

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

**İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN
KORUNMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selen UNCULAR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. E. Murat ENGİN

MAYIS 2012

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

**İŞ İLİŞKİSİNDE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN
KORUNMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selen UNCULAR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. E. Murat ENGİN

MAYIS 2012

ÖNSÖZ

Seçtiğim konu Türk hukukunda yeni dikkat çekmesine ve fazla incelenmemiş olmasına rağmen, araştırması ve hazırlaması oldukça zevkliydi. Konunun uluslararası boyutu da çok öğretici oldu. Bu çalışmanın hazırlanmasında büyük katkıları olan danışman hocam Doç. Dr. Murat Engin başta olmak üzere, lisansüstü eğitimimde bana yol gösteren Yrd. Doç. Dr. Şebnem Gökçeoğlu Balcı'ya ve sevgi ve desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen aileme ve arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar	vi
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE İLGİLİ DÜZENLEMELER	2
I- Kişisel Veri Kavramı ve Unsurları	2
II- Kişisel Verilerin Hukuki Niteliği	4
A- Mülkiyet Hakkı Görüşü	5
B- Fikri Mülkiyet Hakkı Görüşü	7
C- Kişilik Hakkı Görüşü	8
D- Görüşümüz	11
III- Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler	14
A- Uluslararası Düzenlemeler	14
1- Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü İlkeleri	14
2- Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları ve 108 Sayılı Sözleşme	15
3- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	18
4- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İlkeleri	21
5- Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği Örgütü	22
6- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı	23
7- 95/46/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi	24
8- İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu	28
B- Ulusal Düzenlemeler	29
1- Anayasa	29
2- Türk Borçlar Kanunu	30
3- Türk Ceza Kanunu	31
4- İş Kanunu	31
5- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı	32
IV- Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Temel Kavramlar	34
A- Kişisel Verilerin İşlenmesi	34
B- Kişisel Veri Dosyalama Sistemi	35
C- Verileri Kontrol Eden	36
D- Veri İşleyen ve İlgili Kişi/Veri Sahibi	36

E- Üçüncü Taraf.....	36
F- Alıcı.....	37
G- Hassas Veri.....	37

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNDE KİŞİSEL VERİLER VE İŞÇİNİN KİŞİSEL

VERİLERİNİN İŞLENMESİ	39
I- İş İlişkisi Çerçevesinde Kişisel Verilerin Değerlendirilmesi	39
A- İşçinin İşverene Bağımlılığı	39
B- İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları	40
C- İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü	42
D- İşverenin Koruma ve Gözetme Yükümlülüğü	45
E- İş İlişkisinde Kişisel Veri İşlemenin Hukuka Uygunluk Nedenleri	46
1- Yasal Yükümlülük Bulunması	46
2- Üstün Özel Yarar	46
3- İşçinin Rızası	47
4- Sözleşmeden Doğan Edimlerin Yerine Getirilmesi	49
5- Hassas Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk	50
F- Kişisel Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu İçin Gereken Diğer Koşullar	51
1- Kişisel Verinin ve Veri İşleme Yönteminin Temel İlkeleri	51
2- Kişisel Veriye İlişkin İşverenin Yükümlülükleri ve İşçinin Hakları	55
a- İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü	55
b- İşçinin Veriye Ulaşma(Erişim) Hakkı	56
c- İşçinin Veriyi Düzeltme Hakkı	58
d- İşçinin İtiraz Hakkı	58
e- İşçi Hakkında Sadece Otomatik Sistemler Aracılığıyla Karar Verilmesinin Engellenmesi	59
f- İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluk	60
II- İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve İhlali	61
A- İşe Alımda ve İş Sözleşmesinin Devamında İşçi Hakkında Bilgi Toplanması	61
1- Soru Sorulması ve Sınırları	62
a- Kişisel Duruma İlişkin Sorular	64
b- Sağlık Durumuna ve Hamileliğe İlişkin Sorular	66
c- Eski Hükümlülüğe İlişkin Sorular	69

d-	Dini veya Felsefi İnanca, Parti ve Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular	70
2-	Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme	70
3-	Test Uygulanması.....	72
a-	Alkol ve Uyuşturucu Testleri	73
b-	HIV/AIDS Testleri.....	77
c-	Genetik Testler	81
d-	Psikolojik Testler	84
B-	İşyerine Giriş-Çıkış Kontrolü ve İşçinin Eşyalarının Aranması	88
1-	İşyerine Giriş ve Çıkış Kontrolü	88
2-	İşyerinde İşçiye Ait Eşyaların Aranması.....	90
C-	İşçinin İzlenmesi ve Gözetlenmesi.....	92
1-	İşçinin Elektronik Ortamda İzlenmesi	94
2-	İşçinin İletişiminin İzlenmesi ve Görsel Olarak Gözetlenmesi.....	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİYE AİT KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA YOLLARI	104
I- Türk Medeni Kanun Hükümleri Kapsamında Koruma.....	104
II- Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma.....	105
III- Türk Ceza Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma.....	107
IV- İş Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma.....	108
V- Hukuka Aykırı Deliller Kapsamında Koruma	109
Sonuç	111
Kaynakça	114

KISALTMALAR

108 sayılı Sözleşme	: Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme
95/46/EC sayılı Yönerge-Yönerge	: Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin 24 Ekim 1995 Tarihli ve 95/46/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
APEC	: Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği Örgütü
Asbestle Çalışma Yön.	: 5740 sayılı Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
BEHK	: 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Son Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kanserojen Mutajen Madde Yön.	: 5469 sayılı Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik
UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu:	: İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu
m.	: Madde
No.	: Numara

OECD Rehber İlkeleri	: Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü
par.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
UNESCO	: United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
vb.	: Ve Benzeri
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

RÉSUMÉ

Avec le développement technologique et la facilitation de transmission informatique, la protection des données personnelles se corse de plus en plus. D'ailleurs le fait que l'inscription des données personnelles devienne irrépressible à notre jour, nécessite que l'inscription ladite soit conforme à la loi et que son non abuse soit assuré par des méthodes fonctionnelles. Autrement l'inscription des données personnelles est devenu un fait souvent rencontré dans tous les domaines de vie et la relation du travail constitue un des domaines où se passe au maximum la violation des données personnelles. Par conséquence il est une circonstance inévitable de déterminer les méthodes de protection à la lumière des activités et ordonnances légaux fait au champ international en direction de la protection des données personnelles d'ouvrier dans la relation du travail et de les mettre en application tout de suite. À cet effet avec cette étude, établie afin de montrer le lieu et l'importance de la protection des données personnelles sur la relation du travail on démontre les possibilités pour la protection des données personnelles d'ouvrier et les méthodes nécessaires.

La présente étude se constitue de trois parts principales et afin de faire une introduction générale au concept de donnée personnelle, la première part est destinée aux règlements concernés. En priorité on a insisté sur l'information, la personne et le lien entre eux après avoir défini le concept de donnée personnelle, après on a évalué l'un après l'autre les avis de droit de propriété, de droit de propriété intellectuel et de droit de la personnalité cités relativement à la nature juridique des données personnelles. Comme le droit de priorité et le droit de priorité intellectuel ne coïncident pas au concept de donnée personnelle par plusieurs aspects, on a mis en évidence d'une façon détaillée que les données personnelles s'appuient sur le droit de la personnalité.

Enfin on s'est concentré sur l'existence de besoin des données personnelles et le développement des entreprises réalisés afin de les protéger tout en donnant lieu aux études et règlements réalisés de passé jusqu'à notre jour au champ national et international relatif à la protection des données personnelles. Dans ce cadre on a donné lieu détaillé aux Principes Guides de L'Organisation de Coopération et de Développement Economique au cham international, à la Convention numéroté 108

de Conseil Européen, à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, aux Principes de Conseil Général des Nations Unies, à la Clause des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, à la Directive de Parlement et de Conseil Européenne numéroté 95/46/EC et au Code d'Application de l'Organisation Internationale de Travail sur la Protection des Données Personnelles des Ouvriers et le but et l'importance de chaque règlement sont expliqués.

Et quant à la protection des données personnelles au champ national, on a fait les évaluations soit négative soit positive des règlements sur les données personnelles prévues à l'article 20 de la Constitution, aux articles 417 et 419 de Code des Obligations Turc qui entrera en vigueur en juillet 2012, aux articles 135-138 de Code Pénal Turc et à l'article 75 de Code de Travail. Car il y a certains règlements sur les données personnelles à notre loi, pourtant ces règlements en question restent bien insuffisants par comparaison aux règlements internationaux. A cet égard on a touché également au Projet de Loi sur la Protection des Données Personnelles, ce qui est préparé comme une part de processus d'accord à l'Union Européenne et devenu nul comme il n'était pas légalisé et on a donné lieu aux critiques positives et négatives relatives au Projet. Dans cette part on a maintenu en final les notions principales relatives à la protection des données personnelles et on a besoin d'expliquer en bref les notions d'inscription des données personnelles acceptés aux règlements internationaux, de système de classement de donnée personnelle, de contrôleur de données, d'opérateur de données, de titulaire de donnée, de tierce partie, de récepteur et de donnée délicate avant de passer à l'évaluation des données personnelles dans le cadre de relation du travail.

Dans la deuxième part de l'étude on a visé l'analyse et l'évaluation de concept de donnée personnelle dans le cadre de relation du travail parallèlement au sujet de thèse tout en localisant le champ d'application. A cet effet on a mis en évidence l'effet de la dépendance de l'ouvrier à l'employeur, le droit et les limites d'administration de l'employeur, les engagements de traiter égal, de protéger et de respecter de l'employeur sur les données personnelles de l'ouvrier tout en allant au fondement de la relation entre l'ouvrier et l'employeur. Les cas où les caractéristiques de la relation du travail causent au besoin de protéger les données personnelles d'ouvrier, sont examinés. D'autre part on s'est concentré profondément

sur les raisons que s'appuie l'employeur en pratique quand il inscrit les données personnelles d'ouvrier. D'ailleurs l'engagement légal, profit spécifique supérieur, l'obligation d'effectuer les acquisitions à cause de la convention ou bien l'inscription des données personnelles par l'employeur sans demander le consentement d'ouvrier sont des facteurs principales constituant l'illicite. Notamment le consentement d'ouvrier est examiné bien détaillé sous la lumière des règlements internationaux et ce premier est apprécié avec plusieurs probabilités à rencontrer en pratique. Autrement o a également donné lieu aux raisons de conformité à la loi, valides pour l'inscription des données délicates.

Mais comme les raisons mentionnées ne sont pas suffisantes pour l'inscription légale des données personnelles d'ouvrier, les principes fondamentales relatives à la donnée personnelle et l'administration de l'inscription de données sont expliquées dans le cadre de règlements internationaux. Car l'inscription des données personnelles d'ouvrier en vertu des cibles définies, claires, légales et conformes à la loi et aux règles d'honnêteté et sans violer l'engagement de traiter égal, qu'elles soit vraies et complètes et leur actualisation dans le cas échéant et leur conservation sans dépasser le délai nécessaire pour les cibles de collecter ou bien d'inscription suivante, sont des points très importants. Autrement l'employeur, qui inscrit les données personnelles d'ouvrier, ne peut pas violer son engagement d'informer l'ouvrier auparavant et ne peut pas décider sur l'ouvrier seulement par l'intermédiaire des systèmes automatiques, il ne peut pas offenser également le droit d'ouvrier pour accès à la donnée, correction de donnée et objection. Autrement la responsabilité d'ouvrier est en question à propos de la protection et la sécurité des données personnelles d'ouvrier.

L'autre division de deuxième part se constitue des cas concrets, où les données personnelles d'ouvrier sont inscrites dans le cadre de la relation du travail et de l'évaluation l'un après l'autre de droit turc et des statuts des autres pays sous l'aspect des cas en question. A cet effet o a donnée lieu en premier au point de la collection d'information à propos de candidat ou bien d'ouvrier par les méthodes d'appliquer des testes, de démarcher aux tiers, de demander question au cours de la continuation de la convention de travail et de l'embauche. On a expliqué les engagements d'ouvrier pour dire la vérité et donner information automatiques tous en désignant les

limites de questions que l'employeur peut poser sur l'état individuel, l'état sanitaire et la grossesse, le cas d'être un condamné ancien, la croyance religieuse ou philosophique et sa candidature au parti et au syndicat. D'ailleurs on a insisté détaillé sur les testes d'alcool et de stupéfiant, les testes de HIV/AIDS et des testes génétiques et psychologiques appliquées sur l'ouvrier et les conditions et limites d'application de chacun sur la relation du travail sont déterminées. Néanmoins on a examiné la conformité à la loi des données personnelles d'ouvrier, inscrites suite à la perquisition des objets d'ouvrier avec le contrôle d'entrée et de sortie de lieu de travail réalisé par l'employeur tout en utilisant des diverses méthodes comme la carte intelligente, l'empreinte digitale et le peignage de rétine.

Finalement les cas de surveillance d'ouvrier au milieu électronique par l'intermédiaire des appareils comme l'ordinateur, l'internet et les systèmes d'e-mail qu'il utilise au lieu de travail, d'écoute de son téléphone et de son observation par le moyen des instruments comme camera, sont expliqués en détail. Car comme les cas en questions sont souvent rencontrés aux plusieurs pays, le sujet d'inscription des données personnelles d'ouvrier via observation et poursuite est très important. Dans ce cadre l'observation et la poursuite d'ouvrier au lieu de travail dépende au fait qu'il soit informé en détail auparavant, au fait que ce soit à l'usage d'un certain cible, qu'il soit appliqué sur un nombre de personne limité et que les mesures de précautions soient prises. Il est à préciser qu'en tout état de cause il faut considérer que la balance d'intérêt entre l'ouvrier et l'employeur devra être assuré et que le droit d'administration de l'employeur ne devra pas le permettre violer les droits de la personnalité de l'ouvrier.

Après l'analyse des réflexions du concept de données personnelles sur la relation du travail, la dernière partie de l'étude est réservé aux moyens de protection des données personnelles appartenant à l'ouvrier. A cet effet l'ouvrier peut en priorité intenter les procès pour la précaution de risques d'attaque prévus contre la violation de droit de la personnalité selon les articles 24 et 25 de Code Civil Turc, pour la cessation de l'attaque en cours ou bien pour le constat de l'incompatibilité au droit de l'attaque, dont les effets continuent, malgré que ce soit terminé. Autrement l'ouvrier peut demander la remise de profit que l'employeur a obtenu à cause de la violation de donnée personnelle en plus d'indemnité pour dommages matériels et

moraux en supplément aux procès mentionnés ci haut. De plus en vertu de l'article 417 de Code des Obligations Turc, il est prévu que l'employeur, violant les droits de la personnalité de l'ouvrier, est responsable dans le cadre des dispositions d'incompatibilité à la Convention. C'est pourquoi, dans le cadre des dispositions de Code des Obligations Turc, l'ouvrier a le droit de demander d'employeur tout dommage qu'il a subi à cause de la violation des données personnelles. D'autre part en vertu des articles 135-138 de Code Pénal Turc, la responsabilité pénale est en question pour l'employeur ce qui a inscrit les données personnelles d'ouvrier d'une façon illégale. En final comme la violation des données personnelles d'ouvrier constitue une incompatibilité définie contre les règles de la moralité et de bonne volonté, il est possible qu'ouvrier résilie tout de suite la convention de travail à des raisons justes selon l'article 24/2 de Code de Travail. Ainsi l'ouvrier sera non seulement libéré de rester lié à la convention de travail malgré ses données personnelles sont violés, mais aussi il obtiendra la possibilité d'indemniser les dommages qu'il a subi à cause de cette raison. Autrement l'ouvrier est aussi protégé contre la gaine de caractère de preuve des découvertes que l'employeur a obtenu via les données personnelles, qu'il a illégalement inscrit. D'ailleurs en vertu de l'article 189/2 de Code de Procédure Civile, les preuves obtenues illégalement ne sont valides en aucune sorte et il n'est pas possible pour l'employeur de résilier la convention de travail tout en s'appuyant sur les découvertes qu'il a obtenu par des méthodes illégales.

C'est pourquoi en vertu des principes fondamentaux de garde de données prévues dans les règlements et jurisprudences internationaux, l'ouvrier possède plusieurs droits et possibilités contre l'inscription illégale de ses données personnelles. Dans ce cadre il sera en question pour l'ouvrier d'opposer à la violation de ses données personnelles tout en s'appuyant sur diverses dispositions prévues par le Droit Turc. Mais la protection des données personnelles d'ouvrier grâce aux mieux et plus effectives méthodes, sera réalisé après les règlements détaillés à exécuter sur la protection des données personnelles et la législation de Droit de Travail.

ABSTRACT

Protection of personal data is becoming increasingly important along with the ease of technological progress and information flow. Since processing of personal data is an inevitable fact nowadays, it is necessary to provide its lawfulness as well as preventing any possible abuse with the help of functional methods. Also processing of personal data is a common phenomenon in every aspect of life and employment relation is one of the areas in which the violation of personal data occurs at most. Therefore determination and instant application of the protection methods related with worker's personal data in employment relation in the light of international legislation and activities is essential. Accordingly this thesis, which was prepared to indicate the situation and importance of the protection of personal data in employment relation, presents the opportunities and vital means about the protection of worker's personal data.

Based on three main chapters, thesis begins with a general introduction of the personal data and related legal arrangements in the first chapter. Primarily the definition and elements, then along with the views about property right, intellectual property right and personal right, legal qualification of the personal data is evaluated. Since property and intellectual property rights aren't compatible with the personal data concept, it is concluded that personal data is a part of personal right.

Thereupon the necessity for the protection of personal data and progress of the activities related to such protection are examined within the frame of both international and national legislation from past to present. In this context OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Council of Europe Convention for the Protection of the Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Convention of Human Rights, United Nations Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, European Union Charter of Fundamental Rights, Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council and ILO Code of Practice on Protection of Workers' Personal Data are explained in detail and each legislation's purpose and significance are emphasized.

In terms of protection of personal data in the national extent, related articles of the Turkish Constitution, Turkish Code of Obligations which is going to enter into force in July 2012, Turkish Penal Code and Turkish Labour Code are evaluated on both positive and negative ways. Because although there are some legal arrangements about personal data, all of the aforesaid articles remain incapable compared to international legislation. In this context Protection of Personal Data Draft, which is null and void without any enactment, is also mentioned with detailed positive and negative criticisms. In this chapter lastly fundamental terms about the protection of personal data are discussed and internationally accepted terms such as processing of personal data, personal data filing system, controller, processor, third party and recipient are explained briefly before the evaluation of personal data within the frame of employment relation.

