerine ait özel hayat kapsamına girebilecek hususları daha rahat öğrenebilir ve öğrenilen bilgilerin kapsamı da o oranda genişleyebilir.

Karşılıklı güven ilişkisi beraberinde hukuka aykılığa rıza unsurunun varlığının tesiptini güçleştirebilir. İşçi işveren, aile içerisinde eşler, müvekkil avukat, hasta hekim arasındaki ilişkiler sıkı güven rejimine dayalı ilişkilere örnektir. Bu ilişkilerde rıza unsuru ihlale daha açıktır.

Tezimiz, özel hayatın gizliliği hakkına yönelik ihlalleri, sıkı güven ilişkisine dayalı ilişkilerde ele alacaktır. Böyle bir ilişkinin olmadığı durumlara oranla sıkı güven esasına dayalı ilişkilerde bu ihlaller daha rahat olabilmektedir. Özellikle iş ve aile hayatında bu ihlallere daha sık rastlanılır. Çalışmamız özel hayatın gizliliği hakkını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında alarak ülkemizin bu hakka yönelik karşılaştığı sorunları gösterecektir.

Ülkemizde, işçinin özel hayatına yönelik tehditlerle karşılaşmaktayız. Özellikle işçi hakkında elektronik izleme, işçinin özel hayatına yönelik ciddi bir tehlikedir. Bunun hangi şartlarda işverence yapılabileceği ve uygulamada karşılaşılan sorunlar çalışmamızda gösterilecektir. Ayrıca işveren tarafından aday işçinin özel hayatını ilgilendiren bilgiler toplanmakta ve aday işçiye sorular sorulmaktadır. Çalışmamız, bu soruların işçinin özel hayatını ihlal etmeyecek şekilde neler olabileceğini ve işçi tarafından verilebilecek cevapların sınırını açıklamaya çalışacaktır.

Aile hayatına bakan yönüyle ise, evli eşler, birbirlerinin özel hayatını ilgilendiren konularda hukuka aykırı delil elde etmektedir. Boşanma davasında bu deliller için özel hayat ihlali ve hukuka aykırı delil değerlendirilmesi yapılmaktadır. Çalışmamızda aile içinde eşler arasında özel hayat kavramı olamayacağı Yargıtay uygulamalarıyla açıklanacaktır.

ABSTRACT

The right of privacy is getting more important these days. Due to various infractions directed to private life, these infractions bring along new problems. Relationships which base on confidence, infractions are open to intervention directed this subject. People can be learned matters which are included in the scope of privacy life and the scope of the information can be expanded this thing.

Confidence interrelationship can make difficult determination of consent component in contradiction to law. Employee, employer, couples in family, client, lawyer, patient, doctor are the examples of relationships depend on confidence regime. Consent component is open to infraction in these relationships.

Our thesis deals with infringements aimed at the right to privacy based on strict security relations. These infringements could be smoother in strict security relations more than there are no relations in these situations. Especially, these infringements frequently encountered in work and family life. As our study is taking decision about the right to privacy in the lights of European Court Human Rights, it will show problems which our country encounters intended this right.

We are encountering with threats against privacy of worker in our country. Especially, electronical monitoring about worker is a serious threat against the right to privacy of employer. It will be showed that this can be made in which terms and problems which are encountered in application in our study. And also, information about worker's privacy life is collected by employer and questions are asked to candidate worker. Our study will try to explain that limit of answers which are given by workers and these questions what could be without infringement of worker's privacy life.

Married couples get contradictory evidences for law in the viewpoint of family life about related to each other's lives. In the petition for divorce, evaluations of infringement of privacy life and evidence contradictory to law are made. In our study, there will be not privacy life concept among couples will be explained with Court of Appeal's applications.

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans / Doktora tezi olarak hazırladığım “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.”

Tarih :

Adı- Soyadı : NEDİM MERCAN

İmza :

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜEHF	Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
AÜİİBF	Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
AÜSBFD	Anadolu Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Ank.B.D.	Ankara Barosu Dergisi
Çev.	Çeviren
BEHK	Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
bkz.	Bakınız
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dv.	Devamı
E	Esas
e. t.	Erişim Tarihi
H.D.	Hukuk Dairesi

HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
BK	Borçlar Kanunu
K.	Karar
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
vb.	Ve Benzeri
vd.	Ve Devamı
Yarg.	Yargıtay

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA	III
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE BİR HAK OLARAK GÖRÜNÜMÜ

I. KİŞİLİK HAKKI VE KİŞİLİK HAKKININ KONUSU	4
1. Genel Olarak Kişilik Hakkı	4
2. Kişilik Hakkının Konusu	6
A. Maddi Değerler	6
a. Hayat	6
b. Beden Bütünlüğü	7
c. Sağlık	8
B. Manevi Değerler	9
a. Özgürlük	9
b. Şeref ve Haysiyet	9
c. İsim	11
d. Resim	11
e. Özel Hayat	12
II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN BİR HAK OLARAK GÖRÜNÜMÜ	13
1. Özel Hayatın Gizliliği Kavramı	13
A. Genel Olarak	13
B. Ortak Hayat Alanı	14
C. Özel Hayat Alanı	15
D. Gizli Hayat Alanı	15
2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İçeriği	17
A. Kişinin Özel Hayatını Yansıtan Bilgi ve Belgeler	17
B. Kişinin Mesleki Çalışmaları	18
C. Kişinin Sağlığına İlişkin Bilgi ve Belgeler	19
3. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Diğer Kişilik Hakları ile İlişkisi	20
4. Devletin Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Karşısında Yükümlülüğü	21

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLAR ARASI HUKUKTA VE ÖZELLİKLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

I. GENEL OLARAK.....	22
II. AVRUPA İNSAN HAKLAR SÖZLEŞMESİ	23
1. AİHS M. 8/I Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	23
A. Özel Hayatın Kapsamı	23
a. Kişisel Kimliğe Sahip Olma.....	25
b. Özgür Bir Cinsel Hayata Sahip Olma	26
aa. Avrupa’da Transseksüeller ve Homoseksüellerin Durumu	26
bb. AİHM Kararlarında Cinsel Hayata İlişkin Ülkemizdeki Durum	27
c. Özel Hayata İlişkin Bilgilerin İfşasına Karşı Korunma	29
aa. Friedl-Avusturya Davası’nda Polisin Bilgi Toplaması.....	29
bb. Soruşturma ve Kovuşturma Sırasında Bilgilerin İfşası	32
cc. Bilgilerin İfşasına Karşı korunma Yolları.....	32
B. Aile Hayatına Saygı Bakımından.....	34
a. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kavramı	34
b. Aile Hayatının Kapsamı	34
c. AİHM Kararına Göre Aile Hayatına Müdahale Edilmesi.....	36
aa. AİHM İçtihatlarında Aile Hayatı	36
bb. Ülkemizde Aile Hayatı İle İlgili Sorunlar	38
C. Konutun Korunması	48
D. Haberleşmenin Gizliliği	52
2. AİHS M. 8/II Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Sınırlanması.....	54
A. Yasallık İlkesi	54
B. Meşru Amaç	57
C. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması	58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

I. İŞ HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI	61
1. İŞ HUKUKUNDA GÜVEN İLİŞKİSİ	61
2. İŞÇİLERİN İZLENMESİ.....	65
A. Genel Olarak	65
B. İletişimin İzlenmesin Nedeni	66
C. Gereklilik	68
D. Gizli İzleme.....	69
E. Bilgilendirme.....	70
3.İŞÇİ HAKKINDA BİLGİ TOPLAMA	71
A. Genel Olarak	71
B. İşçiye Yöneltilen Soruların Sınırı	72
a. İşveren Açısından İşçi Hakkında Bilgi Toplama	72
b. İşçinin İşverenin Sorularına Cevap Vermesi Durumu	74
aa. Genel Olarak	74
bb. Mesleki Geçmişi ve Ücret Miktarı	75
cc. Sağlık Durumu	75
dd. Evlilik ve Hamilelik Durumu	77
ee. Dini ve Siyasi Görüşü	78
ff. Sabıka Kaydı.....	78
gg. Rekabet Yasağı.....	79
C. İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Toplama	80
D. İşyerinde Ayrımcılık Yasağı.....	82
E. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO'nun) İlkeleri ve Ülkemizdeki Durum.....	83
4. SONUÇ	86
II. AİLE HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ.....	89
1. AİLE KAVRAMI.....	89
2. AİLENİN ÖNEMİ.....	90
3. AİLE HUKUKUNUN İLKELERİ	91
A. Birlik İlkesi	91
B. Eşitlik İlkesi	92
C. Süreklilik İlkesi	92
D. Zayıfların Korunması İlkesi.....	92
E. İrade Serbestisinin Yokluğu İlkesi	92
F. Devletin Müdahalesi İlkesi	92
4. AİLE HUKUKUNDA GÜVEN İLİŞKİSİ.....	93

5. AİLE HAYATININ KAMUYA AÇILMASI	94
6. AİLE HAYATINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ	95
A. Evli Eşler Arasında Özel Hayatın Gizliliği.....	95
B. Evli Olmayan Eşler Arasında Özel Hayatın Gizliliği	98
C. TCK'da Özel Hayatın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Suçların Aile İçi Özel Hayat ile İlişkisi.....	98
a. Genel Olarak.....	98
b. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Suçu	99
c. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu	99
D. Boşanma Davasında Delil Sorunu	100
a. Genel Olarak Hukuka Aykırı Delil Kavramı	100
aa. Ceza Usul Hukuku Anlamında Hukuka Aykırı Delil Kavramı	100
bb. Medeni Usul Hukuku Anlamında Hukuka Aykırı Delil Kavramı.....	103
b. Yargıtay Uygulamasında Özel Hayatın Gizliliği ve Hukuka Aykırı Delil Değerlendirilmesi.....	106
SONUÇ.....	109
KAYNAKÇA	112

GİRİŞ

Herkesin bir hayatı olduğuna göre, insanın özel hayatı, insanın doğuştan ve insan olmasından doğal olarak sahip olduğu bir haktır diyebiliriz. Mahremiyet ilkesi bu hakkın özüdür. Çünkü herkesin az çok olmazsa olmaz başkalarının bilinmesini istemediği gizli halleri vardır. Bu mahremiyetini, sadece kendisince, yakınlarınınca veya aile içinde bilinmesini istediği durumlar olarak sıralayabiliriz.

Teknolojik gelişmeler, hayatımızı kolaylaştırmakla beraber kişilik haklarının ihlalini de arttırmıştır. Özellikle bilgisayar, internet, cep telefonu, ses ve görüntü kaydedebilen cihazlar gibi iletişim araçlarının ortaya çıkması, insanların iletişimini kolaylaştırmış ancak bu yolla kişilik haklarının ihlalleri de arttırmıştır.

Her geçen gün kişilik haklarına verilen önemin arttığını görmekteyiz. Başta insanların eğitim ve kültür seviyelerinin artması gibi sosyal hayatta meydana gelen makro anlamdaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler, insanların değer yargılarının değişmesine de sebep olmuştur. Bu değişiklik beraberinde hukuka duyulan güveni arttırdığı gibi hukuktan beklenen hukuki güvenlik ve koruma ihtiyacını da arttırmıştır.

Özgürlük ve demokrasiye verilen önemin artması, özgürlüklerin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacın en önemli güvencesi devlettir. Bu durum devletin bireylerin kişi hak ve özgürlüklerini korumadaki pozitif yükümlülüğünü arttırmıştır. Devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği veya yükümlülüğünde gecikme gösterdiği hallerde, bireylere, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere uluslararası kuruluşlara başvurma hakkı tanınmıştır. Burada hem bireylerde hem de devletteki olumlu anlamda zihniyet değişimini göz ardı etmemek gerekir. Bireyler artık hakkını arama yoluna giderken, devlet de, bu hakka yönelik tedbirleri almak ve müeyyideleri belirlemekle kalmamış bireylere uluslararası yollara başvurma hakkı da tanımıştır.

Özel hayat hakkı, basın yayın yoluyla, internet ve diğer kitle iletişim araçları yoluyla başkasına ait bazı özel durumlara müdahale edilmektedir. Bu müdahaleler bir kişinin sahibinin rızası olmaksızın telefondaki mesajlarını, bilgisayardaki e-maillerini okumak veya yaymak, başkasına ait mesleki sırları ifşa etmek gibi çok çeşitlidir.

Burada özel hayat hayata müdahale eden ile özel hayatına müdahale edilen arasındaki ilişkinin yakınlığı bizim tezimizin konusudur. Çünkü bir kimsenin hiç tanımadığı bir kişinin özel hayatına müdahale edebilme ihtimali, yakın ilişkide olduğu kimseye oranla daha zayıftır. Elbette ki, başkasının özel hayatına müdahaledeki kolaylığı, öğrenmiş olduğu bilgilerin çokluğu, başkalarına bu bilgileri hukuka aykırı olarak yaymadaki etkisi gözden kaçırılmamalıdır.

Sıkı güvene dayalı ilişkilerde örneğin işçi işveren, aile içinde eşler, tüzel kişilerde yönetim kurulunun üyeleri, avukat ile müvekkili veya hekim ile hasta arasındaki gibi ilişkilerde özel hayata müdahale diğer ilişkilere oranlara daha açıktır. Çünkü bu gibi durumlarda çoğu zaman bireyler kendi özel hayatına ait hususları başkalarına açıklamakta bir sakınca görmemektedir.

Kişilerin rıza beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilmektedir. Örneğin İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinde işçinin çalışma şartları, işçiye ait işe başvururken veya iş sözleşmesinin devamı süresinde işçiden istenecek bilgiler yer alabilir. İşçi bu şartlara açıkça rıza verebilir. Kişinin örtülü rıza beyanına bilinci yerinde olmayan hastayı hekimin tedavisi etmesi örnek verilebilir. Demek ki, rıza unsuru bazı hallerde niteliği itibariyle aranmayabilir.

Özel hayatın ihlali için hukuka aykırı bir müdahalenin varlığı şarttır. Hukuka uygunluk hallerinin neler olduğuna girmeden hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir rızanın sıkı güvene dayalı ilişkilerdeki yeri çalışmamız için önemlidir. Çünkü rıza beyanının hangi hallerde geçerli olduğu veya rıza beyanından sakınmanın çoğu zaman ilişkinin niteliği bakımından mümkün olmaması hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılmasında sorun teşkil edecektir. Bu sorunun çözümü için doktrin ve yargıtay uygulamalarına ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına bakılmalıdır.

Ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraftır. Artık bu Sözleşme ve Sözleşmenin teminat niteliğinde olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, bizim iç hukukumuz haline gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aleyhine en çok başvuru yapılan devletlerin başında ülkemiz gelmektedir. Maalesef en çok ihlal kararı da şu an itibariyle ülkemiz aleyhine verilmektedir. Bu durum bizim uluslar arası alandaki saygılığımızı sarsmaktadır. Avrupa Birliğine uyum süreci yaşadığımız şu

günlerde yaşam standartlarının asgari insan onuruna yaraşır seviyelere çıkması için, bir anlamda hukukçular olarak bizleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında iç hukumuzdaki durumumuzu belirlemeye sevk etmiştir.

Geleceğin Türkiyesinde ve dünyasında başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere kişilik haklarına gösterilen saygının artması bizim özlemimizdir. Bu anlamda tezimiz, özel hayatın gizliliğine yönelik bazı özel durumlara da dikkat çekecektir.

Tezimizin birinci bölümünde, özel hayatın gizliliği hakkının kişilik hakları içindeki yerini, özel hayatın gizliliğinin bir hak olarak görünümü olarak da bu hakkın kavram olarak ne anlama geldiğini, içeriğini, devletin bu hak karşısındaki konumu incelenecektir.

İkinci bölümde, özel hayatın gizliliği hakkını, çoğu uluslararası sözleşmede yer almasına rağmen iç hukumuzdaki öneminden dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve bu sözleşmenin teminatı niteliğinde olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde inceleyeceğiz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayatın gizliliği hakkı, aile hayatına, konuta ve haberleşmenin gizliliğine saygı haklarıyla beraber ele alındığı için bu haklara da çalışmamızda yer verilecektir.

Üçüncü bölümde ise, Türk İş Hukukunda işveren işçi arasında bağımlılık ilişkisinden dolayı sıkı bir güven ilişkisi oluşmuştur. İşçilerin özel hayatının ihlaline yönelik olarak işçilerin izlenmesi, işverence işçi hakkında işçiden veya üçüncü kişilerden alınabilecek bilgiler, işçiye yöneltilebilecek sorular ve bu bilgi ve soruların sınırları, işyerinde ayrımcılık yasağı konuları ele alınacaktır. Yine bu bölümde Aile Hukukuna yönelik olarak aile içi özel hayat kavramı üzerinde durulacaktır. Aile içinde eşler arasında sıkı bir güven ilişkisinin olması eşlerin bu güveni sarsmasını da o oranda kolaylaştırır. Bu da sarsılan aile hayatı ve toplumsal sorunlar demektir. Eşler birbirlerinin özel hayatına ilişkin hukuka aykırı elde ettikleri bilgileri boşanma davasında delil olarak sunmaktadır. Özel hukuktaki hukuka aykırı delil kavramı ile eşlerin evlilik süresince birbirlerine karşı sadakat yükümlüğü ilkelerinin çatışması, aile içinde de eşlerin özel hayatının olup olamayacağı konusunu gündeme getirmiştir. Bu sorunun Ceza Usul Hukukuna ve Medeni Usul Hukukuna bakan yönleri tezimizde Yargıtay uygulamalarıyla birlikte ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE BİR HAK OLARAK GÖRÜNÜMÜ

I. KİŞİLİK HAKKI VE KİŞİLİK HAKKININ KONUSU

1. Genel Olarak Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı kavramını uzun yıllar boyunca filozof, teolog, psikolog, antropolog, sosyolog ve nihayet hukukçular açıklamaya çalışmışlardır. Aklı, düşünme ve muhakeme kabiliyeti olan insanın toplumsal hayatı ve barışı sürdürebilme konusunda kural yaratabilme başarısı hukukun konusunu oluşturmaktadır¹.

Hukuki anlamıyla kişi, haklara ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan varlıklardır. Kişilerin doğal olan ve kendilerinden ayrılması mümkün olmayan iktidarı da budur. Bu iktidar onların hak ehliyetini oluşturur. Bu ehliyetin yanında kişilerin kendi fiilleriyle lehlerine haklar ve aleyhlerine borçlar yaratma iktidarı, yani fiil ehliyetleri de vardır².

Kişilerin ehliyetleri ile kişi olmaları dolayısıyla sahip buldukları maddi ve manevi menfaatler üzerindeki haklarının tümü hep birlikte kişiliği oluşturur³. Kişilik hakları, insana insan olması nedeniyle ve onun korunması için tanınan haklar topluluğudur⁴. Öğretide ağır basan görüşe göre, kişilik hakları, kişinin kişi olmak nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetinin yanında, kişinin hayatı, sağlığı, beden bütünlüğü, şeref haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerler üzerindeki haklarının tamamını kapsar. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlıdır⁵.

Kişilik hakkı, öncelikle Anayasa teminatı altındadır. Kişilik hakkı, Anayasada “Temel Haklar ve Ödevler” başlığı altında 12-16. maddeleri ile “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında yer alan 17-40. maddeleri arasında yer alır. Kişilik hakları,

¹ P. W. Dufy, *Personality in Roman Law*, Cambridge 1938, Wiese, L von, *Person*, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, 1961, s. 268, (GÜRKAN, Ülker; “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hâmid Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yayınları, Ankara, 1995, s. 41’den naklen alınmıştır).

² AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut; *Türk Medeni Hukuku*, Cilt I, Beta Yayınevi, Ankara, 1996, s. 339.

³ AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut; a.g.e., s.339.

⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki; “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, *AÜHF Dergisi*, Cilt 46, Sayı 1-4, Ankara, 1997, s. 1-40.

⁵ ÖZTAN, Bilge; *Medeni Hukukun Temel Kavramları-Hukuka Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku*, 27. Bası, Ankara, 2008, s. 274, (Medeni).

Medeni Kanun 23, 24 ve 25. maddelerinde genel olarak düzenlenirken, Medeni Kanun 26, 27. maddelerinde özel olarak korunmuştur. Kişilik hakları ile ilgili hükümler yine Medeni Kanunun çeşitli maddelerinde dolaylı şekilde yer alır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi de genel olarak şahsiyetin korunmasıyla ilgilidir. Bunların yanında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanunlarda kişilik hakkını koruyucu hükümler mevcuttur.

Kişilik hakları, diğer haklardan mameleki bir mahiyeti olmaması (Hayat, sağlık, vücut tamlığı vs.), mutlak hak olması ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olması özelliklerinden şu sonuçlar çıkar⁶;

- Kişilik hakları manevi varlıklara ilişkindir, para ile ölçülemezler. Bununla beraber zarar, çoğu zaman kişinin malvarlığında da ortaya çıkar. Örneğin kişinin beden bütünlüğüne yapılacak bir saldırıdan doğan zarar hem para ile ölçülebilir hem de manevi zarara sebebiyet verir.
- Kişilik hakkı insana insan olması sebebiyle tanınan haklardandır. Bu hakkın kazanılması için özel bir kazanma sebebine ihtiyaç yoktur.
- Kişilik hakkı miras yoluyla intikal etmez. Hak sahibinin ölümünden sonra ölenin haysiyet ve şerefi, hatırası, cesedinin tecavüzlere karşı korunması mahremiyet sahası, yakınlarının kişilik hakkı dolayısıyla korunur. Ancak bazı kişilik haklarına dahil değerlerin paraya çevrilmesinin mümkün olması karşısında bu değerlerin mirasçıya intikal edeceği görüşü kabul edilerek, mirasçılarının külli halef sıfatıyla bu değerlere vaki saldırılara karşı, tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁷.
- Kişilik hakları devredilmez, haczolunamaz, iflas masasına girmez. Kişilik haklarından vazgeçilemez. Kişilik hakkından doğan talepler bir sözleşmeyle veya başka bir şekilde kabul edilmiş veya bu hak dolayısıyla dava açılmış ise, burada bu hakka bağlı olan talep ve davalar üçüncü kişilere intikal eder; fakat hakkın özü intikal etmez.

⁶ Geniş bilgi için bkz. AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; Kişiler Hukuku, Konya, 2007, s. 42 vd; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul, 2005, s. 125 vd; ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 116 vd; ZEVLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 398 vd.

⁷ Yarg. HGK. 11.02.1983, E. 1981/4-70, K. 1983/123 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

- Kişilik hakları mutlak haklardandır. Yani herkese karşı ileri sürülebilir ve bu hak sahibine bu varlıklara başkalarının müdahale etmesini önleme yetkisi verir. Söz konusu haklar inhisari mahiyettedir ve hakimiyet hakkıdır.
- Bu haklar zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süre işlemez. Ancak kişilik haklarına saldırı nedeniyle kazanılan alacak hakkı zamanaşımına uğrar.

Kişilik haklarını insan hakları olarak göstermek mümkündür. Bu haklar insanlığın, insanlığın ilim ve tekniğinin ilerlemesi ile paralel olarak, sosyal bir görüntüye ve zamanla değişmeye ve oluşmaya konu olurlar. Bununla beraber, kişilik hakları insan haklarından farklı bir kavramdır. İnsan haklarının kabulü, daha çok devlet kuvvetine karşı belirli bir sınır ve garanti koymak amacı güder. Kişilik hakkı ve bunun korunmasına ilişkin kural ve hükümler ise, ayrıca kişinin kişilerin tecavüzlerine, hatta insan şahsiyetinin bizzat kendisine karşı korunmasını hedef tutarlar⁸.

2. Kişilik Hakkının Konusu

Biz çalışmamızda kişilik hakkını, doktrindeki genel ayrıma göre sınıflandırdık. Ancak doktrinde, kişilik hakkını⁹ maddi değerler, manevi değerler ve iktisadi değerlere göre ayıranlar olduğu gibi, kişilik hakkını maddi veya manevi değer yönünü göre sınıflandırmadan doğrudan belli başlı bazı kişilik hakları şeklinde ifade edenler de vardır.

A. Maddi Değerler

a. Hayat

Kişilik hakkı içindeki en önemli kişisel değer “hayat”tır. Zira hayat dışındaki bütün değerler onunla anlam kazanırlar. Her kişi yaşamını sürdürme konusunda hak sahibidir. Başkaları onun yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip olmadığı gibi, kişi kendisi de yaşamından vazgeçemez ve kendisinin öldürülmesine razı olamaz. Bu

⁸ İMRE, Zahit; “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması”, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları No: 351, Ankara, 1974, s. 801,802, (İsim).

⁹ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; a.g.e., s. 45 vd.; doktrinde Bilge Öztan, Meden, adli eserinde kişilik hakkını 1- Fiziki Kişilik (Hayat, sağlık, vucüt tamlığı, hareket özgürlüğü) 2- Deruni kişilik (His alemi) 3- Sosyal kişilik (özel hayat/şeref ve haysiyet, ismin korunması, ekonomik özgürlük) olarak üçe ayırmaktadır.

niteliği ile yaşam hakkı, kişilik hakkının yaşam üzerindeki bir yansımasıdır¹⁰. Hayat, insanların en temel hakkı olarak hem İnsan Hakları Evrensel beyannameşi gibi uluslararası düzenlemelerde, hem de Anayasada güvence altına alınmıştır¹¹.

b. Beden Bütünlüğü

Kişinin vücut bütünlüğü, mutlak ve saygı gösterilmesi gereken değerlerden biridir. Kendisinin rızası olmadan bu değerlere yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır ve kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Ayrıca hayata veya vücut bütünlüğüne yönelik saldırıya, saldırıya uğrayanın neden olması da kişilik hakkına saldırının varlığını ve bu nedenle doğan talepleri tamamen ortadan kaldırmaz¹². Kişinin rızasının hukuka aykırılık unsurunun kaldırılabilmesi için bu rızanın ahlaka ve adaba, kamu düzenine aykırı olmaması gerekir¹³.

Bedeni varlıkların dokunulmazlığına karşı yapılan tecavüzün tespiti güçlük yaratmaz. Buraya bir kimsenin bedeni varlığını oluşturan organlar, dokular, kemikler, kan vs. girer. Söz konusu bedeni varlıkların himayeden yararlanabilmesi için, bu varlıklara yapılan tecavüzün hukuka aykırı olması gerekir. Tıbbi zorunluluklar olmadıkça ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. Kural, özel hukuk alanında anayasa kuralı olarak geçerlidir¹⁴.

Kişinin hayat ve beden bütünlüğüne tecavüz edilemeyeceği emredici kuraldır. Bu kural hem ceza hukuku kuralları hem de özel hukuk kuralları ile koruma altına alınmıştır. Özel hukukta bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Borçlar Kanunu 52'de meşru müdafaa ve zorunluluk halinde kişinin rızası aranmaksızın onun beden varlıklarına tecavüzde bulunulabilir. Zorunluluk halinde, doktor hastanın rızasını alınmadan da

¹⁰ ÖZSUNAY, Ergun; Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul, 1979, s. 99.

¹¹ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; a.g.e., s. 45.

¹² OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; a.g.e., s. 127, Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD. 12.03.2001, 11490/2313: Müessir fiil nedeniyle yaralanma sonucu açılan manevi tazminat davasında davalının sabit eylemi davacının fiziki kişilik değerlerine saldırı oluşturur. Yaralanmanın hafif olmasından davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturmayacağı sonucu çıkarılamaz. Ayrıca eyleme davacının neden olması da tazminat istemini tamamen ortadan kaldırmayacağı gibi, davalı yönünden ağır kusur koşulu da aranmaz (YKD.2001/7, s. 996).

¹³ HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 52.

¹⁴ ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 119.

hastanın hayatını kurtarmak için ona cerrahi müdahalede bulunabilir. Burada hukuka uygunluk söz konusudur.

Kişilik ölümle sona erer. Kişi sağken beden tamlığı üzerinde geçerli olan kişilik hakkı da, ölümle sona erer. Bu durumda kişinin cesedi üzerinde bir kişilik hakkı olduğu da söylenemez¹⁵. Ancak bu hakkın ölenin yakınlarının kişilik haklarına girdiği belirtilmiştir¹⁶. Nitekim 4 HD. 10.03.1977, E.3455, K.2751, sayılı kararı “Bir cesetten gözün alınıp, insancıl amaçlarla da olsa bir kimseye takılması ölenin mirasçı ve yakınlarının kişilik haklarını ihlal ettiğinden, operasyonu yapanlar hakkında açılan manevi tazminat davasında tazminata hükmedilmesi gerekir” şeklindedir¹⁷.

c. Sağlık

Sağlık da kişilik hakkı içinde yer alır. Bu açıdan fiziksel sağlık ile ruhsal sağlık arasında fark yoktur. Zira, fiziksel sağlık ile ruhsal sağlık bir bütündür. Birinin bozulması mutlaka diğerini de olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle, her ikisine yönelik saldırılar da kendiliğinden kişilik hakkını ihlal etmiş sayılır¹⁸. Ancak sağlıkla beden bütünlüğü arasında fark vardır. Beden bütünlüğü, kişinin yaratılıştan sahip olduğu doğal ve organik tümlüktür. Oysa sağlık bu tümlüğün, organizmanın düzenli işleyişine ilişkin bir kavramdır¹⁹.

Vücut bütünlüğü ve sağlığa bağlanan koruma çok kuvvetlidir. Ancak çok sınırlı ve dar durumlarda bir tecavüz hakkı bulunabilir. Görüldüğü gibi, koruma öncelikle fiziki bütünlüğü hedefler, ikinci olarak psişik bütünlüğü hedefler. Bir başkasının akli sağlığı veya psişik dengesi tehlikeye maruz kaldığı anda tecavüz oluşur. Toplumun gelişmesiyle, tehlikeye daha açık olan bu yönün önemi giderek artmaktadır²⁰.

¹⁵ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 404.

¹⁶ ÖZSUNAY, Ergun; a.g.e., s. 211; Karşıt Görüş İçin Bkz. HELVACI, Serap; a.g.e., s. 58.

¹⁷ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., 53 nolu dipnot, s. 405.

¹⁸ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; a.g.e., s. 46.

¹⁹ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 406.

²⁰ HELVACI, Serap; a.g.e., s. 56.

B. Manevi Değerler

a. Özgürlük

Özgürlükler, kişiye insana insan olması nedeniyle tanınan ve ondan ayrılmayan değerlerdir. Bu nedenle çağdaş anayasalar, özgürlükler, “Temel hak ve özgürlükler” adıyla güvence altına alır. Bir kişinin hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde yaşamını özgür ve korkusuzca sürdürmesi, dilediği yerde oturması, yerini değiştirmesi, özgürce davranması, gezmesi, dilediği gibi düşünmesi, inanması, toplanması, düşünce ve görüşlerini açıklaması, özgürce ekonomik girişimlerde bulunabilmesi, aile sahibi olabilmesi gibi durumların hepsi de özgürlüğün birer yansımasıdır²¹. Bu özgürlüğün sınırı kamu düzeni ile ilgili düzenlemelerdir²².

Manevi kişisel değerlerin en önemlilerinden olan özgürlükler, Anayasada sayılmıştır. Anayasanın 12, 22, 24, 25 ve 36. maddelerinde haberleşme, din, vicdan, düşünce, hak arama hürriyeti düzenlenmiştir. Medeni Kanununun 23/2. maddesinde “Kimse hürriyetlerinden vazgeçemez veya hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” denilmiştir.

b. Şeref ve Haysiyet

Şeref ve haysiyet (onur ve saygınlık), kişiye taşıdığı bir kısım özellikler nedeniyle toplum tarafından verilen değeri ifade eder. Bu şeref ve haysiyet objektif (dış) görünümdür. Herkesin içinde yaşadığı toplum karşısında sahip bulunduğu bir yeri vardır. Kişiler, onun sahip olduğu bu konumu sarsıcı tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır. Aksi takdirde saldırıya maruz kalan kişinin kişilik hakkı ihlal edilmiş olur²³.

²¹ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 407, 408.

²² Yarg. 4. HD. 13.12.1999, 8861/110 sayılı kararında aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmaktadır:

“...Anayasanın 48 ve 49. maddelerinde düzenlenmiş olan ...kişinin temel haklarına yönelik saldırı, onun kişilik değerlerinin zarar görmesine neden olur, ... Davacıları temel haklarından olan çalışma özgürlüğü ve serbestçe iş bulma olanaklarını engelleyen, onların iş dünyasında ciddi ve ağır bir endişe yaratan, sosyal ve ekonomik geleceklerini olumsuz yönde etkileyen böyle bir eylem aynı zamanda kişilik haklarına da ağır bir zarar vermiş olur. Böylece davacıların kişilik değerleri suç sayılan bir eylem ile saldırıya uğramış olduğundan Borçlar Kanununun 49. maddesine öngörülen manevi tazminat unsurları oluşmuştur. Diğer tarafta çalışma özgürlüğünün kısıtlanması suçu cebir ve şiddet eylemlerini de içeren bileşik bir suç olup, vücut bütünlüğü de yönelen böyle bir eylem aynı zamanda Borçlar Kanununun 47. maddesi kapsamında da değerlendirilmesini” olanaklı kılar, YKD 2004/4, s. 532).

²³ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; a.g.e., s. 46, 47; Ayrıntılı bilgi için bkz. ATALAY, Özcan; “Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini”, Yargıtay Dergisi, Sayı 4, Ankara, 1979, s. 877-894.

Aslında şeref ve haysiyet, iç şeref ve dış şeref olarak ikiye ayrılır²⁴. İçsel onur ve saygınlık, kişinin kendisine olan saygısı ve dışsal onur ve saygınlık ise kişiye toplum tarafından verilen değer, duyulan saygı ve bu duygular karşısında kişide oluşan kaygıyla bu kaygı ve duygulara uygun davranma dürtüsünden oluşur²⁵. Medeni Kanun'un 24. maddesi, hem iç onur ve saygınlığı hem de dış onur ve saygınlığı korumaktadır²⁶.

Şeref ve haysiyete ilişkin değerler çeşitlilik gösterir. Bu değerler, her insanın içinde bulunduğu özel durumlara göre belirlenir. Bu değerler, kişinin sosyal davranışlarından, sosyal mevkiinden, iktisadi ve mesleki faaliyetinden, his aleminden, çevresindeki düşünce ve görüşleri değerlendirmesinden etkilenir²⁷. Şu halde şeref ve haysiyet, kişilerin sadece manevi değil aynı zamanda ekonomik, sosyal, mesleki şeref ve haysiyetini de içerir.

Tüzel kişiler de toplumsal yaşamda önemli bir yer tutan, toplumsal yaşamın bireyleridirler. Bu nedenle tüzel kişilerin de onur ve saygınlığı vardır, bu değerler de onun kişilik haklarının konusunu oluşturur, dolayısıyla hukuk düzenince korunur²⁸.

Kişilerin özel hayatına saldırı çoğu zaman onun onur ve saygınlığına da saldırı teşkil edebileceği gibi, saldırı teşkil etmediği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin kişinin cinsel yetersizliği ya da kültür düzeyinin düşüklüğü nedeniyle eşiyle arasının bozulduğunun ortaya atılması bu değerlerin her ikisine de saldırı oluşturacaktır. Benzer biçimde, işyerlerindeki gözetleme ve izleme uygulamalarının da kişinin onur ve saygınlığını etkilediği ileri sürülmektedir²⁹. Kişinin rızası olmaksızın konutunda görüntülenmesi onun özel hayatına saldırı teşkil eder. Aynı zamanda burada onur ve saygınlığı zedeleyici bir durum yoktur. Ancak bu hukuka aykırı görüntülenme ile beraber mesleğinde başarılı olan bir sanatçının veya tacirin mesleğinde başarısız

²⁴ KARAYALÇIN, Şeref; Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHF Dergisi, Cilt XIX, Sayı 1-4, 1962, s. 266.

²⁵ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 410.

²⁶ ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 128.

²⁷ ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 128.

²⁸ ÖZSUNAY, Ergun; a.g.e., s. 118.