The main aim of the second chapter is the detailed analysis of the personal data in employment relation. Accordingly the effects of worker's economic and legal dependency, employer's right to manage and its boundaries, employer's obligations of equal treatment and protection on worker's personal data are set forth by getting to the bottom of the employment relation. In addition the situations, which the unique characteristics of employment relation create need for protection of worker's personal data, are examined in detail. On the other hand lawful causes for processing personal data in employment relation are dwelled on by considering the reasons asserted by employer in order to process worker's personal data in practice. Thus without legal obligation, vital interests, performance of a contract or worker's unambiguous consent, employer's data processing shall not be legitimate. Especially worker's consent is deeply evaluated in the light of international legislation and along with many common possibilities in practice. Besides lawful causes for processing sensitive data are included. However, since aforesaid causes are singly insufficient for the legitimate processing of personal data, fundamental principles about personal data and processing methods are also explained within the frame of international legal arrangements. Moreover while employer isn't able to violate his obligation to inform worker before processing personal data and make a decision about worker solely through automatic systems, he shall not act against worker's right of access to data, rectification, erasure or blocking of data and right to object.

Otherwise according to the protection and security of worker's personal data, employer's liability shall be in question.

The other part of the second chapter constitutes concrete situations about the processing of worker's personal data in employment relation and evaluation of Turkish and other countries' legislation in terms of such situations. Accordingly first of all, data collection by asking questions, consulting to third persons and making tests during the recruitment and continuation of the employment contract is discussed. The boundaries of the questions related to worker's personal status, medical condition and pregnancy, former conviction, religious or philosophical beliefs, political party and union membership is explained elaborately by mentioning worker's obligations to tell the truth and inform by himself. On the other hand requirements and boundaries of making tests to worker in employment relation such as alcohol and drug test, HIV/AIDS test and genetic and psychological tests are examined in detail. Furthermore processing of worker's personal data as a result of the entrance and exit control using smart card, fingerprint and retina scanning as well as ransacking worker's properties in the workplace is evaluated.

Lastly monitoring of worker via systems used in the workplace such as computer, internet and e-mail and surveillance of worker by camera and listening to his phone calls are explained in depth. Since such conditions are common in many countries, processing of worker's personal data by monitoring and surveillance is a crucial issue. In this context monitoring and surveillance of the worker in the workplace must be legitimate, proportionate, transparent, previously informed and directed to a specified purpose. It is very important to consider the balance of interest between the worker and employer as well as preventing employer's right to manage to cause the violation of worker's personal rights in each case.

After the analysis of personal data concept's reflections to employment relation, last chapter of thesis is reserved to legal actions for the protection of worker's personal data. Within this scope firstly, worker has the opportunity to file three different types of lawsuit in accordance with Turkish Civil Code art. 24 and 25. In addition it is also possible for worker to claim his material and mental damages against employer as well as restitution of the employer's gain as a result of the violation of his personal data. Moreover employer is liable within the context of

provisions about the breach of contract according to Turkish Code of Obligations art. 417. So worker has the right to claim all of his damages came of the violation of his personal data in compliance with Turkish Code of Obligations. On the other hand it is possible that employer has criminal liability according to Turkish Penal Code art. 135-138. Finally since the violation of worker's personal data is clearly contrary to moral and good faith rules, Turkish Labour Code art. 24/2 gives worker the right to terminate the contract based on justifiable reason. Thereby worker acquires the right to end the contractual bond and claim the damages came of termination. Also according to Civil Procedure Code art. 189/2, worker is protected against unlawful evidence obtained by unlawful processing of his personal data by employer. Since unlawful evidence is null and void, employer isn't able to terminate the contract based on worker's personal datas which were processed by unlawful methods.

Consequently, worker has many rights and opportunities against the unlawful processing of his personal data within the scope of fundamental data protection principles accepted in international legislation and court decisions. In this context worker's opposition and closure to the violation of his personal data shall be in question based on various provisions in Turkish law. Nevertheless protection of worker's personal data with much better and effective ways shall be achieved along with detailed legislation regarding to both labour law and protection of personal data.

ÖZET

Teknolojinin ilerlemesi ve bilgi akışının kolaylaşmasıyla birlikte kişisel verilerin korunması gittikçe daha çok önem kazanmaktadır. Nitekim günümüzde kişisel verilerin işlenmesinin önüne geçilemez bir niteliğe bürünmesi, söz konusu işleminin hukuka uygun olmasının ve kötüye kullanılmamasının işlevsel yöntemlerle sağlanmasını gerektirmektedir. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesi hayatın her alanında sıkça rastlanan bir olgu haline gelmiştir ve iş ilişkisi de kişisel verilerin ihlalinin en çok meydana geldiğini alanlardan birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla iş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik uluslararası alanda yapılan yasal düzenlemeler ve faaliyetler ışığında koruma yöntemlerinin belirlenmesi ve derhal uygulanması şarttır. Bu doğrultuda kişisel verilerin korunmasının iş ilişkisindeki yerinin ve öneminin gösterilmesi için hazırlanan bu çalışma ile işçinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik imkânlar ve gerekli yöntemler ortaya konmaktadır.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır ve kişisel veri kavramına genel bir giriş yapmak amacıyla ilk bölüm kişisel veri kavramı ve ilgili düzenlemelere ayrılmıştır. Öncelikle kişisel veri kavramı tanımlanarak bilgi, kişi ve aralarındaki bağ unsurları üzerinde durulmuş, sonrasında kişisel verilerin hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen mülkiyet hakkı, fikri mülkiyet hakkı ve kişilik hakkı görüşleri tek tek değerlendirilmiştir. Mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkının kişisel veri kavramıyla çeşitli açılardan örtüşmemesi sebebiyle kişisel verilerin kişilik hakkına dayandığı ayrıntılı bir şekilde ortaya konmuştur.

Bunun üzerine kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası ve ulusal alanda geçmişten günümüze kadar yapılan çalışmalara ve düzenlemelere yer verilerek kişisel verilerin korunması ihtiyacının ortaya çıkışı ve korumaya yönelik yapılan atılımların gelişimi mercek altına alınmıştır. Bu kapsamda uluslararası alanda Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün Rehber İlkelerine, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İlkeleri'ne, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na, 95/46/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ne ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu'na detaylıca yer verilmiş ve her düzenlemenin amacı ile önemi açıklanmıştır. Ulusal alanda kişisel verilerin korunması açısından ise Anayasa m.20, Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek

olan TBK m.417 ve m.419, TCK m.135-138 ve İş Kanunu m.75'te öngörülen kişisel verilere yönelik düzenlemelerin olumlu ve olumsuz değerlendirmeleri yapılmıştır. Zira hukukumuzda kişisel verilere yönelik birtakım düzenlemeler olmakla birlikte, bahsi geçen düzenlemelerin tamamı uluslararası düzenlemelerle kıyaslandığında oldukça yetersiz kalmaktadır. Bu kapsamda AB ile uyum sürecinin bir parçası olarak hazırlanan ve kanunlaştırılmadığı için hükümsüz hale gelen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'na da değinilmiş ve Tasarı'ya ilişkin olumlu ve olumsuz eleştirilere yer verilmiştir.

Bu bölümde son olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel kavramlar ele alınmış ve uluslararası düzenlemelerde kabul gören kişisel verilerin işlenmesi, kişisel veri dosyalama sistemi, verileri kontrol eden, veri işleyen, veri sahibi, üçüncü taraf, alıcı ve hassas veri kavramlarının kişisel verilerin iş ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesine geçmeden kısaca açıklanmasına gerek duyulmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise kişisel veri kavramının uygulama alanı daraltılıp tez konusuyla bağlantılı olarak iş ilişkisi çerçevesinde incelenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda işçi ile işveren arasındaki ilişkinin temelini inilerek işçinin işverene bağımlılığının, işverenin yönetim hakkı ve sınırlarının, işverenin eşit davranma ile koruma ve gözetme yükümlülüklerinin işçinin kişisel verileri üzerindeki etkisi ortaya konmuştur. İş ilişkisinin kendine özgü niteliklerinin, işçinin kişisel verilerinin korunması ihtiyacını doğurduğu durumlar ayrıntılı olarak incelenmiştir. Öte yandan uygulamada işverenin, işçinin kişisel verilerini işlerken dayandığı nedenler ele alınarak iş ilişkisinde kişisel veri işlemenin hukuka uygunluk nedenleri üzerinde tek tek durulmuştur. Nitekim yasal yükümlülük, üstün özel yarar, sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesi zorunluluğu veya işçinin rızası olmaksızın işveren tarafından kişisel veri işlenmesi hukuka aykırılık oluşturan başlıca etkenlerdir. Özellikle işçinin rızası uluslararası düzenlemeler ışığında oldukça detaylı şekilde incelenmiş ve uygulamada karşılaşılabilecek birçok olasılıkla birlikte değerlendirilmiştir. Ayrıca hassas verilerin işlenmesi bakımından geçerli olan hukuka uygunluk nedenlerine de yer verilmiştir.

Ancak işçinin kişisel verilerinin hukuka uygun olarak işlenmesi için bahsi geçen nedenler yeterli olmadığından, kişisel veri ve veri işleme yöntemine dair temel ilkeler de uluslararası düzenlemeler çerçevesinde açıklanmıştır. Zira işçinin kişisel

verilerinin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, belirli, açık ve meşru amaçlar doğrultusunda ve eşit davranma yükümlülüğü ihlal edilmeden işlenmesi, tam ve doğru olup gerektiğinde güncellenmesi ve toplama veya sonraki işleme amaçları için gereken süreyi aşmadan saklanması büyük önem taşımaktadır. Ayrıca işçinin kişisel verilerini işleyen işveren, öncesinde işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal edemediği ve işçi hakkında yalnızca otomatik sistemler aracılığıyla karar veremediği gibi, işçinin veriye ulaşma, veriyi düzeltme ve itiraz hakkına aykırı davranamaz. Aksi takdirde işçinin kişisel verilerinin korunması ve güvenliği gereğince işverenin sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

İkinci bölümün diğer kısmını ise iş ilişkisi kapsamında işçinin kişisel verilerinin işlendiği somut haller ve Türk hukuku ile diğer ülkelerin mevzuatlarının söz konusu haller bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak işe alımda ve iş sözleşmesinin devamı boyunca soru sorma, üçüncü kişilere başvurma ve test uygulama yöntemleriyle aday veya işçi hakkında bilgi toplanması hususuna yer verilmiştir. İşverenin kişisel duruma, sağlık durumuna ve hamileliğe, eski hükümlülüğe, dini veya felsefi inanca ve parti ve sendika üyeliğine ilişkin sorabileceği soruların sınırları belirtilerek işçinin gerçeği söyleme ve kendiliğinden bilgi verme yükümlülükleri açıklanmıştır. Öte yandan işçiye uygulanan alkol ve uyuşturucu testleri, HIV/AIDS testleri ve genetik ve psikolojik testlerin üzerinde detaylıca durulmuş ve her birinin iş ilişkisinde uygulanma koşulları ve sınırları belirtilmiştir. Bunun yanı sıra işveren tarafından akıllı kart, parmak izi ve retina taraması gibi çeşitli yöntemler kullanılarak yapılan işyerine giriş ve çıkış kontrolü ile işçiye ait eşyaların işyerinde aranması sonucunda işlenen kişisel verilerin hukuka uygunluğu incelenmiştir.

Son olarak işçinin işyerinde kullandığı bilgisayar, internet ve e-posta sistemleri vasıtasıyla elektronik ortamda izlenmesi, telefonunun dinlenmesi ve kamera gibi araçlarla gözetilmesi halleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Zira söz konusu hallere birçok ülkede sıkça rastlanıldığından, işçinin izleme ve gözetleme yoluyla kişisel verilerinin işlenmesi konusu büyük öneme sahiptir. Bu çerçevede işçinin işyerinde izlenmesi ve gözetilmesi, önceden açıkça bilgilendirilmesine, hukuka uygun, ölçülü, şeffaf ve belirli bir amaca yönelik olmasına, sınırlı sayıda kişiye uygulanmasına ve gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmış olmasına bağlıdır. Belirtmek

gerekir ki her durumda işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin sağlanması ve işverenin yönetim hakkının işçinin kişilik haklarını ihlal etmesine yol açmaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.

Kişisel veri kavramının iş ilişkisindeki yansımaları incelendikten sonra, çalışmanın son bölümü işçiye ait kişisel verileri koruma yollarına ayrılmıştır. Bu kapsamda işçinin öncelikle TMK m.24 ve m.25'te kişilik hakkının ihlaline karşı öngörülen saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi veya sona ermiş olsa dahi etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarını açabilmesi mümkündür. Ayrıca işçi söz konusu davalara ek olarak maddi ve manevi tazminat ile işverenin kişisel verinin ihlalinden elde ettiği kazancın iadesini talep edebilir. Kaldı ki TBK m.417 uyarınca da işçinin kişilik haklarını ihlal eden işverenin sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında sorumlu olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla işçi kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğradığı her türlü zararını TBK hükümleri çerçevesinde işverenden talep etme hakkına sahiptir. Öte yandan TCK m.135-138 gereğince işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı bir şekilde işleyen işverenin cezai sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Son olarak işçinin kişisel verilerinin ihlali ahlak ve iyi niyet kurallarına açıkça aykırılık teşkil ettiğinden İş Kanunu m.24/2'ye göre işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesi mümkündür. Böylece işçi kişisel verileri ihlal edilmesine rağmen iş sözleşmesiyle bağlı olmaktan kurtulma ve bu nedenle uğradığı zararları tazmin ettirme imkânını da elde etmiş olmaktadır. Ayrıca işçi, işverenin hukuka aykırı olarak işlediği kişisel verileri vasıtasıyla elde ettiği bulguların delil niteliği kazanmasına karşı da korunmaktadır. Nitekim HMK m.189/2 gereğince hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin hiçbir geçerliliği yoktur ve işverenin hukuka aykırı yöntemlerle elde ettiği bulgulara dayanarak iş sözleşmesini haklı veya geçerli sebeple feshetmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla uluslararası düzenlemelerde ve içtihatlarda öngörülen temel veri koruma ilkeleri doğrultusunda işçinin, kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesine karşı birçok hakkı ve imkânı mevcuttur. Bu kapsamda işçinin Türk hukukunda öngörülen çeşitli hükümlere dayanarak kişisel verilerinin ihlaline karşı koyması ve son vermesi söz konusu olacaktır. Ancak işçinin kişisel verilerinin çok daha iyi ve

etkin yöntemlerle korunması, İş Hukuku mevzuatına ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin yapılacak ayrıntılı düzenlemelerle gerçekleştirilecektir.

GİRİŞ

Kişisel verilerin işlenmesi günümüzde oldukça sık rastlanan ve kötüye kullanılmaya müsait bir olgu olduğundan, kişisel verilerin korunması meselesi de her açıdan büyük önem taşımaktadır. Hayatın her alanında olduğu gibi, iş ilişkisinde de kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olmakta ve bu durum işçinin kişisel verilerinin korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Zira bağımlılık unsurunun ağır bastığı, kendine özgü niteliklere sahip iş ilişkisinde işçinin, kişisel verilerinin işveren tarafından hukuka aykırı şekilde işlenmesine karşı da korunması gerekmektedir. Kaldı ki ilişkinin daha zayıf tarafını oluşturan işçinin genellikle kişisel verilerinin işlenmesi hakkında yeterince bilinçli olmaması ve kişisel verilerinin ihlaline karşı başvurabileceği koruma yollarından haberdar olmaması, kişisel verilerin iş ilişkisi içindeki yerini ve önemini daha fazla ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada gerek uluslararası, gerekse ulusal düzenlemeler ışığında kişisel veri kavramı ve iş ilişkisinin kişisel verilere etkisi ele alınarak iş ilişkisi çerçevesinde işçinin kişisel verilerinin ihlalinin oluşturduğu durumlar, işçinin kişisel verilerinin korunmasını sağlayan hukuki imkânlar göz önünde tutulmak suretiyle değerlendirilecektir. Bu doğrultuda işçinin kişisel verilerinin kapsamlı ve işlevsel şekilde korunmasını sağlayacak yöntemlerin bulunması ve iş ilişkisinde kişisel verilerin korunması sorunsalının çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

I- Kişisel Veri Kavramı ve Unsurları

Uluslararası alanda genel olarak kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olan bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu kapsamda kişisel verinin ilk unsurunu bilgi oluşturur. Zira içeriğine dikkat edilmeksizin bir kişinin özel yaşamı, iş ilişkileri, ekonomik ve sosyal hayatı hakkındaki her türlü bilgi kişisel veri kavramının içinde yer alır. Kaldı ki söz konusu bilgilerin kişisel veri sayılması için gizli olmaları da gerekmemektedir. Nitekim kişinin fiziksel özellikleri, giydiği kıyafetler ve arabasının markası gibi herkes tarafından kolayca ulaşılabilecek bilgiler kadar, cinsel tercihi ve kredi kartı şifresi gibi gizli tuttuğu bilgiler de kişisel veridir. Ayrıca bir kişinin belirli bir hastalık geçirdiğine veya kan tahlili sonuçlarına yönelik nesnel bilgilerin ve kişilik özellikleri ya da maddi durumuna ilişkin öznel bilgilerin kişisel veri kavramı çerçevesinde hiçbir farkı yoktur. Öte yandan herhangi bir bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için gerçek veya doğruluğunun kanıtlanmış olması da aranmaz. Örneğin kişinin iflas etmiş olduğuna yönelik bir bilgi doğru olmasa bile, kişisel veri niteliğini kaybetmez. Belirtmek gerekir ki bir bilginin kişisel veri olup olmadığı, ortaya çıktığı biçimden ve saklandığı ortamdan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir. Nitekim aranan diğer şartları taşıdığı sürece, bir verinin niteliği itibarıyla alfabetik, sayısal, çizgisel, fotoğrafik veya akustik olması ile kâğıt üzerinde veya bilgisayar ortamında saklanması, o verinin kişisel veri olma özelliğini değiştirmeyecektir¹. Dolayısıyla yalnızca yazılı veriler değil, ses ve görüntü verileri de kişisel veri kavramının içindedir.

Kişisel veri kavramının diğer unsuru ise kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişinin varlığıdır. Uluslararası mevzuat ve öğretide görüş birliği bulunmadığından,

¹Hüseyin Can Aksoy, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 19.

söz konusu kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Öte yandan ölmüş bir kişiye ait veriler de, hayatta olan kişileri etkileme ihtimali olduğu sürece kişisel verilere ilişkin korumadan yararlanacaktır. Örneğin ölmüş bir kimsenin hemofili hastası olduğuna dair bilgi, genetik bir hastalık olması nedeniyle o kişinin çocuğunun da aynı hastalığı taşıdığını ortaya koyduğu için kişisel veri olarak kabul edilecektir. Ayrıca önemli olan bilginin herhangi bir kişiye değil, kimliği belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ait olmasıdır. Bu çerçevede bir kişinin kimliğinin belirli olması, o kişinin bir grup insan arasından ayırt edilebilmesini ifade ederken, kimliği belirlenebilir olmak ise, henüz ayırt edilememiş olmakla birlikte bu kişinin diğerlerinden ayırt edilmesinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir². Ancak bir kimsenin ismi ile kimliği doğrudan belirlenebileceği gibi, telefon numarası, pasaport numarası ya da yaşı, ikametgâhı ve mesleği gibi birçok ölçütün birleşimi ile dolaylı yoldan da tespit edilebilir.

Belirli bir ölçütün bir kişinin başkalarından ayırt edilebilmesini sağlayıp sağlamadığı ise, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Zira belli bir soyadı bir kişiyi aynı ülkede yaşayan diğer tüm insanlar arasında belirlenebilir hale getirmese de, aynı sınıf veya işyeri içindeki diğer tüm insanlardan ayırt edilebilmesini sağlayarak o kişiyi “belirli” kılacaktır. Benzer şekilde kişinin adı ve soyadı yerine kimlik numarası kullanıldığı takdirde, doğrudan belirlenebilirlik söz konusu olacaktır. Buna karşılık isim benzerliği nedeniyle ad ve soyadın kişiyi diğerlerinden ayırt etmeye yetmediği veya ismin hiç bilinmediği durumlarda, o kişinin adresi, iş yeri ve telefon bilgileri gibi başka bilgilere de ihtiyaç duyularak kişinin kimliği dolaylı yollardan belirlenecektir. Bahsi geçen belirleme faaliyeti ise, somut olayın tüm özellikleri çerçevesinde kişinin kimliğinin tespitini sağlayabilecek her türlü araç ve yöntemle başvurularak gerçekleştirilecektir. Ayrıca kimlik tespit sürecinin finansal maliyet özelliklerinin de göz önünde tutulması ve kişinin kimliğinin belirlenebilir olup olmadığına yönelik verilecek kararın, teknolojik gelişmeler çerçevesinde ileride gözden geçirilmesi gereklidir. Nitekim teknolojik gelişmeler sayesinde geçmişte kimliği belirlenemeyen bir kişinin kimliğinin belirlenebilmesi mümkün olabilmektedir.

Kişisel veri kapsamında kabul edilecek bilginin kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi ile arasındaki bağ ise kişisel veri kavramının son unsurunu

²A.g.e., s. 29-30.

meydana getirmektedir. Zira kişisel veri içerik, amaç veya sonuç yönünden belirli ya da kimliği belirlenebilir bir kimseye ilişkin olmalıdır. Bu doğrultuda herhangi bir bilginin içerik itibariyle belli bir kişiye ilişkin olması, o bilginin her türlü amaç ve sonuçtan bağımsız bir şekilde söz konusu kişi “hakkında” olmasını ifade eder. İş başvurusunda bulunan bir kişinin özgeçmişindeki bilgiler veya bir öğrencinin karne notları bu duruma örnek olarak verilebilir.

Öte yandan bir eşya, işlem ya da olay hakkındaki bir bilgi de, kullanım amacı veya kullanımının doğuracağı sonuçlar itibariyle dolaylı olarak bir kişiye ilişkin olabilir. Somut olayın özellikleri çerçevesinde belli bir kimsenin durumunu veya davranışlarını değerlendirmek, bu kişiye belli bir şekilde davranmak veya o kişiyi etki altında bırakmak amacıyla kullanılan veya kullanılması olası olan her türlü bilgi, amaç yönünden söz konusu kişiye ilişkin kabul edilmelidir³. Örneğin bir çikolata üretim makinesinin faaliyetine yönelik toplanan veriler, o makinenin verimini tespit etmek yerine makineyi kullanan işçinin verimliliğini belirlemek amacıyla kullanıldığında, söz konusu bilgi o işçi açısından kişisel veri sayılacaktır. Buna karşılık herhangi bir bilginin kullanılması, somut olayın özellikleri dikkate alındığında belli bir kimsenin bazı hak ve menfaatlerini etkiliyorsa, bu bilginin sonuç yönünden o kişiye ilişkin olması söz konusudur. Kaldı ki bu durumda etkinin boyutu önem taşımadığından, bu verinin işlenmesi nedeniyle söz konusu kimsenin başkalarından farklı bir muameleye maruz kalması yeterlidir. Örneğin bir taksi durağının, müşteri memnuniyeti ve yakıt tasarrufu sağlamak amacıyla uydu üzerinden taksilerini izlemesini ve bir çağrı halinde en yakın taksinin müşteriye yönlendirilmesini mümkün kılan bir sistem, aslında taksi sürücüsü hakkında bilgi toplamak amacı taşımadığı halde, bu sistemden alınan bilgiler sürücülerin hız limitlerine uyup uymadıklarını ve seyir halinde olup olmadıklarını da ortaya koyduklarından, sonuç itibariyle sürücülerin menfaatini ilgilendirmekte ve kişisel veri olarak kabul edilmektedir⁴.

II- Kişisel Verilerin Hukuki Niteliği

Günümüzde serbest piyasa ekonomisindeki iç pazarlama stratejilerinin belirlenmesinde kullanılan ve hukuki işlemlere konu edilen kişisel verilerin önemli

³A.g.e., s. 39.

⁴A.g.e., s. 40.

ölçüde ticari değer kazandığı kabul edilmekte ve hukuki niteliğine ilişkin veri ticareti ve veri sahipleri ile veri işleyen kişilerin menfaatleri bakımından farklılık gösteren birtakım görüşler ileri sürülmektedir. Kişisel verilerin hukuki niteliği belirlenirken dikkate alınması gereken görüşler üç temel başlık altında toplanmaktadır.

A- Mülkiyet Hakkı Görüşü

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Avrupa yaklaşımı bilgi toplumunda sosyal değer kavramına yönelirken, bilgi ekonomisini benimseyen ABD’de ekonomik değer kavramı esas alınmaktadır. Zira ABD’de kişisel verilerin korunması hususunda Avrupa’daki gibi devlet tarafından belirlenmiş katı ve kapsayıcı bir sistem yerine, son derece düşük düzeyde koruma sağlayan sektörel kanunlar uygulanmaktadır⁵. Dolayısıyla ABD’de kişiler kendi menfaatlerini bağlı oldukları sektöre ilişkin kurallar dâhilinde bizzat kendileri savunmakla yükümlü olduğundan, kişisel verilerin mülkiyet hakkına dayandığı ve sadece kişiliğin bir uzantısı değil, aynı zamanda bir ürünü olduğu görüşü kabul edilmektedir. Bu çerçevede herkes kendisine ait kişisel verilerin sahibidir ve bu verileri mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileriyle istediği gibi kontrol edebilir.

Bilgiyi güç ile eş değer gören ve kişisel verilerin serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler tarafından sıkça yararlanılan ticari bir değer kazanmış olduğunu kabul eden bu görüş, kişisel verileri kullanan kişilerin veri sahiplerine adil bir karşılık ödemelerini de gerekli görmektedir⁶. Nitekim kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından kullanılması nedeniyle meydana gelebilecek zararlara katlanmak zorunda kalan veri sahipleri, bir teşebbüs ile belli bir amaç için paylaştıkları kişisel verilerinin bu amaç dışında kullanıldığından çoğunlukla haberdar olmadıkları için hiçbir talep ileri sürememektedir. Oysaki mülkiyet hakkı görüşünün kabul edilmesi halinde,

⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. David Banisar, Privacy and Data Protection Around the World, <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/banisar-paper.doc>, s. 2 (E.T. 26.05.2012); Peter K. Yu, An Introduction to the EU Directive on the Protection of Personal Data, <http://www.peteryu.com/gigalaw/0701a.pdf>, s. 3 (E.T. 26.05.2012). Söz konusu sektörel yaklaşıma Kanada, Yeni Zelanda ve Avustralya’da da rastlanmaktadır. Latin Amerika’da geçerli olan Habeas Data modeline ilişkin ayrıntılı bilgi için ise bkz. Engin Dinç, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye’nin Durumu, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s. 55-56.

⁶Bkz. Ellen Alderman/Caroline Kennedy, **The Right to Privacy**, New York, Alfred A. Knoph Inc., 1995, s. 329; Corien Prins, “When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become A Commodity: Would A Property Rights Approach Matter?”, **SCRIPT-ed A Journal of Law, Technology and Society**, Vol. 3, No. 4, 2006, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-4/prins.pdf>, s. 297 (E.T. 26.05.2012); Pamela Samuelson, “Privacy As Intellectual Property?”, **Stanford Law Review**, Vol. 52, No. 5, Stanford, 2000, s. 1132.

kişisel verileri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi hem sahip olduğu veri türlerinden hangilerini teşebbüslerle paylaşacağına karar vermekte, hem de söz konusu paylaşımın karşılığı olarak talep edeceği bedel hakkında pazarlık edebilmektedir⁷.

Kişisel verilerin bireylerin kişilik haklarının bir parçası olduğunu ve bireylere bu tür verileri üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının kişilik haklarının ihlali sonucunu doğuracağı görüşü karşısında mülkiyet hakkı görüşü taraftarları, savundukları görüşün kabulü halinde, veri sahiplerinin kişisel verileri işleyen kimseler tarafından sömürülmesinin önüne geçilebileceğini savunmaktadırlar⁸. Zira herkes kişisel verileri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunda, söz konusu veriler üçüncü kişilere devredilse dahi veri sahiplerinin menfaatleri ihlal edilmeyecektir. Bunun yanı sıra kişisel veriler üzerindeki mülkiyet hakkı veri sahiplerini koruduğu gibi, veri işleyen teşebbüslerin ve genel olarak veri pazarının çıkarlarına da daha uygun düşecektir. Nitekim hem kişisel veri sahipleri verilerinin işleme amaçlarını öngörebilecek, hem de kişisel verileri işlemek için belli bir miktar para ödemek zorunda kalan teşebbüsler, mevcut durumla kıyaslandığında daha az veri toplamayı tercih edeceklerdir. Bu doğrultuda daha az hak ihlali gerçekleşecek ve pazar daha iyi işleyecektir. Öte yandan bu görüşün kabulü halinde, kişisel verilerin korunması için denetleme makamları gibi yüksek maliyetli başka hiçbir sistemin oluşturulmasına gerek kalmayacaktır.

Mülkiyet hakkı görüşü çerçevesinde veri sahipleri, metalaşarak ticari değer kazanan kişisel verilerinden maddi çıkar elde edebilmektedir. Fakat bu görüşe karşı yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, mülkiyet hakkı kavramının hukuki niteliği gereğince kişisel veriler bakımından uygun düşmemesidir. Zira mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkilerden tasarruf yetkisinin kişisel veriler için kullanılması mümkün değildir. Aksi takdirde bir kişiden kişisel verilerini rızası ile satın alan kimse, bu verileri üçüncü kişilere hiçbir engelle karşılaşmaksızın devredebilecektir. Bu çerçevede mülkiyet hakkı görüşü kişisel verilerini bir başkasına devreden veri

⁷Bkz. Samuelson, **A.g.e.**, s. 1127; Lucas Bergkamp, "EU Data Protection Policy–The Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe's Data Protection Policy in an Information-Driven Economy", **Computer Law and Security Review**, Vol. 18, No. 1, Elsevier Ltd, 2002, s. 34.

⁸Aksoy, **A.g.e.**, s. 81.

sahiplerini, kendilerine ilişkin olan bu verilerden mutlak şekilde soyutlamaktadır⁹. Diğer eleştiri ise, kişisel verilerin veri sahiplerince üçüncü kişilere devredilmesinin gerek masraf, gerekse süre açısından elverişsiz olmasıdır. Kaldı ki ortalama bir veri sahibi kişisel verilerini üçüncü bir kişiye sattığında, bu verilerin ne ölçüde kötüye kullanılabilceğini çoğu kez tahmin edemeyecektir. Bu durum ise kişisel veri sahiplerinin büyük çoğunluğunun menfaatlerinin korunmasını değil, ihlal edilmesini kolaylaştırıcaktır. Ayrıca kişisel verilerin mülkiyet hakkına dayanması ekonomiyi de olumsuz etkileyecektir. Nitekim kişilerin kendilerine ait verilerin işlenmesini kontrol edebilecekleri kabul edildiğinde, bilginin serbest dolaşımı engelleneceği için modern ticaret zarar görecektir¹⁰. Son olarak mülkiyet hakkı kavramının temelinde yatan amaç doğadaki sınırlı kaynakların dağılımını sağlamak olduğundan, kıt kaynaklardan biri olarak kabul edilemeyecek kişisel verilerin mülkiyet hakkı ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir.

B- Fikri Mülkiyet Hakkı Görüşü

Kişisel verilerin hukuki niteliğine yönelik özellikle ABD’de ileri sürülen diğer görüş ise, kişisel verilerin fikri mülkiyet hakkına dayandığı görüşüdür. Bu yaklaşımda genel olarak fikri mülkiyet hakkı ile kişisel verilerin korunması arasında benzerlik kurulduğu görülmekte ve bu noktadan hareketle kişisel verilerin telif hakkı benzeri bir yaklaşımla korunması önerilmektedir¹¹. Zira kişisel veri sahibinin veri üzerindeki hakları ile fikri mülkiyet hukukundaki eser sahibinin eser üzerindeki kamuya sunma ve eserde değişiklik yapılmasını önleme gibi manevi hakları birbirine oldukça yakındır. Kamuya sunma hakkı, eser sahibinin eseri kişisel çevresinin dışına çıkararak alenileştirme ile eserin yayınlanma zamanı ve şeklini belirleme yetkisini ifade etmektedir. Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı ise, eser sahibinin izni olmadıkça eserde ya da eserin adında kısaltma, ekleme veya başka değişikliklerin yapılamaması anlamına gelmektedir. Fikri mülkiyet hakkı çerçevesindeki bu haklara benzer şekilde, kişisel veri sahibinin de kendisine ilişkin verileri paylaşacağı kişileri ve şartları tespit yetkisi ve üçüncü kişilerin elinde bulunsa da verilerinin bütünlüğünün ve doğruluğunun korunmasını talep etme yetkisi vardır¹². Dolayısıyla

⁹A.g.e., s. 89.

¹⁰Bkz. Prins, A.g.e., s. 297; Aksi görüşte Bergkamp, A.g.e., s. 32; Samuelson, A.g.e., s. 1133.

¹¹Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s. 64.

¹²Bkz. Samuelson, A.g.e., s. 1148.

kişisel verilerin korunmasına hizmet edecek en uygun dayanak fikri mülkiyet hakkı olmaktadır.

Bu görüş kapsamında ileri sürülen ilk eleştiri, fikri mülkiyet haklarının ve kişisel verilerin korunmasının ortak amacının bilgi ekonomisine katılımı sağlamak olmasına rağmen, iki kavram arasında önemli farklılıklar olduğudur. Öncelikle fikri mülkiyet hakkına konu olan değerler, kişinin bilinçli bir şekilde sarf ettiği güç ve çabanın sonucunda oluşturulurken, kişisel veriler kişinin belirli tercihleri çerçevesinde yaşamını sürdürmesine bağlı olarak bireysel varlığından kaynaklanmaktadır. Öte yandan fikri mülkiyet hakkı, fikri ve sınaî alanlarda üretimin ve gelişimin teşvik edilerek kalkınmanın sağlanması amacıyla taşınmasına rağmen, kişisel verilerin korunması böyle bir amaca hizmet etmemektedir. Nitekim bu tür verilerin yaratılmasını veya geniş çaplı bir şekilde dağılımını sağlamak için bunlara mülkiyet hakkı tanınması gerekli değildir¹³. Ayrıca bahsi geçen iki hakkın korunmasındaki amaçsal farklılık çerçevesinde kişisel verilerin korunmamasının, fikri mülkiyet hakkının korunmamasına nazaran önceden öngörülmesi daha zor zararlara yol açabileceği savunulmaktadır. Zira kişisel verilerin korunmasında önemli olan, kişisel verilerin veri sahibinin izni olmadan kullanılıp kullanılmadığından ziyade, bu verilerin kimler tarafından, hangi koşullarda işlendiği ve kullanım amacıdır. Dolayısıyla kişisel verilerin özünde fikri mülkiyet hakkının bulunmadığı ileri sürülmektedir.

C- Kişilik Hakkı Görüşü

Kişisel verilerin hukuki niteliğine yönelik son görüşü, kişisel verilerin özünde kişilik hakkının bulunduğunu kabul eden kişilik hakkı görüşü oluşturmaktadır. Bu çerçevede genel olarak kişilik hakkının, kişiliği oluşturan değerlerin tamamı üzerindeki hak şeklinde tanımlanması mümkündür. Bağımsız bir kişilik hakkının var olduğu görüşünü benimseyerek tek ve genel bir kişilik hakkını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi sonucunda¹⁴, Türk hukukunda da kişilik hakkı parçalanamayan bir bütün olarak kabul edilmiştir. Genel kişilik hakkının münferit görünüşü niteliğindeki özel kişisel değerler ise, birtakım hukuki sonuçların

¹³Aksoy, **A.g.e.**, s. 92.

¹⁴İsviçre Hukukunda kişilik hakkının niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. W. Siebert, "Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler", **AÜHFD**, Bilge Öztan, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969, s. 217-230.

doğmasıyla kişiliğin korunmasının kolaylaştırılmasına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda genel kişilik hakkı, kanunda düzenlenen maddi, manevi ve meslek, sanat ve ticari yaşama ilişkin iktisadi değerler gibi özel kişilik hakkı türlerinin hem temelini oluşturmakta, hem de kişiliğe karşı ortaya çıkabilecek ihlalleri etkili bir şekilde engelleyebilmektedir. Aksi takdirde kanunda özel olarak yer alan kişilik hakkı türleri dışında kalan menfaatler ile toplumsal yaşam ve teknolojiye ilişkin ilerlemeler karşısında kişiliğin korunması mümkün olamaz.