²⁹ Craig, Privacy and Employment Law, s. 23, (SEVİMLİ, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006, s. 31'den naklen alınmıştır).

olduğunun açıklaması hem özel hayata hem de kişinin onur ve saygınlığına müdahale teşkil eder³⁰.

c. İsim

İsim (Ad), bir şahsı diğer şahıslardan ayırt etmeye, onu ferdileştirmeye yani onun varlığını, şahsiyetini belirtmeye yaradığı gibi, ayrıca bir insanın belirli bir aileye bağlılığını da gösterir. Bu itibarla, bunun gerek şahısların özel menfaatleri, gerek toplum düzeni bakımından büyük önemi vardır. Bu önem, hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanlarında kendini gösterir³¹. Sadece gerçek anlamda isim değil, kişiyi ve ailesini toplum içinde tanıtmaya yarayan, simgeler, ün, arma, rozet gibi değerler de kişilik hakkının korumasından yararlanır, çünkü bunlar da kişisel değerler içinde yer alır³². Ayrıca telgraf adreslerinin ve e-mail adreslerinin de bu korumadan yararlanmaları mümkündür³³.

Eşlerin boşanma davasındaki bütün hususların aynen ve tamamen yayımlanması bazı hallerde eşlerin kişilik haklarını ihlal edebilir. Eşlerin boşanma sebeplerinin ayrıntılı yayımlanması ve bunu yaparken de eşlerin isimlerinin gizlenmeksizin yayımlanması eşlerin kişilik haklarına saldırıdır. Burada hem kişinin ismine hem de özel hayatına saldırı söz konusudur³⁴.

d. Resim

Resim, bir kimsenin dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayacak biçimde yansıtan yüzey cisimidir³⁵. Kişilik hakkının koruma kapsamına giren resmin üzerinde belirginleştiği kart, tuval, kağıt, plastik gibi nesne değil, o nesne üzerinde belirginleşen kişinin dış görüntüsü üzerindeki hakkıdır. Resim kişinin dış yaşama

³⁰ DURAL, Mustafa/ Ögüz, Tufan; Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004, s. 126.

³¹ İMRE, Zahit; İsim, s. 815, 816.

³² ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 412.

³³ HELVACI, Serap; a.g.e., s. 75.

³⁴ Geniş bilgi için bkz. İMRE, Zahit; Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHF Mecmuası, Cilt XXXIX, Sayı 1-4, İstanbul, 1974, s. 156,157, (Özel).

³⁵ Yarg. 4. HD. 01.11.1988, E. 6227, K. 9120 sayılı kararı.

yansıyan ve onu öteki kişilerden ayıran görünümüdür ve kişi bu görünüme saygılı olmalarını öteki kişilerden isteme yetkisine sahiptir³⁶.

Resim ve ses, bir kişinin özelliklerini gösteren sembollerdir. Hiç kimse hukuka aykırı şekilde bir başka kişinin resmini çekemez, yapamaz; sesini veya görüntüsünü kaydedemez ve yayımlayamaz, teşhir edemez, kullanamaz³⁷.

Bazı hallerde kişinin rızası alınmasa bile resminin yayımlanması hukuka aykırı değildir. Bu hususlar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86/2. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, 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 müteallik resimlerle radyo ve film haberleri için çekilen resimler için, muvafakatın alınması şart değildir.

Kamuya mâl olmuş kişilerin yazılı basında veya televizyon programlarında, haber amacı ile resminin yayınlanmasında kişilik hakkına tecavüz söz konusu olmaz. Keza herhangi bir kişinin bir haber içinde yer alan resminin yayınlanması toplumun haber alma ihtiyacını karşıladığı takdirde kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz teşkil etmez³⁸.

e. Özel Hayat

Kişinin özel hayatı, onun manevi kişisel değerleri içerisinde yer aldığını belirtmek için bu başlığı kullandık. Tez konumuz olması sebebiyle bu konuyu ayrı bir başlık halinde inceleyeceğiz.

³⁶ ÖZSUNAY, Ergun; a.g.e., s. 145, Geniş bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997, s. 363-386.

³⁷ HELVACI, Serap; a.g.e., s. 72.

³⁸ Siyasi bir kişi olan davacının Terör örgütü başı ve üyeleriyle birlikte yer aldığı resmin örgütle ilgili haberde gösterilmesinin kişilik hakkına saldırı teşkil etmeyeceği, konu ile haber arasında uygunluk olduğu, davacının siyasi kişi olduğu nazara alındığında eleştiri anlamı taşıdığı yönünde bkz. Yarg. 4. HD. 10.06.2002, 2702/183 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası).

II. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN BİR HAK OLARAK GÖRÜNÜMÜ

1. Özel Hayatın Gizliliği Kavramı

A. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı temel bir hak olarak 1961 ve 1982 Anayasaları tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel hayat çok geniş değerlendirilebilen bir kavram olduğundan doktrin ve Yargıtay da çok çeşitli tanımlamalara gitmiştir.

Kişiler için özel hayat kavramı önem arz ettiğinden özel hayat alanının belirlenmesi gerekliliği her zaman için varlığını sürdürmektedir. Çünkü toplum içinde yaşayan insanlar, kendilerine ait bazı hususları sadece kendilerinin veya yakınlarının bilmelerini isterler. Bu hususların üçüncü kişiler tarafından bilinmesini arzu etmezler³⁹. Özel yaşamın düzenini ve bu yaşama kimlerin, ne ölçüde, nasıl ve ne zaman müdahale edebileceklerini veya bu yaşamı algılayabileceklerini bireyin kendi kendisine saptaması gerekir⁴⁰. Şu halde kişinin gizli tuttuğu ve gizli tutmakta meşru çıkarının bulunduğu olaylardan meydana gelen alana onun rızası olmadan girilemez⁴¹.

Kişi “özel yaşamın gizliliğini” çeşitli yöntemlerle sağlayabilmektedir. Bunları “toplumdan çekilme”, “mahremiyet”, “tanınmazlık”, “saklama” ve “seçilmiş açıklama” şeklinde sıralamak mümkündür. “Toplumdan çekilme”, kişinin toplumla ilişkilerini kesmesi, çevresinden ve çevresinin gözetim ve denetiminden kesinlikle uzaklaşıp yaşamını tek başına sürdürmesi durumudur. “Mahremiyet” kavramı ile kişinin özel yaşamına giren olayları, içtenliklerine ve dostluklarına güvendiği sınırlı bir çevre ile paylaşması anlaşılır. Bu kişiler genellikle aile, eşler, arkadaş grubu veya iş çevresi olabilmektedir. “Tanınmazlık”, kişinin herhangi bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesi ve çevresinde sürekli olarak kalmayacağına güvenerek özel yaşam olaylarını paylaşması durumudur ya da kişinin düşüncelerini topluma, kendisine ait olduğu anlaşılacak biçimde açıklamasıdır. “Saklama”, kişinin bazı özel yaşam

³⁹ ÖZTAN, Bilge; Medeni, s. 277; HELVACI, Serap; “Kişiliğin Korunması Ve Vesayet Hukuku”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 871 vd.

⁴⁰ ARASLI, Oya; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası'nda Düzenlenişi-Doçentlik Tezi, Ankara, 1979. s. 6.

⁴¹ KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 1992, s. 855.

olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması şeklinde tanımlanabilir⁴². “Seçilmiş açıklama” ise kişinin kendisine ait bilgilerden gene kendisinin seçtiği kadarını diğer kişilerle paylaşmasıdır⁴³.

İnsan toplumsal bir varlık olması sebebiyle en yakınındaki kişilerden toplumun değişik kesimlerine ve hatta devlete kadar uzanan ilişkileri vardır. Ancak kapsamaları ve özellikleri farklı olsa da, bütün bu ilişkilerde yer alan taraflardan birini kural olarak bir insan oluşturur ve değişik ilişkiler bütünü o insanın “hayat alanını” meydana getirir⁴⁴.

Kişinin hayat alanı doktrinde genel olarak kişinin ortak yaşam⁴⁵ alanı, kişinin özel yaşamı, kişinin gizli yaşamı olarak üç bölümde incelenmektedir⁴⁶.

B. Ortak Hayat Alanı

Ortak yaşam alanı, doktrinde bazı yazarlarca “kamuya açık alan” olarak ifade edilmektedir. Bir kimsenin herkesçe bilinmesinde bir sakınca görmediği olaylar bu alana girmektedir. Bir kimsenin bir futbol maçına gitmesi, onun caddede yürümesi onun kamuya açık alana girer⁴⁷. Bu alan, kişinin topluma katılması sonucu, öteki toplum bireyle paylaştığı yaşam alanıdır. Bu alanda oluşan olayları ve kişileri ve toplumun öteki bireyleri de görerek ve duyarak öğrenebildiklerinden, bu alanın öteki kişilerden gizli tutulması olanağı yoktur⁴⁸. “Kamuya mâl olmuş kişilerin”, özellikle politikacıların, sanatçıların, sporcuların kamuya açık özel yaşam alanlarının sınırını çizmek zorluk göstermektedir. Özellikle bu kişilerin özel yaşamlarına ait bir olay kamuya açık sayılan

⁴² WESTİN, a.g.e., s. 30-32, (ARASLI; a.g.e., s. 10,11’den naklen alınmıştır).

⁴³ FELDMAN, David; “Secrecy, Dignity, Or Autonomy? Views of Privacy As a Civil Liberty, Current Legal Problems, Cilt 47, Bölüm 2, s. 53, (ERGÜL, Ozan; a.g.e., s. 11’den naklen alınmıştır).

⁴⁴ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; a.g.e., s. 48.

⁴⁵ Çalışmamızın adı “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması” olarak konmuştur. Bunun nedeni Anayasadaki terminolojiye uygun davranma çabasıdır. Ancak çalışmada “hayat” ve “yaşam” kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığı görülecektir. Bunun nedeni ise her iki kelimenin Türkçede yaygın ve eş anlamlı olması ve doktrindeki bazı yazarların ifadelerine uygun davranma çabasıdır.

⁴⁶ ARASLI, Oya; a.g.e., s. 4.; DURAL, Mustafa/ Öğüz, Tufan; Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004, s. 125; ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 134; ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e., s. 416; KAPLAN, İbrahim; “Kişilik Haklarının Kitle İletişim Araçları (Basın-Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması”, Adalet Dergisi, Sayı 3-4, Ankara, 1979, s. 214 vd. İMRE, Zahit; Medeni Hukuka Giriş- Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul, 1980, s. 469 vd.

⁴⁷ ÖZTAN, Bilge; Medeni, s. 278.

⁴⁸ ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e, s. 418.

yerlerde meydana geldiği durumda haber niteliği kazanmakta ve basın bu olayı duyurmak yönünde faaliyetlerde bulunmaktadır⁴⁹.

C. Özel Hayat Alanı

Kişinin özel yaşam alanı, bu alan kişinin kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunlar dışındaki kişilere gizli kalması gereken yaşam alanıdır. Buradaki yakın kişiler, kişinin birlikte aynı evde oturduğu, aynı işyerinde çalıştığı ve günlük söyleşiler yaptığı kimselerdir ve bunların çevresi kişiden kişiye değişen kapsamlarda karşımıza çıkar⁵⁰. Bu alan bir kimsenin yakından bağlandığı belirli kimselerce bilinmesini istediği olayları kapsar. Bir kimse çalışma odasında bulunan kitaplarının sadece belirli kişilerce bilinmesini istiyorsa, bu onun özel alanına gider⁵¹. Bir kişinin saralı olduğunu yalnızca birlikte oturduğu kişilerin bilmesi, bir işyerinin ekonomik durumunun kötü olduğunu yalnızca orada çalışanların bilmesi, bir kişinin belirli kişi ya da kurum hakkındaki görüş ve düşüncelerini belirli kişilere özel söyleşilerde aktarması gibi durumlar, özel yaşam alanına giren gizlerdir⁵².

D. Gizli Hayat Alanı

Kişinin gizli yaşam alanı ise, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alana gizlilik alanı denir. Buraya, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunları içeren belgeler girer. Örneğin aile ilişkileri, mektuplar, hatıra defteri, hesap ve iş defterleri ve kişinin ev hayatı⁵³, mesleki ve ticari gizleri⁵⁴ gizlilik alanına dahildir.

Burada “sır” kavramına değinmek gerekir. Sır, bir kimsenin kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği alana denir⁵⁵. Sırrın objektif şartı, bir olay veya davranışın sır alanına girebilmesi için herkes tarafından izlenebilir

⁴⁹ ERGÜL, Ozan; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998, s. 6.

⁵⁰ TANDOĞAN, Haluk; “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHF, Cilt XX, Sayı 14, s. 26.

⁵¹ ÖZTAN, Bilge; Medeni, s. 278.

⁵² ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; a.g.e, s. 418.

⁵³ DURAL, Mustafa/ Ögüz, Tufan; a.g.e., s. 126.

⁵⁴ ÇELEBİ, Funda; Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997, s. 276.

⁵⁵ ÖZEK, Çetin; Türk Basın Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978, s. 260.

veya bilinir olmaması gerekir⁵⁶. Sırrın subjektif şartı ise, bir yaşam olayının sır alanına girebilmesi için sır sahibinden bu olayı gizli tutma iradesi mevcut olmalıdır⁵⁷. Kişinin sır alanına gizlilik alanı da denilir. Dolayısıyla bir kimsenin sırrını hukuka aykırı olarak yayan kimse hem hukuki hem de cezai sorumluluk altında olur.

Gizlilik alanı kişinin özel alanının küçük bir bölümüdür. Gizlilik alanına müdahale iki şekilde ortaya çıkar. Kişi güvendiği için bir kimseye alenileştirilmesini istemediği bir hususu açıklamıştır (iç ilişki). Kişi bazı hususların üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istememektedir (dış ilişki). Dış ilişki, gizlilik alanının mahiyetinden kaynaklanmaktadır⁵⁸.

Gerek kendi hukukumuzda gerekse uluslararası hukukta kullanılan kavram “özel hayat alanı”dır. Kişinin özel hayat alanından farklı olarak “gizli hayat alanı” kullanılmış değildir. Yani herkesin bir özel hayat alanı vardır ve burada geçen tüm faaliyetlerin gizliliği ve korunması esastır⁵⁹. Giderek özel yaşam alanının ve gizli yaşam alanını da kapsadığını da ileri sürmek yanlış olmaz. Nitekim hukuk düzeni tarafından korunan bu iki alandır. Yani gizli hayat kavramı gerçekte kişinin özel hayatını oluşturmaktadır⁶⁰.

Bu üç alanının da birbirinden kesin çizgilerle ayırt edilmesi mümkün değildir. Tanınmayan kişilerin özel hayatı bu kişileri tanıyanların dışında kimseyi ilgilendirmemektedir. Oysa tanınmış kişilerde durum değişmektedir⁶¹. Öncelikle oyuncu, sporcu, politikacı gibi kamuya mâl olmuş kişilerin özel yaşam alanlarının diğer kişilere göre daha dar olduğu belirtilmelidir⁶². Nitekim AİHM, görevleri ya da uğraşı alanları gereği kamuya mal olmuş kişiler, hayatlarının “kişiyeye özel” niteliğinin bir kısmını da kaybedeceğini belirtmiştir. Bu gibi durumlarda kişilerin, “özel hayata saygı

⁵⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982, s. 87.

⁵⁷ DONAY, Süheyl; Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978., s. 5 vd.

⁵⁸ ÖZTAN, Bilge; Şahsın, s. 134.

⁵⁹ ŞEN, Ersan; Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, İstanbul, 1996, s. 229.

⁶⁰ İMRE, Zahit; Özel, s. 153.

⁶¹ DANIŞMAN, Ahmet; Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, s. 3.

⁶² DONAY, Süheyl; a.g.e., s. 21, 22.

isteme” haklarının kapsamı da önemli ölçüde daralacaktır⁶³. Diğer taraftan bu daralma, kişinin kamuya mâl olduğu zaman dilimi için geçerlidir⁶⁴. Şu halde özel hayat kişiye (kişinin mesleğine) ve zamana bağlı şekilde daralabilmektedir⁶⁵.

2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının İçeriği

Anayasamızda özel hayatın gizliliği ve korunması ile ilgili olarak 20, 21 ve 22. maddelerinde, “özel hayat”, “aile hayatı”, “kişinin üstü ve özel kağıtları ve eşyası”, “konut” ve “haberleşme” dokunulmazlıkları yer alır. Biz, burada özel hayat gizliliğinin içeriği ile ilgili bazı kavramları inceleyeceğiz.

A. Kişinin Özel Hayatını Yansıtan Bilgi ve Belgeler

Kişinin özel hayatını yansıtan bilgi ve belgeler, gerek kendisinde gerekse özel hukuk tüzel kişisinde veya özellikle devlette bulunabilir. Kişinin herhangi bir kuruma başvurduğunda alınan bilgiler ve belgeleri kendisi için her zaman risk taşır. Özel hayatı yansıtan belgelerin bizzat kişinin koruması altında olmaması onun hukuk düzenince korunmadığı anlamına gelmez.

Kişilerin özel hayatı ile ilgili depolama, arşivleme gerekliliği bulunmayan bilgi ve belgeler açısından durum daha az karmaşıktır. Ancak bizim burada durmak istediğimiz özellikle arşivlenme, depolanma gerekliliği ve niteliği olan bilgi (data) ve belgelerdir. Kişilerin özel yaşamalarıyla ilgili bilgi ve belgeler, denetim, gözetim ve düzenleme görevi yapan devlet veya bir takım kurumlar elinde birikebilir. Sabıka kayıtları, vergi kayıtları veya istatistik amaçlı toplanan sağlık bilgileri bunlara örnek gösterilebilir⁶⁶.

Kişinin kendisinin koruması altında olan bilgi ve belgelere örnek olarak başta bilgisayar kayıtları olmak üzere, telefon, ATM kartları, kredi kartları, özel hukuk veya kamu hukuk sözleşmelerinde bulunan kayıtlar verebiliriz. Teknolojinin gelişmesiyle

⁶³ AİHM Kararı, Lingens/Avusturya, 08.07.1986. (GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 336’den naklen alınmıştır).

⁶⁴ HELVACI, Serap; a.g.e., s. 66.

⁶⁵ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s. 9.

⁶⁶ ERGÜL, Ozan; a.g.e., s. 22.

kişilik hakları, özellikle internet⁶⁷ ortamı, bilgisayar, e-mail kayıtları gibi kitle iletişim araçlarıyla⁶⁸ rahatlıkla ihlal edilebilmektedir. Günümüzde kişilik hakları basın yayın yoluyla ihlali ise telafisi güç ve imkansız zararlar doğurmaktadır.

Kişinin özel hayatında önemli bir yeri olan bu bilgi ve belgeler, kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK 135); verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK 136); verileri yok etmeme (TCK 138) suçları ile cezai yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu ihlali, tüzel kişiler yaptığıında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (TCK 140) uygulanır.

B. Kişinin Mesleki Çalışmaları

Meslek genel olarak kişilerin hayatlarını kazanmak ve bilgilerini, yeteneklerini uygulamak için yaptıkları faaliyetler olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Herkes mesleğini icra ederken işi ile ilgili faaliyetlerde bulunmak zorundadır. Bir öğretmenin öğrencilerine ders vermesi, diğer öğretmenler ve okul idaresi ile yaptığı görüşmelerin, görevi ile yaptığı toplantıların ve işi ile yaptığı faaliyetlerin tamamı onun mesleki hayatını oluşturacaktır⁷⁰.

Kişiler birey olarak toplum içinde sahip buldukları değer yanında mesleki faaliyetler bakımından da saygınlık taşır. Herkes kişilerin mesleki hayatlarına saygı göstermek, onları kötüleyici eylemlerden uzak durmak zorundadır. Örneğin kişinin mesleğini kötüye kullandığı, doktorun hastalarına sarkıntılık ettiği, hâkimin taraf tuttuğu, tacirin iflas etmek üzere olduğu izleniminin uyandırılması kişilerin mesleki saygınlığına saldırı teşkil eder. Buraya kadarki örnekler kişilerin mesleklerine yapılan saldırılardır. Bunun yanında meslek sahiplerinin de kişilerin özel hayatlarına saldırı teşkil eden eylemleri söz konusudur. Kişiler hayatın olağan akışı içerisinde kendi bazı gizli alanında gelişen sorunları bazı meslek sahipleriyle paylaşmak zorundadır. Kişinin sağlığına ilişkin bir sorunu olduğunda tıp doktoruna, hukuki problemi olduğunda avukata gitmesi ve bu sorunlara ilişkin ve özel yaşam alanına ait sırlarını açıklaması

⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel; Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul, 2002, s. 187 vd.; SIRABAŞI, Volkan; İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 172 vd.

⁶⁸ ÖNGÖREN, Gürsel; Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997, s. 473, 482.

⁶⁹ DONAY, Süheyl; a.g.e., s. 7.

⁷⁰ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 215.

doğaldır. Meslek sahibi bir kişinin, mesleği nedeniyle bir başkasının sırrını öğrendikten sonra bu sırrı korumasını özel yaşamın korunması bağlamında düşünmek gerekir⁷¹.

C. Kişinin Sağlığına İlişkin Bilgi ve Belgeler

Kişinin sağlığına ilişkin bilgi ve belgelerin de özel hayat alanına girdiği şüphesizdir. Çünkü hasta hekim ilişkisinin mahremiyeti evrensel bir hukuk kuralıdır. Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle yeni hastalıklar ortaya çıkmıştır. Bu hastalıklar da sağlık sektöründe büyük rantların dönmesine sebep olmakta, bu da özel hayata duyulan saygıyı azaltmaktadır. Kişinin sağlığına ilişkin bilgilerin özellikle basın yoluyla ihlali de özel hayata telafisi mümkün olmayan zararlar vermektedir.

AIDS hastalığı, ABD’de yaygın şekilde gelişmesi tespit edilen ve hala tedavisi bulunamayan bir hastalıktır. Bir kişinin bu hastalığa yakalanması onun hem sağlığını hem de sosyal ilişkilerini olumsuz etkilemektedir. Kişi, hem kendi yakın çevresi hem de toplumca ister istemez dışlanmakta, horlanmaktadır. Bu nedenle kişinin olağan yaşamını devam ettirebilmesi için sağlığına ilişkin bilgilerin, ilgili kişiler dışındaki kişilere yayılmamasında menfaatinin olduğu açıktır.

AİHM, HIV virüsü taşıyan bir kişinin, bu durumunun açıklanmasından dolayı mağdur olduğunu iddia ettiği bir davaya bakmıştır. Söz konusu dava Z-Finlandiya davasıdır⁷². Z ve kocası X, HIV virüsü taşımaktadır. X, birkaç ayrı yerde ve zamanda gerçekleşmiş ırza geçme suçunu işlediği iddia edilerek suçun vasfı değiştirilmiş ve X’e adam öldürmeye teşebbüsten dava açılmıştır. Adam öldürmeye teşebbüs davasında X’in hastalığından haberdar olduğunun ispatlanabilmesi için karısı Z’nin doktorları dinlenmiş, hastane raporları incelemiştir. Ancak bu davalardan mahkum olan X’in ve mağdurların temyiz talebi üzerine temyiz mahkemesine başvurulmuş ve temyiz mahkemesi X’in cezasını az bularak arttırmış (karısının hastalığını öğrendiği tarihte kocası X’in de muhtemelen HIV taşıyıcısı olduğunu tahmin etmesi gerekirdi denerek) ve fakat Z’nin adı yer almasına rağmen hüküm açık şekilde verilmiştir. Bu bilgiyi ele geçiren gazeteler Z’nin açık adının da yer aldığı haberlerle olayı kamuoyuna duyurmuşlardır. AİHM de Z’nin adının ve hastalığına ilişkin bilgilerin temyiz

⁷¹ ARASLI, Oya; a.g.e., s. 58.

⁷² AİHM Kararı, Z-Finlandiya Davası, 25.2.1997, Kararın Türkçe tercümesi için bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bülteni, Dış Politika Enstitüsü Yayını, Cilt 1, Sayı 3-4, Ankara, 1997, s. 92.

mahkemesi kararında açıklanmasını, AİHS'nin özel yaşam hakkını düzenleyen 8. maddesinin ihlali olarak görmüştür.

3. Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Diğer Kişilik Hakları ile İlişkisi

1982 Anayasası'nın 17/1. maddesinde “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklindedir. Fakat kişilik hakkının içeriğinin neler olduğu ayrıntılı olarak açıklanmamıştır.

MK 23,24 ve 25. maddelerinde ve BK'nın 3444 sayılı Kanunla Değişik 49. maddesinde kişilik haklarından genel olarak bahsedilmiş, fakat kişilik haklarının neler olduğu açıklanmamıştır. Şu haliyle bu maddeler birer çerçeve hüküm niteliğindedir⁷³. Böylece hakim, kişisel varlıkların neler olduğunu bizzat tespit edecek, bunu yaparken de bu konuda doktrin ve mahkeme kararlarındaki görüşlerden yararlanacaktır⁷⁴.

Kişilik hakları, malvarlığı dışında kalan kişisel varlıklar üzerindeki haklar topluluğundan oluşmaktadır. Bu haklar kişiye sıkı bir şekilde bağlı ve ayrılmaz nitelikte bulunan manevi değerleri kapsamaktadır. Manevi değerlerden birisi olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının, kişilik haklarına ilişkin olarak yaptığımız tasniflerde yer alan manevi değerlerle sahip oldukları ortak özellikler itibariyle, tüm bu değerler arasında yakın ilişkiler söz konusudur. Bu nedenle özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına veya diğer manevi değerlere yapılacak haksız saldırılar, aynı zamanda başka kişilik haklarına da zarar verebilir⁷⁵. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı yukarıda sayılan kişilik haklarından hem maddi hem de manevi değerlerle bire bir ilişkilidir⁷⁶. Mahrem bir olay gazetede yayımlanırken bir kimsenin adının kullanılması, hem özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına hem de adı üzerindeki hakkına tecavüz edebilecektir⁷⁷. Biz çalışmamızda özel hayat kavramını diğer kişilik hakları ile ilişkisini gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve gerekse iç hukuktaki kararlarla birlikte ilerleyen bölümlerde ayrıntılı inceleyeceğiz.

⁷³ DURAL, Mustafa/ Ögüz, Tufan; a.g.e., s. 92.

⁷⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet; a.g.e., s. 5.

⁷⁵ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 14.

⁷⁶ AYCI, Emrullah; “İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği”, Polis Dergisi, Yıl 11, Sayı 45, Temmuz- Ağustos- Eylül 2005, s. 17.

⁷⁷ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 13.

4. Devletin Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Karşısında Yükümlülüğü

Devletin özel hayatın gizliliği hakkı karşısında negatif ve pozitif yönü vardır. Hakkın negatif yönü yalnız kalma hakkıdır⁷⁸. Devlet, kişilerin bu hakkına saygı göstermelidir. AİHS, sözleşen devletlere yalnızca “müdahale etmeme” gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş⁷⁹ onlara aynı zamanda koruma altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlama, yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkan verecek tedbirleri alma pozitif görevini de yüklemiştir⁸⁰.

Feldman⁸¹ devletin pozitif yükümlülüğünü üç kategoride toplamaktadır.

Birincisi, devletin ve diğer bireylerin özel hayatın gizliliği hakkının kullanabileceği şartların sağlanması yükümlülüğü vardır.

İkinci olarak pozitif yükümlükler, bir başkasının özel ilişkilerine müdahale edilmesine karşı konulma hakkının yanı sıra hassas ve bağımsız karar verme imkanı etkileyecek, hükümet veya özel kişilerce elde edilmiş bilgilere ulaşma hakkını da içermektedir.

Nihayet, kişinin özel hayatına müdahaleyi meşru kılacak durumların varlığı halinde, özel hayata ilişkin çıkarların korunması her bir somut olayda müdahaleden önce özel düzenlemenin empoze edilmesini gerektirebilir.

⁷⁸ Warren- Brandeis, “The Right to Privacy”, Harward Law Review., s. 193- 220., (ÜZELTÜRK, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 11’den naklen alınmıştır).

⁷⁹ AİHM Kararı, Leander-İsveç, 26.03.1987.

⁸⁰ AİHM Kararı, Gaskin-İngiltere, 07.07.1989.

⁸¹ D. Feldman, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, (ÜZELTÜRK, Sultan; a.g.e., s. 11’den naklen alınmıştır).

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLAR ARASI HUKUKTA VE ÖZELLİKLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

I. GENEL OLARAK

Özel hayat hakkı, uluslar arası alanda, sözleşme, bildiri şart gibi formlarda oluşturulan ve temel haklar ve özgürlükleri tanıyan belgelerin çoğunluğunda yer almaktadır. Bu durum da özel hayat hakkının ve bunun korunması gerektiğini gözler önüne serer⁸².

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinde “Hiç kimse, özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konularında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve saldırılara karşı kanunla korunmaya hakkı vardır” şeklindedir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 17. maddesi “Hiç kimsenin özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da haberleşmesi...; Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi madde 6/2 “Özel yaşama ve aile yaşamına, şöhrete, konut ve özel haberleşmeye...; Temel Haklar Şartı madde 7 “Herkes özel hayatına ve aile hayatına, konutuna ve iletişimine ...; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 11/2-a “Özel yaşama, aileye, konuta ya da haberleşmeye...; şeklinde olması uluslar arası alanda özel hayatın önemini gösterir.

Şüphesiz her uluslar arası belge kendine göre önem arz eder. Ancak çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayat kavramını ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

⁸² Geniş bilgi için bkz. DİNÇ, Güney; “Uluslar arası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme Ve Kişisel Verilerin Saklanması), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 14 vd.

II. AVRUPA İNSAN HAKLAR SÖZLEŞMESİ

1. AİHS M. 8/I Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi “Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” şeklindedir.

AİHS'nin 8. maddesinin özel hayatı tek başına koruma yerine bunu kişinin aile hayatı, konutu ve haberleşmesi ile birlikte ifade etmesi bu alanların da özel hayat alanı ile bire bir ilişkili olmasından kaynaklanır.

A. Özel Hayatın Kapsamı

AİHS, özel hayat kavramını tanımlamamaktadır. Bunun hem olumlu yanı hem de olumsuz yanı vardır. Olumlu yanı, özel hayatın sosyal ve teknolojik gelişmelere göre değişiklik göstermesidir. Olumsuz yanı ise, her davada ayrı bir özel hayat değerlendirmesi yapılması ve devletin takdir yetkisinin sınırlarının somut olaya uygulamada güçlükler yaşanmasıdır. AİHM, Sultan Öner ve Diğerleri-Türkiye davasında⁸³: AİHM'nin içtihadına göre, “özel hayat” kavramı geniştir ve eksiksiz bir tanımlamaya uygun değildir; bu kavram, koşullara göre, kişinin manevi ve fiziksel bütünlüğünü kapsayabilir. Bununla birlikte, AİHM, kavramın bu yönlerinin özgürlükten alıkoyma durumlarını kapsadığını kabul etmektedir.

Alınan önlemlerinin 8. madde'yle uyumlu olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili Devlete “takdir hakkı” adı verilen belirli bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu prensip ilk olarak, 10. madde kapsamındaki bir anlaşmazlıkla ilgili olan ancak kararı aynı şekilde 8. madde davaları için de geçerli olan Handyside⁸⁴ davasında oluşturulmuştur.

⁸³ AİHM kararı, Sultan Öner ve Diğerleri-Türkiye Davası, 02.02.2006.

⁸⁴ AİHM kararı, Handyside- Birleşik Krallık Davası, 07.12.1976.

Verilen karara göre: “ devlet yetkileri ülkelerindeki önemli güçlüklerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, uluslararası hâkimlere kıyasla... bir “sınırlama” veya “cezanın” “gerekliliği” konusunda daha iyi karar verebilecek durumdadır. Bu bağlamdaki “gereklilik” kavramında ima edilen acil toplumsal ihtiyacın gerçeklik düzeyi konusunda, ilk değerlendirmeyi ulusal yetkililer yapmalıdır. Handyside Davasında Mahkeme, özel hayat kavramının geniş bir kavram olduğunu ve bunun her devletçe değerlendirilmesinde kendi takdir hakkı olduğunu belirtmiştir.

Madde 10 taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir. Ancak Mahkeme, bu doktrinin akit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediğini belirtmiş ve Mahkeme’nin devletlerinin Sözleşme yükümlüklerini yerine getirmesini sağlamaktan sorumlu olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, 8. madde söz konusu olduğunda, sözleşme haklarından birine müdahalenin 8. madde 2. fıkra kapsamında haklı olup olmadığını belirleme konusunda nihai karar verme rolünü Mahkeme üstlenmiştir ve böylece ulusal takdir hakkı, Avrupa denetlemesiyle “el ele” düşünülmelidir⁸⁵.

Özel hayatın gizliliği kavramı Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Asamblesinin 428(19709) sayılı Kararında (resolution) ise, “özel hayat zorunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁸⁶.

Başvuru konusu olan somut olaylardan hareketle Strasburg denetim organlarınca özel hayata dahi sayılan konu ve haller şunlardır⁸⁷.

- Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar (nüfus kayıtları, güvenlik ve polis tespitleri vb. gibi)

⁸⁵ KILKELLY, Ursula; Özel Hayata ve Aile Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 1, s. 5.

⁸⁶ Council of Europe, Collected Texts, Strasbourg, s. 908-911, (ÜZELTÜRK, Sultan; a.g.e. s. 168’den naklen alınmıştır).

⁸⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; a.g.e., s. 335.

- Cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar
- Kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler
- Bireye ait özel yerlerin (ev, araç vb.) ve evrakın aranması ve zaptı işlemleri
- Telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı; posta gönderilerinin açılması ve okunması
- Nihayet kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlarda özel hayat mozaiğinin önemsenmeyecek parçalarıdır.

AIHM kararlarında yer alan özel hayata ilişkin diğer konular ise şöyledir⁸⁸; eşcinsellerin orduda istihdamını yasaklayan uygulama⁸⁹, bireylere dair kişisel bilgilerin resmi makamlarca toplanarak arşivlenmesi⁹⁰, soyadını değiştirmek için yapılan başvurunun reddi⁹¹, ana babanın seçtiği ismin nüfus kütüğüne işlenmesi talebinin reddi⁹² özel hayata müdahaledir.

a. Kişisel Kimliğe Sahip Olma

AIHM Kararları çerçevesinde kimlik kavramı çerçevesinde, bireyin adını seçme hakkı, nasıl giyineceğini seçme hakkı, cinsel kimliğini seçme hakkı, bireyin kimliğini veya ebeveyninin kim olduğu hakkında bilgi sahibi olma hakkı ve bireyin devlete ve başkalarına kimliğini ifade etme hakkı yer almaktadır.

Özel hayata ilişkin bireyin kimliğinin en önemli unsurlarından biri hiç şüphesiz ad ve soyadır. Bu durum 8. maddede ele alınmamıştır. Ancak kişisel kimliğe sahip olma ve bir aileye aidiyet açısından toplumsal öneme sahiptir.

Burghatz-İsviçre kararında⁹³ başvuru tarafından akademik çevrelerce tanınmış olduğu aile adının korunması mesleki kariyeri üzerinde etkilidir. Ancak Stejerna-Finlandiya kararında⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devlet'in isim değişikliğini reddetmesinin 8. maddeye aykırı olduğu savının reddetmiştir. Mahkeme

⁸⁸ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; a.g.e., s. 336.

⁸⁹ AIHM kararı, Lustig-Prean ve Beckett-İngiltere, 27.09.1999.

⁹⁰ AIHM kararı, Amann-İsviçre, 16.02.2000.

⁹¹ AIHM kararı, Stjerna-Finlandiya, 25.11.1994.

⁹² AIHM kararı, Guillot-Fransa, 24.10.1996.

⁹³ AIHM kararı, Burghatz-İsviçre Davası, 22.02.1994.

⁹⁴ AIHM kararı, Stejerna-Finlandiya Davası, 25.11.1994.

burada, Burghartz kararındaki ilkeleri hatırlatmış, ancak kamu yararının kamusal sınırlamalar (bireylerin kimliklerinin saptanması) getirilmesini mazur getirdiğini belirtmiştir. Zaten Devletler, isim değişikliği konusunda ulusal sistemler arasında birlik olmadığı sürece, bu alanda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Mahkeme ortografa ve telaffuza bağlı hoşnutsuzlukları, büyüklerinin ismini taşıma ve ismi taşıyan son kişinin yakın zamanda ölmüş olması bahanelerini reddetmektedir. Bununla birlikte, bu red kararlarını açıklayan unsurlar olgusaldır başka bir deyişle o somut olaya ilişkindir.