Öte yandan özel türleri her somut olaya göre mahkeme içtihatları ve hâkimin takdir yetkisi doğrultusunda belirlenecek olan kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir mutlak hak niteliğini taşımaktadır. Mutlak hak olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekteyken, kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için devredilmesi, vazgeçilmesi ve zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Malvarlığının içinde yer almadığından rehnedilemeyen ve kişisel varlığın ayrılmaz bir parçasını oluşturan kişilik hakkı, gerçek kişilerde sağ ve tam olarak doğumla kazanılıp ölümle sona ermektedir. Dolayısıyla mirasçılara geçmesi de söz konusu değildir. Fakat ihlal edilmesi halinde maddi veya manevi zarara ilişkin tazminat talebinde bulunulması mümkündür. Ayrıca hak sahibine ihlal öncesi ve sonrasında çeşitli şekillerde savunma imkânı sağladığından kişilik hakkı, kişiyi üçüncü kişilerden gelebilecek her türlü saldırıya karşı korumaktadır.

Kıta Avrupası hukukunda kişisel veriler kişilik hakkının bir parçası olarak kabul görmektedir. Öncelikle bu husus Nazi Almanyası ve Mussolini İtalyası gibi bazı tarihsel gerçeklerden kaynaklanmaktadır. Söz konusu dönemlerde kişisel verilerin gerek kamu, gerekse özel sektörde kötüye kullanılmasının ortaya çıkardığı sonuçlar, Avrupa'da bilgi mahremiyetinin bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesini ve katı biçimde korunmasını gerektirmiştir. Zira 95/46/EC sayılı Yönerge'nin 1. maddesinde de ifade edildiği gibi bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin, özellikle de özel yaşamın gizliliği hakkının korunması amaçlanmaktadır. Kişisel verilerin üzerindeki hakkın kişilik hakkına dayandığını savunanlar, kişisel verileri kişilik hakkının görünülerinden biri olan özel hayat kavramı ile ilişkilendirmektedirler. Buna göre kişisel verilerin korunması, kişinin mahremiyet hakkının korunmasına ilişkin bir araç olup mahremiyet ve onun bir uzantısı olan özel hayat ise kişinin

kişilik hakkının bir görünümüdür¹⁵. Nitekim sonradan üçüncü kişilere iletilme rizikosunu taşıyan kişisel verilerin sadece saklanmaları bile, özel hayata yönelik bir müdahaleye yol açmaktadır. Kaldı ki özel hayatın içinde yer alan bilgi gizliliği, bireylerin kişisel verilerinin işlenmesine karşı sahip oldukları denetim hakkını da içermektedir.

Ne var ki bu görüş kişisel verilerin korunmasını esas olarak özel hayatın korunması ile özdeşleştirdiği için eleştirilmektedir. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması ile özel hayatın korunması kavramları birbiriyle ilişkili olsalar da, farklı kavramlar olarak değerlendirilmektedir. Nitekim belli bir kimseye ilişkin olduğu düşüncesi ile ve o kimse hakkında bir kanaat elde etmek amacıyla kullanılan bir verinin tümüyle yanlış veya eksik olması halinde, her ne kadar o kişinin mahremiyeti zedelenmemekteyse de, söz konusu veri kişisel veri olarak kabul edilmektedir¹⁶. Kişiye kendisine ait verilerin işlendiğinden haberdar olma ve bu verilerin düzeltilmesini talep etme gibi hakların tanınması da bu durumun bir sonucudur. Öte yandan kişisel verilerin korunmasının temelindeki düşüncenin, yalnızca özel hayatın korunması ile sınırlı olmadığı 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere konuyla ilgili birçok uluslararası düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Zira 95/46/EC sayılı Yönerge'de kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliğinin korunmasını da kapsayarak daha geniş bir amacı esas aldığı açıkça görülmektedir. Ayrıca kişisel verilerin korunması, AB Temel Haklar Bildirgesi'nin 8. maddesinde, 7. maddede düzenlenmiş olan özel yaşam hakkından bağımsız ve farklı bir hak olarak ayrıca öngörülmüştür. Bunun yanı sıra bir verinin kişisel veri olup olmadığının tespiti, gizli olup olmadığının araştırılmasını gerektirmemektedir. Kaldı ki kişisel veri bir kez işlendikten sonra gizliliğini yitirerek özel hayatın korunması yerine, kişilik hakkının ihlaline yönelik savunma imkânlarına tabi olacaktır. Benzer şekilde, kişinin kamusal alanda gerçekleştirdiği bir davranışa ilişkin bilgilerin üçüncü kişilerce işlenmesi nedeniyle bir zarar ortaya çıktığında, artık gizliliğini kaybetmiş bu tür verilerin 95/46/EC sayılı Yönerge'de de kabul edildiği üzere hassas veri niteliğine sahip olduğu için özel hayat kavramıyla hiçbir ilişkisi kalmadığı belirtilmektedir.

¹⁵Aksoy, **A.g.e.**, s. 85.

¹⁶**A.g.e.**, s.85-86.

D- Görüşümüz

Bahsi geçen görüşler değerlendirildiğinde kişisel verilerin hukuki niteliğini mülkiyet hakkı olarak kabul etmek mümkün değildir. Öncelikle bir aynı hak olarak yalnızca eşya üzerinde kurulup doğrudan hâkimiyet sağlayan mülkiyet hakkı hukuki açıdan kişisel veri kavramıyla bağdaşmamaktadır. Zira kişisel verilerin cismani, sınırları belli ve üzerinde hem fiili, hem de hukuki hâkimiyet kurulabilen bir eşya olmadığı açıktır. Söz konusu bilgiler ancak hukuki anlamda bir eşyada somutlaşırsa mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilir. Fakat o halde dahi, bilimsel, sanatsal, istatistikî vb. bilgilerden tamamen farklıdır çünkü kişiliğin kendiliğinden meydana gelen ayrılmaz ve vazgeçilemez bir parçasıdır. Dolayısıyla kişisel varlık içinde yer alan kişisel veriler özü itibariyle, malvarlığının bir parçası olan mülkiyet hakkıyla ters düşmektedir.

Kaldı ki mülkiyet hakkının malike tanıdığı tasarruf etme yetkisi de kişisel veriler açısından uygun değildir. Nitekim kişisel verinin bir kez başkasına devredilerek veri sahibinin elinden çıkması ve bir daha izni gerekmeksizin bambaşka üçüncü kişilerce kolaylıkla işlenebilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Söz konusu durum kişisel verilerin kötüye kullanılma ihtimalini arttıracak ve iddia edilen aksine veri sahibinin kişisel verileri üzerindeki denetimini kaybetmesine yol açacağı gibi, veri sahibinin uğraması olası maddi ve manevi zararların devretme karşılığı aldığı bedelle karşılanması da mümkün olamaz. Ayrıca gerek kamu, gerekse özel sektör açısından kişi verilerini devretmesinin karşılığı olarak alacağı bedelde çoğu kez pazarlık yapamayacaktır. Özellikle iş hukuku ve kamu hukuku bakımından kişinin verileri üzerindeki mülkiyet hakkından gönüllü olarak vazgeçmesi son derece olasıdır. Teşebbüsler açısından da kişisel verilerin metalaştırıldığı ve sosyal değerini kaybettiği bir ortamda adil bir bedel belirlenemeyecek ve zarar gören başta yoksul kesimler olmak üzere veri sahipleri olacaktır.

Veri değiş-tokuşuna dâhil olan kişilerle birlikte pazarın daha adil işleyeceğine yönelik iddialar ise, serbest sermaye piyasasında bu durumun gerçekleşebilmesi için yeni bir mülkiyet hakkı pazarının alt yapısının kurulmasını gerektireceğinden ve pazarın karmaşıklığına ilişkin sorunlar kolay çözülemeyeceğinden isabetsiz kalmaktadır. Öte yandan mülkiyet hakkının temelini oluşturan kıt kaynakların

bölüşürülmesi amacı da kişisel verilerle bağdaşmamaktadır çünkü kıt olan kişisel verilerin gizliliği ve korunmasıdır. Son olarak mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkının herkese karşı ileri sürülebilmesi ve kişiye doğrudan dava açma ya da zararının tazmini için talepte bulunma hakkı tanınması kişisel verilerin etkili şekilde korunmasını sağlayacak gibi gözükse de, mülkiyet hakkından daha fazla koruma sağlayacak kavramlar mevcutken, birçok olumsuz yönüne rağmen kişisel verilerin mülkiyet hakkına dayandırılması yerinde olmaz. Zira mülkiyet hakkı veri sahibine yalnızca bir ihlal gerçekleştiikten sonra koruma sağlamakta ve saldırı tehlikesinin önlenmesi, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti ve maddi ve manevi tazminatın yanı sıra hukuka aykırı saldırı nedeniyle elde edilen kazancın da talep edilebilmesi gibi daha kapsamlı ve etkili imkânlar sunmamaktadır.

Öte yandan kanımızca kişisel verilerin hukuki niteliği fikri mülkiyet hakkına da dayanmamaktadır. Zira fikri mülkiyet hakkı ve kişisel verilerin korunması ortak bir amaca sahip olmakla birlikte, birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Kişisel veriler bireyin kişiliğinde kendiliğinden var olan değerlerin tamamından oluşurken, fikri mülkiyetin konusu kişinin fikri, sınaî ve sanatsal alanlardaki çabası ve zihinsel üslubundan ibarettir. Dolayısıyla kişisel veriler fikri veya sınaî bir ürün olarak değerlendirilemez çünkü fikri bir eser ya da marka, patent veya tasarım gibi bir nitelik taşımamaktadır. Kaldı ki fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde kişinin sahip olduğu manevi haklardan ikisi kişisel verilerin özüne uygun düşse de, eserin aslına ulaşma ve sergileme gibi manevi haklar ile mali haklar kişisel veri kavramıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca fikri mülkiyet hakkı ile korunan değerler zorlayıcı değildir ama kişisel verilerin korunmasında güvenlik ve terörizmle savaş gibi zorlayıcı değerler de ön plandadır.

Sonuç olarak, kişisel verilerin hukuki niteliğine en uygun düşenin kişilik hakkı görüşü olduğu kanısındayız. Zira başta 95/46/EC sayılı Yönerge olmak üzere konuyla ilgili çeşitli uluslararası düzenlemelerin asıl amacı birbirine zıt nitelikteki iki temel değer olan, özel hayatın gizliliğiyle birlikte kişilik hakkı ve bilginin serbest dolaşımı arasında bir denge kurmaktır. Bu doğrultuda hedeflenen, kişisel verilerin korunması ve veri sahiplerinin kişilik hakkının korunması karşısında, söz konusu verilerin serbest dolaşımının sağlanmasıdır. Nitekim 95/46/EC sayılı Yönerge kural

olarak kişisel verilerin veri sahibinin rızası olmadan işlenemeyeceğini öngörmekte ve fakat yine de işlemenin hakkaniyet ve gizlilik gibi ilkeler çerçevesinde yapılmasına dikkat çekmektedir. Her ne kadar hükümleri emredici bir nitelik taşıyorsa da, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin mülkiyet hakkı veya fikri mülkiyet hakkı görüşlerini benimsediği iddia edilemez çünkü 95/46/EC sayılı Yönerge'nin temelini bir yandan kişisel veri sahipleri ile bu verileri işleyen kişilerin, diğer yandan da üye devletlerin menfaatleri arasında bir denge kurulması oluşturur. Mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı görüşleri ise, kişisel verilerin ticaret konusu yapılarak metalaştırılmasını teşvik etmektedir. Kaldı ki iki görüş de belirli açılardan veri sahiplerinin menfaatlerini korumakla birlikte, esas olarak menfaat dengesini veri işleyenlerin lehine bozmaktadır. Böylece kişisel verilerin sosyal değeri dikkate alınmamakta ve kişiliğe sıkı sıkıya bağlı bilgilerin korunması uluslararası ticaret ve serbest piyasa ekonomisinin işlemesi uğruna göz ardı edilmektedir.

Öte yandan özel hayata saygı gösterilmesi yoluyla korunan değer, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerle de yakından ilişkili olsa da, kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla özdeşleştirilmesi isabetli değildir. Zira özel hayatın gizliliğine dayanan bir kişilik hakkı görüşüne göre, kişilerin yalnızca sır alanına ya da özel yaşamına ilişkin verilerin koruma kapsamında yer alması söz konusu olur. Dolayısıyla özel yaşamın bir parçasını oluşturan kamusal alanda meydana gelen her türlü davranış, kişilik hakkı çerçevesinde korunmayacaktır. Ayrıca özel hayat kişilik hakkının sınırlı sayıda olmayan görünüm türlerinden bir tanesini oluşturduğundan, kişisel veriler için kişilik hakkının sağladığı genel koruma özel hayatın korunmasıyla sınırlı bir korumadan daha kapsamlı ve etkin olmaktadır.

Dolayısıyla kişisel verilerin korunması özel hayatın korunmasıyla ilişkilendirilmeyen bir kişilik hakkına dayanılarak mümkündür. Nitekim iki kavram birbirinden farklıdır ve kişilik hakkının kişisel verilere karşı yapılan saldırının öncesinde ve sonrasında veri sahibini koruyucu imkânlarının en kapsamlı şekilde kullanılması özel hayatla sınırlandırılmamasına bağlıdır. Böylece her alanda ortaya çıkabilecek bir aykırılık ister kişisel veriye, isterse gizli bir hassas veriye karşı olsun kişilik hakkından kaynaklanan her türlü korumaya tabi olacak ve veri sahibinin menfaatinin ihlal edilmesini önleyecektir. Ayrıca kişilik hakkı görüşünün kabulü ile

kişisel verilerin korunmasının temelindeki amaçlardan verilerin serbest dolaşımının sağlanması da, 95/46/EC sayılı Yönerge çerçevesinde üye devletlerin veri sahibi ile veri işleyenin menfaatlerini dikkate alarak yapacakları düzenlemelerle mümkündür. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması için gereken menfaat dengesinin en uygun biçimde gerçekleşmesi de, kişisel verilerin hukuki niteliğinin kişilik hakkına dayandığının kabul edilmesiyle söz konusu olmaktadır.

III- Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler

Bilim ve teknolojinin hızla gelişmesi nedeniyle bilginin modern iletişim araçları vasıtasıyla toplanıp depolanarak kişiler, kurumlar ve hatta ülkeler arasında paylaşılması giderek daha da kolaylaşmaktadır. Böylece kişisel verileri işleyen kişiler ile veri sahipleri arasındaki menfaat dengesi bozulmakta ve veri sahipleri maddi ve manevi açıdan zarar görmektedir. Gerek çağdaş toplumlarda insan haklarına verilen önemin artması, gerekse veri sahiplerinin menfaatlerinin korunması gerekliliğinin baş göstermesi kişisel verilerin korunması meselesinin birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeye konu edilmesiyle sonuçlanmıştır.

A- Uluslararası Düzenlemeler

1- Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü İlkeleri

Kişisel verilerin korunmasını uluslararası bir konu olarak ilk kez Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ele almıştır. 1961 yılında kurulan OECD'nin temel hedefleri arasında ekonomik büyümeyi desteklemek, iş alanlarını arttırmak, yaşam standartlarını yükseltmek, finansal dengeyi korumak, başka devletlerin ekonomik gelişimine yardımcı olmak, küresel ticaretin büyümesine katkı sağlamak ile demokrasiye ve pazar ekonomisine bağlı devletleri bir araya getirmek bulunur¹⁷. Bu bağlamda OECD 1980 yılında “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*”¹⁸ adlı bir metin yayınlayarak kişisel verilerin korunmasının ekonomik boyutunun önemini ortaya koymuştur. Buna göre veri toplamanın sınırlı olması (m.7), veri kalitesi (verilerin belirli bir nitelikte

¹⁷Küzeci, **A.g.e.**, s. 118. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oecd.org/dataoecd/39/40/42122130.pdf> (E.T. 26.05.2012).

¹⁸Belgenin tam metni için bkz. http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html (E.T. 26.05.2012).

olması, m.8), amacın belirliliği (m.9), sınırlı kullanım (m.10), veri güvenliği (m.11), açıklık (m.12), bireyin katılımı (m.13) ve hesap verilebilirlik (m.14) ilkeleri, kişisel verilerin korunmasına yönelik politikaların belirlenmesi ve hukuki düzenlemelerin yapılmasında ölçüt olarak kabul edilmiştir. Üye ülkeler açısından bağlayıcılığı olmayan söz konusu ilkelerin amacı, veri koruması ve bilginin serbest dolaşımı arasındaki dengenin sağlanması için veri korumasına ilişkin ulusal düzenlemelerin birbirleriyle uyumlaştırılmasıdır. Bu çerçevede OECD temel olarak üye devletlere kişisel verilerin korunması ve bireysel özgürlüklerle ilgili bu ilkeleri, iç hukuklarında yapacakları yasal düzenlemelerde dikkate almalarını, sınır aşan veri trafiğinin haksız yere engellenmemesini, mevcut engellerin kaldırılmasını ve bu ilkelerin yaşama geçirilmesinde işbirliği yapılmasını tavsiye etmektedir¹⁹. Dolayısıyla OECD Rehber İlkeleri verilerin korunmasına ilişkin asgari gereklilikleri ortaya koyarak konuyla ilgili pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemenin yapılmasını sağlamış ve bu düzenlemelerin içeriklerini önemli ölçüde etkilemiştir²⁰. Ne var ki, OECD Rehber İlkeleri yeterli ilgiyi görmediği için başka metinlerin hazırlanmasına gerek duyulmuştur.

2- Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları ve 108 Sayılı Sözleşme

Elektronik veri işleme alanındaki hızlı gelişmeler karşısında Avrupa Konseyi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek için belirli ilke ve kurallardan oluşan bir çerçeve oluşturmaya önceden başlamıştı. Bu kapsamda 1968 yılında Modern Bilimsel ve Teknolojik Gelişmeler ve İnsan Hakları Hakkında 509 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Bu kararda modern teknolojinin bazı yönleri itibarıyla kişinin hakları bakımından ciddi tehlikeler içerdiği kabul edilmekte, Yerel Kamu Kurumlarında Bilgisayarların Kullanılması Hakkında 557 Sayılı Tavsiye Kararı'nda ise vergilendirme ve kâr dağıtımını gibi belirli amaçlar için asgarî seviyede gerekli bilgilerin saklanmasıyla sınırlı olmak üzere veri bankalarına ihtiyaç bulunduğu belirtilmektedir²¹. Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin çabaları 1970'li yılların başında da devam etmiş ve (73) 22 sayılı "*Özel Sektördeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Özel Hayatlarının*

¹⁹Küzeci, A.g.e., s. 119.

²⁰95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere, Avustralya, Yeni Zelanda, Hong Kong ve Japonya gibi ülkelerde söz konusu etkiyi görmek mümkündür.

²¹Murat Uygun, Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 11.

Korunması Hakkında Tavsiye Kararı"²² ile çeşitli ilkeler öngörülmüştür. Buna karşılık söz konusu tavsiye kararı ve ekindeki ilkeler uygulanacak somut bir rehber sunmadığı ve veri sahibi, veri işleyen gibi kavramlar ile farklı kategorilerdeki verilerin saklanmasıyla yönelik özel sürelerin belirlenmesinin imkânsız olması gibi çeşitli sebeplerle eleştirilmiştir. Ayrıca tavsiye kararı o tarihlerde özel sektörde elektronik veri bankalarının yaygın olarak kullanılmadığını dikkate almadığından, oldukça sınırlı bir etki yaratmış ve bunun üzerine Avrupa Konseyi (74) 29 sayılı "*Kamu Sektöründeki Elektronik Veri Bankaları Karşısında Kişilerin Özel Hayatlarının Korunması Hakkında Tavsiye Kararı*"²³ ile uygulamayı kamu sektörünü de içerecek şekilde genişletmiştir. Konsey (74) 29 sayılı kararıyla, kamu sektörünün öngörülen zaman sınırlamalarını aşacak şekilde veri saklaması için meşru gerekçelerinin bulunabileceğini kabul etmiştir²⁴. Fakat bahsi geçen düzenlemelerin yetersiz kalması üzerine kişisel verilerin uluslararası alanda çok daha kapsamlı ve etkin bir şekilde korunmasının sağlanması için 1976 yılında bir uzmanlar komitesi görevlendirilmiş ve bu komite tarafından hazırlanan uluslararası çok taraflı sözleşme 1981 tarihinde üye ülkelerin imzasına açılmıştır.

Böylece Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin korumasına ilişkin ilk uluslararası nitelikteki düzenlemesi olan 108 sayılı "*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*"²⁵ ile AİHS'te bağımsız bir hak olarak yer almayan kişisel verilerin korunmasına yönelik eksiklik giderilmek istenmiştir. OECD Rehber İlkeleri'nin aksine taraf devletler için bağlayıcı nitelik taşıyan 108 sayılı Sözleşme'de kişisel verilerin otomatik sistemler vasıtasıyla işlenmesine karşı kişilerin haklarının korunarak veri korumasının güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Elle dosyalama sistemleri ile karşılaştırıldığında, otomatik dosyalama sistemlerinin çok daha yüksek seviyede depolama ve kısa sürede daha fazla çeşitte işlem yapma kabiliyetinin bulunması ve ilerleyen teknoloji ile bu cihazların daha da geliştirilebileceği ihtimali ve idarî amaçlarla artan bir şekilde

²²Belgenin tam metni için bkz. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&Instranet.Image=589402&SecMode=1&DocId=646994&Usage=2> (E.T. 26.05.2012).

²³Belgenin tam metni için bkz. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&Instranet.Ima%20ge=590512&SecMode=1&DocId=649498&Usage=2> (E.T. 26.05.2012).

²⁴Uygun, **A.g.e.**, s. 12.

²⁵Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/108.doc> (E.T. 26.05.2012).

bilgisayar kullanımı neticesinde böyle bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır²⁶. Bu doğrultuda 108 sayılı Sözleşme, taraf olan ülkelerdeki veri sahiplerine verilerinin otomatik sistemler kullanılarak işlenmesi karşısında koruma sağlaması öngörülen asgari kuralları içermektedir. Bağlayıcı niteliği gereğince de üye ülkeler söz konusu ilkeleri kendi ulusal mevzuatlarında düzenlemekle yükümlüdür. 108 sayılı Sözleşme’de belirlenen kuralların temelini Avrupa Konseyi’nin önceden kabul ettiği (73) 22 ve (74) 29 sayılı tavsiye kararları oluşturmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, 108 sayılı Sözleşme hükümleri yalnızca otomatik kişisel veri dosyalarına ve kişisel verilerin kamu ya da özel sektörde otomatik olarak işlenmeleri durumunda uygulanacaktır. Buna karşılık taraf ülkeler, 108 sayılı Sözleşme’nin otomatik olmayan kişisel veri dosyaları ve tüzel kişilere ait bilgiler kapsamında da uygulanacağını beyan edebilirler.

108 sayılı Sözleşme’nin 2. maddesinde kimliği belli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgi olarak tanımlanan kişisel verilerin, dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olarak işlenmesi, belirli ve hukuki amaçlar için saklanarak bu amaca aykırı kullanılmaması, saklanma amaçlarına göre yeterli, ilgili ve ölçülü olması, yanlışsız ve güncellenmiş olması ve saklanma amacı için gereken süreyi geçmeyecek ve veri sahibinin kimliğinin belirlenmesini sağlayacak şekilde tutulması öngörülmüştür. Ayrıca veri sahibi makul aralıklarla ve gecikme olmaksızın otomatik bir veri dosyasında kendisine ilişkin kişisel veri tutulup tutulmadığından ve tutuluyorsa da bu tutulan verilerden anlaşılır bir biçimde haberdar edilecektir²⁷. 108 sayılı Sözleşme ile belirlenen bu ilkeler, veri koruma hukukunun temel ilkeleri olarak kabul görmüş ve AB’deki veri koruma düzenlemelerinin esasını teşkil eden 95/46/EC sayılı Yönerge’de de benzer şekilde yer almıştır²⁸. 108 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesinde ise kişisel veriler bir ayrıma tabi tutularak bazıları özel nitelikte (hassas) veri olarak düzenlenmiştir. Buna göre kişinin etnik kökenine, politik görüşüne, dinine ya da benzer inançlarına, sağlığına, cinsel hayatına veya ceza mahkûmiyetlerine ilişkin veriler hassas veri niteliğinde kabul edilmiş ve söz konusu verilerin otomatik sistemler yoluyla işlenmesine ulusal mevzuatlarda gereken koruma tedbirlerinin alınması şartıyla izin verilmiştir. Özel nitelikteki verilere

²⁶Uygun, **A.g.e.**, s. 13.

²⁷Cavidan Soykan, Bireysel Gizlilik ve Kişisel Verilere Erişim Hakkı, <http://inet-tr.org.tr/inetconf11/bildiri/38.doc>, s. 4 (E.T. 26.05.2012).

²⁸Uygun, **A.g.e.**, s. 15.

sağlanan bu koruma oldukça belirsiz gözükse de, 108 sayılı Sözleşme ile taraf ülkeler bu nitelikteki verilerin otomatik olarak işlenmesi halinde daha fazla tedbir almaya teşvik edilmektedir.

Bağlayıcı niteliğine karşın 108 sayılı Sözleşme, uygulamada taraf devletlerin farklı ölçüt ve koruma esasları öngören yasal düzenlemeler yapmaları nedeniyle taraf ülkelerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasını sağlayamamış ve bu farklı kriterler AB üyesi devletler arasında veri akışının sağlanmasını baltalamıştır²⁹. Bu yüzden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 108 sayılı Sözleşme’de öngörülen kişisel verilerin korunmasına yönelik tedbirlerin çeşitli alanlarda hayata geçirilmesi amacıyla toplam 13 adet tavsiye kararını yürürlüğe koymuştur. Bunlardan en önemlileri; 18 Eylül 2002 tarihli ve (2002) 9 sayılı Sigortacılık Amacıyla Toplanan ve İşlenen Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı, 23 Nisan 1999 tarihli ve (1999) 5 sayılı İnternette Özel Hayatın Korunması Hakkında Tavsiye Kararı, 13 Nisan 1997 tarihli ve (1997) 5 sayılı Sağlık Verilerinin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı, 7 Nisan 1995 tarihli ve (1995) 4 sayılı Telekomünikasyon ve Özellikle Telefon Hizmetleri Alanında Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı, 9 Eylül 1991 tarihli ve (1991) 10 sayılı Kamu Kurumlarınca Tutulan Kişisel Verilerin Üçüncü Kişilere Aktarılması Hakkında Tavsiye Kararı, 17 Eylül 1987 tarihli ve (1987) 15 sayılı Kolluk Teşkilatında Kişisel Verilerin Kullanılmasının Düzenlenmesi Hakkında Tavsiye Kararı, 23 Ocak 1986 tarihli ve (1986) 1 sayılı Sosyal Güvenlik Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı ve 18 Ocak 1989 tarihli ve (1989) 2 sayılı İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararıdır. Böylece her şeye rağmen Avrupa Konseyi kişisel verilerin korunması hususunda ulusal mevzuatlara katkı sağlayacak uygun ölçütleri belirleyen bir alt yapı oluşturmuş ve AB tarafından düzenlenecek yönergelere zemin hazırlamıştır. Türkiye ise 108 sayılı Sözleşme’yi ve 2001 yılında imzaya açılan ek protokolü imzalamasına karşın, henüz her iki metni de onaylamamıştır.

3- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyi bünyesinde kişisel verilerin korunmasına yönelik ele alınması gereken diğer bir belge ise, imzaya açıldığı 1950 yılından beri insan hakları

²⁹Aksoy, **A.g.e.**, s. 8.

bakımından en önemli kaynaklardan birini oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Kişisel verilerin korunması AİHS'te bağımsız bir hak olarak öngörülmemekle birlikte, 8. maddesinde yer alan “(1) Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) 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 gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” şeklindeki düzenlemeyle özel yaşamın gizliliği hakkı açıkça öngörülmekte ve özel yaşamın yanı sıra aile yaşamı, ev ve haberleşme alanları da koruma kapsamında yer almaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, AİHM özellikle 1980'li yılların ortalarından itibaren giderek artan bir şekilde kişisel verilerin korunmasını da AİHS'in kapsamına sokmaktadır. Zira AİHM bireysel özerkliği ve bilgilerin geleceğini belirleme hakkını 8. maddede yer alan güvencelerin yorumlanmasında önemli bir temel ilke olarak belirlemekte ve bireylerin kişisel verilerinin kullanımı ve kaydı bakımından denetim hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir³⁰. Fakat AİHM'in kişisel verilerin korunmasını AİHS kapsamında değerlendirmesi son derece önemli olsa da, söz konusu yorumun belirli açılardan sınırlı kaldığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim AİHS ile sağlanan koruma esas itibariyle taraf devletlerin organları tarafından işlenen verilere ilişkin olduğundan, gerçek kişilerce veya özel sektörde işlenen verilerin koruma kapsamında olup olmadığı belirsizdir³¹. Ayrıca AİHS'in kabul edildiği 1950 yılında kişisel verilerin korunması hakkındaki tartışmalar henüz gelişmediği için kişisel verilerin koruma alanı sadece günün koşullarına göre AİHM'in özel yaşamın korunması çerçevesindeki yorumlarıyla sınırlı kalmaktadır. Zira Mahkeme bu konuda önüne gelen her başvuruda kaçınılmaz olarak ilk önce somut olayın özel yaşam, aile yaşamı, konut ya da haberleşme kavramlarından

³⁰Bkz. Pretty Birleşik Krallık'a karşı, 29.07.2002 tarihli ve 2346/02 sayılı karar, par. 61.

³¹Ancak AİHM'in de çeşitli kararlarında belirttiği gibi, AİHS'in 8. maddesinde yer alan düzenlemenin taraf devletlere kişilerin özel hayatlarına müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra, özel hayatın gizliliğini sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü de getirdiği şeklinde bir yorum yapılması mümkündür. Bu doğrultuda taraf devlet söz konusu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlayacak önlemleri almak zorundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Leander İsveç'e karşı, 26.03.1987 tarihli ve 9248/81 sayılı karar ve Gaskin Birleşik Krallık'a karşı, 07.07.1989 tarihli ve 10454/83 sayılı karar. Kaldı ki X ve Y Hollanda'ya karşı davasında Mahkeme, devletin yükümlülüklerinin bireyler arasındaki ilişkiler bakımından da özel yaşama saygıyı koruyacak tedbirleri içerdiğine hükmetmiştir. Bkz. X ve Y Hollanda'ya karşı, 26.03.1985 tarihli ve 8978/80 sayılı karar, par. 23.

birinin kapsamına girip girmediğini değerlendirdiğinden, bu kavramlar dışında yorumlanan konular 8. maddede öngörülen korumadan yararlanamamaktadır.

Önem arz eden diğer bir husus ise, özel yaşam kavramının tanımlanmasındaki zorluktur. Nitekim kamusal alan ile özel alan arasındaki sınırın belirlenmesi için her somut olayın kendi özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme çeşitli kararlarında özel yaşamı, kişinin başkaları ile ilişki kurduğu alanları da kapsayacak şekilde yorumlamaktadır³². Böylece kişinin ev telefonunun yanı sıra iş telefonunun dinlenmesi veya işyerinde görüntüsünün kaydedilmesi de 8. madde kapsamına girecektir. Kaldı ki AİHM de sonradan verdiği pek çok kararlar kişisel verilerin AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde korunmasına hükmetmiştir. Zira Mahkeme'ye göre bireylere ait kişisel bilgilerin resmi makamlar tarafından toplanıp arşivlenmesi³³, toplanan verilerin toplanma amacı dışında kullanılması³⁴, emniyet güçleri tarafından parmak izi ve fotoğrafların alınması³⁵, sağlık verilerinin gizliliği³⁶, telefon görüşmeleri kayıtlarını izleme³⁷, kişisel verilere erişim hakkı³⁸ ve kişisel verilerin gerektiğinden uzun süre tutulması³⁹ gibi konular 8. maddenin kapsamına girmektedir. Ancak kişisel verilerin AİHS m.8/1 kapsamında korunabilmesi için 8/2 hükmünde yer alan koşullara uygun olarak meşruluk kazanmamış olması gerektiği dikkate alınmalıdır.

Görüldüğü üzere AİHS kişisel verilerin korunmasına yönelik ilkeleri büyük ölçüde güvence altına almaktadır. Ne var ki AİHM önüne gelen olaylarda uygulanacak genel ilkeler belirleyememiştir. Bu durum dağınık ve çeşitli saptamaların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Yine de Mahkeme konuyla ilgili ilk kararlarıyla kıyaslandığında, kişisel verilerin korunmasına yönelik ilkeleri 8. madde çerçevesinde değerlendirme hususunda daha istekli hareket etmekte ve AİHS'in dinamik ve yeni gelişmelere açık niteliğine önem vermektedir.

³²Bkz. X İzlanda'ya karşı, 18.05.1976 tarihli ve 6825/74 sayılı karar; Z Finlandiya'ya karşı, 25.02.1997 tarihli ve 22009/93 sayılı karar.

³³Bkz. Amann İsviçre'ye karşı, 16.02.2000 tarihli ve 27798/95 sayılı karar.

³⁴Bkz. Leander İsviçre'ye karşı, 26.03.1987 tarihli ve 9248/81 sayılı karar.

³⁵Bkz. Murray Birleşik Krallık'a karşı, 28.10.1994 tarihli ve 14310/88 sayılı karar.

³⁶Bkz. M.S. İsveç'e karşı, 27.08.1997 tarihli ve 20837/92 sayılı karar; Z. Finlandiya'ya karşı, 25.02.1997 tarihli ve 22009/93 sayılı karar.

³⁷Bkz. P.G. ve J.H. Birleşik Krallık'a karşı, 25.09.2001 tarihli ve 44787/98 sayılı karar.

³⁸Bkz. Gaskin Birleşik Krallık'a karşı, 07.07.1989 tarihli ve 10454/83 sayılı karar.

³⁹Bkz. S. ve Marper Birleşik Krallık'a karşı, 04.12.2008 tarihli ve 30562/04 sayılı karar.

4- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İlkeleri

24 Ekim 1945 tarihinde kurulan ve günümüzde 192 üyesi bulunan Birleşmiş Milletler'in en önemli amaçlarından birini herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesinin geliştirilmesi ve desteklenmesi oluşturmaktadır. Bu doğrultuda 1948 yılında kabul edilen BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, insan haklarının korunması açısından uluslararası bir standart belirlenmesine yönelik atılan en önemli adımlardan biridir. Kısa zamanda yaygın bir kabul gören söz konusu belgenin 12. maddesinde özel yaşamın gizliliği hakkı düzenlenmiş ve bu hak oldukça benzer bir ifade ile BM Bireysel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesinde de öngörülmüştür. Ancak daha önemlisi, kişisel verilerin korunması hakkının BM Bireysel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında görüldüğünün BM İnsan Hakları Komitesi tarafından açıkça kabul edilmesidir⁴⁰. Böylece kişisel verilerin korunmasına ilişkin pek çok temel ilke BM İnsan Hakları Komitesi 16. Genel Yorumu'nda açıkça ortaya konmuştur.

Öte yandan BM tarafından kabul edilen söz konusu genel nitelikli düzenlemelerin yanı sıra, doğrudan kişisel verilerin korunmasına yönelik birtakım girişimler de mevcuttur. Bunlardan en önemlisini, BM Genel Kurulu'nun 1990 yılında kabul ettiği "*Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*"⁴¹ adını taşıyan belge oluşturur. Bahsi geçen ilkelerin amacı üye ülkeleri kişisel verileri korumaya yönelik yasal düzenlemeler yapmaya teşvik etmek ve uluslararası kuruluşları kişisel verileri bu rehber ilkeler doğrultusunda işlemeye yönlendirmektir. Kişisel veri dosyalarının bilgisayar aracılığıyla işlenmesine ilişkin ulusal hukuk sistemlerinde tanınması gereken güvenceler için öngörülen rehber ilkeler; yasal ve dürüst yollarla toplama ve işleme, verilerin doğruluğu, amacın belirli ve haklı olması, veri sahibinin erişim hakkı, ayrımcılıktan kaçınma, ilk dört ilkeye belirli durumlarda istisna getirme yetkisi, veri güvenliği, denetim ve yaptırım ile sınır ötesi veri akışıdır. Bu ilkelerin ilk olarak kamu ve özel sektördeki bilgisayarlarda bulunan gerçek kişilere ilişkin bütün veri dosyalarına uygulanması gerekmektedir

⁴⁰Küzeci, **A.g.e.**, s. 122.

⁴¹Rehber ilkelerin tam metni için bkz. http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNGA,THEM_GUIDE,,3ddcafaac,0.html (E.T. 26.05.2012).

birlikte, isteğe bağılı olarak elle işlenen dosyalara ve tüzel kişilere ilişkin verilere uygulanmaları da söz konusu olabilir⁴².

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ilkelerin uygulanmasını denetleyecek yetkili ve bağımsız bir veri koruma organının kurulmasını öngören ilk uluslararası belge olarak diğere uluslararası düzenlemelerden daha ileri hükümler içerse de, söz konusu ilkeler 108 sayılı Sözleşme ve OECD Rehber İlkeleri'ne nazaran çok daha sınırlı bir etki yaratmıştır. Fakat gerek BM'nin kişisel verilerin korunmasına yönelik yapılan geniş kapsamlı toplantılara destek vermesi, gerekse 2005 yılında Montrö'de gerçekleştirilen 27. Uluslararası Veri Koruma ve Özel Yaşamın Gizliliği Temsilcileri Konferansı'nda açıklanan Montrö Bildirgesi'nde veri koruma hukukuna ilişkin hakların ayrıntılı olarak düzenlendiği bağlayıcı bir uluslararası belge hazırlaması için BM'ye çağrı yapılması, ileride BM'nin kişisel verilerin korunması konusunda daha etkin çalışmalar yapacağını göstermektedir.

5- Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği Örgütü

Kişisel verilerin korunması bakımından son zamanlarda bölgesel düzeydeki en önemli girişim Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği Örgütü (APEC) tarafından gerçekleştirilmiştir. Zira Asya-Pasifik ülkelerinde kişisel verilerin genel yasalar ile korunmasına yönelik meydana gelen ciddi eğilimin ortaya çıkardığı farklılıkları makul bir düzeye indirip kişisel verilerin korunması konusundaki asgari ölçütleri belirlemek amacıyla 2004 yılında "*APEC Özel Yaşamın Gizliliği Çerçeve Belgesi*"⁴³ kabul edilmiştir. Söz konusu belge ile APEC üyesi ülkeler kişisel verilerin korunması hususunda AB'nin belirlediği ölçütlerden bağımsız bir yaklaşım oluşturmuşlardır. Ancak APEC Belgesi üzerinde OECD Rehber İlkeleri'nin etkisi açıkça görülmektedir. APEC Belgesi ile güdülen temel amaç kişisel verilerin yeterli düzeyde korunmasını sağlayacak ilkeler geliştirmek ve bölgedeki ekonomik kalkınmayı sağlamak üzere üye ülkeler arasındaki sınır ötesi veri akışını serbestleştirmektir⁴⁴. Buna rağmen APEC Belgesi'ndeki ilkeler bağlayıcı değil, üye devletler için sadece yol gösterici niteliktedir.

⁴²Küzeci, A.g.e., s. 124.

⁴³Belgenin tam metni için bkz. http://publications.apec.org/publication-detail.php?pub_id=390 (E.T. 26.05.2012).

⁴⁴Küzeci, A.g.e., s. 148.

Amacıyla da ilişkili olarak APEC Belgesi, kişisel verilerin korunmasına hâkim olacak temel ilkeleri ve sınır ötesi veri akışının kurallarını düzenleyen iki ana bölümden oluşmaktadır. Bu kapsamda öngörülen veri koruma ilkeleri; zararın önlenmesi, bildirim, kişisel veri toplamanın sınırlandırılması, kişisel verinin kullanımı, seçim, kişisel verinin tamlığı, güvenlik önlemleri, erişim ve düzeltme ile hesap verilebilirliktir. Ne var ki, APEC Belgesi’nde yer alan güvenlik önlemleri ve veri tamlığı ilkeleri dışındaki tüm ilkeler özellikle 95/46/EC sayılı Yönerge ile karşılaştırıldığında son derece zayıf ve yetersizdir. Ayrıca kamusal ulaşılabilir verilere yönelik koruma da oldukça sınırlıdır ve kişisel verilerin saklanmasına ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Böylece APEC Belgesi ideal bir standart oluşturamadığı gibi, ilkelerinin asgari düzeyde kabul edilmesi AB’nin yeterli koruma ölçütünü de karşılayamamaktadır. Fakat uluslararası bir model oluşturamasa da, kişisel verilerin korunması konusunda farklı gerekçelerle isteksiz davranan ABD ve Çin gibi bazı APEC üyesi ülkelerin bu girişimden etkilenmesinin önünü açması mümkündür.

6- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

7 Aralık 2000 tarihinde imzalanan “AB Temel Haklar Şartı”⁴⁵ ile ilk kez Avrupa vatandaşlarının bireysel, siyasal ve ekonomik haklarının tamamı tek bir metinde bir araya getirilmiştir. Resmi bir beyan niteliğindeki bu belge, bazı değişikliklerle 2004 yılında AB Anayasasının ikinci bölümüne temel haklar kataloğu olarak dâhil edilmiştir⁴⁶. Lizbon Antlaşması’nın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesi sonucunda da yol gösterici niteliği sona ermiş ve bağlayıcılık kazanmıştır. Şart’ta haklar saygınlık, özgürlükler, eşitlik, dayanışma, yurttaş hakları ve adalet olmak üzere altı bölümde ele alınmaktadır. Şart’ın en önemli özelliklerinden biri ise, her geçen gün önemi biraz daha artan kişisel verilerin korunması hakkının ayrı bir hüküm olarak açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim Şart’ın 8. maddesine göre; “(1) Herkes kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. (2) Bu veriler, dürüst bir şekilde belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanılarak işlenir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir. (3) Bu kurallara

⁴⁵Belgenin tam metni için bkz. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (E.T. 26.05.2012).

⁴⁶Küzeci, A.g.e., s.159.

uyulması bağımsız bir makam tarafından denetlenir". Söz konusu hükmün temelini 95/46/EC sayılı Yönerge, AİHS m.8 ve 108 sayılı Sözleşme oluştursa da, Şart'ı Yönerge'den ayıran en önemli özelliği sadece iç pazar düşüncesine dayanmaması ve böylece Yönerge'nin ötesinde bir koruma sağlamasıdır.

AB Temel Haklar Şartı'nda kişisel verilerin korunması hakkının özel yaşamın gizliliği hakkından ayrı olarak öngörülmesi, ulusal hukuk sistemlerinde yapılacak yeni düzenlemelere de örnek oluşturacaktır. Zira kişisel verilerin korunması hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkının çekirdeği içerisinde değerlendirilemeyecek bazı konuları koruma kapsamına almaktadır⁴⁷. Böylece kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak olarak kabul edildiğinin önemli bir göstergesi olan Şart ile AİHM'in özel yaşamın gizliliği hakkına dayanarak verdiği kararlarında tam anlamıyla cevaplayamadığı bazı hukuki sorunlar çözülmekte ve 95/46/EC sayılı Yönerge'nin temel haklar boyutu vurgulanmaktadır.

7- 95/46/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi

Kişisel verilerin korunmasına yönelik en önemli düzenlemelerden biri "*Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin 24 Ekim 1995 Tarihli ve 95/46/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi*"dir⁴⁸. Nitekim söz konusu belge 25 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe girerek AB üyesi ülkelerin sınırlarını aşan büyük bir etki meydana getirmiştir. Yönerge'nin çıkarılmasına duyulan gereksinim, farklı ulusal yasaların tek bir iç pazar oluşumunu engelleme tehlikesinin önüne geçme düşüncesinde kaynağını bulur⁴⁹. Zira ulusal hukuk sistemlerine yönelik yapılan çalışmalar sonucunda 108 sayılı Sözleşme ve OECD Rehber İlkeleri doğrultusunda düzenlenen kişisel verilerin korunması hususunun ciddi farklılıklar içerdiğinin ortaya çıkması⁵⁰, AB üyesi ülkelerin yasal mevzuatlarının uyumlaştırılmasını zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla AB Komisyonu'nun Yönerge'yi hazırlarken dikkate aldığı temel etken, üye devletler arasındaki kişisel verilerin korunmasına yönelik çeşitliliğe son verilmesidir. Bu doğrultuda

⁴⁷A.g.e., s. 162.

⁴⁸Yönerge'nin tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (E.T. 26.05.2012).

⁴⁹Küzeci, A.g.e., s. 164. Avrupa Adalet Divanı'nın aynı yöndeki görüşü için bkz. Lindqvist, 06.11.2003 tarihli ve C-101/01 sayılı karar.

⁵⁰Örneğin; Birleşik Krallık kişisel verilerin korunmasını asgari düzeyde sağlayarak uluslararası ticarete önem verirken, Fransa, Almanya ve İskandinav ülkeleri konuyu insan hakları kapsamında değerlendirmektedir. Avusturya, Hollanda, İspanya, Yunanistan ve Lüksemburg'da ise Yönerge kabul edilene kadar kişisel verilerin korunmasına dair herhangi bir düzenleme dahi yapılmamıştır.

Yönerge'nin 1. maddesi gereğince hem bireylerin temel hakkı niteliğindeki kişisel verilerinin korunması, hem de bu verilerin üye devletler arasında serbest dolaşımının sağlanması amaçlanmıştır.

Yönerge ile kişisel verilerin korunmasında esas alınan, her üye ülkenin eşit seviyede korumayı garanti altına almasıdır. Başka bir ifade ile Yönerge'nin iç hukuka aktarılmasında üye ülkelerden beklenen, veri koruması düzenlemelerinin yeterli bir veri koruması sağlamaları şartıyla aynı olmalarından ziyade eşit ağırlıkta olmalarıdır⁵¹. Tüm üye ülkeler de bu kapsamda iç hukuklarında gereken düzenlemeleri yapmak ya da mevcut veri koruma mevzuatlarını Yönerge hükümlerine uygun bir şekilde değiştirmek zorundadırlar. Ayrıca üye ülkeler, Yönerge'ye uygun olduğu ve kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili özel yaşamın gizliliği başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması ile verilerin serbest dolaşımı arasındaki denge korunduğu sürece Yönerge'yi daha geniş bir şekilde yorumlayıp uygulayabilmektedirler. Bunun yanında Yönerge ile oluşturulmak istenen koruma, verilerin işlenmesi şartlarının önceden belirlenmesi suretiyle önleyici nitelikteki bir korumadır⁵². Böylece kişisel verilere yönelik ileride gerçekleşebilecek ihlallere karşı önceden sistemli bir koruma sağlanmaktadır.

Yönerge'nin kapsamı bakımından ise 3. maddede ikili bir ayrıma yer verilmiştir. Öncelikle Yönerge gerçek kişilere ait kişisel verilerin kısmen ya da tamamen otomatik araçlar vasıtasıyla işlenmesi durumunda uygulanacaktır⁵³. Kişisel verilerin otomatik araçlarla yani otomasyon sistemleri kullanılarak işlenmesinin en tipik örneğini bilgisayarda işleme oluşturur. Öte yandan kişisel veriler otomatik araçlarla işlenmediği takdirde, bu verilerin bir dosyalama sisteminin bir bölümünü oluşturması veya bir bölümünü oluşturmak amacıyla işlenmesi halinde de Yönerge hükümlerine başvurulacaktır. Ancak bir merkezde veya coğrafi ya da işlevsel olarak ayrıştırılmış şekilde tutulan, yapısal bir bütün ifade eden ve belirli bir ölçüt doğrultusunda ulaşılabilen her türlü kişisel veri yığını anlamına gelen dosyalama

⁵¹Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2004, s. 31.

⁵²Uygun, **A.g.e.**, s. 35.

⁵³Buna rağmen, İtalya ve Lüksemburg gibi bazı ülkeler tüzel kişilere ilişkin verileri de kişisel veri tanımının kapsamına sokan düzenlemelere sahiptir. Nitekim *Atak*'a göre Yönerge m.2(a), üye devletlere tüzel kişilere ait verileri koruma yükümlülüğü getirmese de, bu yönde düzenleme yapılmasına izin vermektedir (Bkz. Songül Atak, "Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S. 59-60, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 2009, s. 205).

sisteminin, kişisel verilere ulaşmayı kolaylaştıracak şekilde yapılandırılması şarttır. Bilgisayarda tutulan verilerin, veri sahiplerinin soyadı ya da doğum tarihi sırasına göre sistematik bir şekilde gruplandırılması bu duruma örnek oluşturur. Burada önem arz eden husus dosyalama sisteminin yalnızca elle işlenen kişisel veriler açısından gerekli olmasıdır. Kişisel verilerin kısmen otomatik araçlarla işlenmesinin de Yönerge kapsamına alınmış olması, uygulamada otomasyonun adım adım ve çoğunlukla kısmen gerçekleşmesi sebebiyle oldukça önemlidir.

Buna karşılık Yönerge'nin uygulama alanı verileri işleyen kişiye ve işleme amacına göre bazı açılardan sınırlandırılmıştır. Öncelikle AB Antlaşması'nın "Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasına İlişkin Hükümler" ve "Adli Konularda Polis ve Adli İşbirliğine İlişkin Hükümler" adlı başlıkları altında düzenlenen ve topluluk hukukunun kapsamı dışında kalan faaliyetler, kamu güvenliği, savunma, devletin güvenliği ve devletin ceza hukuku alanına ilişkin faaliyetler Yönerge'nin kapsamında yer almamaktadır⁵⁴. Yönerge'de öngörülen diğer istisna ise, bir gerçek kişinin yalnızca kendisi veya ailevi faaliyetleri ile ilgili olarak veri işlemesi halinde Yönerge'nin uygulanmamasıdır. Kişinin adres veya telefon defteri, kişisel ajandası veya kişisel bilgisayarındaki adres ve telefon bilgileri gibi kişisel veya ailesiyle ilgili faaliyetlere ilişkin veri işlemlerinde Yönerge'nin 3. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen istisnanın uygulanmasının değerlendirilmesi çok zor olmayacaktır⁵⁵. Fakat işlemin kişisel veya ailevi faaliyet sınırını aşp aşmadığının kolaylıkla belirlenmesi her zaman mümkün değildir. Örneğin internet üzerindeki kişisel web sayfaları ya da Facebook, Twitter ve Myspace gibi sosyal ağlardaki etkinliklerin bu istisnaya dâhil olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

Bu kapsamda Yönerge'nin 29. maddesi uyarınca kurulan bağımsız danışma organı 29. Madde Veri Koruması Çalışma Grubu, sosyal ağ kullanıcılarının bir şirket veya kurum adına hareket edilen, ekonomik ya da siyasal hedefler taşıyan etkinliklerinin kişisel veya ailevi nitelik taşımadığını kabul etmektedir⁵⁶. Öte yandan

⁵⁴Buna rağmen Almanya gibi bazı üye ülkeler bu alanları da veri koruma hukukunun genel ilkelerine dâhil ederek bu konularda genel ilkelerin uygulanmasını iyi belirlenmiş şartlarla sınırlandırmıştır.

⁵⁵Uygun, **A.g.e.**, s. 38.

⁵⁶Bkz. 5/2009 Sayılı Çevrimiçi Sosyal Ağ İletişimi Hakkında Görüş, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf (E.T. 26.05.2012).

Avrupa Adalet Divanı *Österreichischer Rundfunk*⁵⁷ ve *Lindqvist*⁵⁸ kararlarında; Yönerge'nin uygulanmasının genel kural olması nedeniyle uygulama alanının bulunmadığı istisnai durumların dar yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Divan'ın bahsi geçen iki karardaki değerlendirmelerine göre her türlü veri aktarımı kural olarak Yönerge'nin kapsamına girmektedir. Ayrıca kişilerin adları ve telefon numaraları gibi bilgilerin bir internet sitesinde yayınlanması başka bir etkinliğe gerek kalmaksızın verilerin otomatik yolla işlenmesi anlamına gelmektedir. Kaldı ki veri işleme bir hayır işi nedeniyle gerçekleştirilse dahi, bireyin özel veya ailevi bir faaliyeti olarak kabul edilemez. Kişisel verilerin internet ortamında yayınlanmasıyla bilgiler belirsiz sayıda kişinin erişime açık hale gelmekte ve kişisel olmaktan çıkmaktadır. Öte yandan kişisel verilerin internet ortamında yayınlanması tek başına verilerin üçüncü ülkelere aktarımına yol açmamaktadır. Meğerki kişisel veriler bu sayfaları özel olarak aramayan kişilere de gönderilmiyor ve internet sunucusunun alt yapısı AB üyesi olmayan bir ülkede bulunmuyor olsun. Son olarak Divan kar amacı gütmeyen faaliyetlerin de Yönerge kapsamında yer alacağına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Divan'ın değerlendirmeleri ışığında Avrupa veri koruma rejimi son derece geniş bir kapsama ulaşmış ve hatta AB üyesi olmayan pek çok ülkenin yasal düzenlemelerini de etkilemiştir. Bu büyük etkide Yönerge'nin yeterli düzeyde koruma sağlayamayan ülkelere veri aktarımını yasaklayan hükmü de önemli rol oynamıştır. Bu ilkenin benimsenmesindeki temel amaç, veri denetçilerinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeleri uygulamamak için veri işleme operasyonlarını daha düşük korumayla yetinen ülkelere kaydırmalarını önlemektir. Ancak Yönerge'nin söz konusu hükmü başta ABD olmak üzere Avrupa dışındaki birçok ülkede tepki görmüş ve AB'nin kendi sistemini dünyaya dayatmak suretiyle tüketicileri serbest rekabet ortamından mahrum ettiği ileri sürülmüştür. Kaldı ki yeterli düzeyin belirlenmesi de kolay olmamaktadır. Buna karşılık AB uygulamada ortaya çıkan pek çok sıkıntı ve soruna rağmen kişisel verilerin korunmasına ilişkin yarattığı bu sistemi, uluslararası alanda etkili bir model olarak kabul ettirmeyi başarmıştır.