Mahkeme Gaskin-Birleşik Krallık kararında⁹⁵, başvuru annesinin ölümünden sonra sosyal hizmetlerin sorumluluğuna verilmiştir. Koruyucu aile yanında kötü muameleye maruz kalan başvuru, ihmal nedeniyle bir dava açabilmek için vesayet dosyasına ulaşmayı talep eder. Mahkemeye göre başvurucunun konumunda bulunan kişilerin, geçmişleri hakkında bilgiye ulaşma konusunda, Sözleşme korunan üstün bir menfaatleri vardır. Dosyaya ulaşmayı ilgilinin kabulüne bağlayan bir sistem, 8. Maddeye uygun olabilir. Ancak ilgilinin bulunmaması ya da rıza vermektan keyfi olarak imtina eylemesi halinde, kendi özel ve aile hayatı ile ilgili belgelere ulaşmak isteyen kimsenin menfaatleri de korunmalıdır. Bu durumda, oranlılık ilkesi bağımsız bir organın belgelere ulaşım konusunda nihai karar vermesini gerektirir. Dolayısıyla Devletlerin, böyle bir sistem oluşturma pozitif yükümlülüğü vardır.

b. Özgür Bir Cinsel Hayata Sahip Olma

aa. Avrupa'da Transseksüeller ve Homoseksüellerin Durumu

AİHS'nin 8. Maddesi çerçevesinde Komisyona yapılan başvuruların önemli bir kısmı transeksüellerin şikayetlerine ilişkin olduğunu görmekteyiz. AİHM, Ree-Birleşik Krallık⁹⁶ ve Cossey-Birleşik Krallık Davalarında⁹⁷ transeksüel başvuru kendilerinin sahip oldukları yeni cinsiyetin kanıtlanması için nüfus cüzdanlarının değiştirilmesi haklarının bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, transeksüellerin kimliklerini değiştirme haklarını tanımış, ancak nüfus cüzdanlarının değiştirilmesi yönündeki hak taleplerini kabul etmemiştir. AİHM, devletlerin Sözleşmenin 8. maddesine göre doğum kayıtlarında cinsiyet değişikliği yapmak zorunda olmadıklarını

⁹⁵ AİHM kararı, Gaskin-Birleşik Krallık Davası, 07.07.1989.

⁹⁶ AİHM kararı, Ree-Birleşik Krallık Davası, 17.10.1986.

⁹⁷ AİHM kararı, Cossey-Birleşik Krallık Davası, 27.10.1990.

belirtmiştir. Ancak bu halde, yanlış cinsiyet kayıtları sonucu transeksüllerin birbiriyle evlenmelerine yol açabileceği tehlikesine de dikkat çekmiştir.

AİHM, homoseksüellere ilişkin Dudgeon-Birleşik Krallık davasında⁹⁸ İngiliz vatandaşlığındaki homoseksüel başvuru, mektuplarına ve cinsel eylemlerini anlatan günlüğüne el konulmasıyla sonuçlanan bir polis aramasına maruz kalmıştır. Başvuru, cinsel hayat üzerine birkaç saat sorgulandıktan sonra serbest bırakılmıştır. Kuzey İrlanda'da yaşayan İngiliz vatandaşı Jeffrey Dudgeon, bu ülkede yürürlükte olan yasaların, reşit homoseksüellerin kendi istekleriyle birbiriyle cinsi münasebette bulunmalarını yasaklamasının, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında özel hayatın gizliği hakkına aykırı olduğundan bahisle Komisyona şikayette bulunmuştur. Komisyon, şikayetçi hakkında ceza davası açılmamış olmasına rağmen, bu alandaki yasaların homoseksüel faaliyetleri tümüyle yasaklamasının, şikayetçi üzerinde bir dereceye kadar baskı ve korku yaparak, kendisinin özel hayatına saygı hakkını 8. madde anlamında ihlal ettiğini kabul etmiştir. Komisyona göre, 21 yaşını bitiren kişilerin kendi istekleriyle homoseksüel temasta bulunmalarının yasaklanması, 8. maddeye aykırıdır. Komisyon raporunun intikal ettirildiği mahkeme ise, homoseksüel faaliyetlerin bu şekilde genel olarak yasaklanmasının Sözleşmeye aykırı bulmuş ve Komisyon görüşünü doğrulamıştır.

bb. AİHM Kararlarında Cinsel Hayata İlişkin Ülkemizdeki Durum

Özel hayata müdahale için kişinin özgür bir irade beyanı ile açık rızası gereklidir. Bu durum AİHM, Juhnke-Türkiye davasında⁹⁹, Başvuran, 5 veya 6 Ekim 1997 tarihinde, Kuzey Irak'taki Avaşın Nehri yakınlarında Türk Ordusu tarafından gerçekleşen sınır ötesi operasyon sırasında Türk askerleri tarafından yakalandığını iddia etmektedir. Başvuran, aynı gün, A.Y. adlı kadın doğum uzmanı tarafından muayene edilmiş ve vücudunda hiçbir kötü muamele izine rastlanmamıştır. Bu doktor, aynı zamanda jinekolojik muayene yapmıştır. Doktorun hazırladığı raporda, başvuranın agresif olduğu ve hafif depresyon işaretleri gösterdiği belirtilmiştir. Raporda başvuranın bakire olup olmadığı belirtilmiştir.

⁹⁸ AİHM kararı, Dudgeon-Birleşik Krallık Davası, 23.10.1981.

⁹⁹ AİHM kararı, Juhnke-Türkiye Davası, 13.05.2008.

Öte yandan, AİHM, başvuranın, kabul etmeye ikna edilene dek, jinekolojik muayeneye karşı koyduğunun saptandığı kanısındadır. Ayrıca belirli koşullarda, tutulu bir kimsenin, tutukluluğu sırasında üzerinde tam kontrole sahip yetkili makamların elinde olması nedeniyle bulunduğu savunmasız konumundan ötürü, jinekolojik muayeneye direnmeye devam etmesinin beklenemeyeceğini kabul eder (bkz. Y.F. - Türkiye). Bunun böyle olup olmadığı mağdur olduğu iddia edilen kişinin özel koşulları ve muayenenin gerçekleştirildiği ortam da dahil olmak üzere davanın özel olaylarına bağlıdır. AİHM, Y.F. – Türkiye davasında olduğu gibi, bu şikayetin, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında ve kişinin arzusu dışında veya kişinin özgür, bilgilendirilmiş konumda ve açık müsaadesi olmadan yapılan her türlü tıbbi müdahalenin o kişinin özel hayatına müdahale teşkil ettiği yönündeki AİHM'nin yerleşik içtihadı ışığında incelenmesinin daha yerinde olacağı kanısındadır (örneğin bkz. Glass). Böyle bir müdahalenin, 8. maddenin 2. paragrafında sayılan meşru amaçlardan biri ya da daha fazlası için “yasalara uygun” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun doğrulanamadığı durumlarda, 8. madde ihlal edilmiş olacaktır (bkz. Wainwright) şeklinde karar vermiştir.

Mahkeme X ve Y-Hollanda Davasında¹⁰⁰, Zihinsel özürlü olan Y, 1970 yılından beri zihinsel özürlü çocuklar için işletilen özel bir evde yaşamaktadır. 14-15 Aralık 1977 gecesi Y, müdürenin orta yaştaki kayın biraderi bay B tarafından uyandırılmıştır; bay B, burada çalışmadığı halde eşiyile birlikte bu evde yaşamaktadır. Bay B, kızı kendi odasına gelmeye, soyunmaya ve kendisiyle cinsel ilişkiye zorlamıştır. Y'nin 16. yaş gününden bir gün sonra meydana gelen bu olay, Y'nin çok büyük ölçüde ruhsal tahribatına neden olan travmatik sonuçlar doğurmuştur.

Hükümete göre, kanundaki boşluğu ortaya çıkaran şey olayın istisnai şartları olup, yasakoyucu bakımından bir ihtimalin bulunduğu söylenemez. Tabi Ceza Kanununda, zihinsel özürlü bir kimseyle cinsel ilişki kurmayı suç haline getiren bir hüküm yoktur. Bununla birlikte belirli durumlarda, mağdurun bir şikayeti olsun veya olmasın, zihinsel özürlü bir kimsenin cinsel bütünlüğünü ihlal eden bir kimseye karşı Ceza Kanununun 239/2. fıkrasına dayanan bir ceza davası açılabilir. Bu madde, “bir kimsenin iradesi hilafına başka bir kimse önünde” cinsel fiilde bulunmayı suç

¹⁰⁰ AİHM kararı, X ve Y Davası, 26.03.1985.

saymaktadır; Yüksek Mahkeme bu deyim, cinsel eylemin mağdurunu kapsayacak şekilde yorumlamıştır. Başvuruculara göre ise mevcut Ceza Kanunu yeterli koruma sağlamamaktadır.

Ceza Kanununun 248. maddesi ile 239/2. fıkrası mevcut davayla ilgilidir. Ceza Kanununun 248. maddesi, bu maddeye muhalefet etmiş bir kimseye karşı ceza davasının açılmasından önce, fiilen mağdur olmuş bir kişinin bir şikayette bulunmasını gerektirmektedir. Arnhem Üst Mahkemesi, bayan Y gibi bir kimsenin olayda, kanuni temsilcinin mağdur adına bu amaçla mağdur adına hareket edemeyeceği görüşündedir. Üst Mahkeme bu boşluğu, bay B'nin aleyhine genişleterek yorumlamak suretiyle doldurulamayacağını düşünmüştür. İç hukukun yorumlanmasında yetkili ulusal mahkemelerin yerine geçmek, hiçbir şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin görevi olamaz. Mahkeme, söz konusu olayda 248. maddesine dayanılarak dava açılmayacağını ortaya çıktığını görmektedir. Ceza Kanununun 239/2. fıkrasının ise, cinsel saldırıyı değil, ama cinsel teşhiri cezalandırmaya yönelik olduğu görülmektedir. Bu fıkra açıktır ki, mevcut olaya uygulanmaz.

O halde, Ceza Kanununun ne 248. maddesi ve ne de 239/2. fıkrası, bayan Y'ye pratik ve etkili bir koruma sağlamıştır. Bu nedenle, söz konusu kötü davranışın niteliğini de dikkate alarak, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal mağduru olduğu sonucuna varılmalıdır.

c. Özel Hayata İlişkin Bilgilerin İfşasına Karşı Korunma

aa. Friedl-Avusturya Davası'nda Polisin Bilgi Toplaması

Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir bireyin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı, konunun bir özel olayla mı, yoksa kamu olayıyla mı ilgili olduğuna ve elde edilen malzemenin kısıtlı olarak mı kullanılacağına, yoksa kamuya da açıklanma olasılığının olup olmadığına bağlıdır. Friedl-Avusturya¹⁰¹ davası, davacının katıldığı bir gösteri sırasında ve gösteri sonrasında Viyana polis otoritelerinin fotoğraf çekmesi konusundadır. Polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel verileri kaydetmiş ve söz konusu gösterilerle ilgili idari bir dosyada saklamıştır. Ancak

¹⁰¹ AİHM Kararı, Friedl-Avusturya Davası, 19.05.1994.

Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamış ve kararı için şu üç nedeni ileri sürmüştür: Söz konusu otoritelerin davacının evine girip evinde fotoğraf çekmesi durumu gibi özel hayatının “iç alanına” bir müdahale olmamıştır; Fotoğraflar, davacının kendi isteğiyle katıldığı bir kamu olayına, yani kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı bir gösteriye aittir; Fotoğraflar, konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması göz önünde bulundurularak, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir.

Ancak Komisyon nihai kararını alırken, Hükümet’in aşağıdaki konularda verdiği teminatlara da önem vermiştir: hiçbir isim yazılmadığı, kaydedilen kişisel veriler ve çekilen fotoğraflar veri işlem sistemine girilmediği ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişilerin kimliğini veri işlem sayesinde belirlemek konusunda herhangi bir adım atılmadığı için, çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliği belirsiz kalmaya devam etmiştir.

Daha önceki ceza davaları hakkında kayıtlar konusunda Komisyon, geçmişteki ceza davaları hakkında kayıtlar tutulmasıyla bir bireyin özel hayatına müdahale edilmesinin göreceli olarak hafif olduğu ve suçun önlenmesi için modern bir demokratik sistemde gerekli olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. Friedl-Avusturya davasında otoriteler, davacının kimliğini trafik suçundan dolayı dava etmek için belirlemişlerdir ancak işlenen suçun hafifliği göz önünde bulundurularak dava açılmamıştır. Komisyon, toplanan bilgilerin, sadece söz konusu olayları kaydeden genel bir idari dosyada tutulmasını ve veri işlem sistemine girilmemiş olmasını göz önünde bulundurmıştır. Aksi söz konusu olsaydı, müdahalenin 8. madde’yle uyumluluğunun yeniden değerlendirilmesi gerekirdi.

Polisin meşru olarak kayıtlarında tutabileceği bilgiler arasında, hem geçmiş suçlara ait sabıka kaydı, hem de dava başlatılmayan soruşturmalarda ve söz konusu kişi hakkında belirli bir suçla ilgili makul şüphe olmadığı durumlarda toplanan bilgiler vardır. Organize terör suçuyla savaşım gibi özel nedenlerin, söz konusu bilgilerin saklanmasıyla dayanağı olduğu şartlarda, bu uygulamaya özellikle izin verilir.

McVeigh-Birleşik Krallık ¹⁰² davasında davacılar, anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanmış, üzerleri aranmış, parmak izleri alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir; bu kişiler daha sonra bu kayıtların saklanması özel hayatlarına müdahale olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Komisyon, bu bilgilerin istihbarat için gerekli olduğunu kabul etmiş ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyacın, bu kişilerin haklarına yapılan hafif olarak gördüğü bu ihlallerden daha ağırlıklı olduğuna karar vermiştir.

Murray-Birleşik Krallık ¹⁰³ davasında, davacı tutuklandığında kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesinin, terörizm suçlarının soruşturulması sürecinin meşru sınırları içine girdiği belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre, kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma prosedürleriyle alakalıdır. Bu davadan yola çıkarak, Mahkeme'nin polisin ve güvenlik güçlerinin kaydettiği bilgilerin doğasını ve kapsamını inceleyeceği ve bu bilgilerin normalde bu tür davalarda uygulanan geniş takdir hakkına tabi olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Mahkeme, ulusal güvenliği korumak amacıyla, Devletlerin yetkililere kamunun ulaşamadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir¹⁰⁴. Ayrıca ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılması da kabul edilebilir bir uygulamadır. Söz konusu istisnai şartları ve özel görevleri tanımlamak Devletin sorumluluğundadır. Ancak Mahkeme bu tür davalarda, yetkisini istismara karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olması gerektiğini de belirtmiştir. "Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli gözetim sistemi, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar verebileceği, hatta demokrasiyi yok edebileceği" riski göz önünde bulundurularak, teminatların gerekli olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵. Bu nedenle Devletler, Devletin gücünü istismar etmesini ve 8. madde haklarının ihlal edilmesini önlemek için asgari koruma standartlarını belirleyen gerekli çerçeveyi oluşturmalıdır.

¹⁰² AİHM Kararı, McVeigh, O'Neill ve Evans-Birleşik Krallık Davası, 18.03.1981.

¹⁰³ AİHM Kararı, Murray-Birleşik Krallık Davası, 28.10.1994.

¹⁰⁴ AİHM Kararı, Leander-İsveç Davası, 26.03.1987.

¹⁰⁵ AİHM Kararı, Leander-İsveç Davası, 26.03.1987.

bb. Soruşturma ve Kuvuşturma Sırasında Bilgilerin İfşası

AIHM, Doorson-Hollanda Davasında Komisyon davacıya ait olan ve polis dosyalarında bulunan bir fotoğrafın üçüncü taraflara gösterilmesi nedeniyle ortaya çıkan özel hayata müdahale durumunun, 8. madde 2. fıkraya göre haklı olup olmadığını değerlendirme durumunda kalmıştır. Suçu önlemeyi amaçlayan bu müdahalenin, aşağıdaki nedenlerle izlenen amaçla orantılı olduğuna karar vermiştir: Fotoğraf sadece soruşturma amaçlı kullanılmıştır. Genel olarak kamunun erişimine açık değildir ve daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından kanunlara uygun biçimde, yani özel hayatına müdahale etmeyen bir biçimde çekilmiştir.

Bir tutuklamanın detaylarının polis tarafından basına açıklanması, söz konusu davanın şartlarına göre sorun yaratabilir. 1995’de bir davacı, bir erkek çocuğa ahlaka aykırı saldırı şüphesiyle tutuklandıktan sonra basında çıkan ve polis tarafından evinde çok miktarda çocuk pornografisi materyali bulunduğu ait detaylar içeren haberlerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Bu kişi, polisin basına yanlış detaylar vermenin yanı sıra, mahallesindeki kişilerin onu tanınmasına imkan sağlayacak detaylar verdiği konusunda şikayetçi olmuştur. Komisyon, bunun bir müdahale olduğu varsayımından yola çıkarak, kamuoyunu ilgilendiren konular hakkında kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdüldüğü ve olayların gerçeklere dayalı bir özeti olduğu için bu müdahaleyi haklı bulmuştur.

cc. Bilgilerin İfşasına Karşı Korunma Yolları

Leander-İsveç davasında Mahkeme, bir bireyin 8. madde haklarını korumak için gerekli usul önlemlerinin özelliklerini detaylı bir biçimde ele almıştır. Davacının kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenmiş ve otoritelerin görüşüne göre kendisini güvenlik açısından riskli kılan bazı gizli bilgiler nedeniyle geçici istihdamı sona erdirilmiştir. Söz konusu kişi, hem bu bilgilerin saklanması hem de kullanılmasının yanı sıra, kendisine bu iddiaları çürütme fırsatı verilmemesinin 8. madde 1. fıkrada teminat altına alınan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme, personel kontrol sisteminin davacının özel hayatına müdahale olduğunu kabul etmekle beraber, davacının haklarının istismarına karşı

mevcut önlemleri göz önünde bulundurarak, bu sistemin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu da belirtmiştir.

Mahkeme, İsveç Hükümeti'nin istismara karşı yeterli koruma sağladığına inandığı on iki önlemden oluşan listede, personel kontrol prosedürünün etkilerini olması gereken asgari düzeye indirmeyi amaçlayan bazı hükümlere önem vermiştir. Bunlar şunlardır: Ulusal Polis Kurulu'nun hangi bilgilerin kayda gireceği hakkında takdir yetkisi olmasına rağmen, bu yetki kanunlarla düzenlenmiştir ve kapsamı Hükümetin verdiği talimatlarla belirlenmiştir; Gizli polis kaydına bilgilerin girilmesi, söz konusu bilginin özel polis birimi için gerekli olması ve "ulusal güvenliğe karşı suçları" önleme veya belirleme amacını gütmesi şartlarına tabidir. Söz konusu kanunda, hangi bilgilerin dağıtılabileceği, bilgilerin hangi otoritelere iletilebileceği, söz konusu iletinin hangi şartlarda yapılabileceği ve bilgilerin paylaşılması konusunda karar verilirken Ulusal Polis Kurulu'nun takip etmesi gereken prosedür hakkında açık ve detaylı hükümler vardır. Son olarak, gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel kontrolü dışında kullanımı, pratikte ceza davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme konulu davalar ile sınırlıdır.

Leander-İsveç davasında Mahkeme, sistemin düzgün işleyişinin kontrolünün hem Parlamento'ya, hem de Adalet Bakanlığı, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komitesi gibi bağımsız kurumlara verilmiş olmasına çok önem vermiştir.

Mahkeme ayrıca Ulusal Polis Kurulu'nun çalışmaları açısından, Kurul'un parlamenter üyeleri hakkında şu konuya dikkat çekmiştir: (üyeler) bilgilerin talepte bulunan otoriteye verilip verilmeyeceği konusunda bütün kararlara katılmaktadır. Özellikle her birine verilen veto hakkı sayesinde, veto hakkı kullanıldığında Kurul'un bilgileri vermesi otomatik olarak önlenmektedir. Bu durumda, bilgileri verme kararını, ancak konunun Ulusal Polis Komiseri veya parlamenterlerden birinin talebi üzerine Hükümete getirilmiş olması şartıyla, Hükümetin kendisi verebilir. Kaydın en önemli unsuru olan bilgilerin verilmesi konusundaki bu doğrudan ve düzenli kontrol mekanizması, istismara karşı önemli bir koruma sağlar.

Demek ki İsveç personel kontrol sistemindeki önlemler bir arada düşünüldüğünde, bu durumda 8. madde 2. fıkranın şartlarını karşılamaya yeterlidir.

Mahkeme genel olarak bütün davaları içeriğine göre ayrı ayrı değerlendirir ve diğer yargı düzenlerindeki sistemlere başvurmaz. Böylece mevcut davada incelenmekte olan sistemin Sözleşme teminatları tarafından belirlenen eşiği aşmış olmadığını ve demokratik toplum ile birey haklarını korumak arasındaki dengeyi tutturup tutturmadığını belirlemek rolünü üstlenmektedir.

B. Aile Hayatına Saygı Bakımından

a. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kavramı

AIHM, “aile”, “aile hayatı” ve “aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” kavramlarının tanımını yapmamıştır. Somut olayla ilgili davalarda, çeşitli ilişkilerin aile hayatı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirerek bu kavramın içeriğini doldurmaktadır.

AIHM, aile hayatı kavramında hızlı bir gelişme yaşandığından, özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbî gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir¹⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerçek bir aile hayatının varlığını araştırırken ilgililer arasındaki kan bağı derecesi ile birlikte bireysel ve insancıl ilişkilerin gerçek bir aile hayatını gösterir düzeyde olduğunu, birlikte yaşamak, duygusal bağlantı, iktisadi bağımlılık gibi hususları da göz önünde tutmaktadırlar¹⁰⁷.

b. Aile Hayatının Kapsamı

Aile ilişkileri 8. madde tarafından otomatik olarak korunmaktadır. Bunlar¹⁰⁸;

- Hukuka uygun olarak evli eşlerin çocuğu
- Anne ve çocuğu arasındaki ilişki

¹⁰⁶ ÖZDEMİR, Kenan; “Bitreysel Hayatın Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi)”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (e. t. 01.06.2010).

¹⁰⁷ AIHM Kararı, Beldjoudi/Fransa, 26.03.1992, (GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; a.g.e., s. 338).

¹⁰⁸ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (e. t. 01.06.2010).

Marckx / Belçika davasında aile hayatının evli olmayan anne ve çocuğu arasında doğum olayı ve bunun oluşturduğu biyolojik bağ ile kurulduğu belirtilmektedir.

Strazburg Mahkemesi aile bağları ile ilgili iç hukukların tüm ilgililerin normal bir aile hayatı sürdürebilmelerine izin vermesi gerektiğini belirtmiştir.

“Aile hayatı” henüz kurulmamış olsa dahi aile hayatı kanuna uygun ve gerçek bir evlilikten doğan tüm bağları kapsamaktadır. (Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık).

Sözleşme dışı aile hayatını ise şöyle sınıflandırabiliriz¹⁰⁹:

- Evli olmayan babalar
- Dağınık aile (aile “bağları” tek başlarına aile hayatını oluşturmazlar)
- A tipik aile yapıları (Transseksüeller ve hem cins çiftler)
- Suni dölleme/ evlat edinme
- Evli olmayan anne babadan doğan çocuklar

Evli olmayan bir babanın çocuğuyla aile hayatı hakkı bulunabilir. Evli olmayan bir çift ayrılrsa bile baba ve çocuk arasındaki bağlar devam edecektir. Keegan / İrlanda davasında, eski kız arkadaşı tarafından haberi ve rızası olmaksızın çocuğunun evlat edilmeye verilmesi üzerine evli olmayan baba çocuğunun vasisi olma talebinde bulunmuştur. Aile hayatı doğal baba ve evlilik dışında doğmuş çocuğu arasında gelişebilecek potansiyel bağlara genişleyebilir (Soderback / İsveç).

Aile hayatı anne büyükanne/büyükbabalar ve üvey aile gibi yakın aile ile bağları kapsayabilir (Bronda / İtalya). Yakın aileden birisinin (amca/dayı gibi) “baba” gibi hareket ederek çocukla çok yakın ilski kurması halinde aile hayatı var olabilir (Boyle / Birleşik Krallık).

Transeksüel bir anne/baba içeren bir aile birliği aile hayatı tanımı içerisine girebilir (X,Y ve Z / Birleşik Krallık). Homoseksüel bir anne/babanın aile hayatından faydalanmasında ayırıcı bir tutuma maruz kalmasının Sözleşme’yi ihlal edebilecek

¹⁰⁹ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm> . (e. t. 01.06.2010) ..

olmasına rağmen, lezbiyen ve/veya homoseksüel çiftler arasındaki sabit ilişkiler aile hayatı değil özel hayata saygı gösterilmesi hakkı altında korunmuştur (Silva da Mouta / Portekiz).

Suni dölleme veya evlat edinme yoluyla aile kurma hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, evlat edinmenin gerçekleşmesinden sonra çocuk ve ailesi arasında aile hayatı var olacaktır. Evlat edinilmiş çocuk ile doğal ailesi arasındaki aile hayatı bağları her zaman son bulmayabilir (Eriksson / İsveç).

Sözleşme çocuklar arasında ailelerinin evli olup olmamalarına göre ayırım yapılmasına müsaade etmemektedir (Marckx / Belçika). Bireyin aile hayatına saygı hakkına konu olan hükmün koruduğu “aile” AİHS’deki öteki kavramlar gibi otonom bir kavramdır¹¹⁰. Strasburg organları içtihatlarında, nikahlı kadın erkek birlikteliği olan hukuki aile (de jure) yanında, nikahsız olarak beraber yaşayan kadın ve erkeğin vücuda getirdiği fiili (de facto) birlikteliği de kapsamaktadır. Söz konusu davada evil olmayan bir anne ve çocuğu arasındaki aile bağının, doğum ve doğum sonucu oluşan biyolojik bağ nedeniyle oluştuğunu belirtmiştir. Bu durum, 8. madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesi teminat almak için, söz konusu bağın otomatik olarak ve hemen yasal bir bağa dönüşmesi temeldir anlamına gelir¹¹¹. Marchkx/ Belçika davasında Mahkeme, 8. maddenin devlete pozitif yükleyebileceğini belirttiikten sonra, bu cümleden olmak üzere, devletin, bekar anne ve çocuğunun normal bir aile hayatını sürmesini sağlayacak hukuki güvenceyi (mirasa ilişkin hususlar da dahil olmak üzere) yaratmak zorunda olduğunu belirtmiştir¹¹².

c. AİHM Kararına Göre Aile Hayatına Müdahale Edilmesi

aa. AİHM İçtihatlarında Aile Hayatı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin asıl amacı kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bu madde sadece Devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bunun negative yükümlülüğüne ek olarak, aile yaşamına saygı hakkının etkili biçimde korunması, olumlu yükümlülükleri

¹¹⁰ AİHM kararı, Cruz Varas et autres-İsveç, 20.03.1991.

¹¹¹ AİHM kararı, Marckx-Belçika, 13.06.1979.

¹¹² AİHM kararı, Marckx-Belçika, 13.06.1979.

de içerebilir. Nitekim AİHM, Airey-İrlanda Davasında¹¹³; İrlanda vatandaşı olan bayan Airey, 1972'den önce eşiyle bir ayrılık anlaşması yapmak istemiş, ancak eşi buna yanaşmamıştır. Haziran 1972'den itibaren yargısal yolla ayrılık kararı almak istemiş, bu nedenle bir çok avukata danışmıştır. Ancak bu konuda adli yardım verilmemesi ve masraflara karşılama gücü bulunmaması nedeniyle, kendisini temsil edecek avukat bulamamıştır. Mahkemeye göre, etkili özel ve aile yaşamına saygı hakkı, İrlanda'nın, gerektirdiği takdirde herkesin başvurabileceği koruma araçlarına ulaşmasını sağlamasını gerektirir. Ancak başvuru, Yüksek Mahkemeye başvurabilecek durumda olmadığından, bu yol başvuru için etkili biçimde ulaşılabilir değildir. Başvuru, eşinden fiilen ayrılığın hukuken tanınmasını sağlamak için başvuramaktadır. Bu nedenle Mahkeme olayda, aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, Belçikada Eğitim Dili Davasında¹¹⁴; Belçika'da eğitim alınan tedbirlerin çocukların ailelerinden uzaklaştırılması halinde özel ve aile yaşamını, dolayısıyla 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

Mahkeme, çocuğun ana baba ile birlikte yaşaması aile hayatının asıl unsurlarından biri olmakla birlikte, herhangi bir nedenle, küçüğün (mesela aile çevresinin çocuk için sakıncalı olması halinde) ana babadan alınıp bir koruyucu aile yanına veya yuvaya yerleştirilmesi yahut birlikteliğin başka bir surette son bulması (küçüğün, yabancı ülkede oturma iznine sahip ana babanın yanına gelmesine izin verilmeme gibi muhakkak ve her zaman, aile hayatının sona erdiği anlamına gelmez¹¹⁵.

AİHS 8/1. fıkrasındaki aile hayatına saygı hükmü devlete, gereğinde nikahlı eşlerin boşanmasını hukuken mümkün kılma mükellefiyeti yüklemeyiz. Mevzuatında boşanma kurumu mevcut olmayan İrlanda'ya karşı yürütülen Johnson et autres davasında nikahlı karısından ayrı uzun süredir başka bir kadınla nikahsız yaşayan bir çift ve bunların ortak çocuklarından oluşan fiili bir aile söz konusudur. M. Johnson nikahlı eşinden boşanamadığı için birlikte yaşadığı kadınla evlenememekte, çocukları da nesebi sahih evlat statüsünden yararlanamamaktadırlar. Fiili beraberlik halindeki Johnsonon "aile" başvurularında devletin boşanmayı yasaklamakla kendilerinin

¹¹³ AİHM Kararı, Airey-İrlanda Davası, 09.10.1979.

¹¹⁴ AİHM Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası, 23.07. 1968.

¹¹⁵ AİHM Kararı, Gül-İsviçre, 19.02.1996.

evlenmesine (yani hukuki aile kurlmalarına) engel olduğu; ve bu durumun da aile hayatına saygı hükmünü ihlal ettiği iddiasındaydırlar¹¹⁶.

bb. Ülkemizde Aile Hayatı İle İlgili Sorunlar

AIHM, Şerife Yiğit-Türkiye Davasında¹¹⁷, Başvuran, 1976 yılında Ömer Koç (Ö.K.) ile imam nikâhı yoluyla evlenmiş ve bu birliktelikten altı çocukları dünyaya gelmiştir. Ö.K. 10 Eylül 2002 tarihinde vefat etmiştir. Başvuran, kendisi ve kızı Emine'nin merhum eşinin emekli maaşı ile sağlık sigortasından yararlanması için Bağ-Kur Hatay İl Müdürlüğü'ne başvurmuştur. Yine bilinmeyen bir tarihte Bağ-Kur, başvuranın talebini reddetmiştir. İslahiye Asliye Hukuk Mahkemesi'nin verdiği karara dayanarak ilgili şahsın Ö.K. ile olan evliliğinin geçerli olmadığını bildirmiştir. Bu karara göre, imam nikâhı yasal olmadığı için başvuran merhumun yerine bu haklardan yararlanamaz. Mahkeme buna karşın, Bağ-Kur'un Emine ile ilgili verdiği kararı iptal etmiştir. Dolayısıyla, Emine'nin ölen babasının emekli maaşı ile sağlık sigortasından yararlanmasına onay vermiştir. Ölen eşinin emekli maaşı ve sağlık sigortasından yararlanamadığının altını çizen başvuran, buna karşın altı çocuğunun bu haklardan yararlandığını vurgulamıştır. Başvuran, çocuklarının babası olan merhum eşinin emekli maaşı ile sağlık sigortasından yararlanma hakkının ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesi nedeniyle AIHS'nin aşağıdaki gibi kaleme alınan 8. maddesi anlamında aile hayatı hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmektedir. Hükümet bu iddiaya itiraz etmektedir.

Hükümet, ulusal yasaların imam nikâhını tanımadığını ileri sürmekte ve yalnızca resmi nikâhın geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Hükümet diğer taraftan, önce yasal geçerliliği olan resmi nikâhı yapmadan imam nikâhıyla evlenen herkesin yeni Ceza Kanunu'nun 230. maddesi kapsamında suç işlediğini bildirmektedir. Hükümetin görüşüne göre, AIHS'nin 12. maddesinde öngörülen hakkın kullanımı konusunda Savunmacı Devletin takdir hakkı bulunmaktadır. Hükümet ayrıca, Anayasa'nın 41. maddesine göre evliliğin Türk toplumunun temelini oluşturduğunu ve yasalar vasıtasıyla evlilik için getirilen kısıtlama ve şartların demokratik bir toplum için gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Hükümet, Türkiye Cumhuriyeti'nin laik bir devlet yapısına

¹¹⁶ AIHM Kararı, Johnston-İrlanda, 18.12.1986.

¹¹⁷ AIHM Kararı, Şerife Yiğit-Türkiye Davası, 20.01.2009.

sahip olduğunu ve dini nikâhın resmi nikâh olarak geçerli olmadığını bildirmektedir. Zaten, böyle bir evlilik hem geçersiz ve hem de yok sayılmaktadır. Hükümet, yasaların gereğini tam olarak yerine getirmeyen bir kimsenin evlilik haklarından yararlanamayacağını açıklamaktadır. Hükümet, mevcut davada başvuranın Ö.K. ile resmi olarak evli bulunmadığının altını çizmektedir. Hükümete göre, Ö.K. ile 1976 yılında imam nikâhıyla evlenen başvuranın aile hayatı hakkına müdahale edilmemiştir. Zira, birlikte yaşamaları hiçbir zaman engellenmemiştir ve kendileri beraber geçirdikleri otuz altı yıllık müşterek yaşamları boyunca durumlarını resmi hale getirmek için sayısız fırsat yakalamışlardır. Hükümet, AİHM'nin İrlanda aleyhine Johnston ve diğerleri davasındaki (18 Aralık 1986, prg. 68, seri A no 112) içtihadına atıfta bulunarak, 8. maddenin yasadışı evlilik kategorisi için özel bir sistem kurma zorunluluğu getiriyor şeklinde yorumlanamayacağını ileri sürmektedir. Son olarak Hükümet, başvurana yapılan uygulamanın benzer durumdaki diğer kimselere yapılan uygulamalarla aynı olduğunu, bu konuda ilgili şahsa getirilen kısıtlamaların yasalarla belirlendiğini ve demokratik toplumlarda bu gibi önlemlerin gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

Hükümetin iddialarına itiraz eden başvuran, nüfus kütüğünde Ö.K.'nin eşi olarak kayıtlı olduğunu ileri sürmektedir. Kızlık soyadının Yiğit olmasına rağmen, mahkeme kararlarında ve duruşma tutanaklarında soyadının eşininki gibi Koç olarak yazıldığını vurgulamaktadır. Başvuran, imam nikâhının gelenek ve göreneklere dayalı bir Türkiye gerçeği olduğunu savunmaktadır. Başvuran, kendisinin Ö.K. ile resmi nikâhlı olmaması gerekçe gösterilerek sosyal haklardan mahrum edilmesine itiraz etmektedir. Ayrıca, böyle durumlarda erkeklerin değil sadece kadınların mağdur olduğunun altını çizmektedir. Bu konuda, yasaların kadınları korumadığını ileri süren başvuran, ulusal makamların durumdan haberdar olduğu halde bu durumu düzeltmek için herhangi bir girişimde bulunmadıklarını vurgulamaktadır. Başvuranın kanaatine göre, nüfus kütüklerini tutan resmi makamların yürürlükteki yasa gereğince kendisinin bu durumunu yetkili makamlara bildirmesi gerekirdi.

AİHM'ne göre, 8. madde aile hayatının korunmasını teminat altına alırken bir ailenin mevcut olduğunu varsaymaktadır. Bu, hem “gayrimeşru” ailenin ve hem de “yasal” ailenin “aile hayatı” için geçerlidir (*Belçika aleyhine Marckx davası*, 13 Haziran 1979, prg. 31, seri A no 31, ve *Johnston ve diğerleri davası*, sözkonusu bölüm, prg. 62). Bir “aile hayatının” mevcut olup olmadığı konusu, yakın kişisel bağlar gerçeğine

dayanan olgusal bir meseledir (*Finlandiya aleyhine K. ve T. davası* [GC], no 25702/94, prg. 150, CEDH 2001-VII). Aslında, “aile” kavramı yalnızca resmi nikâh üzerine kurulu ilişkilerle sınırlı olmayıp, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerde olduğu gibi diğer fiili *de facto* “ailesel” ilişkileri de içine alabilmektedir (*Johnston ve diğerleri davası*, sözkonusu bölüm, prg. 55, *İrlanda aleyhine Keegan davası*, 26 Mayıs 1994, prg. 44, seri A no 290, ve *Bulgaristan aleyhine Al-Nashif davası*, no 50963/99, prg. 112, 20 Haziran 2002). Bu nedenle, bir ilişkinin “aile hayatı” olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermek için, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadıkları, ne zamandan beri birlikte yaşadıkları ve müşterek çocuklarının olup olmadığı gibi bazı belirleyici unsurların dikkate alınması gerekebilir (*Birleşik Krallık aleyhine X, Y ve Z davası*, 22 Nisan 1997, prg. 36, *Karar ve Hükümlerin derlemesi* 1997-II, ve *Fransa aleyhine Merger ve Cros davası*, no 68864/01, prg. 45, 22 Aralık 2004).

Mevcut davada AİHM, başvuranın 1976 yılında Ö.K. ile imam nikâhı yoluyla evlendiğini, bu birliktelikten altı çocuğun dünyaya geldiğini ve ilk beş çocuğun babalarının nüfus kütüğüne işlendiğini, ancak en son doğan çocuğun başvuranın nüfus kütüğüne kaydedildiğini tespit etmektedir. Başvuran ile çocuklarının, 2002 yılında vefat edene kadar Ö.K. ile birlikte yaşadıkları hususunda tarafların herhangi bir itirazı bulunmamaktadır. AİHM kendisinin, Türk hukukunda imam nikâhının yeri ve rolü ile bunun toplumda doğurduğu sonuçlar hakkında herhangi bir karar verme yetkisi olmadığını vurgulamaktadır. AİHM’nin kanaatine göre, başvuran, Ö.K. ve müşterek çocuklarının AİHS’nin 8. maddesi anlamında “aile” oluşturacak şekilde beraber yaşadıklarının tespit edilmesi yeterlidir. AİHM, mevcut davanın özel şartlarında, Hatay İş Mahkemesi tarafından 21 Ocak 2004 tarihinde verilen kararın başvuranın aile hayatını etkileyecek nitelikte olup olmadığını incelemelidir. AİHM, Avrupa Konseyi’ne üye bazı ülkelerde geleneksel resmi nikâh dışında istikrarlı bir müşterek yaşam sürdüren nikâhsız çiftler veya medeni ortaklıkların makul karşılandığı, hatta kabul gördüğü bir sosyal eğilimin yasama organı tarafından da desteklendiğini tespit etmektedir. Bununla birlikte AİHM, Türk hukukunda aynı veya ayrı cinsiyetten iki kişinin resmi nikâh dışında medeni ortaklık oluşturarak resmi nikâhlı bir çiftle aynı veya benzer haklara sahip olmalarını sağlayacak hukuki bir düzenleme bulunmadığını anımsatmaktadır. AİHM, Sözleşmecî Devletlere tanınan takdir hakkı nedeniyle bu alanda yasal düzenlemeler yapılmasını talep edemez. Halihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre

bir imam tarafından kıyılan imam nikâhı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdî olarak belirtildiği resmi bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmi nikâhı koruma altına alması mantıksız sayılamaz. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında da evlilik kurumunun evli çiftlere özel bir statü tanıdığına genel kabul gördüğüne hükmettiğini anımsatmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Burden davası* [GC], no 13378/05, prg. 65, 29 Nisan 2008, ve *Birleşik Krallık aleyhine Joanna Shackell davası* (karar), no 45851/99, 27 Nisan 2000). Ayrıca, AİHS'nin 8. maddesi, nikâhsız çiftler kategorisi için özel bir sistem kurma zorunluğu getiriyor şeklinde yorumlanamaz (*Johnston ve diğerleri davası*, sözkonusu bölüm, prg. 68).

Mevcut davadaki özel koşullar çerçevesinde AİHM, ölüm yardımları konusunda resmi nikâhlı çiftler ile evli olmayan çiftler arasında gözlemlenen farklı uygulamaların meşru bir amacı gözettiğini, geleneksel resmi nikâhla kurulan ailelerin korunması gibi haklı ve makul bir dayanağının olduğunu dikkate almaktadır (*İspanya aleyhine Antonio Mata Estevez davası* (karar), no 56501/00, 10 Mayıs 2001). Bu gerekçelerle AİHS'nin 8. maddesi ihlâl edilmemiştir

AİHM, Tavlı-Türkiye Davasında¹¹⁸ ; Başvuran, AİHS'nin 8. maddesi hükümlerine dayanarak, eski eşinden doğma çocuğun babası olmadığına dair bilimsel kanıta sahip olmasına rağmen bunu bir mahkeme tarafından tespit ettirememesinden şikayetçi olmuştur.

Mahkeme 8. maddenin amacının bireyi resmi mercilerin keyfi uygulamalarından korumak olduğunu hatırlatır. Maddenin kapsamında buna ek olarak özel ve aile yaşamına etkili “saygı” gösterilmesini sağlayan olumlu yükümlülükler de bulunabilir. Bu yükümlülükler bireylerin birbirleriyle ilişkilerinde dahi özel yaşama saygıyı güvence altına almak için tasarlanan tedbirlerin benimsenmesi de dahil olabilir (bkz. *Mikulić – Hırvatistan*, 53176/99). Ancak devletin bu hüküm kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar yükümlülüklerin tam olarak tanımlanmasına imkân vermemektedir. Yine de uygulanabilir ilkeler benzerlik

¹¹⁸ AİHM Kararı, Tavlı-Türkiye Davası, 09.11.2006.

göstermektedir. Her iki durumda da bireyle toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge sağlanmasının üzerinde durulmalıdır. Her iki durumda devlet belli bir miktar değerlendirme yapabilir (bkz. *Keegan – İrlanda*, A Serisi no. 290 ve *Kron vd. – Hollanda*, A Serisi no. 297-C). Mahkeme, görevinin ulusal düzeydeki babalık ihtilaflarını düzenlemekte yetkili ulusal mercilerin yerine geçmekten ziyade bahse konu mercilerin takdir yetkisini kullanırken aldıkları kararları AİHS şartlarına göre gözden geçirmek olduğunu hatırlatır (bkz. *Mikulić*, yukarıda anılan ve *Hokkanen – Finlandiya*, A Serisi no. 299-A).

Aslında başvuranın talebi muhakeme esnasında *mücbir sebep* nedeniyle elde edilemeyen bir belgenin hükmün itasından sonra ele geçirilmiş olması halinde mahkemenin iadei muhakemeye karar verebileceğini belirten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesine dayanıyordu. Ancak Yargıtay içtihadı bilimsel gelişmenin bahse konu madde kapsamında *mücbir sebep* olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle ulusal mahkemelerin 445. madde yorumu, adli DNA testi yaygınlaşmadan önce babalığa ilişkin biyolojik tespit yaptıramamış olanlar için bir imkân tanımamıştır. Mahkeme çocuğun nüfusa kaydedildiğini öğrenmesinden en geç bir yıl sonra babası olmadığını keşfetmediği için başvurana nesebin reddi hakkının verilmemesinin ulaşılmaya çalışılan yasal amaçlarla orantılı olmadığını daha önce belirtmiştir (*Shofman – Rusya*, 74826/01). *Mizzi – Malta* (26111/02) kararında başvuranın nesebin reddine hiçbir zaman izin verilmemesinin ulaşılmaya çalışılan yasal amaçlarla orantılı olmadığı tespit edilmiştir. Ancak bu tespitler başvuranın başlangıçta çocuğun kendisinden olmadığından şüphelenmediği, ancak dava açmak için tanınan süre bitiminden sonra şüphelenmeye başlamış olduğu davalarda yapılmıştır. Ancak somut davadaki durum farklı idi. Başvuranın başından beri babalıkla ilgili şüpheleri olduğu ve bu yüzden S.'nin doğumundan sonra iki aydan kısa bir sürede; HUMK'nın öngördüğü süre içinde nesebin reddi davası açtığı görülmektedir. Ancak S.'nin babası olmadığını TCK'nın 287. maddesinde belirtildiği şekilde kanıtlayamamıştır. Bu nedenle mahkeme çocuğun evlilik içinde doğmuş olmasını dikkate alarak başvuranın çocuğun babası olduğuna hükmetmiştir. DNA testi yaygınlaşınca başvuran ve S.'ye test uygulanmış ve S.'nin babasının başvuran olamayacağı tespit edilmiştir. Ne var ki testin doğruluğuna dair şüphe olmamasına rağmen mahkeme başvuranın yeniden yargılama talebini geri çevirmiştir. Yeniden

yargılama yapılabilmesi için yeni elde edilen kanıtın yargılama devam ederken de mevcut olması ancak *mücbir sebepten* ulaşılamıyor olması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak söz konusu madde hükümlerine göre bilimsel gelişmenin *mücbir sebep* kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın ilk olarak nesebin reddi davası açtığı 1982 yılında DNA testi yapılmasının teknolojik zorluğuna rağmen yeniden yargılama yapılması talebinin reddinin neden “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna dair Hükümetin sebep sunmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca ulusal mahkemelerin başvurandan ziyade çocuk ve ailenin yararını gözetmiş olduğuna dair Hükümetin savunmasından tatmin olmamıştır. Özellikle çocuğun yararının nasıl gözetildiği belirtilmemiştir. Mahkeme bilimsel kanıtlara göre kendisine ait olmayan bir çocuğun babalığını reddetmek için en az bir fırsat verilmesinin başvuranın yasal hakkı olduğu gibi gerçek babasını öğrenmenin S.’nin de yararına olduğunu belirtir.

Mahkemenin içtihadına göre tespit edilen gerçekler ve ilgililerin istekleri göz önünde bulundurulmaksızın hukuki varsayımların biyolojik ve sosyal gerçekliğin önüne geçtiği durum, devlete bırakılan takdir miktarı dikkate alındığında dahi özel ve aile hayatına etkili “saygı”nın güvence altına alınması yükümlülüğüne uymamaktadır (bkz. *üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Kroon*, yukarıda anılan). Mahkeme bilimin gelişmesinin HUMK’nın 455. maddesine göre iadei muhakeme için sebep olarak kabul edilmemesi nedeniyle başvurana nesebin reddi hakkının verilmemesinin ulaşılmaya çalışılan yasal amaçlarla orantılı olmadığını kanaatindedir. Aile ilişkilerinin hukuki kesinliğinin korunması genel menfaati ve başvuranın babalık kanuni karinesini biyolojik kanıtlar ışığında tespit ettirme hakkı arasında adil bir denge tesis edilememiştir (bkz. *üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Mizzi*, yukarıda anılan ve *Shofman*, yukarıda anılan). Mahkeme ulusal mahkemelerin mevcut yasayı bilimsel gelişmeler ve bunun toplumsal yansımaları ışığında yorumlaması gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, sorumlu devletin kendisine verilmiş olan takdir payına rağmen başvurana AİHS tarafından tanınan özel hayata saygı hakkını koruyamadığına karar vermiştir. Bu nedenle AİHS’nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

Mahkeme, Ünal Tekeli-Türkiye Davasında¹¹⁹, Başvuran, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, yetkililerin

¹¹⁹ AİHM Kararı, Ünal Tekeli-Türkiye Davası, 16.11.2004.

evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesinden şikayet etmiştir. Bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ve Sözleşme'nin 14. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 8. maddeyi ihlal ettiğini öne sürmüştür. Sonuç olarak, aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı, söz konusu davada şikayet konusu olan cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırıdır. 69. Bu sonuca göre AİHM söz konusu farklı muamelenin tek başına 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlemeye gerek görmemiştir.

Yöyler-Türkiye Davasında¹²⁰, 1994 yılında, üçü de başvuranın geniş ailesine mensup olan üç kadın PKK'ya katılmaya karar verirler. 15 Eylül 1994 tarihinde Malazgirt Jandarma Komutanı köye gelerek, üç gün içinde adı geçen üç kadın kendisine getirilmezse köyü ateşe vermekle tehdit eder. 13. Bu tehditten korkan başvuranın ailesiyle kadınların aileleri eşyalarını alarak kaçarlar. Fakat özel timlerle birlikte jandarmalar onları köye dönmeye ve eşyalarını bırakmaya zorlarlar. Jandarma ve özel tim aileleri bir eve toplayarak, başvuranın karısının da aralarında bulunduğu bazılarına saldırıda bulunurlar. Jandarma ve özel tim köylülere, ilerde hatırlamalarına yardımcı olması için evlerinin güzel resimlerini çekmelerini söyleyerek köyden giderler. 14. 18 Eylül 1994 günü saat 20.00'de jandarma timleri ve köy korucuları köye gelirler. Köylülere evlerine girerek ışıkları söndürmeleri emredilir. Güvenlik güçleri daha sonra köylülerin traktörlerinden mazot alarak başvuran ve ailesinin evini ateşe verir. Başvuran evi yakılırken, köyde değil İzmir'de bulunmaktadır.

Mahkeme, güvenlik güçlerinin başvuranın evini ve eşyalarını bilerek ve isteyerek yok ettiğini ve ailesinin köyü terketmek zorunda kaldıklarının tespit edildiğini iddia etmiştir (bkz. yukarıdaki prg. 64). Bütün bu olaylar AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmesine sebep olmanın dışında özel hayata, aile ve ev yaşantısına ve ayrıca mülkünden faydalanma hakkına saygı ilkesine de şüphesiz ters düşmektedir. (bkz. 28 Kasım 1997 tarihli *Menteş ve diğerleri/Türkiye Kararı*, *Raporlar 1997-VIII*, s. 2711, prg. 73, ve 30 Ocak 2001 tarihli *Dulaş/Türkiye Kararı*, no 25801/94, prg. 60). 80. Mahkeme bu nedenle AİHS'nin 8. maddesinin ve I no'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹²⁰ AİHM Kararı, Yöyler-Türkiye Davası, 24.07.2003.

AİHM, Lemke-Türkiye Davasında ¹²¹ ; Başvuran 1950 doğumlu olup Balıkesir’de ikamet etmektedir. Mevcut dava, Bergama ilçesi (İzmir) sınırları dahilinde, başvuranın ve ailesinin ikamet yerlerinden yaklaşık elli kilometre uzaklığında bulunan Ovacık’ta, altın madeni işletmesi izninin verilmesi ile ilgilidir. Hükümet, bölge sakinlerinin sağlığı ve bölgenin güvenliği ile ilgili tehlike risklerinin farazi nitelikte olduğunu belirtmektedir. Esasında altın madeni işletmesinin, ne bölge sakinleri üzerinde ne de diğer canlılar üzerinde zararlı bir etkisi tespit edilmiştir. Hükümet’e göre siyanür kullanımı, başvuranın hakları üzerinde ölçülebilir herhangi bir risk teşkil etmemektedir. Bu açıdan Hükümet, altın madeni işletilmesi ile ilgili izinlerin, TÜBİTAK tarafından gerçekleştirilen ve sonucunda bölge sakinleri ve çevre üzerinde hiçbir tehlikenin bulunmadığının belirtildiği inceleme raporu dikkate alınarak tekrar gözden geçirildiğini belirtmektedir. AİHM daha önce de *Taşkın ve diğerleri* ile *Öçkan ve diğerleri-Türkiye* (no:46771/99, 28 Mart 2006) kararlarında, bir Devlet için çetrefil nitelikteki çevresel ve ekonomik sorunların ele alınıp bunların çözümlenmesi sözkonusu olduğunda, karar sürecinin, her şeyden önce çevreye ve kişi haklarına zarar verecek nitelikteki faaliyetlerin etkilerinin önceden tespit edilmesine olanak sağlayacak şekilde, uygun araştırma ve incelemelerin yapılması hususunu içermesi gerektiğine kanaat getirdiğini hatırlatmaktadır. Böylece çeşitli menfaat çatışmaları arasında adil bir denge tesis edilecektir. Bu inceleme sonuçlarına ve karşı karşıya kaldıkları tehlikeyi değerlendirmeye olanak sağlayan bilgilere halkın erişebilmesinin önemi tartışmasızdır. AİHM ayrıca İdarenin, Hukuk Devleti’nin bir unsuru olduğunu ve bunun da önemli öğesinin yargının iyi yönetimi ilkesi olduğunu ve yargı kararlarının İdare tarafından yerine getirilmesinin reddedilmesi ya da geciktirilmesi durumunda, yargılama sürecinde kişiye tanınan güvencelerin varlık nedenlerini kaybettiğini hatırlatmaktadır (Bkz. *mutatis mutandis, Hornsby-Yunanistan*). AİHM, Danıştay’ın 13 Mayıs 1997 tarihinde altın madenin işletilmesi ile ilgili izin hiçbir suretle kamu yararı ile örtüşmediğine ve Şirket tarafından alınan güvenlik tedbirlerinin, bu türden bir faaliyet sonucunda ortaya çıkan tehlikeleri ortadan kaldırmak için yeterli olmadığına kanaat getirmiştir. Bununla birlikte *Taşkın ve diğerleri* kararında dava konusu altın madenin kapatılmasına, 13 Mayıs 1997 tarihli karardan yaklaşık altı ay sonra ancak 27 Şubat 1998 tarihinde karar verilmiştir. Bu bakımdan AİHM, altın madeni işletmesinin 2001 yılının Nisan ayında faaliyetlerine tekrar başladığını tespit ettiğini hatırlatmaktadır (*Taşkın ve diğerleri-*

¹²¹ AİHM Kararı, Lemke-Türkiye Davası, 05.06.2007.

Türkiye). AİHM ayrıca Danıştay'ın, 29 Mart 2002 tarihinde Şirket'e altın madeni işletme iznini verdiğini not etmektedir. Oysa ki Çevre ve Orman Bakanlığı ancak 27 Ağustos 2004 tarihinde çevresel etki değerlendirmesi sonucunda işletmeci şirkete olumlu bir belge vermiştir. Böylece sadece Türk yasal mevzuatı tarafından değil aynı zamanda idari yargı kararlarıyla da belirlenmiş olan güvencelere rağmen, Bakanlar Kurulu, söz konusu faaliyetin etkilerinin değerlendirilmesini sağlayacak uygun araştırma ve incelemelere başvurmadan, 29 Mart 2002 tarihinde altın madeni işletme faaliyetlerinin sürdürülmesine izin vermiştir. Sonuç olarak AİHM, 2004 yılının Ağustos ayında gerçekleştirilen yeni çevresel etki değerlendirmesi yöntemi hakkında açıklama yapmaksızın, bu incelemenin yapılmasına kadar geçen süre içerisinde ulusal mahkemelerin, başvuranın sahip olduğu usul güvencelerini her türlü etkililiğinden yoksun bıraktığını tespit etmektedir. Bu nedenle Savunmacı Devlet, AİHS'nin 8. maddesini dikkate almadan, başvuranın özel ve ailevi yaşamına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin güvenceleri sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Sonuç olarak bu madde ihlal edilmiştir.

AİHM, *Öçkan ve Diğerleri-Türkiye*¹²² Davasında: Bergama ilçesi (İzmir) sınırları dahilinde, Ovacık'ta altın madeni işletmesi izninin verilmesi ile ilgilidir. Bu konu AİHM'nin 10 Kasım 2004 tarihinde verdiği kararın konusuyla aynıdır (*Taşkın ve diğerleri*, no: 46177/99, AİHM 2004-...). Başvuranlar, Bergama ve çevre köylerinde oturan şahıslardır. Başvuranlar, ulusal makamlar tarafından siyanür yöntemi ile altın madeni işletmeciliğine izin verilmesi yönündeki kararlar AİHS'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Hükümet, 8. maddenin bu davaya uygulanamayacağını ileri sürmekte ve başvurunun kabul edilemez bulunmasını talep etmektedir. AİHM, *Taşkın ve diğerleri* (sözüedilen karar, § 113) kararında, madencilik faaliyetinin tehlikeli etkilerinin, bir çevre etkin değerlendirmesi çerçevesinde özel ve aile hayatıyla yeterince yakından ilgili olduğunu ortaya koyacak şekilde tespit edildiğinde, AİHS'nin 8. maddesinin duruma uygulandığını hatırlatmaktadır. Bu durumda AİHM, ilgililerin, sözkonusu madenin işletilmesi için sodyum siyanür suyu yıkama tekniğine başvuran Ovacık altın madeni çevresinde bulunan köylerde yaşadıklarını not etmektedir. Yapılan birçok araştırma, altın madeninin neden olduğu riskleri ortaya koymuştur. Bu çalışmalara dayanarak Danıştay,

¹²²AİHM Kararı, *Öçkan ve Diğerleri-Türkiye Davası*, 28.03.2006.

13 Mayıs 1997 tarihinde verilen izin kararının kamu menfaatiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak 8. maddenin uygulanabilirliği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır.

AİHM, çevre sorunları üzerinde etkisi olan Devlet kararlarına konu teşkil etmiş bir davada, yapacağı incelemenin iki yönünün bulunduğunu hatırlatmaktadır. Birincisi, 8. maddeye uygun olduğundan emin olmak amacıyla ulusal mercilerin kararının maddi içeriğini değerlendirebilir. İkincisi, kişi menfaatlerinin gözönünde bulundurulup bulundurulmadığını doğrulamak amacıyla karar alma süreciyle ilgilenebilir (Bkz. *mutatis mutandis*, *Hatton ve diğerleri-Birleşik Krallık*, no: 36022/97, § 99, AİHM 2003-VIII). Ovacık altın madenine izin verilmesi konusunda ulusal makamların aldıkları kararın içeriği hakkında AİHM, kararın kamu menfaatine uygun olmadığına dair ulusal mahkemelerin vardığı sonucu bertaraf etmek için hiçbir neden görmemektedir. Geriye karar alma sürecinin, 8. madde tarafından tanınan usul güvencelerine riayet edilerek gelişip gelişmediğini doğrulamak kalmaktadır. AİHM, Devlet için çevre ve ekonomi politikasına ilişkin karmaşık sorunları irdelemek söz konusu olduğunda, karar alma süreci öncelikle, çevre ve kişi haklarını ihlal edebilecek faaliyetlerin etkilerini tespit edecek ve önleyecek şekilde uygun soruşturma ve araştırmaların yapılmasını ve böylece birbiriyle çatışan çeşitli menfaatler arasında dengenin sağlanmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Halkın, yapılan araştırmaların sonuçlarına ve karşı karşıya olduğu tehlikenin değerlendirilmesini sağlayan bilgilere ulaşmasının önemi kuşku götürmemektedir. Sonuç olarak ilgili kişiler, karar alma sürecinde menfaatlerinin ya da görüşlerinin yeterince göz önünde bulundurulmadığına kanaat getirdikleri takdirde, her türlü karara, eyleme ya da ihmale karşı mahkemeler önünde itirazda bulunabilmelidir (*Taşkın ve diğerleri*, § 118). Bu durumda, 19 Ekim 1994 tarihinde Ovacık altın madenine Çevre Bakanlığı tarafından verilen izin kararının öncesinde, uzun sürede yürütülen bir dizi soruşturma ve inceleme yapılmıştır. Öncelikle, etki incelemesi gerçekleştirilmiştir. Daha sonra 26 Ekim 1992 tarihinde bölge halkını bilgilendirme toplantısı düzenlenmiştir. Başvuranlar ve bölgede yaşayan halk, söz konusu inceleme de dahil olmak üzere uygun bütün belgelere ulaşabilmişlerdir. 13 Mayıs 1997 tarihinde Danıştay, 19 Ekim 1994 tarihli kararı iptal etmiştir. Danıştay kararı, yaşam hakkı ve çevre hakkı ile ilgili Devletin pozitif yükümlülüğüne dayanmaktadır. Ancak, sözü edilen Taşkın ve diğerleri kararında belirtildiği gibi, Ovacık altın madeninin kapatılması

kararı 27 Şubat 1998 tarihinde, yani 13 Mayıs 1997 tarihli kararın verilmesinden on ay sonra ve İdare'ye kararın tebliğ edilmesinden dört ay sonra verilmiştir. Ayrıca, 1 Nisan 2000 tarihinde Başbakan'ın müdahalesinin ardından değişik Bakanlıklar tarafından verilen izinlerin yasallığı hakkında uzun süren anlaşmazlığın tek kaynağı, İdare'nin yargı kararlarına ve ulusal mevzuata uymayı reddetmesidir. Ulusal mahkemelerin vurguladıkları gibi sözkonusu izinler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 6. maddesi gözönüne alındığında etki incelemesine dayanan iznin verilmesi kararı olmadan hiçbir yasal temeli olamaz. Ayrıca hiç kimse, mahkemelerin iptal ettiği kararın yerini alacak yeni bir kararın olduğunu ileri sürmemektedir. AİHM, İdare'nin, hukuk Devleti'nin bir parçasını oluşturduğunu ve adaletin en iyi şekilde işleminin İdare'nin yararına olduğunu, eğer İdare görevini yerine getirmekte ihmalkarlıkta bulunursa veya yerine getirmeyi reddederse ya da geç yerine getirirse, yargıya başvuran kişinin faydalandığı güvencelerin var olma nedenlerini kaybedeceğini hatırlatmaktadır (Bkz. *mutatis mutandis*, *Hornsby-Yunanistan*, 19 Mart 1997 tarihli karar, 1997-II, s. 510-511, § 41). Bu tespit zorunludur. Zira dava koşullarından, Türk mevzuatının sunduğu usul güvencelerine ve adli kararlarla söz konusu güvencelerin somutlaştırılmasına karşın, Bakanlar Kurulu'nun 29 Mart 2002 tarihinde, aleni olarak açıklanmayan bir kararla, 2001 yılının Nisan ayında tekrar faaliyete geçen altın madenin faaliyetlerine devam etmesine izin verdiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Böylece makamlar, başvuranların elinde bulunan usul güvencelerini, her türlü etkililiğinden yoksun bırakmışlardır. AİHM, Savunmacı Devlet'in başvuranların özel ve aile yaşamlarına saygı hakkını güvence altına alma zorunluluğunu, AİHS'nin 8. maddesine aykırı olarak yerine getirmediğini tespit etmektedir. Sonuç olarak bu hüküm ihlal edilmiştir.

C. Konutun Korunması

Genel olarak 8. madde'deki anlamına göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir; bu nedenle 8. madde 1. fıkradaki anlama göre yaşanan bütün yerler konut olabilir. Tatil evleri ve iş yurtları veya diğer geçici uzun süreli konaklama yerleri istisna olabilir¹²³.

¹²³ KİLKELLY, Ursula; a.g.e., s. 19.

Gillow-Birleşik Krallık¹²⁴ davasında Mahkeme, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri 8. madde kapsamında konutu sayabileceklerine karar vermiştir. Bunun nedeni, uzun süre uzak olmalarına rağmen, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu gayri menkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmalarıdır.

Mahkeme 1992’de, 8. madde kapsamında bu tür yerlerin aranması bağlamında, *konut* kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir. Niemietz-Almanya¹²⁵ davasında Mahkeme, konutun örneğin meslek sahibi bir kişinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiştir. Bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekanda yapılabileceğinden yola çıkarak, bu konuda kesin ayrımlar yapmak her zaman pek mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda, işyerleri 8. madde’nin korumasına alınmıştır.

Mahkeme Selçuk ve Asker-Türkiye¹²⁶ davasında, güvenlik güçlerinin başvurucuların evlerini ve eşyalarını ve Bayan Selçuk’un ortak olduğu değirmeni, onları İslamköy’ü terk etmeye zorlamak için, kasten tahrip ettiğinin sabit olduğuna hükmettiğini anımsatır (bkz. yukarıda paragraf 77). Bu fiillerin, 3. maddenin ihlaline neden olmanın yanı sıra, başvurucuların özel ve aile yaşamlarına ve meskenlerine saygı gösterilmesi haklarına ve mülkiyetlerini müdahaleden uzak kullanma haklarına özellikle ciddi ve haksız bir müdahale oluşturduğu kuşkusuzdur. Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesinin ve 1 numaralı Protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme Doğan ve Diğerleri-Türkiye¹²⁷ davasında, Başvurucular, 1994 Ekim ayına kadar, Türkiye’nin olağanüstü hal bölgesinde bulunan Tunceli İlinin Hozat İlçesine bağlı Boydaş köyünde yaşamışlardır. Boydaş Köyü sakinleri Ekim 1994’te, bölgedeki karışıklık nedeniyle köylerinden zorla çıkarıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, güvenlik güçlerinin kendilerini köylerinden ayrılmaya zorlamak için evlerini tahrip ettiğini ve bu yüzden halen yoksul koşullarda yaşadıkları Elazığ ve İstanbul gibi daha güvenli bölgelere taşınmak zorunda kaldıklarını ileri sürmüşlerdir.

¹²⁴ AİHM Kararı, Gillow-Birleşik Krallık Davası, 24 Kasım 1986.

¹²⁵ AİHM Kararı, Niemietz-Almanya Davası, 16.12.1992.

¹²⁶ AİHM Kararı, Selçuk ve Asker-Türkiye Davası, 24.04.1998.

¹²⁷ AİHM Kararı, Doğan ve Diğerleri-Türkiye Davası, 29.06.2004.

Mahkeme, başvurucuların evlerine ve geçim araçlarına ulaşmalarının engellenmiş olduğuna dair bir şüphe bulunmadığı ve Birinci Protokol'ün 1. maddesinin ihlalinin ortaya çıkmış olmasının, aynı zamanda aile yaşamı ve evlerine saygı hakkına ciddi ve haksız bir müdahale oluşturduğu görüşündedir. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır.

AİHM Hasan İlhan-Türkiye¹²⁸ davasında, güvenlik güçlerinin başvuranın evini ve içindekileri kasıtlı olarak tahrip ettiğini ve ailesini köyü terketmeye zorladığını tespit etmiştir. Bu hareket, 3. maddenin ihlaline yol açmakla birlikte başvuranın özel hayatı ve aile hayatına, evi ve eşyalarına saygı duyulması hakkına affolunamaz ve hakkaniyete uygun olmayan şekilde müdahale edildiğinin göstergesidir (bkz. Mentesh ve Diğerleri/Türkiye Davası, 28 Kasım 1997 tarihli karar, Raporlar 1997-VIII, sayfa 2711, § 73, ve Dulaş/Türkiye Davası, no. 25801/94, § 60,30 Ocak 2001). 113. AİHM, sonuç olarak, AİHS'nin 8. maddesi ve I No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme Işıldak-Türkiye¹²⁹ kararında, Başvuran, 8 Kasım 2000 tarihinde Fatih Savcılığı ile İstanbul Valiliği'ne suç duyurusunda bulunmuştur. Şikâyetinde, bir gün önce saat 19.00 ila 21.00 arasında iki polis memurunun atölyesine geldiğini ve içlerinden Yusuf isimli olanın kendisinden izin almaksızın açık olan kapıdan atölyeye ve daha sonra yatak odasına kadar girdiğini ifade etmiştir.

AİHM, 8. maddede yer alan “konut” kavramının iç hukuka bağlı olmayan otonom bir kavram olduğunu anımsatmaktadır. Belli bir mekanın 8. maddenin koruması altındaki bir “konut” sıfatında olması, olayla ilgili şartlara ve özellikle belirli bir yer ile daimi ve yeterli bir bağlantının mevcudiyetine bağlıdır (*Rusya aleyhine Prokopovitch davası*, n° 58255/00, prg. 36, CEDH 2004-XI (alıntılar)). “Konut” terimi 8. maddenin İngilizce versiyonunda yer alan “ev” kelimesinden daha geniş bir anlam alanına sahiptir. Örneğin liberal bir meslek mensubunun büro veya kabinesi bu kapsamda değerlendirilebilir (*Almanya aleyhine Niemietz davası*, 16 Aralık 1992 tarihli karar, seri A n° 251-B, sayfa 34, prg. 30).

¹²⁸ AİHM Kararı, Hasan İlhan-Türkiye Davası, 09.11.2004.

¹²⁹ AİHM Kararı, Işıldak-Türkiye Davası, 30.09.2008.

AİHM, ayrıca gerçek kişinin ikâmet ettiği ve aynı zamanda sahibi olduğu şirketin bürosu olarak kullandığı bir konutta gerçekleştirilen polis aramasını AİHS'nin 8. maddesinde belirtilen kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak değerlendirdiğini anımsatmaktadır (*Birleşik Krallık aleyhine Chappell davası*, 30 Mart 1989 tarihli karar, seri A n° 152-A, sayfa 12-13, prg. 26, ve sayfa 26, prg. 63). Daha sonra AİHM, bazı şartlarda bir şirkete ait ticaret merkezi, büro veya mesleki mekanların da AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan hakların içerisine dahil edilebileceğini kabul etmektedir (*Fransa aleyhine Colas Est Şirketi ve diğerleri davası*, n° 37971/97, prg. 40-41, CEDH 2002-III).

Bu başvuruya ilgili olarak AİHM, atölyenin kamuya ne kadar açık olduğundan bağımsız olarak, eğer başvuranın işyeri konumunda ise 8. maddenin her halükarda uygulanacağını vurgulamaktadır (bakınız *Niemietz*, ilgili paragraflar 30-31). Zaten, taraflar bahsi geçen atölyenin aynı zamanda konut olarak kullanıldığına itiraz etmemektedirler (bakınız, *a contrario*, *Rusya aleyhine Khamidov davası*, n° 72118/01, prg. 131, CEDH 2007-... (alıntılar). AİHM, polis memurunun atölyeye başvuranın izni olmadan girmesi dolayısıyla (bakınız, *a contrario*, *Fransa aleyhine R.L. ve M.-J.D. davası* (karar), n° 44568/98, 18 Eylül 2003), konutuna saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği kanaatindedir.

Bu aşamadan sonra, sözkonusu müdahalenin, 8. maddenin 2. paragrafı kapsamında haklı olup olmadığının, yani yasayla öngörülüp öngörülmediğinin, bir veya daha fazla meşru amaç güdüp gütmeyeceğinin ve demokratik bir toplumda bu amaçlara ulaşmak için müdahalenin gerekli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Olayın geçtiği dönemde – AİHM, kişilerin daha iyi korunması amacıyla daha sonra yapılan yasal ve anayasal reformlar hakkında yorum yapmaksızın – polis, gecikmenin sakıncalı olabileceği durumlarda, mahkeme emri olmadan arama yapabilmekteydi. Polis, aramanın gerekliliği ve kapsamı hakkında kendi başına karar verme yetkisine sahipti. Bu davada AİHM, a priori yargı denetiminin yokluğunu açıklayacak bir neden görmemektedir. Dolayısıyla, başvuranın konutuna saygı gösterilmesi hakkı, polisin takdirine bırakılarak ihlâl edilmiştir. (bakınız, *mutatis mutandis*, *Varga*, bahsi geçen paragraf 72).

Yukarıdaki bilgiler ışığında AİHM, olayın geçtiği dönemde yürürlükte olan yasal düzenlemelerin, başvuranın konutuna saygı gösterilmesi hakkına yetkili makamların keyfi müdahalelerine karşı yeteri kadar koruyacak teminatlar içermediği kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla, AİHS'nin 8. maddesi ihlâl edilmiştir.

D. Haberleşmenin Gizliliği

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır¹³⁰.

Haberleşme açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içermekle beraber Mahkeme, bu kavrama telefonla iletişim¹³¹ ve teleksi¹³² de katmıştır. Konutun kelime anlamı genişletildiği gibi, bu kavramın yorumunun da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapılacağı tahmin edilmektedir. Ancak uygun koruma düzeyi, söz konusu haberleşme yöntemine göre değişebilir.

8. madde'nin sunduğu koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu yüzden Devlet, örneğin suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin 8. madde 1. fıkranın kapsamına girmediğini iddia edemez.¹³³ Halford-Birleşik Krallık¹³⁴ davasında, iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir.

Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliği, 8. madde'nin şart koştuğu şeylerin belirlenmesinde rol oynar. Örneğin Mahkeme, avukatlar ve müvekkileri,

¹³⁰ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 19; ÖZBUDUN, Ergun; Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt I, AÜHF Yayınları No: 406. Ankara, 1977, 255- 295; ÖZDOĞAN, Ali; “Temel Haklardan Özel Hayat (Mahremiyet) Hakkı ve Teknik Dinleme”, Polis Dergisi, Yıl 8, Sayı 33, Ekim-Kasım- Aralık 2002, s. 17-18.

¹³¹ AİHM Kararı, Klass-Almanya davası, 6.09.1978; Geniş bilgi için bkz. HAYAL, Coşkun; “Telefon Dinleme”, 18. Hukuk İhtisas Semineri-Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Yayınları No: 7, 18-19-20 Ekim 2002, 22-24.

¹³² AİHM Kararı, Campbell Christie-Birleşik Krallık, 27.06.1994.

¹³³ AİHM Kararı, A-Fransa Davası, 23.11.1993.

¹³⁴ AİHM Kararı, Halford-Birleşik Krallık Davası, 25.06.1997.

özellikle de göz altındaki kişiler arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir¹³⁵.

AİHM Kepeneklioğlu-Türkiye¹³⁶ davasında, bir tutuklunun avukatıyla haberleşmesinin denetlenmesine ilişkin ilkelerin ışığında AİHM, yerleşik içtihadı uyarınca, bir avukatla haberleşmenin ne amaçla olursa olsun AİHS'nin 8. maddesi uyarınca ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğunun altını çizmektedir. (bkz. *Campbell – Birleşik Krallık*, 25 Mart 1992 tarihli karar, ve *Golder – Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975 tarihli karar). Bu nedenle bir avukata gönderilen yahut bir avukattan gelen bir mektubun okunmasına, yalnızca yetkili makamların mektubun muhteviyatının cezaevi kurumunun veya bir başkasının güvenliğini tehdit ettiği ya da başka bakımlardan suç teşkil eden bir niteliği haiz olduğu kanaatine vardıkları sözkonusu ayrıcalığın suistimal edildiği istisnai hallerde izin verilmelidir. Ancak mevcut davada bu türden koşulların oluştuğunu gösteren herhangi bir dosya unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenlerle AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

Mahkeme Nakçi-Türkiye¹³⁷ davasında, Olayların meydana geldiği dönemde, başvuran, Gaziantep H Tipi Cezaevinde ağır hapis cezasını çekmekteydi. Belirtilmeyen bir tarihte, başvuran, bir derneğe gönderilmek üzere cezaevi yönetimine bir mektup sunmuştur. 11 Kasım 2003 tarihinde, Ceza İnfaz Kurumu Mektup Okuma Komisyonu, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün 147. maddesi uyarınca sözkonusu mektubun, örgütsel isteklerin Devlet tarafından kabul edilmesini sağlamak niyetinde olduğuna ve “sakıncalı” olarak değerlendirilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Komisyon sözkonusu mektubu Cezaevi Disiplin Kurulu'na göndermiştir. 12 Kasım 2003 tarihinde, Cezaevi Disiplin Kurulu, sözkonusu tüzüğün 147. maddesi uyarınca mektubun gönderilmemesine karar vermiştir. Bu durumda AİHM, ihtilafli müdahalenin AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafı uyarınca “yasa ile öngörülmediği” kanaatindedir. Sözkonusu sonucu göz önüne alarak AİHM, AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafının diğer gerekliliklerine riayet edilip

¹³⁵ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 19.

¹³⁶ AİHM Kararı, Kepeneklioğlu-Türkiye Davası, 23.01.2007.

¹³⁷ AİHM Kararı, Nakçi-Türkiye Davası, 30.09.2008; ÜZÜLMEZ, İlhan; Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK. M. 195/1) Ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu, AÜHF Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, 2004, s. 147-171.

edilmediğinin belirlenmesine gerek olmadığına kanaat getirmektedir. Bu durumda AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

2. AİHS M. 8/II Kapsamında Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Sınırlanması

A. Yasallık İlkesi

AİHM'nin aradığı ve müdahaleyi hukuka aykırı kılan en önemli şartlardan biri müdahalenin hukuki bir temelini olmaması ya da müdahalenin dayandığı hukuki temel yeterince açık veya erişilebilir olmamasıdır. 8. madde'nin yasaya uygunluk şartını karşılamak için, söz konusu kanun ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olmalı ve gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmelidir.¹³⁸ Buna tahmin edilebilirlik şartı denir ve takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanun 8. Madde ile tutarsız olmaz¹³⁹. Ayrıca idari otoritelerin takdir yetkisini kullanması, mahkemelerin değerlendirmesine tabi olduğu sürece 8. madde'nin şartlarını da karşılayabilir.

Kaçınılmaz olarak hukukun bazı alanlarında kamu yetkililerine, diğer alanlara kıyasla daha çok takdir yetkisi verilmektedir ve bu kanunların 8. madde ile uyumluluğu AİHM tarafından ele alınmıştır.

AİHM, Cemalettin Canlı-Türkiye¹⁴⁰ davasında: Başvuran, polis raporunun hazırlanmasının ve 2003'te Ankara mahkemesine sunulmasının keyfi ve kanuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Sonuç olarak, kamuoyu sözkonusu rapordan haberdar olmuş ve başvuran hakkındaki yanlış bilgiler basında geniş olarak yer almıştır. Bu durumun, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Hükümet, raporun hazırlanmasının başvuranın AİHS'nin 8. maddesi bağlamındaki haklarına müdahale olarak algılanması gerektiği hususunda söz konusu

¹³⁸ AİHM Kararı, Andersson-İsveç Davası, 25.02.1992.

¹³⁹ AİHM Kararı, Olsson-İsveç Davası, 24.03.1988.

¹⁴⁰ AİHM Kararı, Cemalettin Canlı-Türkiye Davası, 18.11.2008.

tarihte yürürlükte olan kanunlara uygun olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, kamu güvenliği ve karmaşanın engellenmesi için demokratik bir toplumda gereklidir.

AİHM'nin ilgilenmesi gereken ilk konu, polis raporundaki bilgilerin başvuranın “özel hayatına” ilişkin veri mi, yoksa 8. maddenin kapsamı dışında kalan “kamusal bilgi” teşkil edip etmediğini tespit etmektir. AİHM, “özel hayat” kavramının kapsamını, yetkili makamlarca sistematik olarak toplanarak dosyalanan “kamusal bilginin”, “özel hayat”ın kapsamına girdiği yönündeki içtihadı doğrultusunda değerlendirecektir (bkz., özellikle, *Aman/İsviçre* [BD], no 27798/95, 65. paragraf AİHM 2000-II, ve *Rotaru/Romanya* [BD], no 28341/95, 43. paragraf, AİHM 2000-V). Bu, mevcut davada olduğu gibi kişinin uzak geçmişine ilişkin bilgilerin sözkonusu olduğu durumda daha da geçerlidir (*Rotaru*, 43. paragraf).

AİHM, “özel yaşam” kavramı ile ilgili yorumunun, 1 Ekim 1985'te yürürlüğe giren ve her bireyin ... haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle de kendisi hakkındaki kişisel verilerin (Antlaşmanın 2. maddesinde kişisel veri “kimliği saptanmış ya da saptanabilir bireylere ilişkin bilgi” olarak tanımlanmıştır) otomatik olarak derlenmesine karşı özel hayatın gizliliği hakkını (madde 1) koruyan Avrupa Konseyi bünyesindeki 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde İlgili Bireylerin Korunması Hakkındaki Antlaşma'ya uygun olduğu kanısındadır.

AİHM her halükarda itiraz edilen raporda başvurana, yasadışı örgütlere üyelikle “suçlanan”, “mahkum edilen” ya da “yargılanan” biri olarak değil, yalnızca “üye” olarak değinildiğini gözlemlemiştir. Başvuranın hiçbir zaman herhangi bir mahkeme tarafından yasadışı örgütlere üyelik suçuyla mahkum edilmediğini göz önüne alan AİHM, polis raporunda başvurana bu tür örgütlerin “üyesi” olarak değinmenin, saygınlığına zarar verebileceği kanaatindedir. Cumhuriyet Savcısı ya da Hükümet, polis raporundaki bilginin doğru olmayan niteliğine itiraz etmemiştir.

AİHM bu bağlamda 8. maddede, kişinin saygınlığının korunması hakkının, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının bir parçası olarak yer aldığını yinelemektedir (bkz. *Pfeifer/Avusturya*, no 12556/03, 35. paragraf, AİHM 2007-..., ve orada değinilen davalar).

AİHM, yukarıda kaydedilenler ışığında, AİHS'nin 8. maddesinin uygulanabileceği ve doğru olmayan polis raporunun saklanması ve Ankara mahkemesine gönderilmesinin, sözkonusu madde bağlamında başvuranın özel hayatına saygı hakkına müdahale teşkil ettiği kanaatindedir.

Bu tür bir müdahale, “kanuna uygun” olmadığı müddetçe AİHS'nin 8. maddesine aykırı olacaktır. AİHS'nin 8. maddesinin amacı, bireyi kamu yetkililerinin keyfi müdahalelerine karşı korumaktır (bkz. *Malone/İngiltere*, 2 Ağustos 1984, 67. paragraf, A).

AİHM Taner Kılıç-Türkiye¹⁴¹ davasında ayrıca, başvuranın, bu davaya adı karışan görevliler aleyhinde cezai takibat başlatılması talebinin, hiçbir gerekçe verilmeden reddedildiğini, evinin aranması sırasında el konulan videokasetlerin iade edilmesi talebinin ise yanıtız bırakıldığını kaydeder. Özetle, AİHM, başvuranın evi ile işyerinin aranması ve eşyaları ile belgelerine el konulmasının, uygun hiçbir izin ya da teminat olmaksızın gerçekleştirildiği kanısındadır (bkz. yukarıda sözü edilen *Elçi ve Diğerleri* kararı). Bu koşullarda, AİHM, başvuranın haklarına müdahalenin “yasalara uygun” olduğunun kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Buna göre, bu konuda 8. madde ihlal edilmiştir.

Yasalarla özel olarak yetki verilmemiş ve idari uygulamalarla veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunludur. Ne kadar sıkı uyulursa uyulsun, idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır.

Mahkeme, *Malone-Birleşik Krallık*¹⁴² davasında telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. O dönemde telefonların dinlenmesi, detayları yayınlanmamış olan idari uygulamalarla özel olarak yasalarla verilmiş yetki olmadan düzenleniyordu. Mahkeme, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirtmiştir: bu bir idari uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi, bu da 8. madde'nin ihlali anlamına gelmektedir.

¹⁴¹ AİHM Kararı, Taner Kılıç-Türkiye Davası, 24.10.2006.

¹⁴² AİHM Kararı, *Malone-Birleşik Krallık Davası*, 2.8.1984.

Daha yakın zamanda Mahkeme, Khan-Birleşik Krallık¹⁴³ davasında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı için ve söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İç İşleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği için, Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir.

B. Meşru Amaç

Sınırlama meşru bir amaç için yapılmalıdır. Bu amaçlar Sözleşmede milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sıralanmaktadır.

Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin 8. madde 2. fıkrada kapsamında meşru bir amacı olup olmadığı sorusunu ele alır. 8. madde 2. fıkrada, bir devletin bu konuda başvurabileceği amaçların listesi vardır. Örneğin, Devlet aşağıdaki konuları ileri sürebilir¹⁴⁴;

a. Bireyler hakkında bilgi toplama ve saklama “ulusal güvenlik amacına yöneliktir”;

b. Tutukluların yazışmalarına müdahale etmenin amacı “toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini” önlemeyi amaçlar;

c. Çocukları istismar gördükleri bir evden almak veya bir tarafa vesayet vermeyi reddetmek veya temasa izin vermemekte amaç “sağlığın veya ahlakın” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunmasıdır.

d. İhraç veya sınır dışı etme emri vermede amaç “ülkenin ekonomik refahını” korumaktır.

¹⁴³ AİHM Kararı, Khan-Birleşik Krallık Davası, 12.5.2000.

¹⁴⁴ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 30.

Birçok davada Mahkeme, devletlerin uygun bir amaca yönelik hareket etmiş olduğunu kabul eder; davacının itiraz ettiği durumlarda bile, belirlenen meşru amacı veya amaçları neredeyse hiç reddetmemiştir¹⁴⁵.

C. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşme metninde “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriteri yer almaktadır. Bu kriter demokratik toplum ve gereklilik olmak üzere iki unsuru içinde barındırmaktadır. Mahkeme demokratik bir toplumdan ne anladığını ve bu toplumun unsurlarını kararlarında belirtmektedir. Gereklilik kavramından hareketle ise Mahkeme, orantılılık ilkesine ulaşmaktadır¹⁴⁶.

Müdahalenin “gerekli” olması şartı olduğu için, Devletin müdahale etmek için “bazı” nedenleri olması yeterli değildir. “Gerekli” olmanın ne anlama geldiği konusunda, Handyside-Birleşik Krallık¹⁴⁷ davasında Mahkeme’nin açıkladığı gibi: Bu “vazgeçilmez” ile eş anlamlı değildir. Gereklilik kavramının, “kabul edilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” ifadeleri kadar esnekliği de yoktur. Bu nedenle “gerekli” ifadesinin aşırı sınırlı veya genel yorumları, orantısallık politikası güden Mahkeme tarafından reddedilmiştir¹⁴⁸.

Genel olarak orantısallık prensibi, insan haklarının mutlak olmadığını ve birey haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini belirler. Bu prensip, söz konusu dengeyi oluşturmanın yöntemlerinden biridir ve Mahkeme’nin Sözleşme uygulamalarında artık yaygın olarak kullanılmaktadır. Mahkeme’nin de sık sık hatırlattığı gibi: Sözleşme’nin bütününe doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır¹⁴⁹.

Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle birkaç unsurun göz önünde bulundurulmasını gerektiren karmaşık bir süreçtir. Bu unsurlar

¹⁴⁵ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 31.

¹⁴⁶ ÜZELTÜRK, Sultan; a.g.e., s. 243.

¹⁴⁷ AİHM Kararı, Handyside-Birleşik Krallık Davası, 07.12.1976.

¹⁴⁸ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 32.

¹⁴⁹ AİHM Kararı, Soering-Birleşik Krallık Davası, 07.07.1989.

arasında müdahaleden korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve Devletin yerine getirmeye çalıştığı acil toplumsal ihtiyaç sayılabilir¹⁵⁰.

Demokratik bir toplumda gereklilik ölçütüne ilişkin olarak Komisyon, Mahkeme tarafından kabul edilen Zana-Türkiye¹⁵¹ kararında şu ilkeleri yinelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/1. fıkrasında kutsallaştırılan ifade özgürlüğü, hem demokratik toplumun temel taşlarından, hem de onu daha ileriye götürülmesi için gerekli şartlardan birini oluşturur. Yalnızca, lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut dikkate değmez kabul addedilen “haber” ya da “fikirler” için değil, aynı zamanda, rahatsız eden, dehşet uyandıran veya tedirginlik veren haber veren fikirler için de uygulanır; “demokratik bir toplum”un olmazsa olmaz niteliklerinden olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği de budur. AİHS’nin 10/2. fıkrasındaki “gerekli” sıfatı, “acil bir toplumsal ihtiyaç”ın varlığına işaret etmektedir. Sözleşmeciler Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını tespit ederken belirli bir takdir hakkına sahiptir, ancak bu takdir hakkı Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim hem ulusal mevzuatı hem de, bağımsız bir mahkeme tarafından bile verilmiş olsa bu mevzuatı uygulayan kararlar kapsar. Sözleşme organları denetim yetkilerini kullanırken, söz konusu müdahaleyi davanın bütünü ışığında değerlendirmek, başvuru aleyhine alınan kararların içeriğini ve başvuru bu karara yol açan hareketlerinin bağlamını da göz önüne almak durumundadır. Özellikle de, bu müdahalenin “hedeflenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığı ve bu müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin “uygun ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir.

Mahkeme Lopez Ostra-İspanya¹⁵² davasında ise meskeni civarında kurulan arıtma tesisinin neden olduğu duman, pis koku ve gürültünün aile halkının sağlığını ve günlük hayatı çekilmez kıldığı iddia konusu fiillerin 8. maddeyi (menfaatler arasında orantı yokluğu gerekçesiyle) ihlal ettiğine (aile hayatı, özel hayat, konuta saygı) karar vermiştir.

¹⁵⁰ KILKELLY, Ursula; a.g.e., s. 33.

¹⁵¹ AİHM Kararı, Zana-Türkiye Davası, 25.11.1997.

¹⁵² AİHM Kararı, Lopez Ostra-İspanya Davası, 09.12.1994.

AİHM Uslu-Türkiye¹⁵³ davasında, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan genelgenin, asayiş ve güvenlik nedeniyle resmi cezaevi dokümanlarının kopyalarının tutuklulara verilemeyeceği hükmü uyarınca alınmıştır. AİHM'nin bireyin ve toplumun çatışan çıkarlarını incelemesi veya tutukluların/mahkumların dokümanlara erişimine getirilen kısıtlamanın orantılılığını değerlendirebilmesi için, uygulamanın şekli ve hukuki dayanağı konusunda Hükümet tarafından herhangi bir görüş sunulmamıştır. Hükümet, ayrıca, böylesi bir tedbir için herhangi bir haklı gerekçe göstermemiştir. Başvuranın talep ettiği dokümanların niteliğini gözönünde bulunduran AİHM, bu koşullar altında, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge bulunmadığı kanaatindedir. Buna göre, AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

¹⁵³ AİHM Kararı, Uslu-Türkiye Davası, 20.01.2009.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI

I. İŞ HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

1. İŞ HUKUKUNDA GÜVEN İLİŞKİSİ

İş hukuku alanında da hizmet ilişkisinden doğan ve işçinin kişilik haklarına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir. Bunların sebebini işçinin işverene tabi olarak, onun işyerinde ve onun talimatları çerçevesinde çalışma borcundan kaynaklanır.

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin tanımlanmasında kilit kavramlardan birini, işçinin işverene bağımlılığı oluşturur. 4857 sayılı İş Kanunu 8/I. maddesinde, iş sözleşmesini "...bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" şeklinde ifade etmiştir.

İşçi ile işveren arasında bağımlık ilişkisi temelde bir güven esasına dayanır. İş hayatının sağlıklı yürütülebilmesi için bu güven ilişkisinin zedelenmemesi gerekir. İşçi veya işveren haliyle tanındığı bildiği kişilerle çalışmak isteyecektir. Bu durum da işverenin işçinin özel hayatına yönelik bazı bilgileri öğrenmesiyle mümkündür. Bu bilgilerin başkalarının bilinmemesinin istenmesi doğaldır. İşçi ile işveren arasındaki bu sıkı güven ilişkisinin zedelenmesi her iki tarafın iş hayatını zedelediği gibi kişilik haklarını da zedeleyecektir.

İş sözleşmesinin bağımlılık unsurundan söz edildiğinde, işçinin işverene ekonomik bağımlılığından değil; kişisel (hukuki) bağımlılığı –işverenin emir ve buyruklarına uygun şekilde işini görmesi- anlaşılır. İşte bu kişisel bağımlılığın somutlaşması, işverenin yönetim hakkı; işçinin ise uyma (itaat) borcu şeklindedir.

Yönetim hakkı öncelikle işin yürütümüne (işin nasıl görüleceğine) yönelik işveren talimatlarıyla somutlaşır. Bu tür talimatlar karşısında, işçinin uyma borcu, iş görme borcuyla yakından ilişki içinde olup, onun bütünleyicisi niteliğindedir¹⁵⁴. Bunu yanı sıra, işyerinde düzenin ve güvenin sağlanmasına yönelik kaydıyla, işçinin

¹⁵⁴ CENTEL, Tankut; İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 139.

davranışlarına ilişkin talimatlar da söz konusu olabilecektir¹⁵⁵. İşçinin uyma borcu bu noktada, iş görme borcundan bağımsız bir borç niteliği alır¹⁵⁶. İşverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimatları ve denetimi, yönetim hakkının işçinin özel yaşamına saldırı niteliği alma tehlikesini içinde barındıran boyutunu oluşturur. Bu bakımdan yönetim hakkının sınırlarının belirlenmesi gerekir¹⁵⁷.

İşçi açısından işyerine adım atmak değişik anlamlarda bağımlılıkla ilgilidir. İşçi edimini bu anlamada özel bir bağımlılığı ifade etmektedir. Çünkü işçi iş edimini işverenin yönetim hakkına uyararak, işyerinde onun belirlediği şekilde yerine getirmek zorundadır. İşçini günün büyük bir bölümünü işyerinde geçirdiği ve iş ilişkisinin kural olarak uzun sürdüğü dikkate alınır, bu durum işverenin işçiye önemli ölçüde saldırılarda bulunabileceği ihtimalini de beraberinde getirir. Bu karşılık ilişkide işçi ve işveren arasında güç dengesi özellikle temel bir hakkın kullanılması söz konusu olduğunda daha büyük önem kazanmaktadır¹⁵⁸.

İşçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesi, işçiyi işverene hem kişisel hem ekonomik açıdan bağımlı kılar. Bu bağımlılık hizmet sözleşmesi sonucunda ortaya çıkar. Kural olarak iş görme ediminin işçinin kendisi tarafından yerine getirilmesi gereği (BK 320/1) hizmet ilişkisinde işçinin işverene kişisel bağımlılığını ortaya çıkaran en önemli faktördür. Hizmet sözleşmesi gereği işçi, işverenin işyerine ve işin görülmesine yönelik (örneğin çalışma saati, çalışma yeri, çalışma düzeni) talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirmekle mükelleftir. İşçinin iş görme edimi karşısında işveren ücret ödeme borcu vardır. İşçinin ücret alacağı, işverene karşı ekonomik bağımlılığını ortaya çıkarır. Kişisel bağımlılığının yanında işçinin işverene ekonomik bağımlılığı da iş ilişkisi için ayırt edici bir unsur olarak görülmektedir¹⁵⁹.

İşverenin bu borcu, İş Kanunu 73. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinden kaynaklanır.

¹⁵⁵ ARICI, Kadir; "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 1983, s. 163 vd.

¹⁵⁶ EKONOMİ, Münir; İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku, Cilt I, İTÜ Yayınları No: 18, İstanbul, 1987, s. 125.

¹⁵⁷ SEVİMLİ, Ahmet; "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi- İşveren İlişkisi", Sicil, Mess Yayınları, Yıl 3, Sayı 10, İstanbul, 2008, s. 55.

¹⁵⁸ ERTÜRK, Şükran; İş, s. 87.

¹⁵⁹ KAPLAN, Tuncay Emine; "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, AÜSBFD, Cilt LII, No 1-4, 1997, s. 371, 372.

İşverenin işçiyi işyerindeki çalışması sırasında işletme tehlikelerine karşı koruma ve gözetme borcunu düzenleyen İş Kanununun 73. maddesine göre, işveren işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak, bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür.

İşçinin korunmasına yönelik BK 332. maddesinde, işverenin işçiyi işletme tehlikelerine karşı koruma ve bunun için gerekli önlemleri alma, sağlıklı bir çalışma ortamı sağlama, işçi kendisi ile birlikte oturuyorsa sağlığına uygun yatacak bir yer temin etme borçlarının bulunduğu hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi hükmün önleyici nitelikte oluşu, etkisini işverenin sorumluluğunun temelini teşkil etmesinde göstermektedir.

İşveren işçinin özel hayatına karışmamalı, onun işyerinde danışma bürosuna verdiği bilgileri almamalı ve özel yaşamına ilişkin bilgileri üçüncü kişilere de vermemelidir. Ancak işveren çalışma belgesi dışında, işçinin ilerlemesine engel teşkil etse bile gerekli bilgileri, eğer özellikle itimat edilen bir işyeri yönünden önemli ise, üçüncü kişilere verebilir. Ancak işveren işçisi hakkında vereceği bilgiler gerçekleri yansıtmalı, ayrıca işçinin işverenine güvenerek anlattığı örneğin ailevi sırları veya daha önce aldığı cezalarla ilgili hususları başkalarına açıklamamalıdır. İşverenin işçi hakkında vereceği bilgiler sadece çalıştığı iş ile ilgili kabiliyeti ve davranışları hakkında olmalıdır. İşçinin kendisi için faydalı olan ve işverene herhangi bir zarar vermeyecek nitelikte bulunan bilgileri istemesi halinde, bu bilgileri vermek işveren için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür¹⁶⁰.

İşyerinde cinsel taciz de işçinin kişilik hakkını ağır şekilde ihlal eden davranışların başında gelir. İş Kanunu 24/2-b'de işverenin, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler sarf etmesi davranışlarda veya cinsel tacizde bulunması işçiye haklı nedenle fesih hakkı verir. Eylemin mutlaka Ceza Hukuku anlamında suç olması şart değildir. Suç niteliği taşımayan söz veya davranışların tespiti konusunda kesin bir ölçüt vermek mümkün değildir. Bu konuda değerlendirme yapılırken, tarafların konumları, yaşadıkları çevrenin şeref ve namus telakkileri, olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. İşyerlerinde genellikle görüldüğü şekilde şerefe ve namusa dokunma anlamı taşımayan, daha ziyade mesleğin

¹⁶⁰ KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 376.

argosu kabul edilebilecek sözlerin, davranış ve işaretlerin bu fıkra kapsamı dışında kalacakları açıktır¹⁶¹.

İş ilişkisinde cinsel tacizi de kapsayan bir diğer fiil olarak psikolojik taciz vardır. Psikolojik taciz işyerinde işçi üzerinde, işverenin, işveren vekili veya diğer temsilcilerin veya işyerinde çalışan diğer işçilerin, duygusal nitelikte kötü davranması, gözünü korkutması, gurur incitmek, bir yanlış utandırarak açığa vurmak veya işçiyi yalnız bırakmak, gruba almamak, kalbini kırmak, üzme, alay etmek, genel olarak taciz etmek olarak beliren fiiller olarak özetlenebilir. İş Kanunu'nda henüz psikolojik taciz kavramı yer almamıştır. Ancak mağdur ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlara muhatap olduğu takdirde haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmakta ve buna bağlı olarak da tazminat talep edebilmesine engel bir hüküm yoktur¹⁶².

Nitekim Yargıtay bir kararında¹⁶³ dava, disiplin cezalarının kaldırılması ve işyerindeki duygusal taciz (mobbing) nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacının son dönemde beş kez savunması istenmiş, bir uyarı ve kınama cezası verilmiş; işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde bir yıl içinde aynı disiplin suçundan üç kez kınama cezası alınması işten çıkarılma nedeni olarak düzenlendiğinden açıklanan koşulun oluşması nedeniyle yargılama sürerken davacının iş akdi feshedilmiştir. Dava konusu disiplin cezalarının verilmesine neden olan ve davacının kusuru bulunduğu iddia edilen olayların bir kısmında davacının sorumluluğu olmadığı gibi davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı dahi kabul etmiştir. Dinlenen tanık anlatımlarına göre, davacının işyerinde amirlerinin sözlü saldırı ve hakaretlerine maruz kaldığı, kişilik haklarının çiğnendiği, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürüldüğü sabittir. Bu davranışlar, işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olup davacı işçinin, mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. Mobbing kavramı, işyerinde bireylere

¹⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 608; ERGİN, Berin; "Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı", Sicil, Mess Yayınları, Yıl 2, Sayı 7, İstanbul, 2007, s. 145-160.

¹⁶² ERGİN, Berin; a.g.e., s. 161; SÜZEK, Sarper; İş Hukuku Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul, 2009, s.650.

¹⁶³ Yarg. 9. HD. E. 2007/42976, K. 2008/17137, T. 23.06.2008, <http://www.hukukforum.com/showthread.php?p=477>, (e. t. 01.06.2010).

üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları içerir. Olayda, davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları ile iş akdinin feshi yoluna gidildiği, dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı açık olduğundan davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi yerindedir.

İşçinin özel hayatına işveren tarafından müdahalenin bazı görünümünü şöyle sıralayabiliriz¹⁶⁴;

- İşçiye ilişkin kişisel verilerin korunması
- Aday/İşçi hakkında bilgi toplanılması
- İşçilerin izlenilmesi ve gözetlenmesi
- İşçinin üstünün ve eşyalarının aranması
- İşçinin hayat tarzı ve davranışlarına müdahale

Ancak biz çalışmamızda işçilerin izlenmesi ve işçi hakkında bilgi toplama kavramlarını ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

2. İŞÇİLERİN İZLENMESİ

A. Genel Olarak

İş hukukuna ilişkin temel haklar, varlığının temelini bağımlı iş ilişkisinde bulunan işçinin, mümkün olduğu ölçüde bireysel özerkliğini kullanmak sureti ile işverene ve iş yaşamının diğer kolektif güçlerine karşı mücadele olanağı sağladığı özgürlüklerdir¹⁶⁵.

İşçilerin telefonlarının dinlenmesi ve kaydedilmesi, e-postalarının, internete girişlerinin ve ziyaret ettikleri sitelerin denetlenmesi; işyerindeki davranışlarının görüntü ve ses alma araçları ve benzerleriyle gözetlenmesi; iş yaşamında sıkça karşılaşılan izleme ve gözetleme (*monitoring and surveillance*) uygulamalarıdır¹⁶⁶. İşçilerin izlenmesi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Örneğin işçinin bilgisayar

¹⁶⁴ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., İçindekiler-XVIII, XIX.

¹⁶⁵ ERTÜRK, Şükran; İş, s. 84.

¹⁶⁶ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.196.

tuşlarına her dokunuşu kaydedilebilmekte ve bu sayede bilgisayarların başında ne süre ile kaldığı ve ne kadar ayrıldığı anlaşılabilir. Hatta bilgisayar monitörünün üzerine yerleştirilen bir kamera dahi benzer bir amaca hizmet edebilmektedir. Yine işveren, işçilerin kurulacak bir network ile işveren ya da vekili, tüm işçilerin hareketlerini tek bir tuşla izleyebilmektedir¹⁶⁷.

Bu tür uygulamalar, çeşitli açılardan işçilerin özel yaşamlarına müdahale oluşturmaktadır. Görüntü ve ses alma aygıtlarıyla yapılan izleme ve gözetlemeler bakımından, kişinin görüntüsü ve sesi üzerindeki hak ile özel yaşam hakkı arasındaki ilişki açıktır. İletişimin izlenmesi söz konusu olduğunda, özel yaşam hakkının haberleşme özgürlüğünü de kapsadığı akıld tutulmalıdır¹⁶⁸.

İşyerlerinde kapalı devre televizyon sistemleri yaygınlaşmakta; hatta bunlar işçilerin soyunma odalarına kadar girmektedir. Bazı işyerlerinde işçilerin davranışları müşterilere sorulmakta, bazı işyerlerinde kullanılan akıllı kartlarla işçilerin tüm hareketleri kaydedilmektedir¹⁶⁹.

İletişim alanında özel yaşam hakkı, iletişim olanaklarına serbestçe ulaşmayı ve bunlardan müdahale olmaksızın yararlanmayı anlatır¹⁷⁰. İletişimin bazı formlarının yasaklanması ise, tartışmaya açıktır. Bu noktada her olayın özellikleri gözetilerek karar vermek gerekir. Örneğin, telefona izin verilirken e-posta ya da cep telefonu kullanımının yasaklanması için dayanılacak neden en azından işçiden sadakat borcu kapsamında bu yasağa uymasını beklenebilir kılmalıdır. Örneğin, tezgahtar olarak çalışan bir işçiden müşterilerle ilgilenmesi gerektiği zaman diliminde, gerekli olduğunda (örneğin işyeri telefonundan) kendisine ulaşılabilmesini sağlamak kaydıyla, cep telefonunu kullanmamasını istemek bu çerçevede mümkün olabilir¹⁷¹.

B. İletişimin İzlenmesinin Nedeni

İşveren, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan her uygulamada olduğu gibi izleme ve gözetleme uygulamalarını da bir hukuka uygunluk nedenine dayandırmalıdır.

¹⁶⁷ AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, AÜ Yayınları, Eskişehir, 2002, s. 203.

¹⁶⁸ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.196.

¹⁶⁹ ILO, Monitoring..., s. 12-14, (AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 203'den naklen alınmıştır).

¹⁷⁰ Hendrickx, General Principles, s.46, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.196'dan naklen alınmıştır).

¹⁷¹ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.196.

Hukuka uygunluk nedenlerinden, üstün özel yarar söz konusu olduğunda, izleme ve gözetlemeyle sağlanacak yararlar, bu uygulamanın işçinin özel yaşam hakkı üzerinde yaratacağı etki, duyarlılıkla değerlendirilmek zorundadır¹⁷². İşverenin dayanacağı üstün yarar için, işe ve işyerine ilişkin gizli bilgilerin rakiplere sızdırılmasının önlenmesi başta gelen örneklerden birini oluşturmaktadır¹⁷³.

Ayrıca, izleme ve gözetleme, dayanılan nedenin haklı kıldığı amaca ulaşmaya özgü kullanılmalıdır. Örneğin, virüs vb. programların neden olabileceği ağır ekonomik yıkım düşünüldüğünde, iletişim ve bilgisayar sistemin korunması amacıyla yapılmak istenen izleme uygulamasına işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir gereği olarak algılanabilir. Ancak bu durumda izlemeyle elde edilen veriler, koruma amacı dışında işçinin davranış ve yaşam tarzının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılamaz¹⁷⁴.

İşverenler bu bilgilere sahip olma ve gözleme yapmalarının gerekçeleri yaygın beş ana sebebe dayanmaktadır. Bunlar¹⁷⁵:

- Kanuni Zorunluluklar: Özellikle Telepazarlama hizmetlerinde telefon görüşmeleri kanıt niteliği taşıyabilir.
- Kanuni Sorumluluklar: İşyerinde cinsel taciz niteliği taşıyan olaylarda bilgisayar doyalarının saptanması gerekebilir.
- Performans Değerlendirme: Özellikle müşteri hizmetlerinde çalışan personelin değerlendirilmesinde önemlidir.
- Verimlilik Ölçümü: İnternette sörf, Kişisel e-mail kullanımı, 900'lü hatların denetimi gibi işle ilgili olmayan faaliyetler saptanabilir.
- Güvenlik Sebepleri: İnternetin geliştiği ortamda, işletme bilgilerinin gizliliğinin sağlanması hedeflenir.

İşçilerin işyerinde çeşitli şekillerde gözlenmesinin bazı olumlu yönleri bulunmakla beraber; olumsuzluklar yaratan yanları da dikkat çekmektedir. Gözlemeye karşı çıkanlara, gözlemden yana olanlar haklı gerekçeler ileri sürmektedir.

¹⁷² Ford, Two Conceptions, s. 141, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.199'dan naklen alınmıştır).

¹⁷³ Frayer, Balancing Rights and Interests, s. 859, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.199'dan naklen alınmıştır).

¹⁷⁴ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s. 14, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.200'den naklen alınmıştır).

¹⁷⁵ American Management Association, 2001 AMA Survey, Workplace Monitoring..., s.1, (AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 205'den naklen alınmıştır).

Gözlemeye karşı çıkanların başında işçi örgütleri ve sivil toplum örgütleri gelmektedir. Gözlemeye yönelik eleştiriler beş başlık altında toplanabilir.

- Gözleme karşı çıkanların başında insan onuruna ve insan haklarına aykırıdır ve çoğu zaman bunlar hiç dikkate alınmaksızın rahatça uygulanmaktadır.
- Bilgisayar veri bankaları ve telefon-video gözlemleri, işçinin özel yaşamının gizliliğini önemli ölçüde ihal etmekte ve neyin, nasıl gözlendiğini anlamak her zamankinden zor hale gelmektedir.
- Gözleme, işçilerde kendilerine güvenilmediği hissini ve işverenden farklı kişiler olduğu düşüncesini yaratmaktadır k; bu işçi işveren ilişkilerini önemli ölçüde zedelemektedir.
- Gözleme uygulamaları, işçilerin sebebini anlayamayacakları şekilde düşmanca ve ayrımcı muamelelere maruz kalmalarına yol açabilmektedir.
- Gözleme, çoğu zaman belirli işçilerin ve bunlara ilişkin verilerin kötüye kullanılmasına yaramaktadır¹⁷⁶.