⁵⁷Bkz. Rechnungshof(C-465/00 sayılı) Österreichischer Rundfunk ve Diğerleri'ne Karşı ile Christa Neukomm(C-138/01 sayılı) ve Joseph Lauermann(C-139/01 sayılı) Österreichischer Rundfunk'a karşı 20.05.2003 tarihli birlikte görülen davalar.

⁵⁸Bkz. Lindqvist, 06.11.2003 tarihli ve C-101/01 sayılı karar.

Yönerge uyarınca bir veri aktarımında veya veri aktarımı grubunda koruma düzeyinin yeterliliği somut olaydaki koşulların tamamı değerlendirilerek saptanacaktır. Bu bağlamda verinin niteliği, işlemin amacı ve süresi, çıkış yeri ülkesi ve varacağı ülke, üçüncü ülkede geçerli genel ve sektörel hukuk kuralları, bu ülkede uyulan mesleki kurallar ve uygulanan güvenlik önlemleri özellikle dikkate alınacaktır⁵⁹. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan yeterlilik değerlendirmeleri olumlu veya olumsuz şekilde sonuçlanmaktadır. Bu bağlamda İsviçre, Kanada, Arjantin gibi bazı ülkelerin kişisel verilere yeterli düzeyde koruma getirdiği kabul edilmiştir⁶⁰. ABD ile ise yeterli düzeyde korumayla ilgili birçok tartışmanın ardından 2000 yılında *sui generis* bir anlaşma yapılmıştır. *Safe Harbor* (Bağışıklık Sözleşmesi) adlı bu anlaşma, ABD ile AB arasında kabul edilen veri koruma ilkelerini içermekte ve Amerikan Ticaret Bakanlığı yardımıyla yürütülecek bir program öngörmektedir. Bu kapsamda kabul edilen ilkeler uyarınca Amerikan ticari şirketlerinden anlaşmada belirtilen ilkelere bağlı olacaklarını belirterek yeterli düzeyde koruma sağlayanlar, AB tarafından sanki bu ilkeyi gerçekleştirmiş bir ülkede işlem yapıyormuş gibi değerlendirileceklerdir⁶¹. Şirketlerin gerekliliklere uygun hareket etmeleri Amerikan yönetimince sağlanacak ve böylece AB ile veri aktarımı gerçekleştirilecektir. Ne var ki sistemin iş çevreleri tarafından külfetli ve karmaşık olarak görülmesi nedeniyle Amerikan şirketlerinin *Safe Harbor*'a katılımı sınırlı kalmıştır. Dolayısıyla anlaşmanın ABD ile AB arasındaki veri akışını sağlayan işlevsel bir araç olarak değerlendirilebilmesi her zaman mümkün olamamaktadır.

8- İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu

BM ihtisas kuruluşu olarak 1919 yılında kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü, sosyal adaletin ve uluslararası insan ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışmakta ve evrensel ve sürekli barışın yalnızca sosyal adalet ile sağlanabileceğini savunan bir temel ilkeye dayanmaktadır. BM içinde yönetim kurullarına işçi, işveren ve hükümetlerin eşit olarak katıldığı, sosyal diyalogu geliştirmeyi amaçlayan kendine özgü üçlü bir yapıya sahip tek organdır.

⁵⁹Küzeci, **A.g.e.**, s. 173.

⁶⁰**A.g.e.**, s. 176.

⁶¹**A.g.e.**, s. 180.

UÇÖ sözleşmeler ve tavsiye kararları vasıtasıyla çalışma hayatına yönelik temel haklar, örgütlenme özgürlüğü, zorla çalıştırmanın engellenmesi, fırsat ve muamele eşitliği ile toplu pazarlık gibi çalışmaya ilişkin tüm konuları düzenleyen uluslararası çalışma standartları oluşturmaktadır. Ayrıca mesleki eğitim ve rehabilitasyon, istihdam politikası, iş hukuku, endüstriyel ilişkiler, çalışma şartları, yönetimin geliştirilmesi, sosyal güvenlik, çalışma istatistikleri ve iş sağlığı ve güvenliği konularında teknik yardım sağlamaktadır. Bağımsız iş ve işveren örgütlerinin kurulmasını destekleyerek bu örgütlere eğitim ve danışmanlık hizmeti de sunmaktadır.

Bu doğrultuda UÇÖ İşçilerin Özel Yaşamı Hakkında Uzmanlar Komitesi Toplantısı 1-7 Ekim 1996 tarihinde gerçekleşmiştir. Toplantıda “*İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu*”⁶² ve UÇÖ’nün bu konuyla ilgili gelecekteki faaliyetleri hakkında tavsiyeler kabul edilmiştir. Kodun amacı işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin yapılan yasal düzenlemelerin, toplu sözleşme hükümlerinin, iş koşullarının, politikaların ve pratik önlemlerin geliştirilmesi için rehberlik etmektir. Hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan kod, her türlü veri işleme faaliyetini kapsamaktadır. Kod bir yandan işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin temel ilkelere, verilerin toplanmasına, güvenliğine, saklanmasına ve kullanılmasına, bireysel ve kolektif haklar ile iş ve işçi bulma kurumlarına yönelik düzenlemeleri içerirken, diğer yandan bahsi geçen hususların açıklandığı ayrı bir bölüme de detaylıca yer vermiştir. Dolayısıyla tavsiye niteliği taşımasına rağmen, işçinin kişisel verilerine yönelik uluslararası alandaki önemli düzenlemelerden birini oluşturduğu açıktır.

B- Ulusal Düzenlemeler

1- Anayasa

Anayasa’nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlığı altındaki 20. maddesine 12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesi ile eklenen fıkra uyarınca “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu*

⁶²Belgenin tam metni için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf (E.T. 26.05.2012).

verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Bu kapsamda kanunda öngörülen bir hal veya kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ayrıca verileri işlenen kişinin sahip olduğu haklar da öngörülmüştür. Dolayısıyla söz konusu değişiklik sonucunda kişisel verilerin korunması Anayasa’da açıkça düzenlenmiş olmaktadır. Fakat kanımızca “*kanunda öngörülen haller*” ifadesi oldukça belirsiz ve geniş kapsamlı olmakla beraber, çıkarılan kanunlarla kişisel verilerin işlenebilmesini kolaylaştıracaktır. Kaldı ki, kişinin rızası da kişisel verilerin işlenmesi açısından en son başvurulması gereken hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeli ve rızanın yalnızca açık olması değil, baskı altında kalınmaksızın şüpheye yer vermeyecek şekilde olması da aranmalıdır. Öte yandan söz konusu düzenleme ile devlet kişisel verilerin korunmasına ilişkin herhangi bir yükümlülük üstlenmediğinden, kişisel verilerin gizliliği ve güvenliği anayasal güvence altına alınmamıştır. Esas olan kişisel verilerin korunmasının Anayasa’da temel bir insan hakkı olarak yer alması ve bu çerçevede gereken her türlü düzenlemenin yapılmasıdır.

2- Türk Borçlar Kanunu

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesi uyarınca; “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür*”. Dolayısıyla İş Kanunu’nun aksine yeni kanunda işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra TBK m.419’a göre “*İşveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır*”. Bu çerçevede işçinin kişisel verilerinin korunmasının, işverenin işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğünün bir parçası olduğu öngörülerek, işverenin yalnızca iki halde işçinin kişisel verilerini işleyebileceği açıkça belirtilmiştir. Ne var ki söz konusu haller uluslararası düzenlemelerin aksine oldukça belirsiz ve geniş

kapsamlı bir şekilde ifade edildiği için işçiye ait kişisel verilerin korunmasına yeteri kadar hizmet edemeyecektir. Kaldı ki “*özel kanun hükümleri saklıdır*” ifadesine rağmen, İş Kanunu’nda herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin herhangi bir kanun da henüz yürürlüğe girmemiştir. Dolayısıyla kanımızca iş ilişkisinde kişisel verilerin korunmasına yönelik genel nitelikteki bu hükmü uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak yorumlamak ve uygulamak isabetli olacaktır.

3- Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde kişisel verilerin korunmasına yönelik bazı cezai hükümler öngörülmüştür. Bu kapsamda TCK m.132’de haberleşmenin gizliliğinin ihlali düzenlenirken, TCK m.135-138 hükümlerinde de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi ve yok etme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hallerine ilişkin cezai sorumluluk öngörülmüştür. Bahsi geçen suçlar kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlendiği takdirde ise, TCK m.137’ye göre cezanın yarı oranında arttırılması söz konusu olacaktır. Kişisel verilere ilişkin düzenlenen bu suçlar açısından önem arz eden husus, şikâyete bağlı olmamalarıdır.

4- İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu m.75 gereğince; “(1) İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. (2) İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”. Dolayısıyla işverenin özlük dosyası tutma yükümlülüğü kapsamında işçiye ait kişisel verilerin dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak kullanılması ile işçinin haklı çıkarı varsa açıklanmaması öngörülmüştür. Aksi takdirde İş Kanunu m.104/1 uyarınca özlük dosyalarını düzenleme yükümlülüğünü ihlal eden işveren veya işveren vekiline karşı bin iki yüz

Türk Lirası idari para cezası verilmektedir. Söz konusu hüküm işçinin kişisel verilerinin korunması açısından önemli bir başlangıç noktası oluştursa da, uluslararası düzenlemeler göz önünde tutulduğunda içeriği ve yaptırımı oldukça yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla kanımızca Anayasa'da ve TBK'de yer alan ilgili düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi ve uygulamada uluslararası veri koruma kurallarının göz önünde tutulması gerekmektedir.

5- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı

Kişisel verilerin korunmasına yönelik kanun tasarısını hazırlamak üzere ilk komisyon 13 Eylül 1995 tarihinde kurulmuş, ancak çalışmalarını tamamlayamaması nedeniyle 18.09.2000 tarihinde yeniden oluşturulmuştur. Üç yıllık bir çalışma sonucunda 2003 yılında hazırlanan 1/576 Esas No.lu Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı 24 Nisan 2008 tarihinde Kanunlar Başkanlığı'na gelmiştir. 2 Mayıs 2008 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu'na giren Tasarı, 22 Mayıs 2008 tarihinde AB Uyum Komisyonu'ndan çıkmıştır. AB Uyum Komisyonu Tasarı hakkındaki raporunu vermesine ve 2010 yılındaki Anayasa değişikliği ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği açıkça öngörülmesine rağmen, Tasarı kanunlaştırılmamış ve hükümsüz hale gelmiştir. Dolayısıyla Tasarı'nın hiçbir geçerliliği yoktur ve fakat Anayasa m.20/3 gereğince yapılması gereken yeni kanuna yol gösterici olması açısından Tasarı'ya ilişkin görüşlere genel itibariyle yer vermek isabetli olacaktır.

Öncelikle Tasarı başta 95/46/EC sayılı Yönerge olmak üzere uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmıştı ve amaç, kapsam, tanımlar ve kişisel verilere ilişkin temel ilkeler bakımından Yönerge ile uyumlu maddeleri bulunmaktaydı. Ayrıca uygulama alanı sadece gerçek kişileri değil, tüzel kişileri de kapsayacak şekilde geniş tutulmuştu⁶³. Öte yandan kapsamında hem otomatik yolla, hem de elle işlenen veriler yer almaktaydı ve işlemenin kamu sektörü veya özel sektör tarafından yapılması arasında hiçbir ayırım öngörülmemişti.

Buna karşılık Tasarı eksiklikleri ve sorunlu yönleri nedeniyle sıkça eleştirilmekteydi. İlk olarak Tasarı'nın amacı temel hak ve özgürlüklerin korunması

⁶³Söz konusu düzenlemeyi olumlu değerlendiren görüşte Başalp, **A.g.e.**, s. 109; Dinç, **A.g.e.**, s. 91. Aksi görüşte Küzeci, **A.g.e.**, s. 364-365.

olarak belirtilmesine rağmen, kişisel verilerin korunması temel bir insan hakkı olarak düzenlenmediği gibi kişisel verilerin korunması hakkına da yer verilmemişti. Kişisel veri sahibinin hakları da veri toplayan ve işleyen haklarına ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun kuruluş ve işleyişine ilişkin düzenlemelere kıyasla oldukça arka plana itilmişti⁶⁴. Kaldı ki bazı maddelerde öngörülen “*gerekli olan süre*” ve “*yeterli önlemler*” gibi kavramlar net bir biçimde düzenlenmemişti. Özel niteliği olan veriler şeklinde öngörülen hassas veriler ise kesin işlem yasağına tabi tutulmamıştı ve yasağın istisnaları 95/46/EC sayılı Yönerge'ye aykırılık teşkil etmekteydi. Ayrıca hukuka uygunluk sebepleri de gerek rızanın açık olmasının yeterli bulunması ve verinin işlenememesi için veri sahibinin itirazının aranması, gerekse veri sahibi tarafından açıklanmış olan veya herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenebilmesi gibi hususlar nedeniyle 95/46/EC sayılı Yönerge ile bağdaşmamaktaydı. Öte yandan uluslararası düzenlemelerin aksine Tasarı m.13/3 uyarınca veri kütüğü sahibi erişimine olanak sağladığı bilgi veya belgeler için veri sahibinden erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar Kurul tarafından belirlenecek bir ücret talep edebilmekteydi. Ne var ki erişim hakkı kişilik hakkının bir uzantısı olduğundan, ücrete tabi tutulamaz⁶⁵. Ayrıca erişim hakkının gerektirdiği maliyet tutarı kadar belirlenecek ücretin, iddia edilenin aksine başvuru hakkının kötüye kullanımını engellemeyi amaçlayan caydırıcı bir nitelikten uzak olduğu açık olmakla birlikte, söz konusu hükümle kişinin kendisine ait verilere ulaşma hakkının ekonomik durumuna göre sınırlanması veya ortadan kalkması mümkün olacaktı.

Bunun yanı sıra Tasarı'da bağımsız olarak ifade edilmiş olmasına rağmen, Kurul ve Kurul Başkanı'nın Bakanlar Kurulu'nca seçileceği ve Kurul'un sekreteryaya hizmetlerinin Başbakanlık tarafından yerine getirileceği öngörülmekteydi. Ayrıca veri kütüğü sahiplerinin verilerin korunması için bağımsız denetim kuruluşu görevlendirebileceği ve bu kuruluşların kendilerini atayan veri kütüğü sahibinin Tasarı'yı uygulamasını denetleyeceği düzenlenmişti. Böylece kişisel verilerin korunmasına yönelik oluşturulacak denetim mekanizması bağımsızlıktan tamamen yoksun ve işlevsiz kalarak 95/46/EC sayılı Yönerge'yi açıkça ihlal edecekti. Kaldı ki, Tasarı'nın uygulanmasına ilişkin şikâyetler işlemin yapıldığı veya öğrenildiği

⁶⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylin Beyli, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler, http://www.ihop.org.tr/dosya/izleme/tbs_kisisel_veri_ceylin_beyli_gorus1.pdf, s. 4-5 (E.T. 26.05.2012).

⁶⁵Özlem Toğuz, Data Protection and Intellectual Property In The EU and Turkey, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 80.

tarihten itibaren altmış gün içinde yapılabilecekken, Kurul şikâyeti üç ay içinde inceleyecekti. Oysaki veri sahibinin şikâyeti üç ay boyunca sürüncemede kalmamalı ve mümkün olan en kısa sürede gereken hukuki yollara başvurması sağlanmalıdır.

Sonuç olarak Tasarı teoride uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmış olsa da, uygulamada hak ve özgürlükleri koruyucu olmaktan ziyade kısıtlayıcı bir düzenleme olmaktan öteye gidemeyecekti. Bu durum Tasarı'nın hükümsüz olmasının olumlu değerlendirilmesini sağlamakla birlikte, kanun koyucunun kişisel verilerin korunmasına yönelik bakış açısını yansıtmaması açısından son derece rahatsız edicidir. Kanımızca bundan sonra yapılması gereken; uzmanların eleştirileri ve uluslararası düzenlemelerin özü dikkate alınarak mümkün olan en kısa sürede kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeni bir kanun tasarısı hazırlanması ve veri sahiplerinin kişisel verilerinin uygulamada gerçek anlamda korunmasına hizmet edecek yeni düzenlemenin yasalaşmasıdır.

IV- Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Temel Kavramlar

A- Kişisel Verilerin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı 95/46/EC sayılı Yönerge'nin 2. maddesine göre; toplama, kaydetme, düzenleme, depolama, uyarlama, değiştirme, geri alma, üzerinde çalışma, kullanma, ileterek açığa vurma, yayma veya başka bir şekilde ulaşılabilir hale getirme, sıralama ya da birleştirme, engelleme, silme veya imha etme gibi kişisel veriler üzerinde otomatik olan ya da olmayan yollarla gerçekleştirilen her türlü işlem veya işlem grubu anlamına gelmektedir. Böylece kişisel verilerin toplanmasından başlayan ve kişisel verilerle ilişkili olabilecek sürecin tamamını içeren bütün işleme türleri koruma altına alınmaktadır. Zira veri koruma hukukunun amacı yalnızca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek değil, aynı zamanda bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır.

Bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesine dair birçok örnek verilebilir. Bir kişinin nüfus ve adres bilgilerinin kişinin kendisinden veya başka bir kaynaktan elde edilmesi, bir otomatik sisteme veya elle hazırlanan dosyaya kaydedilmesi, bu bilgilerin saklanması veya başkalarına aktarılması, kişinin sağlık durumuna ilişkin

bilgilerin sağlık dosyalarına kaydedilmesi, kişinin fotoğraf veya parmak izinin elde edilmesi ve saklanması, sesinin veya görüntüsünün kaydedilmesi veya bu kayıtların başkalarına aktarılması veya yayınlanması, güvenlik amacıyla bir işyerinin kamera kayıtları vasıtasıyla gözetilmesi, kişinin telefon numarasının, e-posta adresinin veya IP adresinin elde edilmesi, bunların başkalarına verilmesi veya doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması, kişinin kredibilitelerini gösteren banka hesaplarına ilişkin bilgilerin incelenmesi, üzerinde çalışılması, başka kurumlara aktarılması veya yeni hizmet sunumu için kullanılması gibi fiiller sayısız veri işleme faaliyetinden sadece birkaç örnek olarak sayılabilecektir⁶⁶. Kaldı ki Yönerge’de öngörülen tanım örnekleme yoluyla ifade edildiğinden, Yönerge’de yer almayan tüm veri işleme eylemleri de herhangi bir sınırlama olmaksızın kişisel verilerin işlenmesi kavramına dâhil olacaktır.