C. Gereklilik

İşçinin e-postalarının izlenmesinin, hangi hallerde gerekli olduğuna örnek olarak, işçinin çeşitli nedenlerle işyerinde bulunmadığı zamanlarda işle ilgili iletişimin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olamaması gösterilmektedir¹⁷⁷. Bu durumda, e-posta hesabının izlenmesi ve açılması için işçinin önceden bilgilendirilmiş olmasının önerildiğini belirtelim¹⁷⁸. Diğer bir gereklilik dayanağı ise, iletişim için kullanılan sistemin, virüs vb. tehlikelere karşı korunması olabilir¹⁷⁹. Bu durumda da, sisteme zarar verecek programların girişinin bloke edilmesi olanağı, öncelikle araştırılmalıdır¹⁸⁰.

Gereklilik ölçütü, bir hak veya özgürlüğün diğerinden üstün olabileceği halde söz konusudur. Çatışma, pratik uyuşum ilkesine göre çözümlenmelidir. Çatışan özgürlükler, varlık ve etkilerini optimal düzeyde sürdürebilecek şekilde

¹⁷⁶ ILO, Monitoring..., s. 20, (AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 207'den naklen alınmıştır).

¹⁷⁷ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s. 14, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.201'den naklen alınmıştır).

¹⁷⁸ Perrins et. al., Harvey on Employment Law, para. 515(5), (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.201'den naklen alınmıştır).

¹⁷⁹ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.14, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.238'den naklen alınmıştır).

¹⁸⁰ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s.18, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.238'den naklen alınmıştır).

sınırlandırılmalıdır. Sigara içme özgürlüğü bir yandan bir ödevle, bir zorunlulukla çatışabilmektedir. Sigara içme özgürlüğünün bir ödev ya da zorunlulukla çatışması halinde sigara içme özgürlüğünün sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Ancak pratik uyuşum ilkesinin uygulanma imkanı varsa bu ilkeye göre de çözüm aranabilir¹⁸¹.

İşçilerin işyerlerinde giriş ve çıkış kontrollerinde üstlerinin ve eyalarının aranması da bir İş Hukuku problemidir. Giriş çıkış kontrolleri başlıca iki amaç için yapılmaktadır. Birincisi, işyerinde üretilen malların veya iş ve araç ve gereçlerinin işyeri dışına izinsiz olarak çıkarılmasını önlemektir. Diğeri ise işyeri güvenliğini sağlamak ve korumaktır¹⁸².

İşverenin her türlü kapı kontrollerinde ve diğerkontrollerde zor kullanma hakkı yoktur. İşçinin aramaya muvakat etmemesi halinde, işveren başkaca müeyyideleri işletecektir. Ancak aramayı haklı kılacak şartlar objektif olarak mevcut olduğu hallerde, işçi buna katlanmak zorundadır. Bu sadakat borcunun bir gereğidir. Aksi takdirde işveren hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirecektir. Çünkü işçinin bu davranışı doğruluk ve bağlılığa da aykırı bir davranıştır¹⁸³.

D. Gizli İzleme

İşyerinde gizli izlemeyle ilgili yol gösterici kararlardan biri AİHM'nin Halford kararıdır¹⁸⁴. Birleşik Krallık'ta rütbeli bir Polis memuru olan Bayan Halford, işvereni aleyhine cinsiyet ayrımcılığı davası açmıştır. Dava devam ederken ofisinde birisi özel kullanımına özgülenen iki telefon hattı bulunmaktadır. Bu telefonların kullanımı konusunda kendisine bir sınırlama getirilmediği gibi, şefi tarafından davanın takibi için de kullanılacakları bildirilmiştir. Daha sonra telefon konuşmalarının dinlendiği ortaya çıkmıştır. Mahkemede, davalı (Birleşik Krallık), işveren tarafından sağlanan telefonların öncesinde bilgilendirme yapılmadan (gizli) dinlenebileceğini iddia etmişse de; karar oybirliğiyle, AİHS m.8/I hükmünün ihlal edildiği yönünde çıkmıştır.

¹⁸¹ GÖZLER, Kemal; "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", Ank.B.D., 1990, s. 66.

¹⁸² ARICI, Kadir; "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 1983, s. 167.

¹⁸³ OĞUZMAN, Kemal; a.g.m., s. 537, (ARICI, Kadir; "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 1983, s.168' den naklen alınmıştır).

¹⁸⁴ AİHM Kararı, Halford-Birleşik Krallık Davası, 25.06.1997.

Kural olarak gizli izleme yapılamaz. Bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuk sistemlerinde, işyerinde gizli izleme ve gözetleme yapılmasına ilişkin bu ilkeye, çok sınırlı istisnaların getirildiği görülür¹⁸⁵. Türk Hukukunda ise bu durum mümkün değildir. CMK 135/7’de “Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz” şeklindedir¹⁸⁶.

E. Bilgilendirme

İzleme gözetleme öncesinde işçinin bundan haberdar edilmesi halinde, işçinin bu uygulamaya, suskun kalarak, örtülü rıza gösterdiği ve böylece, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın kullanılabilmesi düşünülebilir. Ne var ki, işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiği yönündeki açıklamalarımız ve 95/46/EC sayılı Yönerge bakımından, işçinin rızasına verilen anlam anımsandığında, izleme ve gözetlemenin hukuka uygun olarak kabulü için, “üstün yarar” gibi başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanılmasının daha yerinde olacağı da bir gerçektir¹⁸⁷. İzleme nedeni, en azından sadakat borcu çerçevesinde işçiden uygulamaya rıza göstermesini beklenebilir kılmalıdır ki, işçinin suskun kalması rıza olarak değerlendirilebilsin.

AİHM, Halford-Birleşik Krallık Kararında¹⁸⁸, “Aynı zamanda dahili iletişim sisteminin kullanıcısı konumunda olan Bayan Halford’a, bu sistem üzerinden yapılan telefon görüşmelerinin dinleneceğine ilişkin uyarıda bulunulduğuna ilişkin kanıt bulunmamaktadır” anlatımı, özel hayat hakkının ihlalinde işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün olduğunu ortaya koymaktadır.

¹⁸⁵ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.204.

¹⁸⁶ Geniş bilgi için bkz. KANGAL, Zeynel T.; “Ceza Hukukunda Elektronik İzleme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004, 525-560.

¹⁸⁷ EU, Art.29-DPWP, Document on Surveillance, s. 21, (SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.206’ dan naklen alınmıştır).

¹⁸⁸ AİHM Kararı, Halford-Birleşik Krallık Davası, 25.06.1997.

3.İŞÇİ HAKKINDA BİLGİ TOPLAMA

A. Genel Olarak

İşe alımda ve iş sözleşmesinin devamında aday işçiye yöneltilen sorular, üçüncü kişilerden aday işçi hakkında bilgi edinilmesi ve yapılmak istenen testler, işçi hakkında bilgi (veri) sahibi olunması sonucunu doğurur. Başka bir anlatımla, sorular ve testler, veri işleminin ilk adımı olan verinin toplanması anlamına gelir ve Veri Koruma Hukuku kurallarının, sıralanan işlemler için de geçerli olduğu noktasında kuşku duymamak gerekir. Ancak, bu uygulamaların doğurduğu kendine özgü problemler, üzerlerinde ayrıca daha ayrıntılı şekilde durmayı gerektirmiştir¹⁸⁹.

İşveren imkanları mevcutsa işyerinde çalışan işçilerin kimlikleri, kabiliyet ve becerileri işe uyum ve verimlilikleri konusundaki bilgileri, daha sonra gerektiğinde işyerinde kullanılmak üzere dosyalarda veya teknik imkanları mevcutsa bilgisayarda toplamak hakkına sahiptir. Bu konuda hukuki bir engel de mevcut değildir¹⁹⁰. Ancak işveren söz konusu bu bilgilerin işçilerin kişilik haklarını rencide edecek şekilde kullanılmasını engellemekle yükümlüdür. Zira işçilere yönelik bilgilerin hazırlanışı işçilerin kişilik haklarını tehlikeye sokacak durumları da beraberinde getirebilir. Özellikle yanlış bilgilerin elde edilmesi veya verilmesi, yetkisiz kimselere bilgilerin verilmesi ve bu bilgilerin yazılması tehlikelidir. Bu tehlike doğru olmayan abartılmış veriler hakkında ve verilerin gaye dışı kullanılması durumunda da söz konusudur. O halde hangi bilgilerin ne gaye ile ve hangi sosyal nedenlerle ve kimin tarafından toplanacağı kişilik haklarının ihlalinin tespiti açısından önem arz eder¹⁹¹. İşveren işçi ile ilgili bilgileri iş sözleşmesinin devamı için mutlaka gerekli olmaları durumunda kullanma yetkisine sahiptir¹⁹².

¹⁸⁹ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.146.

¹⁹⁰ Rehbinden Art. 328, N, 2.9., (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 376'dan naklen alınmıştır).

¹⁹¹ Rehbinden Art. 328, N, 13., (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 376'dan naklen alınmıştır).

¹⁹² ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 127, (İş).

B. İşçiye Yöneltilen Soruların Sınırı

a. İşveren Açısından İşçi Hakkında Bilgi Toplama

İşveren işçiyi işe alırken işe elverişlilik açısından bilgi edinmek üzere sorduğu veya doldurulmasını istediği personel bilgi formlarında yer alan soruların kişilik haklarını ihlal edebilir. İşveren istihdam edeceği kişi hakkında bilgi edinme hakkı vardır. İşçi de dürüstlük kuralları çerçevesinde sorulan soruları doğru olarak cevaplamak zorundadır. Ayrıca, işçi hizmet sözleşmesinin ifası için gerekiyorsa işveren sormadan da bu hususları açıklamakla yükümlüdür. İşçinin iş görme ediminin ifası için önemli olan konularda, işvereni yanıltıcı bilgi vermesi veya açıklama yapması halinde İş Kanunu 17/2-a'ya göre işverenin hizmet sözleşmesini fesih hakkı doğar. İşverenin sorma hakkı işçinin de açıklama zorunluluğunun sınırı kişilik haklarıdır. Kişilik haklarını korumaya yönelik hükümlerde yer alan kural, kişilik haklarının ihlal edilmemesidir. Kişilik hakkı kişiliğe saygı ve onun serbestçe geliştirilmesine ilişkin kapsamlı bir bütünlük ifade eden subjektif bir haktır. Kişiliğin korunması, işçinin kendisini rahat bırakılması hakkını da kapsar. İşverenin soru sorma hakkının sınırları, genel olarak kişilik haklarının korunması ilkesinden çıkartılmaktadır. Sonuçları caiz olup olmamasının değerlendirilmesinde, işçinin kişilik haklarının korunmasındaki menfaat ile işverenin de işçi hakkında bilgi edinme menfaati arasındaki denge göz önünde tutulmalıdır. Sonuç olarak da, işveren sadece işyeri ile veya yapılacak işin ifası için gerekli olan soruları sorabilir. İşçi ise sadece hizmet ediminin ifasını engelleyecek durumları işverene bildirmekle yükümlüdür¹⁹³.

Bilgi toplama uygulamalarının tümünde olduğu gibi, işçiye sorulacak soruların sınırını, mevcut somut işin özellikleriyle objektif bakımdan bağlantılı olup olmadıkları, başka bir anlatımla, sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gereklilik, oluşturur¹⁹⁴. Bu da, sınırın, aday işçinin işgal edeceği/ettiği pozisyonla bağlantılı şekilde *görece* olduğuna işaret eder¹⁹⁵. Sorunun, işçinin yeteneği ve işe uygunluğu ile bağlantısının zayıf olması, ona kuşkuyla yaklaşılmasını gerektirecektir.

¹⁹³ Schaub, sh. 120, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 376'dan naklen alınmıştır).

¹⁹⁴ KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 377.

¹⁹⁵ REHBİNDER, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar" Çev. Ömer Teoman, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, Cilt XLV-XLVII, Sayı 1-4, İÜHFİM,1982, s. 752, 753.

Sözünü ettiğimiz sınırı aşan sorulara karşı aday işçinin bir savunma aracı olarak, doğru yanıt vermeme hakkı olduğu kabul edilir¹⁹⁶.

İşveren işe alırken, işçinin işe elverişli olup olmadığını belirlemek amacıyla bir takım sorular yöneltebilir. Örneğin işveren, işçinin öğrenim durumunu, daha önce çalıştığı yerler, iş bilgisi, kabiliyet, işe uyum gibi mesleki bilgileri ve yaş, cinsiyet, tabiyet, aile durumu ve sağlık gibi genel bilgileri bir toplamak veya teknik imkanları mevcut ise bilgisayara yüklemek hakkına sahiptir. Ayrıca bu bilgilerin kullanımı kanun, toplu iş sözleşmesi ve hizmet akitlerinde getirilen yükümlülüklerle aykırı olamaz¹⁹⁷.

Adayın Kişisel durumuyla ilgili olarak, rakip işletmelerde bir yakınının çalışıp çalışmadığı yönünde sorulacak soru ise ancak, başvuruda bulunduğu pozisyonun işletmenin önemli sırlarını öğrenmesi ve rakiplere sızdırmasına olanak vermesi halinde, hukuka uygun kabul edilebileceği belirtilir¹⁹⁸. Ancak, salt rakip işletmede bir yakınının çalışıyor olması nedeniyle başvurusu reddedilen adayın, potansiyel endüstri casusu olarak algılanması, onur ve saygınlığını zedeleyebilir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda manevi tazminat talebinin kabulünün diğer ret durumlarına göre, daha yüksek bir olasılık oluşturduğu akılda tutulmalıdır. Bu sorunun halen işyerinde çalışan ve işletmenin önemli sırlarına hakim bir işçiye yöneltilmesi halinde doğru yanıt, sadakat borcunun bir gereğidir¹⁹⁹.

Adaya daha önce aldığı ücretin sorulması konusu, tartışmalı olmakla birlikte, bu soruyla işin özellikleri arasında objektif bakımdan bağlantı kurulabiliyorsa, sorunun haklı olduğu kabul edilmelidir. Bu soruya gerçeğe uygun cevap verilmemesinin ancak, adayın eski ücretini yeni kurulacak iş sözleşmesi bakımından en alt ücret düzeyi olarak şart koşmuş olması halinde, İş Kanunu m.25/II/a uyarınca haklı fesih nedeni sayılacağı belirtilir²⁰⁰.

¹⁹⁶ ODAMAN, Serkan; “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Sayı 274, 2002, s. 40.

¹⁹⁷ Schwarz-Loschnigg sh. 608, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 376’ dan naklen alınmıştır).

¹⁹⁸ ODAMAN, Serkan; a.g.e., s. 41.

¹⁹⁹ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s.152.

²⁰⁰ ODAMAN, Serkan; a.g.e., s. 41.

b. İşçinin İşverenin Sorularına Cevap Vermesi Durumu

aa. Genel Olarak

İşverenin sözlü ya da yazılı olarak yönelttiği her sorunun değil, sadece işyeri veya görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların başvuran tarafından yanıtlanması zorunludur. Yönetici memurlar buldukları özel güven mevki ve işveren durumundaki işletmenin yaratacağı izlenimi tanıtmaya işlevleri nedeniyle diğer personele göre daha büyük soruşturmalara katılmak zorunluluğundadır²⁰¹.

İlke olarak işçinin yalan söyleme hakkı mevcut değildir. Diğer taraftan gerçeğe aykırı olarak veya eksik olarak cevaplandırılan her soru için işverenin iş sözleşmesini iptal etme hakkı söz konusu olamaz. İşverene bu hakkı tanıyabilmek için sorulan sorulara verilen cevapların aşağıdaki nitelikte olması gerekir;

- Sorunun caiz olması
- İşçinin soruyu bilerek, kasden bilinçli olarak cevap vermiş olması
- İşçinin sustuğu olayın, işverenin onun işe alınması kararında etkili olacağını bilmesi veya bilmesini gerektirecek nitelikte olması
- Cevap verilmeyen olayın işçinin işe alınmasında etken olması

Bu şartlar hep birlikte bulunmuyorsa işveren ne hizmet sözleşmesini feshedebilir, ne de sözleşmenin kurulmasındaki kusur nedeniyle işçiden hizmet talep edebilir. İşveren, işçi işe başlamadan hizmet sözleşmesini feshederse, fesih başlangıçtan itibaren, geriye yönelik olarak etkisini gösterir. Hizmet sözleşmesi uzun yıllar hiç ihtilafsız devam etmişse, artık iptal söz konusu olamaz²⁰².

Adayın önceki iş sözleşmesinin neden ve nasıl sona erdiğinin sorulması söz konusu olduğunda, *kara liste* uygulamasının önüne geçmek kaygısıyla bu sorunun sorulmasının bazı ülkelerde yasaklandığı belirtilmektedir²⁰³. Öte yandan, İş Kanunu m.23 uyarınca, süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesiyle bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse ve işçinin bu davranışına, yeni

²⁰¹ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 752, 753.

²⁰² Schaub, sh. 120, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 378'den naklen alınmıştır).

²⁰³ AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 200.

işe girdiği işveren sebep olmuşsa veya yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa ya da işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse; sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin eski işverenine sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, işverenin bu tür soruları sorma hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir²⁰⁴.

bb. Mesleki Geçmişi ve Ücret Miktarı

İşveren, adaya eski işinin nasıl sona ermiş olduğunu sorması da mümkündür. Zira İş Kanunu 15'e göre "süresi belli olan veya olmayan sürekli hizmet akdi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, akit süresinin bitmesinden önce yahut bildirim öneline uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse, hizmet akdinin bu surette feshinden ötürü eski işverenin zararından, işçinin sorumluluğu yanında" yeni işverenin de, işçinin bu davranışını bile bile onu almışsa sorumlu olacaktır.

Aday işçinin ekonomik durumuna ilişkin sorular yöneltilmesini haklı kılabilen durumların ise istisnai olduğu kabul edilir. Yapılacak işin parayla doğrudan ilintili olması ve zimmete geçirme veya görevin kötüye kullanılmasından korkulması halinde bu tür soruların sorulabileceği belirtilir²⁰⁵.

Aday işçiye tütün ya da alkol gibi yasal maddeleri işyeri dışındaki yaşamında kullanıp kullanmadığının sorulmasının da mümkün olmaması gerekir.

cc. Sağlık Durumu

İşyeri ve işin niteliği bakımından işçinin sağlık durumunun çalışma yeteneğini sınırlandırıp sınırlandırmadığını öğrenmeye yönelik soruların sorulması mümkündür. Dahası, çalışma yeteneğini engellemese bile işyerinde çalışmasında sakınca doğurabilecek, bulaşıcı hastalık vb. sağlık sorunlarından aday işçi, işvereni haberdar etmelidir²⁰⁶. Bu noktada, HIV pozitif durumda olmak ya da bazı genetik hastalıklara

²⁰⁴ ODAMAN, Serkan; a.g.e., s. 41.

²⁰⁵ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 756.

²⁰⁶ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 756.

yatkınlık, kural olarak, işyerinde çalışmakta sakınca doğurabilecek bir durum olarak algılanamaz²⁰⁷.

Adayın bulaşıcı veya işin niteliği ile bağdaşmayacak bir hastalığı bulunduğunu, kendisine bir soru yöneltmeksizin, kendiliğinden işverene açıklaması gerekmektedir. Bundan başka, hastalık, işçinin çalışma gücünü sözleşme öncesi görüşmeler esnasında olumsuz etkilemese bile, yakın bir zamanda örneğin ameliyat gibi iş görmeyi engelleyecek bir sonuç doğuracaksa, bu durumunun aday tarafından işverene kendiliğinden anlatılması gerekmektedir²⁰⁸.

İşverenler tarafından AIDS hastalarının işe alınmamaları yaygın bir hal alınca Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir kişinin sağlık durumunu gizli tutma hakkının AB İnsan Hakları Sözleşmesi'nce güvence altına alınan özel hayata saygı duyulmasını isteme temel hakkından kaynaklandığını belirtmiştir. Fransız Hukukunda, bir kişinin AIDS olması durumunun, tek başına fesih sebebi olarak değerlendirilemeyeceği de ifade deilmektedir²⁰⁹. Aynı esas Türk Hukuku açısından da geçerlidir. İşçinin sağlık durumu İş Kanunu'nun 5. Maddesinde yer alan "benzeri sebepler" kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. İşverenin herhangi başka bir neden olmaksızın sadece işçinin sağlık durumuna, somut önekte AIDS hastası olmasına dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesi ayrımcı nitelik taşıyan bir desih olarak değerlendirilmelidir. Ancak burada işçinin yakalandığı hastalığın İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan haklı nedenle feshe imkan tanıyacak boyuta gelmemiş olması, işyerindeki diğer kişiler ya da yapılan işten yararlanan kişiler açısından tehlike yaratmaması gerekmektedir. Sayılan bu durmların varlığı halinde yapılacak fesihler ise hukuka uygun kabul edilecektir²¹⁰.

İşin niteliğine göre işçinin hastalığının işi ile bağdaşmayacak derece olup olmadığı sağlık kurulu raporuyla belirlenerek fesih yerindeliği belirlenir. İşin özenle yapılması için işçinin sağlıklı olması gerekir. Sağlık durumu bozulan işçinin, iş görmesi beklenemez. Bu bakımdan lokantada aşçı olan kişinin tutulduğu deri hastalığı işini

²⁰⁷ ERTÜRK, Şükran, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", DEÜHFD, Cilt IV, Sayı:2, 2002, s.9, (Hastalık).

²⁰⁸ ODAMAN, Serkan; a.g.e., s. 41.

²⁰⁹ Le Golf, 449, (YILDIZ, Gaye Burcu; "Türk İş Hukukunda Özürüllük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", Sicil, Mess Yayınları, Yıl 3, Sayı 10, İstanbul, 2008, s. 85'den naklen alınmıştır).

²¹⁰ YILDIZ, Gaye Burcu; a.g.e., s. 85.

yapmasına engel olabilirse de aynı hastalığın temizlik işçiliğine engel olmayacağı düşünülebilir²¹¹.

dd. Evlilik ve Hamilelik Durumu

Başvurana medeni haline ilişkin örneğin evli veya bekar olup olmadığı ya da çocuk sayısı gibi sorular yöneltilebilir. İşe başvuran kişiye yakında evlenmek isteyip istemediği sorulamaz. Ancak işyerinde çalışacak kişinin bekar olması şartı sözleşmeye konulabilir. Örneğin işçi evde çalıştırılmak üzere işe alınıyorsa işçinin bekar olmasının istenmesi makul sayılmalıdır²¹².

Kadına hamile olup olmadığının sorulmasının geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İş Kanunu m. 5'deki eşit davranma ilkesine göre "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." şeklindedir. Şu halde çalışma yeri ve işin özelliği haklı göstermiyorsa, kadın adaya hamile olup olmadığının sorulması, bir cinsiyet ayrımı teşkil edeceğinden geçersiz olacaktır. Diğer bir görüşe ise, henüz sözleşme görüşmeleri sırasında, kadın adayın hamile olup olmadığını bilmekte, işverenin haklı bir çıkarı vardır. Çünkü işin niteliği gerektirse de gerektirmese de işverenin, hamile olan işçiye karşı hafife alınmayacak bazı yükümlülükleri bulunmaktadır, dolayısıyla, işveren, adaya hamile olup olmadığını sorabilmelidir²¹³.

Aday işçiye yöneltilecek cinsel yaşamı, karşı cinsle ilişkileri, evlenmeyi ya da doğum yapmayı düşünüp düşünmediği; kürtaj yaptırıp yaptırmadığı yönündeki sorular özel yaşama saldırı oluşturacaktır²¹⁴. Ancak, görülecek işin mutlaka bekar kişiler tarafından yerine getirilmesi gerekiyorsa, yakında evlenmek niyetinin olup olmadığının sorulmasının mümkün olduğu ileri sürülür²¹⁵. Ancak işverenin, kadın adaydan bir

²¹¹ GÜNAY, Cevdet İlhan; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 142.

²¹² REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 753.

²¹³ AKYİĞİT, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, 1990, (İptal), s. 44.

²¹⁴ AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 197.

²¹⁵ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 753.

hamilelik testi raporu getirmesini talep etmesi ise mümkün değildir. Zira bu istek, kişinin mahremiyet alanına bir tecavüz niteliği taşıyacaktır²¹⁶.

İşyeri ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bayan adaya hamilelik durumunun sorulması özel yaşama saldırı ve ayrımcılık yasaklarına aykırılık oluşturacaktır. İşçi hamile olduğunu biliyorsa bu durumu söylemek zorundadır. Ancak tahmin ediyorsa bunu söylemek durumunda değildir. Söz konusu işyerinde sadece kadın adayların alınması düşünülüyorsa²¹⁷ veya niteliği itibariyle hamile bir kadının yapamayacağı bir iş söz konusu ise, örneğin spor hocalığı, mankenlik gibi, hamile olup olmadığı sorulabilir. Hamilelik testi ise talep edilemez. Belirtilen durumların dışında, kadın müracaatçıya hamile olup olmadığı şeklinde soru sorulması ülkemiz tarafından da onaylanan “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nin 11. Maddesine aykırıdır²¹⁸.

ee. Dini ve Siyasi Görüşü

İşe girmek isteyen kimseye dini ve parti üyeliği konusunda kural olarak soru sorulamaz. Zira herkes din ve vicdan hürriyeti (An. m. 24); düşünce ve kanaat hürriyeti (An. m. 25) ve seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma (An. 67) haklarına sahiptir.

İşverenin, işe başvuruda bulunmuş olan adaya; dini inancının ne yönde olduğu, siyasi düşüncesinin içeriği ya da belirli bir sendikaya üye olup olmadığı veya hangi sendikaya üye olduğu gibi sorular yöneltilmesi mümkün değildir. Bu tip sorulara muhatap olan adayın herhangi bir açıklama yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır, adayın bu sorulara gerçeğe uygun olmayan cevaplar vermesi de işvereni yanıltma olarak değerlendirilemez²¹⁹.

ff. Sabıka Kaydı

Adayın eski hükümlülüğüne ilişkin sorular, hüküm giyilen suç, görülecek iş için önem taşıyorsa haklı görülür. Giderek, adayın/işçinin üstlenilecek görevle ilgili ise,

²¹⁶ ODAMAN, Serkan; a.g.e., s. 41; ODAMAN, Serkan; “İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı”, Ankara, 2003, s. 93.

²¹⁷ BAG AP 31 zu 123 BGB Schaub, sh. 122, dipnot 56, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 379’ dan naklen alınmıştır).

²¹⁸ Schaub, sh. 122, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 379’ dan naklen alınmıştır).

²¹⁹ AKYİĞİT, Ercan; a.g.e., s. 44.

sabikasını kendiliğinden bildirmesi gerekir. Nitekim Yargıtay²²⁰, “... Davacı davalıya ait işyerine güvenlik görevlisi olarak girerken doldurduğu form dilekçesinde sabıkası olduğu halde yokmuş gibi beyanda bulunduğu ve bu yalan beyanın hizmet sözleşmesi sürerken işveren tarafından ortaya çıkarıldığı, bunun üzerine hizmet sözleşmesinin 6 günlük iş süresi içinde sona erdirildiği ... anlaşılmaktadır... Böyle olunca davalı işverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü ile feshe bağlı tazminat isteklerinin reddine karar verilmelidir” şeklinde karar vermiştir. Buna karşın, işe girişte sabıka kaydı istenmesi, kişinin bildirmekle yükümlü olduğundan başka hükümlülüklerini de içereceğinden, haklı görülmez. Ayrıca, işle ilgili olsa bile adli sicilden silinmiş olan sabıka kaydının bildirilmek zorunluluğu yoktur²²¹.

Sabıka kaydının olup olmadığına ilişkin sorular özellikle kamu hizmetleri ve görülecek iş için gerekli ise mümkündür. Bir kasiyere mali bir suç veya bir şöföre trafik suçu nedeniyle hüküm giyip giymediği sorusu sorulabilir. Eğer adli sicilde sabıka kaydı yoksa aday ceza almamış sayılır²²². Kişileri yeniden topluma kazandırma çabaları göz önüne alınmalıdır. Buna göre de öngörülen faaliyet ile suçun türü arasında maddi bir bağlantı söz konusu olmalıdır. Bu nedenle göreve alınmadan önce polisten bir iyi hal belgesi getirilmesinin istenmesi geçerli değildir. Çünkü bunlardan başvuran kişinin bildirmek zorunluluğu olduğu durumda sabıka kaydında fazla mahkumiyetinin mevcut bulunduğu anlaşılabilir²²³. Kanımızca, işle ilgili doğrudan bağlantılı bilgiler işe alımda değerlendirilmelidir. Aksi durum Anayasa m. 10'daki eşitlik ilkesine aykırı olacak ve TCK 122'deki Ayrımcılık suçunu oluşturacaktır. Önemli cezalar hakkında soru sorulduğu zaman, eğer bu mahkumiyetler adli sicilden silinmişlerse, başvuran kişi kendisini sabıkasız olarak tanıtabilir²²⁴.

gg. Rekabet Yasağı

Adaya, eski işverene karşı geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi bulunup bulunmadığının sorulabileceği kabul edilir. Çünkü bu tür yasaklar başvuran kişinin işe alınma yeteneğini sınırlandırabilecektir²²⁵. Şartları varsa, BK m.351/III uyarınca eski

²²⁰ Yarg. 9. HD, 22.1.1998, E. 1997/19393, K.1998/432.

²²¹ ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 73,74, (İş).

²²² Schaub, sh. 122, (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 378'den naklen alınmıştır).

²²³ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 755.

²²⁴ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 755.

²²⁵ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 754.

işverenin yasağa aykırı durumun sona erdirilmesini isteme hakkının bulunduğu düşünüldüğünde, sorunun haklılığı anlaşılacaktır.

Ülkemizde bazı bankaların adaylara, akrabaları arasında başka bir bankada çalışanların bulunup bulunmadığı şeklinde soru sordukları bilinmektedir. Bu tür sorular ancak, söz konusu iş ilişkisi ile bir bağlantısı varsa, yani adayın çalışacağı yer ve işi itibariyle banka sırlarına vakıf olması ihtimali varsa geçerli kabul edilebilir²²⁶.

C. İşçi Hakkında Üçüncü Kişilerden Bilgi Toplama

İşveren kural olarak üçüncü kişilerden işçi hakkında bilgi toplamaya yetkilidir, fakat bu sırada onun çıkarlarını korumaya dikkat edecek biçimde davranmaya zorunludur. İşçinin hizmet sözleşmesinin feshi ihbar edilmemişse, o zaman kendisi onaylamadıkça halihazır işvereninden bilgi alınamamalıdır. Gerçekten, şimdiki işverenin işyerinin değiştirilmek istenildiğinden haberi yoksa ve soruşturma için aleyhine sonuçlar doğuracak olursa, o takdirde sözleşmenin yapılması sırasındaki kusur nedeniyle bundan dolayı sorumlu tutulabilmelidir²²⁷.

İşverenler, işçilere yöneltilen sorularla yetinmeyerek, haklarında, üçüncü kişilerden özellikle de eski işverenlerinden, bilgi edinme yoluna başvurmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçiye yöneltilmesi haklı olmayan soruların üçüncü kişilere de yöneltilmesi mümkün değildir²²⁸.

Üçüncü kişilerden bilgi edinme yoluna gidilirken aday işçinin rızasına gereksinim duyulup duyulmadığı önemlidir. Bir işyerinde çalışmaya devam ederken başka bir işyerine başvuruda bulunan adayın, eski (halen iş ilişkisi devam eden) işvereninden bilgi edinilmesi konusunda rızasının bulunması gerektiği; ancak işten ayrılmış olan aday için rızasına başvurulmaksızın, eski işvereninden bilgi talep edilebileceği belirtilmektedir²²⁹.

²²⁶ EYRENCİ, Öner; a.g.e, s. 251.

²²⁷ REHBİNDER, Manfred; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar" Çev. Ömer Teoman, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, Cilt XLV-XLVII, Sayı 1-4, İÜHF Mecmuası, 1982, s. 746.

²²⁸ ERTÜRK, Şükran; İş, s. 76.

²²⁹ ERTÜRK, Şükran; İş, s. 78.

Adayın rızasına başvurulmaksızın eski işverenden bilgi edinilmesi ve bunun aleyhine sonuç doğurması halinde, adayın *culpa in contrahendo* uyarınca, başvuru yaptığı işverenden tazminat talebinde bulunabileceği belirtilir²³⁰. Üçüncü kişilerden adayın rızası olmaksızın bilgi edinilmesi ise, sorunun yanıtı bırakılması durumundan farklı olarak, özel yaşama ilişkin bilgilerin öğrenilmesi anlamına gelir. Öte yandan, rıza alınmaksızın yapılan bu tür bilgi toplama işlemlerinin adayın özel yaşamına saldırı oluşturduğu ve işe alınıp alınmadığına bakılmaksızın MK m.25, BK m.41, 49 hükümleri uyarınca tazminat talebine konu olabileceği de ileri sürülebilir²³¹.

Aday işçinin rıza göstermesi halinde de, eski işverenin vereceği bilgilere ulaşma ve hangi bilgilerin yeni işverene aktarıldığını öğrenme hakkının olduğu unutulmamalıdır²³². Belirtmek gerekir ki, adayın rızası olsa bile, eski işveren için aday hakkında yeni işverene bilgi vermek zorunluluğu yoktur²³³. Bilgi vermeyi kabul etmesi halinde eski işveren, adayın başvurduğu işverenin işe alımda karar vermek için gereksinim duyacağı bilgileri vermeli, işçi hakkındaki sendika üyeliği vb. duyarlı veri niteliğindeki bilgileri aktarmamalıdır²³⁴.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar bakımından, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca, kurumun kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler kapsam dışında tutulmuştur²³⁵. Bu kurumların, sözü edilen konularda çalışanları dışında başkalarına bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (BEHK m.25). Ayrıca, BEHK m.21 uyarınca , özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır (BEHK m.21/I, 19) ve ancak kamu yararının gerektirdiği hâllerde, ilgili kişinin yazılı rızasıyla bu konudaki bilgi edinme talebine cevap verilebilecektir (BEHK m.21/II). Ayrıca, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek bilgi veya belgeler de, bu Kanun kapsamı dışında tutulmuştur (BEHK m.22).

²³⁰ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 751.

²³¹ SEVİMLİ, Ahmet; a.g.e., s. 160.

²³² REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 747.

²³³ ERTÜRK, Şükran; İş, s. 78.

²³⁴ SEVİMLİ, K. Ahmet; a.g.e., s. 160.

²³⁵ SEVİMLİ, K. Ahmet; a.g.e., s. 141.

D. İşyerinde Ayrımcılık Yasası

Kural olarak, aday işçiye dini inanç, etnik köken, siyasi görüş ve sendika üyeliği gibi konularda soru sorulamaz. Bu alanlar, Anayasal koruma altındadır (Bkz.: AY m.15/II, 20, 24, 25, 51, 68). Özellikle, AY m.15/II ve 24/III hükümlerinde kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı açık şekilde anlatım bulmuştur. 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin yanı sıra AB'nin 2000/78/EC ve 2000/43/EC sayılı Yönergelerinin bu konularda ayrımcılığı yasakladığı unutulmamalıdır. Önemle anımsatalım ki, işe alımda dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılması TCK m.122 uyarınca suç oluşturur. Dolayısıyla, bu tür sorulara işçinin doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu ilkenin istisnasını, işyerinin dini bir kuruma ya da siyasi bir partiye ait olması durumunun oluşturduğu; bu tür kurumların aday işçiye dini inanç, siyasi görüşle ilgili soruları sorabilecekleri belirtilir²³⁶. Sendika üyeliği konusunda ise, adaya soru sorulmasını önleyen norm, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağını hükme bağlayan Sen.K. m.31/I hükmüdür. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerine veya iş sözleşmelerine bu hükme aykırı kayıtlar konulması, kanuna aykırı bir sözleşme hükmü niteliği taşıyacak ve geçersiz sayılacaktır²³⁷ Sen.K. m.31/II, BK m.20). Halen işyerinde çalışan işçilere, bu konuda soru yönetilmesi önündeki engel ise işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından ayırım yapmasını yasaklayan Sen.K. m.31/III düzenlemesidir²³⁸.

Kişilerin, ırk ve etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefi, dini, veya diğer inançları; sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler, duyarlı veri niteliğinde olup işveren tarafından

²³⁶ ILO Code of Practice on Personal Data (Commentary), s.16, (SEVİMLİ, K. Ahmet; a.g.e., s. 157'den naklen alınmıştır).

²³⁷ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 753, 754.

²³⁸ SEVİMLİ, K. Ahmet; s. 158.

toplanması ve işlenmesi Veri Koruma Hukuku bakımından da daha sıkı kurallara tabidir²³⁹.

İşyerinde giriş çıkış kontrolleri işverence, işçilere eşit davranma borcuna uygun şekilde yapılmalıdır. Keyfi davranışlarda bulunulmaması, örneğin ihbar halleri dışında, bazı işçilerin kontrollere tabi tutulmalarına karşılık bazılarının tutulmaması şeklinde bir uygulamaya yer verilmemelidir. İşçi sayısının çokluğu nedeniyle herkesin üstünün ve eşyasının aranmamasının olanaksız olduğu hallerde ise arama objektif ölçütlere göre belirlenecek bazı işçilerle sınırlanabilir²⁴⁰.

E. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO'nun) İlkeleri ve Ülkemizdeki Durum

Kişisel bilgilerin toplanma amacı dışında kullanılması söz konusu olduğunda, işverenlerin bu bilgileri asıl amaca ters düşmeyecek şekilde kullanılması ve yanlış yorumlamalara müsaade edilmemesi gerektiği, öngörülmüştür. Ayrıca bu bilgilerin çalışanları kontrol amacına yönelik olmaması istenmiştir. Diğer taraftan çalışan hakkında kararlar verilirken, yalnızca kişisel bilgiler dikkate alınarak karar verilmemesi ve performans ölçümünde de tek ölçü alınmaması ifade olunmuştur²⁴¹.

Söz konusu ILO uzmanlar grubunca hazırlanan metinde yer alan ilkeleri şu şekilde özetleyebiliriz²⁴².

- Çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin koruma yolları geliştirilerek, kişisel bilgilerle ilgili bilgisayar kayıtları en aza indirgenmelidir.
- Çalışan ve temsilciler bilgi toplama sürecinden, bu sürecin kurallarından ve haklarında haberdar edilmelidir.
- Kişisel bilgileri dosya veya bilgisayarlara işleyenler muntazaman eğitilerek yaptıkları işin sorumluluk bilincinde olmaları sağlanmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilerle işçilerin istihdamında ve iş sırasında hukuka aykırı ayrımcılık yapılmamalıdır.

²³⁹ SEVİMLİ, K. Ahmet; s. 158.

²⁴⁰ ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 125.

²⁴¹ KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 383.

²⁴² Protection of Workers' personaldata sh. 1 vd., (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 383'den naklen alınmıştır).

- İşverenler, çalışanlar ve onların temsilcileri çalışanları özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması politikası geliştirmede işbirliği yapılmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilere erişebilen işverenler ve işçi temsilcileri, bu husustaki “gizlilik” ilkesine uymak zorundadır.
- Çalışanlar kişilik haklarına ilgilendiren haklardan feragat edemezler.
- İşveren, işçinin cinsel hayatı, siyasi, dini ve diğer inaçları konusunda bilgi toplayamaz ve işçinin suça eğilimini belirleme amacına yönelik test yapamaz.
- Sağlık açısından, örneğin önceden bir hastalık geçirip geçirmediğine yönelik sorular ancak, iş için önemli ise ve ulusal mevzuatta iş güvenliği ve işçi sağlığının gerektirdiği ölçüde sorulabilir.
- İkelere aykırı soru sorulursa adayın ve çalışanın eksik cevap vermesi halinde işten çıkarılma veya disiplin cezası verilemez.
- Çalışanın uyşturucu müptelası olup olmadığı ulusal mevzuata göre belirlenmelidir.
- İşçi hakkında toplanan bilgilere sadece yetkili olanlar erişebilir. Bu bilgiler kural olarak üçüncü kişilere çalışma izni olmadan verilemez. Ancak cana kast ve sağlığı tehdit eden bir durum söz konusu ise, yasanın elverdiği ölçüde ve çalışma ilişkisinin yönlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere verilebilir. Ayrıca Ceza Kanunu gerektiriyorsa ve ticari amaçla bu bilgilerin verilmesi mümkündür.

ILO uzmanlar toplantısında oluşturulan bu metinde işçilerin kendileri hakkında tutulan kişisel bilgilerden muntazam aralıklarla haberdar edileceği, bu bilgilere erişme haklarının olduğu, ayrıca normal iş saatleri içerisinde ücretsiz suret isteme haklarının bulunduğu da belirtilmiştir²⁴³.

Ülkemizde işçi hakkında bilgisayarda toplana bilsayarda toplanan bilgilerin korunmasına ilişkin özel bir kanuni düzenleme yoktur. İşçinin, MK 24 ve BK 332 hükümlerine göre işveren kendisi ile ilgili bilgi kartlarını görme ve gerekli ise bunların düzeltilmesini talep etme hakkına sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir. İşveren işçiye ilişkin bilgi kartları veya dosyalarında yer alan hususları, ilke olarak üçüncü

²⁴³ KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 384.

kişilere açıklayamaz. Ancak işçi buna muvafakat etmişse veya üçüncü şahsın bu hususta haklı bir menfaati bulunursa, işveren bu bilgileri verebilir²⁴⁴.

İşverenin işyerinde çalışan işçilerin kimlikleri eğitim ve öğretim ve sağlık durumları işe uyum ve verimlilikleri konusundaki bilgileri dosyalarda veya teknik imkanları mevcutsa bilgisayarda toplanmasına hukuki bir engel mevcut değildir. Ancak bu bilgilerin toplanması iş ilişkisi iş için gerekli olmalı ve bu amaç için kullanılmalıdır. Ayrıca işverenin dosyalarda veya bilgisayarda topladığı bu bilgilerin işletme içinde, bu hususu bilmekte haklı menfaati olan personel şefliği veya muhasebe servisi gibi bürolara açık olması gerekir. Bu işletme içi “gizlilik” ilkesine riayet için zorunludur²⁴⁵.

İşverenin İş Kanunu 17/2-a uyarınca hizmet sözleşmesini feshedebilmesi için işçinin, sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek kendisini yanıltması gerektiğini ifade etmiştir. Esaslı unsurlar, sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka üzerinde durulması gereken noktalardır. Sadakat yükümünün ihlali susarak, yanlış bilgi vermek ya da geçersiz (hukuka aykırı) yollardan bilgi sağlamak suretiyle gerçekleşebilir. Örneğin bir işveren işe alınmak üzere başvuran ve söz konusu göreve hâla bir atama yapılacağına ve kendisinin gerçekten bir şansa sahip bulunduğuna güvenen ve kişisel bir tanışma istemini ve diğer malvarlığı durumlarını, hatta işyerini terk edeceğini bildiren bir başvurana, çabalarının başarı kazanma umudu olmadığını söylemezse, susmak suretiyle de tazminat ödemekle yükümlü olabilir²⁴⁶.

İşveren başvuran kişi hakkındaki bilgileri hukuka aykırı yollardan, örneğin kendisinin izni olmaksızın hâlihazır işvereninden alarak sağlamış ya da üçüncü kişilerin karşısında bilgi toplamanın türü ve şekli nedeniyle zarara uğramasına neden olmuşsa, yine tazminat ödemekle yükümlüdür²⁴⁷.

İşveren, başvuran kişiden işyeri için önem taşıyan bilgi ve belgeleri istemeyi ihmal ederse riski göze almıştır. Sadece başvuran kişinin, söz konusu işyeri için kesinlikle elverişsiz olduğu biliniyorsa, sözleşmenin yapılmaması halinde bu kişi

²⁴⁴ Rehbinder, Art. 328 N. 17., (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 385'den naklen alınmıştır).

²⁴⁵ Rehbinder, Art. 328 N. 14., (KAPLAN, Tuncay Emine; a.g.e., s. 384'den naklen alınmıştır).

²⁴⁶ REHBINDER, Manfred; a.g.e., s. 751.

²⁴⁷ REHBINDER, Manfred; a.g.e., s. 752.

sözleşme görüşmelerindeki kusur nedeniyle ve sözleşmenin yapılması halinde ise, işvereni anılan durum hakkında aydınlatmamışsa, taahhitteki subjektif imkansızlığa ilişkin kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır²⁴⁸.

4. SONUÇ

İşçinin kişiliğinin korunması dolaylı olarak temel hakların uygulanmasına konu olmaktadır. Bu korumanın temelini Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında bulunmaktadır. Bu hükme göre "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Bu madde özel bir öneme sahiptir. Çünkü Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerinden eşitlik ve sosyal adalat gereklerince yaralanarak, milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve amddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu "... şeklindeki ifadesini Anayasa kuralı haline getirmektedir.

İşçinin kişilik hakkının önemli şekilde ihlal edilmesi örneğini, işyerinde fazla sevilmeyen bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmeyip, kendisine hiç iş verilmemesi veya önemsiz bazı işlerin verilmesi suretiyle üzerinde baskı yaratılmasına çalışıldığı zaman söz konusu olmaktadır. İşçi bu durumda işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde kendisine yeteneğine uygun bir iş verilmesini talep etme hakkına sahiptir²⁴⁹.

İşverenin işçiyi gözetme borcu gereği, iş ilişkisi çerçevesinde onu korumak ve gözetmekle yükümlü bulunmaktadır. Somut iş ilikisi ile bağdaşmayan ve işçinin kişiliğine yönelik tüm saldırıları bertaraf etmekle yükümlü bulunmaktadır²⁵⁰.

İşverence, işçiyi saldırılara karşı koruma yükümlülüğü işçiyi amirine, iş arkadaşlarına ve müşterilere karşı koruma şeklinde karşımaza çıkmaktadır. İşçi ile işveren arasında iş hukuku kurallarınca koruma söz konusu olabilmektedir. İşçinin iş arkadaşlarından iş sözleşmesinden kaynaklanan taleplerde bulunması mümkün değildir.

²⁴⁸ REHBİNDER, Manfred; a.g.e., s. 756.

²⁴⁹ ERTÜRK, Şükran; "İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 59-78, (Baskısı); KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal; "Baskı Feshi", Sicil, Mess Yayınları, Yıl 2, Sayı 3, İstanbul, 2007, s. 47-49.

²⁵⁰ REHBİNDER, OR 328 N 4, (ERTÜRK, Şükran; İş, s. 87'den naklen alınmıştır).

Bu nedenle onlara karşı, kişiliğin korunması söz konusu olduğunda sözleşme dışı hukuk araçlarına başvurarak korumadan yararlanabilir²⁵¹.

İşçinin temel haklarını korumak amacıyla işverenin müşterilerine doğrudan doğruya başvurma hakkı bulunmaktadır. Müşteriler tarafından işçinin temel haklarına yönelik saldırı durumunda, işçi müşterilere karşı doğrudan doğruya hasız fiil hükümlerine göre başvuruda bulunabileceği halde, işçi işverenden müşterilerden gelen saldırılara karşı korunmasını iş ilişkisi çerçevesinde gözetme borcunun bir gereği olarak talep etme hakkına sahip bulunmaktadır²⁵².

İşçinin özel hayatını koruyan İş Hukuku alanında açık bir hüküm yoktur. Konuya ilişkin otaya çıkabilecek iki önemli husus işçilerin gözlenmesi halinde işçinin ya da işverenin fesihleridir. İşverence gözlendiği; örneğin telefonlarının dinlendiği, e-maillerinin izlendiği ya da kamera ile görüntülerinin kaydedildiğini düşünen işçinin hizmet sözleşmesini bu sebebe dayanarak feshetmesi halinde; mahkemenin yapması gereken; işverenin fiilinin özel yaşamın gizliliğini ihlal edip etmediğini saptamaktadır. Bu konuda ABD hukukunda kullanılan “*makul bir özel yaşamın gizliliği beklentisi*” ölçütünden yararlanılabilir²⁵³.

İşçinin temel hakkı olan kişilik hakkının dolaylı olarak yasalar yoluna korunmasına örnek teşkil eden bu olayda İş Kanunu'nun 16/2-e maddesi gereğince “...yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa” işçinin sözleşmeyi haklı sebeple bildirimsiz feshetme olanağı bulunmaktadır.

İşletmenin haklı bir gereği olmaksızın, işverenin merakı, kırgınlığı ya da benzer sebeplerle gözleme yapması ve bu yolla işçiler hakkında bilgi edinmesi, kişilik hakları ve özel yaşamın gizliliğinin ağır ihlalidir ve hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, bu şekilde elde edilmiş bilgi, hukuka aykırı bilgi olacağından, buna dayalı fesihleri haksız fesih olarak değerlendirmek; hatta işçiye zararının giderilmesi için ek tazminat talep etme olanağını tanımak gerekir²⁵⁴.

²⁵¹ GREMBER, s. 180, (ERTÜRK, Şükran; İş, s. 88'den naklen alınmıştır).

²⁵² ERTÜRK, Şükran; İş, s. 89.

²⁵³ AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 221.

²⁵⁴ AYDIN, Ufuk; a.g.e., s. 221.

İşçinin internette özel amaçla sıkça kullanması veya kendisine görevini yerine getirmesi sebebiyle tahsis edilen bilgisayarlarında pornografik içerikli resimler bulunması halinde olayın özelliği de dikkate alınarak ve işçiye önceden ihtar verilmek kaydıyla iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir²⁵⁵.

İşçinin özel hayatının ihlalinden öte maalesef günümüzde işçinin kişilik haklarını ihlal eden birçok durum mevcuttur. Bu hallerde genel hükümlere göre maddi ve mavevi taminat talebinde bulunulur. Nitekim Yargıtay²⁵⁶, “hiçbir gerekçe işçinin dövülmesini haklı kılmaz, işçinin yalnız maddi varlığı değil manevi varlığı da yasalarca koruma altındadır. Sözü edilen eylem tek başına BK 49. madde uyarınca kişilik hakkına saldırı olup manevi tazminatı gerektirir” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay bir başka kararında²⁵⁷ ise “Davacı, işveren vekilinin olay günü işe geç gelmesi nedeni ile kendisine hakaret etmesi işçi yönünden İş Kanunu’nun 16/2 maddesi uyarınca haklı fesih sebebidir. Bu durumda davacı ihbar tazminatı isteyemez ise de, kıdem tazminatına hak kazanır. İşverenin, işçinin haklı sebeple iş aktini feshettiğini bildirmesi, bu sonucu değiştirmez. Zira işçinin feshi ile hukuki sonuçlar doğmuştur. O halde gerçekleşecek kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir” şeklinde karar vermiştir.

Diğer taraftan Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21.09.1990 tarihli başka bir kararında²⁵⁸ aşçı olan işçinin uyarılmasına karşın sakalını kesmemesi tazminatsız fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Söz konusu kararda; “Davacının işi aşçılıktır. Bu işi ifa etmekte iken sakal bırakmıştır. İkaz, ihtar ve yevmiye kesintisi cezalarına rağmen sakalını kesmemekte direnmiştir. Bunun üzerine hizmet akdi Disiplin Kurulu Kararı ile feshedilmiştir. Gerçekten davacının sakal bırakması sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmaz. Davranışı bu konudaki mevzuat ve İ.K.’nin 17. maddesinin II. bent hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle işveren fesihte haklıdır. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatı isteyemez. Bu isteklerin reddi gerekir. İşin niteliği itibarıyla davacının ileri sürdüğü Yargıtay kararları bu davada emsal alınamaz.” hükmüne varılmıştır. Bu kararda da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, aşçı olan davacının sakal

²⁵⁵ ÇELİK, Çağrı; İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 101.

²⁵⁶ Yarg. E. 2007/41164, K. 2009/8092, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Ezgi Matbaa, 23, 2009/4, 394.

²⁵⁷ Yarg. 9. HD., 14.02.1994, E. 1993/14090, K. 1994/2244, AKYİĞİT, Ercan, Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 189.

²⁵⁸ http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2132&id=101, (e. t. 01.06.2010).

bırakmasını sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmayacak bir durum olarak nitelendirmiştir. Sonuç olarak, çalışanların, işyerinde işverenin mevzuata, ahlaka, adaba ve kamu düzenine uygun olarak belirlediği talimat ve kuralları ihlal etmemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle işverenin bu şekilde saptayacağı söz konusu talimat ve kurallara uygun davranılması, giyinilmesi ve dış görünüşün bunlara göre belirlenmesinin talep edilmesi yasalarımız açasından geçerli bir durumdur.

II. AİLE HUKUKUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

1. AİLE KAVRAMI

Aile hukuku, bu hukuki müesseseye ilişkin normların tümü anlaşılır. Aile Hukuku'nun muhtevasına sadece resmi evlilikler dahildir. Anayasa'nın 41. maddesinde sözü edilen "aile" yetkili evlendirme memuru önünde yapılan bir evlenme akti ile doğan "aile"dir.

Aile kavramı altında evlilik bağı ile birbirlerine bağlanan karı koca ile bunlara nesep bağı ile bağlanan kişiler anlaşılır. Aile ilişkileri ise evlilik, kan bağı ve evlat edinme ilişkisi ile birbiriyle olan iliřkiřleridir²⁵⁹.

Aile, Türk toplumunda çok önemli bir yeri vardır. Ailenin varlığı devlet tarafından korunmuş ve gelişmesi özel olarak teşvik edilmiştir. Anayasamızda yer alan Aile Hukukun ilişkin ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz: Ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ilkesi (41. madde); Ailenin Korunması ilkesi (41. madde); Aile planlaması ilkesi (41. madde); Eşitlik ilkesi (10. madde); Aile hayatının gizliliğinin korunması ilkesi (20.madde); Resmi evlilik ilkesi (174/4. madde).

Toplumlardaki sosyo-ekonomik ve kültürel değişiklikler, o toplumların aile yapısında önemli değişimlere sebep oluyorsa da, değişiklikleri beraberinde getiren bu sosyal, politik, kültürel akımların karşısında, aile, son derece dayanıklı ve bu akımlara karşı varlığına koruyan bir topluluk olarak devam etmektedir. Devletin büyük ölçüde

²⁵⁹ ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 3, (Aile).

ailenin görevlerini üstlenmesi (sosyal sigortalar, sosyal yardımlar, eğitimde resmi okullar, vs.) ailenin önemini önemli ölçüde azaltmamıştır²⁶⁰.

Medeni Kanunun Aile Hukuku Kitabı tümüyle ele alındığında aike teriminin üç değişik anlamda kullanıldığı görülmektedir²⁶¹.

Yalnızca eşlerin (kadın ve kocanın) oluşturduğu birlik, dar anlamda aileyi karşılamaktadır. Bu en dar anlamda aileye “evlilik birliği” de denilmektedir. Medeni Kanunun 185. 186. 188-191, 195 ve diğer bazı maddelerinde de “evlilik birliği” deyimini ile bu anlamda aile ifade edilmektedir.

Geniş anlamda aile, karı kocaya ek olarak çocuklar da dahildir. Medeni Kanunun velayeti düzenleyen 335 ve devamı maddelerinde bu anlamdaki aile düzenlenmektedir.

En geniş anlamda aile kavramı ise, ana baba ve çocuklar dışında, kan bağıyla bağlı olan hısımlar, kayın hısımları, bir sözleşme ilişkisi nedeniyle aileyel bir arada yaşayan işçi, hizmetli ve yardımcıları girmektedir. Medeni Kanunu bu çeşi aileyi, 367-370. Maddeleri arasında, “Ev Düzeni” adı altında düzenlenmiştir.

2. AİLENİN ÖNEMİ

Aile içinde yaşadığımız toplumun temel taşıdır. Toplum aile dediğimiz en küçük sosyal ünitelerin bir araya gelmesinden oluşmuş insan topluluğudur. “Aile terbiyesi”, “aile gelenek ve göreneği” gibi tabirler toplumumuzda sıkça kullanılmaktadır.

Toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur ve güvenlik içinde yürüebilmesi, aile kurumunu sağlam temellere oturtulması ve kapsamlı bir hukuki düzenlemeye bağlanması ile mümkün olabilir.

Aile, insanın ilk gözünü açtığı anda kendisini içinde bulduğu ve onunla doğrudan doğruya ilişkide olduğu sosyal bir birimdir. Her ne kadar birey toplumsal çevrenin ürünü olmakla birlikte, ona ilk rasyonel davranış ve eğitimi veren ailedir. Ailenin

²⁶⁰ ÖZTAN, Bilge; Aile, s. 4.

²⁶¹ ZEVLİLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe; Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 216.

çocuklarına başlangıçta vermiş olduğu olumlu eğitim ve yönlendirmenin, bireyin sonraki yaşamı üzerinde büyük rolü vardır²⁶².

Zamanla siyasal ve ekonomik hayatın gelişmesi, yapısı ve kapsamı itibariyle ailenin de değişmesine sebep olmuştur. Artık modern toplum hayatında, “ailenin dışı karşı korunması” aile bireylerine düşen bir görev olmaktan çıkmıştır²⁶³.

Bir kişinin evlenmesi, bağımsız bir konut seçerek eşyle birlikte yaşaması, çocukların olması, eşin ve çocukların bakımını üstlenmesi, çocukların eğitilmesi ve korunması, bu yönden ana ve babanın çocuklara ve birbirlerine karşı sahip oldukları hak ve yükümlülükler, evin günlük geçimi için yapılacak işlemler, evin giderlerinin, evdeki eşyaların, edinilen malların hangi oranda kime ait olacağı, aile yaşamı içinde eşler arasında meydana gelen çeşitli olayların aile birliğinin ortadan kaldırılmasına neden olabilmesi, ehliyet yönünden kısıtlanması gerekli kişilerin korunması için kendilerine yasal temsilci (vasi) atanması, vasinin görev ve yetkileri ve daha bir çok günlük olay, Aile Hukukunun önemli konularını oluşturmaktadır. Yani Aile Hukuku, insan yaşamının önemli bir bölümüyle ilgilenmektedir.

3. AİLE HUKUKUNUN İLKELERİ

A. Birlik İlkesi

Medeni Kanunu, “ailede birlik” temel düşüncesini esas almıştır. Bu birlik fikri her üç alandaki aile için de geçerlidir²⁶⁴.

Evlenmeyle eşler arasında birlik kurulmuş olup; eşler bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermele yükümlüdür. Ayrıca evliler, birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (MK 185).

Keza eşler, oturacakları konutu birlikte seçerler; birliği (aile) beraberce yönetirler; ailenin giderlerine güçleri oranında emek ve varlıkları ile katılırlar (MK186).

²⁶² PALAMUT, Mehmet E; Medeni Hukuk, Alfa Akademi Basım Yayım, İstanbul, 2004, s. 83.

²⁶³ AKINTÜRK, Turgut; Aile Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996, s. 5.

²⁶⁴ ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe; a.g.e., s. 218.

B. Eşitlik İlkesi

Aile, eşitlik esasına dayanır. Eşlerin birbirinden farklı yönleri yoktur. Aile hukuku ile eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10/1 maddesinde vurgulanan "Herkes, ... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" hükmüyle de örtüşmektedir.

C. Süreklilik İlkesi

Aile, devamlı bir topluluktur. Aile belirli çıkar hesaplarına dayalı olarak ve çıkar kalmayınca sona erdirilmek üzere ya da geçici hevesler için kurulacak birlik değildir. Bu özellik sadece aile birliğinde değil, Aile Hukukuunu velayet, vesayet, evlatlık ilişkisi gibi öteki ilişkilerinde de devam eder²⁶⁵.

Aile şühesiz hâkim kararıyla ya da kendiliğinden de sona erer. Süreklilikten amaç, tarafların karşılıklı anlaşma ile aralarındaki birliği ve bağı ortadan kaldıramamalarıdır.

D. Zayıfların Korunması İlkesi

Aile içi ilişkilerde, zayıflar daima himaye görür. Aile hukuku bunula ilgili hükümler içerir. Nitekim çocukların ve kadının korunması ilişkin hükümler bu ilke gereğidir.

E. İrade Serbestisinin Yokluğu İlkesi

Özel hukuk ilişkilerinde irade serbestisi mevcut olup, kişiler birbirleriyle olan münasebetlerinde serbestçe hareket ederler; muamele yaparlar. Ancak bu serbesti kuralı, aile içerisindeki ilişkilerde geçerli olmayıp, kanunla düzenlenmemiş alanlarda, aile hukusal ilişkide bulunamazlar.

F. Devletin Müdahalesi İlkesi

Devlet, aile ilişkilerinin gerek meydana gelmesinde, gerek ilişkilerin devamı ve sona ermesinde geniş çapta karışma (müdahale) ve kontrol görevini ifa etmektedir. Nitekim evlenmenin geçerli bir şekilde ancak "resmi bir memur" önünde meydana

²⁶⁵ ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe; a.g.e., s. 218.

gelebilmesi (MK 108); hükümsüzlük hallerinde mutlak butlan davasının re'sen savcı tarafından açılabilmesi (MK 113); evlenmenin iptalinin veya boşanmanın ancak "mahkeme hükmüyle" mümkün olabilmesi (MK 113 vd., MK 129 vd.); nesep anlaşmazlıklarının ve vesayet ilişkilerinin "mahkemelere" bırakılmış bulunması (MK 242, 295, 347), devletin aile hukukna ne derecede karışmakta olduğunu gösterir.

4. AİLE HUKUKUNDA GÜVEN İLİŞKİSİ

Aile arasında eşler arasında sıkı bir güven ilişkisinin olduğu çok açıktır. Aile hayatının zedelenmemesinde hem eşlerin hem de toplumun yararı vardır. Aile hayatındaki sıkı güvenin oluşturduğu ortam beraberinde eşlerin sadakat yükümlülüğünün ihlalini de kolaylaştırmaktadır. Şu halde boşanma davalarında dayanılan özel hayat savunmasının aile hayatı içerisindeki yerinin belirlenmesi gerekir.

Aile hayatı ile özel hayat kavramlarının nitelikleri birbirinden farklıdır. Kişinin aile hayatı, aile olarak beraber yaşadığı bireylerin katılımıyla gerçekleşen ve aile topluluğunun suje olarak yer aldığı faaliyetlerden oluşmaktadır. Örneğin, ana, baba ve çocuklar arasında çıkan sorunlar aile hayatı kapsamına girecektir. Sadece aileyi ilgilendiren bu gibi hususların başkaları tarafından öğrenilmesi, bilinmesi ve izlenmesi hukuki açıdan yerinde değildir. Aile hayatına ilişkin faaliyetler, başkalarını ilgilendirmeyen ve aile içinde kalması gereken nitelikteki faaliyetlerdir²⁶⁶.

Özel hayat alanında bizzat kişi faaliyetlerinin sujesi olarak ortaya çıkmaktadır. Herkes özel hayat alanını kendisi dışındakilere karşı gizli tutabilir. Böylece kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı, ailesini oluşturan bireyler üzerinde de geçerli olacaktır. Kişinin özel hayatına ilişkin hususların aile bireyleri tarafından öğrenilmesi, ancak onun rızası ile mümkündür. Bununla birlikte, aile hayatına ilişkin faaliyetlerin aileyi oluşturan kişiler tarafından öğrenilmesi hiç kimsenin rızasına bağlı değildir. Kişinin aile hayatını sadece kendisine ait yaşam alanı olarak belirtmemiz mümkün olamaz. Aile hayatında gerçekleştirilen faaliyetlere, ailenin bireyi olan herkes iştirak etmektedir²⁶⁷.

²⁶⁶ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 224.

²⁶⁷ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 225.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde özel hayat ve aile hayatı aynı hükümle, fakat birbirinden ayrılarak güvence altına alınmıştır. Buna göre, herkes aile hayatına saygı gösterilmesini isteyebilecektir. Dolayısıyla bu düzenlemelerde, aile hayatının gizliliği ve korunması esası özel hayattan bağımsız ve temel bir hak olarak benimsenmiştir. Kişinin aile hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal eden tecavüzler gibi hukuki ve cezai yaptırımlarla desteklenmiş ve güvence altına alınmıştır²⁶⁸.

Aile hayatı ile özel hayat alanı arasındaki temel fark şudur; aile hayatı ailenin içinde, özel hayat ise kişinin içinde gizlidir. Aile hayatı üzerinde aile bireylerinin ve özel hayat üzerinde ise, sadece ona sahip olan kişinin tasarruf hakkı bulunmaktadır²⁶⁹

5. AİLE HAYATININ KAMUYA AÇILMASI

Aile hayatı içerisinde gerçekleşen hususlar rızaya bağlı olmaksızın öğrenilir ve başkalarına açıklanır, hukuka aykırı bir fiil teşkil edecektir. Örneğin, kişinin evlenmesi, boşanması, çocukları ile ilişkileri sadece kendisini ve ailesini ilgilendiren faaliyetlerdendir. Bu hususların başkaları tarafından sahibinin rızası olmaksızın öğrenilmesi ve aktarılması aile hayatının gizliliği ve korunması hakkını ihlal edecektir. Bu nedenle aile hayatına ilişkin hususların başkaları tarafından öğrenilmesine yalnız aile bireyleri rıza gösterebilir. Aile hayatına ilişkin bir husus, başkası tarafından kişinin rızası ile öğrenilir, fakat bu husus rıza alınmaksızın başkalarına aktarılırsa, kişinin aile hayatının gizliliği ve korunması ihlal edilmiş olur²⁷⁰.

Kamuya mâl olmuş veya kamuya mâl olmamış insan ayrımı bu konuda konuda ortaya çıkan sorunları çözmeye çalışmıştır. Gerçekten bazı kişilerin kamu nazarında taşıdıkları önem sebebiyle, kamu yararı ve haberleşme ihtiyacı sözü geçen kişilerin aile hayatları hakkında yayınlar yapılmasını sağlamaktadır. Esas sorun, kamu yararı ile aile hayatının gizliliği ve korunması hakkı arasında meydana gelen bu ihtilafı dengeli bir şekilde çözebilmektir. Kamuya mâl olmuş kişilerin aile hayatlarına ilişkin hangi faaliyetlerinin kamuya yansıtılabileceklerini her domut olay için değerlendirme yapılarak belirlenir. Yapılacak bu tespit, “kamu yararı ve ilgisi” ölçütünü benimseyen

²⁶⁸ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 225.

²⁶⁹ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 226.

²⁷⁰ ŞEN, Ersan; a.g.e., s. 226.

üstün mefaat teorsini dikkate almak gerekir. Yani kamuya mâl olmuş kişilerin aile hayatındaki faaliyetleri, kamusal yararın ve hakkın bulunduğu durumlarda ve ölçüde kamuoyuna açıktır²⁷¹.

Kamuya mâl olmamış kişilerin aile hayatlarının rızaları alınmaksızın kamuya yansıtılmasının hukuka uygun olmayacağı ileri sürülmüştür. Bu insanların aile hayatlarının sadece kendilerine ait olduğu kabul edilmektedir. Aile hayatı insanın manevi egemenlik alanına giren ve hiç kimsenin müdahale edemeyeceği bir alandır. Kamuya mâl olmamış ve aile hayatının kendisine sağladığı gizlilik ve korunması hakkı içerisinde yaşamak isteyen kimselerin aile hayatlarına saygı gösterilmesi hukuken zorunludur. Bu alanda kişinin özel yararı, kamu yararından üstün kabul edilecektir²⁷².

6. AİLE HAYATINDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

A. Evli Eşler Arasında Özel Hayatın Gizliliği

Boşanma davaları ve özel hayatın gizliliği ile ilgili basında, örneğin “Eşinin sevgilisiyle yaptığı görüşmeyi kaydeden koca hapis cezası aldı”, “Eşinin bilgisayar kayıtlarını boşanma davasında delil olarak kullanan koca, mahkemece özel hayatın gizliliğini ihlal etmediği kabul edilerek beraat etti”, şeklinde haberler görmekteyiz²⁷³.

Ama esas tartışma konusu, aynı özel hayatı paylaşanlar arasında özel hayattan bahsedilip edilemeyeceğidir. Evli eşlerin birbirlerinden ayrı özel hayatının olduğu kabul edilip edilemeyeceğidir. Evliliğin hayatı en yakın şekilde paylaşma, hatta bütün hayatı birlikte geçirmek amacıyla yapılan sözleşme olduğu düşünüldüğünde, normal şartlarda eşlerin birbirlerinden gizli pek az şey sözkonusu olabilir. Eşler arasındaki “özel hayat” tartışması da genellikle evlilik birliğinin sarsıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Evli insanların özel hayatlarından öncelikle normal şartlarda o evliliğe çiftler dışında yapılacak müdahale anlaşılmalıdır. Örneğin evli çiftin izinsiz fotoğraflarının çekilmesi ve dinlenmeleri durumunda olduğu gibi. Fakat evli kişilerin birbirlerinden gizleme gereği duydukları sadakatsizlik gibi durumları da artık özel hayat olacak mıdır?

²⁷¹ ÖZEK, Çetin; a.g.e., s. 185.

²⁷² DÖNMEZER, Sulhi; Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, s. 308.

²⁷³ <http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-geçerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

Her ne kadar vicdanlarımız bu durumu bilmesi gereken aldatılan eşten yana da olsa, “aldatma durumu” artık bunu yapanların özel hayatına dönüşmüştür. Konuyu geniş ele alırsak, artık yaşanan ilişki, aldatan eşin ilişkide bulunduğu kişinin de özel hayatı haline gelmiştir. Bu nedenle aldatan eş hesaba katılmasa bile, 3. kişinin özel hayatından bahsetmek de mümkün olacaktır. TCK’da özel hayatın gizliliğini ihlal eden şahsın, kişinin eşi olmasının “özel hayatın gizliliği” suçunu ortadan kaldıracacağına ilişkin bir düzenleme veya istisna yoktur. Özel hayatın ahlaklı olup olmadığı kişilerin kendilerini ilgilendireceğinden, kanun koyucu bu konuyu dikkate almamıştır. Dolayısıyla bir eş, diğer eşin özel hayatını ihlal edebilecektir²⁷⁴.

Yargıtay bir kararında²⁷⁵ “*Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m. 20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinin kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile*

²⁷⁴ <http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-geçerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

²⁷⁵ Yarg. 2. HD. E, 2007/17220, K. 2008/13614, T. 20.10.2008, <http://www.kahdem.org.tr/?p=176>, (e. t. 01.06.2010). ; benzer açıklamalar için bkz. <http://www.porttakal.com/haber-yargitay-dan-ev-ici-telekulak-a-vize-209926.html>, (e. t. 01.06.2010); <http://www.nethaber.com/.../Yargitay-ihanetten-suphelenen-kocanın-eve-yerlestirdigi-cihazla>, (e. t. 01.06.2010); www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=26178.;N, (e. t. 01.06.2010); <http://www.turkforum.net/showthread.php?t=759106>, (e. t. 01.06.2010); <http://www.erfadedektiflik.com/yasa/8-yargitay-kararlari.html>, (e. t. 01.06.2010).

bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz.

Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dahil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylar karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu koşullar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı koca tarafından açılan boşanma davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır.²⁷⁶

Ancak, evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz.

Davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD.'nin, davalının "özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkemece de; "davacı eşin delil olarak sunduğu ses kaydının davalının bilgisi dışında özel hayatın gizliliği ihlal edilerek hukuk dışı yollardan oluşturulduğu, bu sebeple itibar edilemeyeceği" kabul edilerek , "davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunduğunu gösteren başkaca bir delil de getirilmediği" gerekçesiyle davacı-davalı kocanın açtığı boşanma davasının reddine karar verilmiştir.

Sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan bir sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucu, (CD)'deki ses kayıtlarının, orjinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tesbit edilmiştir. Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır.

B. Evli Olmayan Eşler Arasında Özel Hayatın Gizliliği

Evli olmayan eşler arasında özel hayat söz konusudur. Daha önce boşanmış eşler arasında artık aile hayatı yani ortak hayat söz konusu olamayacağından kişilerin birbirlerinin özel hayat kapsamına giren alanlarında yaptıkları hukuka aykırı dinlemeler kişilik hakkını ihlal ettiği gibi aynı zamanda şartları oluşmuşsa Ceza Hukuku anlamında suç teşkil edecektir.

C. TCK'da Özel Hayatın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Suçların Aile İçi Özel Hayat ile İlişkisi

a. Genel Olarak

Eşlerin birbirlerine karşı hukuka aykırı davranışları kişilik haklarını saldırı teşkil ettiği takdirde bu durum bir özel hukuk meselesidir. Eşler birbirlerine tazminat hukuku çerçevesinde talep hakları olur. Ayrıca eşler bu kişilik hakkı ihlalini şartları oluştuğu takdirde boşanma davasında delil olarak gösterebilecektir. Ancak Ceza Hukuku anlamında bir eylemin suç teşkil edebilmesi için tipiklik unsurunu gerçekleşmesi gerekir. Özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin suçlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümünde Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (TCK 132), Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması (TCK 133), Özel Hayatın Gizliliğini İhlal (TCK 134), Kişisel Verilerin Kaydedilmesi (TCK 135), Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme (TCK 136), Verileri Yok Etmeme (TCK 138) şeklinde belirtilmiştir. Ancak biz boşanma davalarında da sıkça tartışıldığı üzere Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçlarına genel hatlarıyla değineceğiz.

b. Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenilmesi ve Kayda Alınması Suçu

Ses dinlemenin ve kaydetmenin özel hayatın gizliliği suçu ile pek de net olmayan çizgilerle ayrıldığını anlıyoruz. Bir kişinin sesinin dinlenmesi veya kaydedilmesi, onun ayrıca “başkalarının göremeyeceği özel yaşamıyla ilgili” olmadığı sürece sadece ses kaydetme suçundan bahsedilebilecektir. Örneğin bir ticari müzakerenin gizlice dinlenmesi ve kaydedilmesi özel hayat ile ilgili olmadığından özel hayatın ihlalden bahsedilemeyecektir. Ama yan komşusunun sesinin dinleyen ve bunu kaydeden kişinin işlediği suç ve bir muhabirin ünlü bir kişinin özel hayatına karşı ses ve görüntü olarak işlediği suç özel hayatın gizliliğini ihlal suçu olacaktır²⁷⁷.

c. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu

Eşin başkasıyla yaşadığı gizli ilişki artık aldatan eşin ve birlikte aldattığı kişinin özel hayatına dönüştüğünden, bu özel hayata TCK 134 gereği gelecek müdahale evli eşten de gelse cezalandırılacaktır. Boşanmak için delil elde etmeye çalışan eşlerin bu madde kapsamında yapacakları eylemler de suç oluşturacaktır. Ceza yargı sistemimizde, bir suçun işlendiğini en açık şekilde ispat etse de yasal olarak elde edilmemiş delillerin kişinin cezalandırılmasına esas olamayacağı gibi, yasal olarak elde edilmeyen delillerin boşanma sırasında ileri sürülmesi de mümkün olmayacak, bu deliller sunulsa da mahkeme tarafından karar verilirken dikkate alınmayacak, üstelik ayrı bir ceza davasına neden olabilecektir. Aldatıldığını düşünen kişi bu durumu yasal delillerle ispat etmek zorundadır. Boşanma davasının bir avukatla açılması halinde sunulacak delillerin yasallığının değerlendirilmesinde avukatların da büyük dikkat ve özen göstermesi gerekecektir. Yasal olmayan deliller konusunda müvekkillerini uyardıkları ve kendi imzalarıyla verdikleri dilekçelerde bu ihlali yapmaktan “bizzat” kaçınmalıdırlar²⁷⁸.

Aynı çatı altında yaşayan kişilerin boşanmak için elde edecekleri delillerin yasallığı konusunda en önemli ölçüt, bu delillerin “ortak kullanım alanları” nda elde edilip edilmediğidir. Eşler birlikte kullandıkları alanlarda elde edecekleri delilleri

²⁷⁷ <http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-geçerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

²⁷⁸ <http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-geçerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

boşanmada kullanabileceklerdir. Örneğin çekmecedan çıkan bir not veya mektup, evin ortak telesekreterine gelen bir mesaj gibi. Ancak cep telefonuna gelen bir mesaj delil olamayacaktır. Çünkü ortak kullanıma tabi değildir. Ancak eşler cep telefonunu ortak kullanımları için almışlar ve kullanıyorlarsa farklı değerlendirilebilecektir. Eşlerin ortak kullanımlarındaki bilgisayardan elde edebilecekleri bilgiler de boşanmada delil olabilecektir. Ancak bu bilgisayarda veri elde etmek için ayrıca bir düzenek kurmak, örneğin keylogger gibi klavye kaydeden programlar kullanmak da “özel hayatın gizliliğinin ihlali” suçunu oluşturacaktır. Hayatın olağan akışında aldatan eşlerin bu durumun farkedilmesini önlemek için gereken önlemleri alacakları da dikkate alındığında, elde edilen yasal delillerin çoğu, aldatan eşin dalgınlığı ve unutkanlığından kaynaklanacaktır²⁷⁹.

D. Boşanma Davasında Delil Sorunu

a. Genel Olarak Hukuka Aykırı Delil Kavramı

aa. Ceza Usul Hukuku Anlamında Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Maddi gerçeğin araştırıldığı ceza muhakemesinde, olay hakkında hakimde kanaat uyandırmaya yarayan her şey delil olabilir. Ceza muhakemesi hukukumuzda "Delil Serbestisi ve Vicdani Delil Sistemi" kabul edilmiştir.

Doktrinde, "hukuka aykırı deliller" kavramı, genel olarak "kaynağını, elde edilme usul ve esasları kanunda olmayan ve hiçbir şekilde yargılamada değerlendirilmeleri mümkün olmayan deliller" şeklinde nitelendirilmektedir. Bir tanıma göre; delillerle ilgili bir ceza yargılaması normuna ve eğer bu şekilde özel bir norm yoksa ceza yargılaması hukuku dışında kalan diğer bir norma, ihlalin önem ve derecesi ne olursa olsun aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam ve/veya amaçlarının dışına çıkılmak suretiyle elde edilen deliller ile bu delillerle dayanılarak elde edilen delillere "*hukuka aykırı deliller*" denir²⁸⁰.

²⁷⁹ <http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-geçerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

²⁸⁰ ŞEN, Ersan; Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.23 -24; SOYASLAN, Doğan; "Hukuka Aykırı Deliller", AÜEHF Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Erzincan, 2003, s. 9-26.

Bundan sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletlerinde ve Kıta Avrupa'sında ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır.²⁸¹ Bu farklı değerlendirmelerin başında katı ve esnek yaklaşımlar gelmektedir. Katı yaklaşım ise kesin red ve kesin kabul olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre; eğer delil, yargılanan uyuşmazlıkla ilgili ve olayı açıklamakta faydalı ise bu delilin nasıl elde edildiği araştırılmaksızın hükme esas alınır. Buna “*kesin kabul*” denir. Bu yaklaşımın tam zıddı ise usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasıdır. Buna “*kesin red*” denir. Üçüncü çözüm ise; usulsüz ulaşılan delillerin bazı durumlarda hükme esas alınabilecek bazı durumlarda ise alınamayacak olmasıdır. Bu yaklaşımlardan ilk ikisi yani kesin red ve kesin kabul, katı yaklaşıma örnekken; üçüncüsü ise esnek yaklaşıma örnektir.²⁸²

TC Anayasasının 38.maddesinin 6.fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: “Hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” Bu fıkradan hareketle üzerinde durulması gereken ilk nokta kanımızca şudur: Delil elde etmek için hangi yöntemler kullanılırsa hukuka aykırılık sorunu ortaya çıkar? Bu soru CMK'nın 217.maddesinin ikinci fıkrası (Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.) göz önünde bulundurularak cevaplandırılmalıdır. Bu bağlamda CMK'nın 148.maddesinin birinci fıkrasına göre “ şüphelinin veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.” 148.maddenin düzenlediği alan ifade alma ve sorguda yasak usullerdir. O halde; işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma vb. yasak sorgu yöntemleri olarak kabul edilmiştir. Anayasanın 17.maddesinin 3.fıkrası da bunu destekler niteliktedir. Kötü davranma, ifade alanın, ifade sırasında şüphelinin özgür iradesiyle ifade vermesini engelleyici nitelikte, doğrudan veya dolaylı fiziki muamelelerdir. Kötü davranma, dövme, gürültü yapma, parlak ışık yansıtma, tükürme, sürüklenme, üzerini kirletecek bir şey atma ve ağzını bağlama gibi icrai veya tedavi ettirmeme ve yemek vermeme gibi ihmali hareketlerle

²⁸¹ KOCA, Mahmut; Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, s.4, <http://ogrenci.hacettepe.edu.tr/~b0122202/Inetpub/wwwroot/hukuk/cezahukuku/muhakeme.html>, (e. t. 01.06.2010).

²⁸² BIÇAK, Vahit; Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi, <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar5.html>, s. 1, (e. t. 06.01.2010).

gerçekleştirilebilir²⁸³. İşkence ve Diğer Zalimane; Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine göre işkence; bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi beşinci maddesi; İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme üçüncü maddesi işkenceyi kesinlikle yasaklamaktadır.

CMK m.206/2-a uyarınca, ortaya konulması istenen delil "kanuna aykırı olarak elde edilmişse" mahkeme bu delili reddedecektir. Mahkeme, bir delilin ortaya konulması talebini incelerken bu delilin kanuna aykırı olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmak zorundadır. Dolayısıyla, bir delilin hukuka aykırılığının dava dışında başka bir hakim tarafından incelenmesi bu düzenleme karşısında mümkün gözükmemektedir. Hukuka aykırılığı mahkemece tespit edilen delilin dosya dışına çıkartılması da mümkün değildir. Yasa'ya göre, hakim, hükmün gerekçesinde, "dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri ayrıca ve açıkça" göstermek zorundadır (CMK m.230/1-b). Bu hüküm uyarınca, başka bir hakimin delilin hukuka aykırılığı konusunda karar vermesi ve bu delilin dosyadan çıkartılmasının kararlaştırması mümkün değildir. Öte yandan, "hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" kesin hukuka aykırılık oluşturmaktadır (CMK m.289/1-i). Mahkemenin, hükmün gerekçesinde göstermek zorunda olduğu ve Yargıtay denetimine tabi olan hükümde gösterilmiş olan bir delilin dosyadan çıkartılması sözkonusu olmayacaktır.

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir; ancak bu ilke yani delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hiçbir zaman keyfiliğe yol açmamalıdır. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerinin değerlendirilmeyeceği belirtilmektedir (md 206/2,a) ve yine ayrıca, delillerin değerlendirilmesinde hakime takdir yetkisi tanımaktadır (md 217). Deliller, hukuk

²⁸³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınevi, 5.Baskı, İstanbul, 2008. s.223.

devletine yakışan şekilde, hukuka uygun yollarla elde edilmelidir; ancak, hukuku ve insan haklarını ihlal eden deliller değerlendirme dışı tutulmalıdır. Kişinin anayasal hakkı ihlal edilmeden basit bir hukuka aykırılık durumu mevcutsa hakim takdir yetkisini yasalar ışığında kullanarak kararını vermelidir. Kısacası, ne adaletten ne de hukukun üstünlüğünden, hukuki güvenceden vazgeçilmeli ve gerçek gün yüzüne çıkarılmalıdır.

bb. Medeni Usul Hukuku Anlamında Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Anayasa'nın 38/6. Fıkrasında "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" şeklindedir. Anayasa'daki hüküm münhasıran suç ve cezalara ilişkin olduğundan, medeni usul hukuku anlamında doğrudan kullanılamaz. Ceza yargılamasında devletin, birey karşısında güçlü olması ve her imkanı kullanabilme tehlikesinin bulunması hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilmesine engel olunmasını gerektirmektedir. Medeni usul hukukunda ise, eşitler arası bir yargılama söz konusudur. Bu nedenle Ceza Usul Hukuku, Medeni Usul Hukukunda doğrudan değerlendirilemez²⁸⁴.

Kural olarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine hakim karar vermelidir. Ancak hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında çiğnenen maddi hukuk kuralı, kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış insane haysiyetine ve onuruna ilişkin ise, değerlendirilme yasağı söz konusu olmalıdır²⁸⁵.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller genel kabul gören görüşe göre geçersizdir. Hukuka aykırı delilin usul hukukunda kullanılması ve delil olarak değerlendirilmesi, tarafın Anayasa ile teminat altına alınan temel hakkının ve özellikle adil yargılanma hakkının ihlalidir²⁸⁶.

²⁸⁴ YILDIRIM, M. Kamil; "Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları Ve Özellikle Tarflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller", Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 868; YENİSEY, Feridun; "Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Medeni Hukuk Açısından Korunması", 18. Hukuk İhtisas Semineri-Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Yayınları No: 7, 18-19-20 Ekim 2002, 209.

²⁸⁵ YILDIRIM, M. Kamil; a.g.e., s. 871.

²⁸⁶ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 447.

Alman hukukunda hukuka aykırı elde edilen gizli ses kaydı, fotoğraf, görüntüler yasak delil kapsamındadır²⁸⁷.

“Zehirli ağacın meyveleri” olarak ifade edilen yasak deliller, mahkeme tarafından değerlendirilirse tekrar kişilik hakları bu sefer de yargı tarafından ihlal edilmiş olacaktır²⁸⁸.

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında açık düzenleme yapılmıştır. Bu yasanın CMK 206/2-a maddesinde “kanuna aykırı olarak elde edilen delil reddedilir” şeklindedir. Burada söz geçen kanuna aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanın hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil Ceza Mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder²⁸⁹.

İnsan hayatının önce biri genel biri de özel olmak üzere iki yönü vardır. Hayatın özel yönü hayatın gizli alanını genel yönü de özel hayat yönünü oluşturur. Hayatın gizli alanı, cinsel yaşamı gibi, mutlak korunurken; özel hayat yönü, akraba, aile yakın ilişkileri gibi, nisbi korumaya muhtaçtır²⁹⁰.

Not defter hayatın gizli alanına değil de özel hayat yani hayatın genel alanına giriyorsa nisbi korumaya muhtaçtır. Nisbi korumada da delil, Ceza Muhakemesi bakımından gerekli ve kamu yararı da varsa kullanılabilir²⁹¹.

Not Defteri ile Hıristiyan kültüründe çok önemli yer tutan Günlüğün özelliklerine değinmekte yarar vardır. Günlük, Hıristiyan Kültürünün bir parçasıdır ve içinde insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve hayatın dokunulmaz alanı oluşturan bilgiler yer alır. Günlüğü tutan kişi yaşadığı günün değerlendirilmesini,

²⁸⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES; a.g.e., s. 448.

²⁸⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES; a.g.e., s. 448.

²⁸⁹ ÖZTÜRK, Bahri; Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara, 1995, s. 116 vd.

²⁹⁰ ÖZTÜRK, Bahri; a.g.e., s. 116.

²⁹¹ ÖZTÜRK, Bahri; a.g.e., s. 117.

vicdani muhasebesini yapar ve bunları günlüğüne yazar, örneğin sevdiği kızla evlenmeden cinsel ilişkiye girip girmediğini, cinsel tercihlerini yazar. Kiliseye günah çıkarmaya giderken günlüğünü beraberinde götürür. Bu günlükte hayatın gizli bilgileri yer alır. Tutulan not defterinin söz konusu günlük ile bir ilgisi yoksa Ceza Yargılamasında delil olarak kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır²⁹².

Kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır²⁹³.

Meslek sırrının açıklanmaması için Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununda tanıklık yapmaktan çekinme imkanı düzenlenmiş ise de tanık bilgisini ahlaka ve hukuka aykırı yollardan elde etmişse bu delil de yasak deliller kapsamında değerlendirilmelidir²⁹⁴. Bir mahkeme kararına²⁹⁵ göre, iş akdinin son bulması hakkındaki davada; işçi, patronun evine telefon açmış ve bu konuda aralarında bir konuşma olmuş ise, o esnada telefona bağlı hoparlörden konuşmayı dinlemiş olan üçüncü bir şahıs bu konuşmanın mahiyeti hakkında şahit olarak dinlenemez, eğer işçi patronunun işyerine telefon etse idi konuşmanın üçüncü şahıslarca duyulabileceğini hesaba katması makul karşılanır ve dinleyen kişinin ifadesi delil olarak kabul edilebilirdi.

AİHM Shenk-İsviçre davasında²⁹⁶ tek delil İsviçre Makamlarınca ele geçirilen ve Schenk ile katil arasında geçen konuşmaların kaydedildiği ses bandıdır. AİHM, adam öldürmenin ağır bir hukuk ihlali olduğu, özel hayatın korunması ise daha küçük bir hukuk ihlal teşkil ettiği ve bu delilin kullanılmasında kamu menfaatinin söz konusu olduğundan bahisle AİHS' nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

²⁹² ÖZTÜRK, Bahri; a.g.e., s. 118 vd.

²⁹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES; a.g.e., s. 449.

²⁹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES; a.g.e., s. 448.

²⁹⁵ LAG Berlin DB 1974, 1243, (YILDIRIM, M. Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları: 84, İstanbul, 1990, s. 245'den naklen alınmıştır).

²⁹⁶ AİHM Kararı, Schenk-İsviçre Davası, 12.07.1988.

Hukuka aykırı elde edilmiş delilin kullanılmaması, değerlendirilmemesi şeklinde katı bir kural koymak yerine somut olayda hakkaniyet esasına dayanan elastiki çözüm²⁹⁷ tercih edilmelidir.

Hukuka aykırı elde edilen delille sanığa verilen zarar, hak ihlali ile, devletin fiili cezalandırmadaki menfaati karşılaştırılacak ve bu dengede toplum yararı üstünse delil olarak kullanılacak, değilse kullanılmayacaktır²⁹⁸. Medeni Usul Hukukunda da buna benzer delil değerlendirilmesi söz konusudur. Kural olarak hukuka aykırı delil hükme esas alınamaz. Ancak boşanma davasında olduğu gibi davacı eşin hukuka aykırı yoldan elde ettiği gizli ses kaydı veya günlük, boşanma davasında delil olarak değerlendirilmesini Yargıtay uygulamalarında görmekteyiz.

b. Yargıtay Uygulamasında Özel Hayatın Gizliliği ve Hukuka Aykırı Delil Değerlendirilmesi

Yargıtay kararında²⁹⁹ hukuka aykırı delil değerlendirilmesi ”*Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan "günlük" isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının "kişilik haklarını" ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı şeklinde değerlendirmiştir.*

Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan "GÜNLÜK" isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır.

Somut olayda, tarafların birlikte yaşadığı evde evi terk ettikten sonra kilitli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdit ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan bir yaprağında davacının

²⁹⁷ Baumgaertel, Verwertbarkeit, s. 491, (YILDIRIM, M. Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları: 84, İstanbul, 1990, s. 246'den naklen alınmıştır).

²⁹⁸ SOYASLAN, Doğan; Hukuka Aykırı Deliller, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Erzincan, 2003, s. 25.

²⁹⁹ Yarg. HGK, E. 2002/2-617, K. 2002/648, T. 25.09.2002, [T.C.http://www.hukukcafe.com/showthread.php?t=1780](http://www.hukukcafe.com/showthread.php?t=1780), (e. t. 01.06.2010); www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=26178, (e. t. 01.06.2010).

kardeşi A.'ın resmi bulunan be içinde "aşkım neredesin, neden gelmedin, sensiz bir saat sene gibi iken koskoca bir gece uzun ve karanlık, bir tanem seni özledim, ne olur gel..., (AŞKIM) şu anda aklımdan geçenleri ve yüreğimin sesini bir bilebilseydin seni ne kadar sevdiğimi o zaman,...; Yazıları bulunan defterin yukarıda anılan görüşler doğrultusunda delil olup olmadığının değerlendirilmesine gelince;

Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasadışı bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, dinlenen tanıkların anlatımlarına, davalı kadın tarafından tutulan not defterinin içeriğine göre, davalı kadının evlilik birliği içinde davacı kocaya karşı sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu davranışları nedeniyle

davacıya nazaran daha ağır kusurlu bulunduğu, tarafların karşılıklı eylemleri nedeniyle müşterek hayatın temelden sarsıldığı, evlilik birliğinin devamına imkan kalmadığı anlaşıldığından bu gerekçelere ve özel dairesinin bozma ilamındaki nedenlere göre bozma ilamına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan, direnme kararının bozulması gerekmiştir” şeklinde belirtilmiştir.

Yargıtay kararı, evde saklanan delilin, müşterek yaşamın sürdürüldüğü yer olması, evlilik süresince sadakatin yasal bir zorunluluk olduğu, kadının özel hayatının kocayı da en az kadın kadar ilgilendirdiği, hüküm için doğrudan önem taşıyan hayat olayı hakkında davalının özel hayat şemsiyesi altına sığınamayacağı gerekçeleriyle önemlidir³⁰⁰.

³⁰⁰ YILDIRIM, M. Kamil; a.g.e., s. 869.

SONUÇ

Özel hayatın gizliliği hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde kapsamı ve sınırı belirlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Her kişilik hakkı gibi özel hayatın gizliliği de insanın iç ve dış dünyasında korunmaya değer bir yaşam alanıdır.

Özel hayatın gizliliği hakkının Anayasa’da düzenlenmiş veya Türk Ceza Kanunu’nda suç ve cezai yaptırıma bağlanmış olması bununla hedeflenen korumaya sağlamaya yetmeyeceği açıktır. Çünkü her sosyal konuda olduğu gibi kişilerin yaşam alanlarının olması gerektiği seviyede bulunmasında, yasal düzenlemelerin önemli bir yeri olduğunu kabul etmekteyiz. Ancak bu sorumluluk kısmen devlet tarafından yerine getirilmiş, mahkeme kararlarıyla da teminata kavuşmuştur. Burada bireylere, topluma ve basın gibi bu hayat alanına doğrudan ve dolaylı etkide bulunabilecek etkenlere görev düşmektedir.

Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanlarının toplumun haber alma hakları aleyhine daraldığı artık modern hukuk sistemlerinde de kabul edilmiştir. Bu durum özel hayatın gizliliği hakkı kapsamının doğal bir parçasıdır. Demek ki, dinamik hukuk anlayışı toplumsal gerçeklere yakınlığıyla insana hitap edecektir.

Toplumda kişilerin mahremiyetine saygı duyulacağı az çok herkesçe bilinir. Ancak özel hayatın gizliliğinin ihlalinde doğabilecek muhtemel hukuki ve cezai sonuçlar konusunda toplumun bilinçlendirilmesi, başta basın olmak üzere ülke gündemini etkileyecek faktörlerce ele alınmalıdır. Özel hayatın gizliliğinin ihlalinde kaşılaşılan toplumsal ve hukuksal sonuçların yapıldığı bir haber, toplum üzerinde muhakkak etkili olur. Bu örnek basına düşen basit ama önemli bir görevdir. Yapılan işin basitliği değil toplumdaki olumlu neticesi, basın ve hukuk adına bir zihniyet derinleşmesi olacaktır. Bu anlamda basının olumlu veya olumsuz katkısı büyüktür. Bu yüzden basın kuruluşlarının yayınlarına daha da özen gösterebilmeleri açısından bu sorumluluğun “kusursuz sorumluluk” olarak kabul edilmesi gerekir³⁰¹.

Tezimizde incelediğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri gözler önüne serdiği gibi özellikle Türkiye’ye

³⁰¹ TÜFEK, Ömer Faruk; Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlallere Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, İkinci Tıpkı Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 191.

ilişkin verilen kararlar, bizim hangi seviyede oluşumuzu göstermektedir. Bundan bu hakka yönelik çalışmalarımızın artması gerektiği sonucunu çıkarabiliriz. Uluslar arası konumda örneğin çocukların korunmasına, ayrımcılığın önlenmesine, çevrenin korunmasına yönelik komisyonların olduğunu görmekteyiz. Bu komisyonlar görevleri çerçevesinde soruna yönelik detaylı araştırmalar yapıp sağlıklı neticeler almaktadır. “Özel Hayatın Gizliliğini Koruma Komisyonu” nun oluşturulması bu hakkın özüne yapılacak olan önemli bir koruma olacaktır. Bu Komisyonun devlet kurumlarının en azından bazılarında olması ve etkililiği hakka yönelik ihalalleri azaltacaktır. Bunun için de elbette yasal koyuculara iş düşmektedir.

Özel hayatın ihlali sıkı güven ilişkisinin olduğu ilişkilerde daha kolay olabilmektedir. İşçinin özel hayatı ve aile içinde eşlerin durumu buna örnektir. Bu ilişkilere yönelik yasal düzenlemeler ve mahkeme uygulamaları sorunun çözümünde en önemli aşamalarıdır.

İşçinin özel hayatının ihlali çok çeşitlidir, işçinin elektronik izlenmesi, işe giriş çıkışta üzerlerinin aranması, işçi hakkında tutulan verilerin hukuka aykırı ifşası, işçi hakkında toplanan bilgiler ve işçiye yöneltilebilecek sorular bunların bazılarıdır. İşverenin işçiyi gözetme borcu ile işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu dengesinin olması gerektiği yerde olmadığı kanımızca düşünülmektedir. Ülke gerçekleri, işverenin güçlü olduğu, işçilerin işle ilgili sorun karşısında işsizlikle karşılaşacağı endişesi üzerinedir. Zaten işçi lehine yorum ilkesi de iş hukukunda mevcuttur. Burada işçi sendikalarına düşen göreve dikkat çekmemiz gerekir. Bu güç dengesizliğinde işçinin başta özel hayatı olmak üzere kişilik haklarının ihlalinde, işverenlerin dikkatini çekecek olan seminerler, basına yansıtılan işçinin kişilik hakkı ihallerinin gündem oluşturulması, işçi sendikaları gücüyle kısmen de olsa sağlanabilir. Bunun yanında işçilerin kişilik haklarını korunması için toplu iş sözleşmelerinin özerkliği de sağlanmalıdır³⁰². İşçi işveren ilişkisinde şeffaflık sağlanmalıdır. Bunu belirtecek orjinal çözüm beklentisi herkese düşen görevin ifası ile mümkündür. Her ne kadar iş ilişkisi çoğu yerde şahsi ilişki sayesinde yürümekte ise de, işçi ile işveren haklarını belirten Yargıtay uygulamalarını gösteren el kitapçıklarının dağıtılması, iş

³⁰² ERTÜRK, Şükran; a.g.e., s. 206.

sözleşmesinde bunların konuşulması veya yazılı olarak yer alması her iki tarafında dikaktini çeken bir uygulama olacağı kanaatindeyiz.

Aile içi özel hayatı kavramı, yeni gelişen bir sorundur. Anayasa'nın Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar başlıklı 38/6. fıkrası "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" şeklindedir. Buradaki kanuna aykırı delil kavramı, Ceza Hukukuna ilişkindir. Hukuk bir bütün olduğundan Medeni Usul Hukukunda da hukuka aykırı delil hükme esas alınamaz. Ancak boşanma davasında ileri sürülen diğer eşe ait gizli ses kaydı veya günlük, hukuka aykırı delil kavramı ile eşlerin sadakat yükümlüğü ilkelerini karşı karşıya getirmiştir. Kanımızca, burada eşlerin özel hayatı, aile hayatına bakan yönüyle bu hayat alanı içinde erimiştir. Çünkü eşin aile hayatı dışında kalan kişilere karşı yine özel hayatın gizliliği hakkını ileri sürebilir. Aksi yönden bakılırsa, boşanma davasında bu tür eşin özel hayatını kabul edip hukuka aykırı delil değerlendirmesi, kamu vicadanın rahatsız ettiği gibi, hukuk ilkelerine de ters düşmektedir.

Aile hayatına bakan yönleriyle özel hayatın gizliliğinin olamayacağı şeklinde yasal bir düzenleme yapılabilir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, uygulamaya yönelik olarak hakimlere yardımcı olabileceği gibi, kanunkoyucuya da yapabileceği yasal düzenlemlerde ışık tutacaktır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut; Aile Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara, 1996.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Beta Yayınevi, Ankara, 1996.

AKYİĞİT, Ercan; Kıdem Tazminatı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

AKYİĞİT, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul, 1990, (İptal).

ARASLI, Oya; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasası'nda Düzenlenişi-Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

ARICI, Kadir; "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", Yargıtay Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, 1983.

ATALAY, Özcan; "Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyetin) Zedelenmesi Halinde Manevi Zararın Tazmini", Yargıtay Dergisi, Sayı 4, Ankara, 1979.

AYCI, Emrullah; "İletişim Özgürlüğü ve Özel Hayatın Gizliliği", Polis Dergisi, Yıl 11, Sayı 45, Temmuz- Ağustos- Eylül 2005.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bülteni, Dış Politika Enstitüsü Yayını, Cilt 1, Sayı 3-4, Ankara, 1997.

AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen; Kişiler Hukuku, Mimoza Yayınevi, Konya, 2007.

AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, AÜ Yayınları, Eskişehir, 2002.

BIÇAK, Vahit; Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi, <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar5.html>.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınevi, 5.Baskı, İstanbul, 2008.

CENTEL, Tankut; İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Ezgi Matbaa, 23, 2009/4.

ÇELEBİ, Funda; Kişilik Haklarından, Kişinin Özel Yaşamının ve Gizliliklerinin İhlali ve Korunması, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997.

ÇELİK, Çağrı; İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Sebeplerle Süreli Feshi ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

DANIŞMAN, Ahmet; Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991.

DİNÇ, Güney; “Uluslar arası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, Özel Yaşamın Gizliliği (Aile Yaşamı, Konut, Haberleşme Ve Kişisel Verilerin Saklanması), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt I, İstanbul, 2004.

DONAY, Süheyl; Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.

DÖNMEZER, Sulhi; Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976.

DURAL, Mustafa/ Öğüz, Tufan; Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004.

EKONOMİ, Münir; İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku, Cilt I, İTÜ Yayınları No: 18, İstanbul, 1987.

EROL, Ahmet; Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku (Gerekçeli ve İçtihatlı), Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005.

ERGİN, Berin; “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı”, Sicil, Mess Yayınları, Yıl 2, Sayı 7, İstanbul, 2007.

ERGÜL, Ozan; Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998.

ERTÜRK, Şükran; “İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, (Baskısı).

ERTÜRK, Şükran; “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, DEÜHFD, Cilt IV, Sayı2 2002, (Hastalık).

ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, (İş).

EYRENCİ, Öner; “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Mataacılık, İstanbul, 1991.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZLER, Kemal; “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, Ank.B.D., 1990.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997.

GÜNAY, Erhan; Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

GÜNAY, Cevdet İlhan; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

GÜRKAN, Ülker; “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hâmide Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yayınları, Ankara, 1995.

HAFIZOĞULLARI, Zeki; “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, AÜHF Dergisi, Cilt 46, Sayı 1-4, Ankara, 1997.

HAYAL, Coşkun; “Telefon Dinleme”, 18. Hukuk İhtisas Semineri-Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Yayınları No: 7, 18-19-20 Ekim 2002.

HELVACI, Serap; “Kişiliğin Korunması Ve Vesayet Hukuku”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

İMRE, Zahit; Medeni Hukuka Giriş- Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, İstanbul, 1980.

İMRE, Zahit; Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları No: 351, Ankara, 1974, (İsim).

İMRE, Zahit; Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHF Mecmuası, Cilt XXXIX, Sayı 1-4, İstanbul, 1974, (Özel).

KANGAL, Zeynel T.; “Ceza Hukukunda Elektronik İzleme”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004.

KAPLAN, İbrahim; “Kişilik Haklarının Kitle İletişim Araçları (Basın-Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması”, Adalet Dergisi, Sayı 3-4, Ankara, 1979.

KAPLAN, Tuncay Emine; “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan, AÜSBFD, Cilt LII, No 1-4, Ankara, 1997.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 1992.

KARAYALÇIN, Şeref; Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHF Dergisi, Cilt XIX, Sayı 1-4, 1962.

KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982.

KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal; “Baskı Feshi”, Sicil, Mess Yayınları, Yıl 2, Sayı 3, İstanbul, 2007.

KILKELLY, Ursula; Özel Hayata ve Aile Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 1.

KOCA, Mahmut; Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, <http://ogrenci.hacettepe.edu.tr/~b0122202/Inetpub/wwwroot/hukuk/cezahukuku/muhakeme.html>, (E. T. 20.1.2008).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

ODAMAN, Serkan; “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, Tekstil İşveren Dergisi, Sayı 274, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 2002.

ODAMAN, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Kamu-İş Yayınevi, Ankara, 2003.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul, 2005.

ÖNGÖREN, Gürsel; Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye, KÜHF Dergisi, Sayı 1, Kocaeli, 1997.

ÖZBUDUN, Ergun; Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt I, AÜHF Yayınları No: 406. Ankara, 1977.

ÖZDEMİR, Kenan; “Bireysel Hayatın Korunması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesi)”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, (e. t. 01.06.2010).

ÖZDOĞAN, Ali; “Temel Haklardan Özel Hayat (Mahremiyet) Hakkı ve Teknik Dinleme”, Polis Dergisi, Yıl 8, Sayı 33, Ekim-Kasım- Aralık 2002.

ÖZEK, Çetin; Türk Basın Hukuku, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.

ÖZEL, Sibel; Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul, 2002.

ÖZSUNAY, Ergun; Gerçek Kişilerin Durumu, İstanbul, 1979.

ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, (Aile).

ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, (Şahsın).

ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları-Hukuka Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku, 27. Bası, Ankara, 2008, (Medeni).

ÖZTÜRK, Bahri; Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜ SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, Ankara, 1995.

PALAMUT, Mehmet E; Medeni Hukuk, Alfa Akademi Basım Yayım, İstanbul, 2004.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

REHBİNDER, Manfred; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar” Çev. Ömer Teoman, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, Cilt XLV-XLVII, Sayı 1-4, İÜHFM,1982.

SEVİMLİ, Ahmet; “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi- İşveren İlişkisi”, Sicil, Mess Yayınları, Yıl 3, Sayı 10, İstanbul, 2008.

SEVİMLİ, K. Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006.

SIRABAŞI, Volkan; İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

SOYASLAN, Doğan; “Hukuka Aykırı Deliller”, AÜEHF Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Erzincan, 2003.

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul, 2009.

ŞEN, Ersan; Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

ŞEN, Ersan; Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, İstanbul, 1996.

TANDOĞAN, Haluk; “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, Cilt XX, Sayı 1-4.

TÜFEK, Ömer Faruk; Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlallere Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, İkinci Tıpkı Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

ÜZELTÜRK, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

ÜZÜLMEZ, İlhan; Yazışmaların İhlali Cürmü (TCK. M. 195/1) Ve Bu Bağlamda Elektronik Postalara (e-Postalara) Yönelik Saldırıların Durumu, AÜHF Dergisi, Cilt 53, Sayı 1, 2004.

YENİSEY, Feridun; “Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Medeni Hukuk Açısından Korunması”, 18. Hukuk İhtisas Semineri-Özel Hayatın Korunması, Polis Akademisi Yayınları No: 7, 18-19-20 Ekim 2002.

YILDIRIM, Gülşen; Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Adli Yargı; Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2003.

YILDIZ, Gaye Burcu; “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, Mess Yayınları, Yıl 3, Sayı 10, İstanbul, 2008.

YILDIRIM, M. Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları: 84, İstanbul, 1990.

YILDIRIM, M. Kamil; “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları Ve Özellikle Tarflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 5, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre; Medeni Hukuk-Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, 6 Baskı, Ankara, 2000.

ZEVKLİLER, Aydın/ HAVUTÇU, Ayşe; Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

<http://www.erfadedektiflik.com/yasa/8-yargitay-kararlari.html>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.hukukforum.com/showthread.php?p=477>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.kahdem.org.tr/?p=176>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.nethaber.com/.../Yargitay-ihanetten-suphelenen-kocanin-eve-yerlestirdigi-cihazla>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.porttakal.com/haber-yargitay-dan-ev-ici-telekulak-a-vize-209926>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.samildemir.av.tr/2008/11/ozel-hayatin-gizliliği-evli-ciftler-arasında-da-gecerli-mi/>, (e. t. 01.06.2010).

http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2132&id=101, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.turkforum.net/showthread.php?t=759106>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=26178>, (e. t. 01.06.2010).

<http://www.tumgazeteler.com/?a=4463859>, (e. t. 01.06.2010).