Bunun yanında kişisel verilerin anonim hale getirilmesi de veri koruma hukuku kapsamına giren diğer bir işlemi oluşturmaktadır. Yönerge’nin gerekçesinde belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek ya da kaynağı belirlenemeyecek şekilde anonim hale getirilmiş olan kişisel verilere, veri koruma ilkelerinin uygulanmayacağı öngörülmüş olsa da, Yönerge’nin 2. maddesinde yer alan kişisel veri ve kişisel verilerin işlenmesi tanımları, verilerin anonim hale getirilmesi işlemi de kapsamaktadır.

B- Kişisel Veri Dosyalama Sistemi

Yönerge’nin 2. maddesi gereğince kişisel veri dosyalama sistemi, gerek merkezi olan veya olmayan, gerekse işlevsel ya da coğrafi temele dayalı olarak geliştirilen belirli bir ölçüte göre erişimi mümkün olan, organize edilmiş her türlü kişisel veri grubu olarak tanımlanmaktadır. Dosyalama sisteminin organize edilmesiyle kastedilen; dosyalama sisteminin içeriğinin, kişisel verilere erişimi kolaylaştıracak şekilde ve kişilere ilişkin belirli ölçütlere göre düzenlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla Yönerge’nin uygulama alanına girmesi için kişisel verilerin yalnızca bir dosyada bulunması yeterli olmamakta ve fakat dosyanın içerisinde ad, soyad, kimlik numarası veya sicil no gibi belirli ölçütlere göre erişimi kolaylaştırılmış bir şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca otomatik

⁶⁶Uygun, **A.g.e.**, s. 48.

olmayan işlemlerde dosyalama sistemi kavramı Yönerge'nin uygulanabilirliğini belirleyen önemli bir unsurdur. Nitekim kişisel ajandada tutulan veya yukarıda belirtilen kriterlere göre yapılandırılmamış herhangi bir şekilde (kâğıt üzerinde, bloknotta vb.) kaydedilen ve saklanan veriler bakımından Yönerge uygulanmayacaktır⁶⁷.

C- Verileri Kontrol Eden

Yönerge'nin 2. maddesi çerçevesinde verileri kontrol eden veya veri kütüğü sahibi, kişisel verilerin işlenmesinin amaç ve yöntemlerini tek başına ya da başkalarıyla birlikte belirleyen gerçek veya tüzel kişiler, kamu otoriteleri, organları ya da diğer herhangi bir kurumdur. Öte yandan kişisel verilerin işlenmesinin amaç ve yöntemleri ulusal kanunlar veya AB düzenlemeleri ile belirlendiği takdirde, verileri kontrol edenlerin ya da bunların atanması için öngörülecek özel ölçütlerin ulusal mevzuatta veya AB düzenlemelerinde gösterilmesinin mümkün olduğu da belirtilmiştir.

D- Veri İşleyen ve İlgili Kişi/Veri Sahibi

Yönerge'nin 2. maddesine göre; kişisel verileri veri kütüğü sahibi adına işleyen gerçek veya tüzel kişiler, kamu otoriteleri ya da diğer herhangi bir kurum veri işleyen olarak belirtilmiştir. Bu doğrultuda kişisel verileri işleyenler, kişisel verilerin kaydedilmesi, saklanması, sıralanması ve birleştirilmesi gibi işlemin teknik yönlerini yürütmek üzere veri kütüğü sahibi tarafından görevlendirilen uzmanlaşmış kişiler veya kurumlar olacaktır. İlgili kişi ise kişisel verinin ilişkili olduğu ve hakkında kişisel veri işlenen gerçek kişidir.

E- Üçüncü Taraf

Yönerge m.2 uyarınca ilgili kişi veri kütüğü sahibi, veri işleyen ve veri işleyen doğrudan kontrolü altında veri işlemekle yetkilendirilenler dışındaki, gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, kurumu ya da herhangi bir başka kuruluşu ifade etmektedir.

⁶⁷A.g.e., s. 50.

F- Alıcı

Yönerge'nin 2. maddesinde öngörüldüğü üzere alıcı, üçüncü taraf olsun ya da olmasın, verilerin açıklandığı bir gerçek veya tüzel kişi ile kamu otoritesi, kurumu veya herhangi bir diğer kuruluştur. Fakat belirli bir soruşturma nedeniyle veri elde etmeye yetkili olan makamlar alıcı kavramının dışında kalmaktadır.

G- Hassas Veri

Yönerge'nin 8. maddesiyle 108 sayılı Sözleşme'de öngörülen hassas verilerin kapsamı biraz daha genişletilmiştir. Buna göre kişinin ırk veya etnik kökenine, siyasi görüşlerine, dini veya felsefi inançlarına, sendika üyeliklerine, sağlığına ve cinsel yaşamına yönelik bilgiler özel nitelikli veriler başlığı altında sınıflandırılarak bu tip veriler için kesin işlem yasağı ve diğer verilere kıyasla daha yüksek seviyede bir koruma öngörülmektedir. Hassas verilerin bu şekilde ayrı bir koruma rejimine tabi tutulmasının temel nedeni ise, söz konusu verilerin başkaları tarafından öğrenildiğinde, sahip olunan birtakım önyargılar nedeniyle ayrımcı müdahalelere yol açabilmesidir. Bunun yanında bir kişinin alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, cinsel tercihleri veya sağlığına ilişkin diğer bilgiler de hassas nitelikte verilerdir⁶⁸. Ayrıca, bu tip verilere dolaylı erişim imkânı sağlayan verilerin de hassas veri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Örneğin siyasi partilerin yayınlarına ilişkin abone listesi, siyasi görüşler hakkında dolaylı bir veri içerdiği için hassas veridir.

Üye ülkelerin büyük çoğunluğu kendi mevzuatlarını Yönerge'nin 8. maddesine uyumlu hale getirmişlerdir. Kaldı ki bazı ülkeler hassas veriler arasına yeni kategoriler de ekleyerek kapsamı daha geniş tutmuşlardır. Örneğin Finlandiya, sosyal ilişkilere ve sosyal yardımlaşma uygulamalarına ilişkin bilgileri hassas veri olarak kabul ederken, Portekiz, Hollanda ve Lüksemburg da genetik verileri sağlık verisi kapsamında öngörmektedir. Slovenya, Slovakya ve Çek Cumhuriyeti biyometrik bilgileri, İzlanda ise ten rengi ve cinsel davranışlara yönelik bilgileri hassas veri olarak kabul etmektedir⁶⁹. Buna karşılık Yönerge m.8/4 gereğince üye ülkeler, önemli kamu yararlarının korunması amacıyla yasal mevzuatlar ya da veri koruma

⁶⁸A.g.e., s. 59.

⁶⁹Çeşitli ülkelerdeki farklı düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cemil Kaya, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHFİM**, C. 69, S. 1-2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2011, s. 319-320.

otoritesinin kararı ile hassas verilere yönelik öngörülen korumaya başka istisnalar getirme yetkisine de sahiptir. Diğer bir deyişle üye devletler, önemli bir kamu yararı söz konusu olduğunda uygun önlemlerin alınması koşuluyla bazı hassas verilerin işlenmesine olanak sağlayabilmektedirler.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİNDE KİŞİSEL VERİLER VE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİ

I - İş İlişkisi Çerçevesinde Kişisel Verilerin Değerlendirilmesi

A- İşçinin İşverene Bağımlılığı

İşçinin işverene bağımlılığı, iş ilişkisinin temelini oluşturan unsurlardan biri olarak iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırıcı bir niteliğe sahiptir. Zira İş Kanunu m.8/1 gereğince “*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” ve TBK’nin 393. maddesinin ilk fıkrasında “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi*” üstlendiği açıkça belirtilmektedir. Gerçekten eğer çalışan çalıştırana bağımlı olarak faaliyet göstermiyorsa, bir iş akdinden de işçi kavramından da söz etmek mümkün değildir⁷⁰.

İş sözleşmesindeki bağımlılık, işçinin işverenin gözetimi ve denetimi altında onun talimatlarına uyarak işini yapması şeklinde tanımlanabilir. Ancak söz konusu bağımlılık unsuru ekonomik veya teknik değil, kişisel/hukuki bir niteliktedir⁷¹. Nitekim işçi üzerinde otorite kuran işveren, işin görüldüğü sürecin tamamında doğrudan işçinin kişiliğine yönelik bazı hak ve yetkilere sahiptir. Dolayısıyla eşitlik esasına dayanan borçlar hukuku sözleşmelerinin aksine iş sözleşmesinde işçi ile işveren arasında bir hukuki hiyerarşi mevcuttur. İşçi çoğunlukla ekonomik anlamda

⁷⁰Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2011, s. 213.

⁷¹Bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011, s. 305; Süzek, **A.g.e.**, s. 213; Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri**, Ankara, 1968, s. 51; Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 1987, s. 61; Ünal Narmanhoğlu, **İş Hukuku I: Ferdi İş İlişkileri**, C. 1, 3. Bası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s. 135; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997, s. 105; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2008, s. 78.

da işverene bağımlıdır ve fakat ekonomik bağımlılık işçi niteliğinin belirlenmesi için yeterli bir ölçüt değildir⁷².

Öte yandan bilim ve teknolojide meydana gelen gelişmeler, üretim ve pazarlama yöntemlerindeki değişimler, ekonomik krizler ve küreselleşme gibi kavramların etkisiyle istihdam modellerinde meydana gelen çeşitlilikler bağımlılık unsurunu ortadan kaldırmamakla birlikte, bağımlılığın daha esnek yorumlanmasına yol açabilmektedir. Bu kapsamda işin işverene ait bir yerde olmasa dahi işverence belirlenen bir yerde ifa edilmesi, işveren tarafından belirlenmiş iş sürelerine uygun olarak yapılması ve işveren yararına gerçekleştirilmesi gibi bazı ölçütlerin bağımlılığı ortadan kaldırmadığı ileri sürülmektedir⁷³.

İş ilişkisindeki kişisel verilerin korunması açısından önem arz eden husus, iki bağımlılık türünün de işçi bakımından tehlike yaratabilecek olmasıdır. İşçiyi korumayı amaç edinen iş hukukunun işçinin kişisel verilerine yönelik ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde de bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla işçinin söz konusu bağımlılığı kendisine ait kişisel verilerin işveren tarafından hukuka aykırı şekilde işlenmesini meşru kılamaz. İşverenin iş sözleşmesindeki güçlü ve üstün konumunu işçinin kişisel verilerini adil olmayan ve keyfi yöntemlerle işlemek için bir araç olarak kullanması mümkün değildir.

B- İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları

İş sözleşmesinin kuruluşunda işçinin ifa etmekle yükümlü olduğu işin tüm ayrıntılarıyla belirlenmesi mümkün olmadığından çoğunlukla işin ifa tarzına yönelik ana hususlar saptanır. Kaldı ki tüm ayrıntıların ve iş ilişkisi boyunca uygulamanın ortaya çıkarabileceği tüm ihtiyaçların sözleşme kurulurken öngörülebilmesi genellikle mümkün değildir. Dolayısıyla ana hususların dışında kalan kısımlar işverene bırakılmış olan yönetim hakkının kullanılmasıyla doldurulur. İşverenin vereceği talimatlarla, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş akdine aykırı olmamak üzere,

⁷²Bkz. Tankut Centel, **İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku**, C. 1, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 1994, s.58; Güzel, **A.g.e.**, s.104-105; E. Murat Engin, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, S. 25, İstanbul, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları, 1993, s. 62-63; Narmanlıoğlu, **A.g.e.**, s. 136.

⁷³Bkz. Çelik, **A.g.e.**, s. 79; Mehmet Tekergül, İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 84.

işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir⁷⁴. Zira TBK m.399'a göre "*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar*".

Dayanağını iş sözleşmesinden alan yönetim hakkı akdi bir temele dayanır ve sözleşmede açık bir yetki olarak işverene tanınmış olmasa da, sözleşmenin yapılmasıyla kanun ve sözleşmelerde boşluk bulunan konulara ilişkin işverence kullanılabilmesi işçi tarafından zımnen kabul edilmiş sayılır. Yönetim hakkı, öncelikle işin yürütümüne (işin nasıl görüleceğine) yönelik işveren talimatlarıyla somutlaşır⁷⁵. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerine, iş yerinde işin dağıtımına, yıllık ücretli izin kullanma zamanına veya iş yerinde kullanılacak araç, gereç ve tekniklere ilişkin talimatlar bu tür talimatlara örnek gösterilebilir. İşçinin bu talimatlara uyma borcu, iş görme borcunun kapsamına girdiği için onu tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla işçinin bu tür talimatlara uymaması iş görme borcunun ihlaline yol açar. Buna karşılık kanunda öngörüldüğü üzere, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin iş yerinde düzen ve güvenlik sağlanması amacıyla verilen talimatlar da yönetim hakkının içinde yer alır. İşyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kurallar, kaza ve yangın halinde yapılacak işler, giyinme odalarının, yemekhanenin, park yerlerinin, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımı hakkındaki talimatlar bu tür talimatlar arasındadır. İşçinin bu talimatlara uyma borcu ise, iş görme borcunun içeriğini belirleyerek onu somutlaştırmadığından, iş görme borcundan tamamen bağımsız bir niteliktedir. Dolayısıyla işçinin bu tür talimatlara uymaması itaat borcunun ihlali anlamına gelir.

İşverenin yönetim hakkının karşısında işçinin işverence verilmiş emir ve talimatlara uyma borcu yer aldığından, yönetim hakkının itaat borcu ile yakın ilişkisi bulunmaktadır⁷⁶. Hatta yönetim hakkı, verilen talimatlara işçinin uyup uymadığının

⁷⁴Süzek, **A.g.e.**, s. 72. Ayrıca bkz. Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981, s. 9; Münir Ekonomi, **İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku**, C. 1, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 32; Çelik, **A.g.e.**, s. 112.

⁷⁵K. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 82.

⁷⁶Oysaki aynı durum sadakat borcu için geçerli değildir. Nitekim sadakat borcunun içeriği ve kapsamı başka ölçütlere göre belirlendiği için işveren yalnızca sadakat borcuna giren bir konuda işçinin dikkatini çekip ondan borcu ifa etmesini isteyebilir. Bu yüzden işverenin, işçinin sadakat borcunu somutlaştıran talimatlar vermesi söz konusu olamaz.

denetlenmesi yetkisini de beraberinde getirmektedir⁷⁷. Bu kapsamda, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin verilen talimatlar ve yapılan denetim sonucunda işçinin kişisel verilerine işveren tarafından müdahale edilmesinin engellenmesi için yönetim hakkının sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Söz konusu sınırlar ise en başta iş hukuku kaynaklarına göre belirlenir. Yönetim hakkı iş hukuku kaynakları arasında en alt sırada yer aldığından, anayasa, emredici ve yedek kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi, iş akdi ve iç yönetmelik ve işyeri uygulaması gibi genel iş koşulları ile düzenlenmiş hususlarda uygulanamaz. Başka bir deyişle işveren bu hukuk kaynaklarına aykırı bir biçimde yönetim hakkını kullanamayacağı gibi, ancak bu kaynaklarda düzenleme getirilmediği hallerde talimat verme yetkisinden yararlanabilir⁷⁸. Öte yandan TMK m.2’de öngörülen dürüstlük kuralı her hak gibi yönetim hakkının da genel sınırını oluşturur. İşveren sahip olduğu yönetim hakkını keyfiliğe kaçmadan ve adil bir biçimde kullanılmalıdır⁷⁹. TBK’de de belirtildiği gibi işçiden dürüstlük kuralına aykırı talimatlara uyması beklenemez.

Ayrıca yönetim hakkı, işyerinde işin görülmesinin, işyerinin düzen ve güvenliğinin sağlanması amacıyla da sınırlıdır. Bu doğrultuda işverenin işçiye işyeri dışındaki davranışlarına veya özel yaşamına ilişkin verdiği talimatların hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır. İşverenin bu hususlarda işçiye yönelteceği her türlü talep, ancak sadakat ve özen borçlarına yönelik bir uyarı olarak kabul edilebilir. Kaldı ki işçinin kişilik hakları işverenin yönetim hakkının sınırlarından birini oluşturur ve işveren bu hakkını işçinin kişilik hakkı içinde yer alan kişisel verilerini hukuka aykırı olarak işlemek için kullanamaz. Dolayısıyla iş ilişkisinde işçinin kişilik hakkı ile işverenin hak ve çıkarlarının dengelenmesi önem arz etmektedir.

C- İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü

Eşit davranma yükümlülüğü işverenin, aynı koşullara sahip olan işçilere işe alırken⁸⁰, iş ilişkisinin devamı süresince ve iş akdinin feshinde haklı bir nedene

⁷⁷Çisem Kuşku, İşverenin İşçinin İnternet ve E-Posta Kullanımına Müdahalesi ve İşçinin Kişilik Hakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 18.

⁷⁸Süzek, **A.g.e.**, s. 75.

⁷⁹Z. Gönül Balkır, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, **Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu**, Sakarya, Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 2005, s. 198.

⁸⁰Öğretide işe alım sırasında işverenin eşit davranma yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, TCK m. 122/1(a) gereğince kişiyi işe alırken yapılan her türlü ayrımcılığın açıkça suç olduğu öngörüldüğünden aksi görüşün savunulması olanaksızdır. Kaldı ki taraf olduğumuz, İş ve

dayanmaksızın doğrudan veya dolaylı olarak farklı davranamayacağını ifade eder. Söz konusu yükümlülük temelini Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinden ve TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralından almakta ve İş Kanunu (m. 5, 12 ve 13), Sendikalar Kanunu (m.31) ve Özürlüler Hakkında Kanun (m.14)'da açıkça düzenlenmektedir. İş Kanunu m.5/1'e göre "*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*". Dolayısıyla işveren sadece hükümde sayılan hallerle sınırlı olmaksızın ayırım yasağına uygun hareket etmek zorundadır. Belirtmek gerekir ki, hukukun genel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesinin iş ilişkisinde de uygulanması için Anayasa ve kanunlarda öngörülmesine de gerek yoktur. Hâkim hüküm verirken ve işveren borçlarını ifa ederken hukukun tüm çağdaş ülkelerce kabul edilen temel ilkelerini dikkate almak zorundadır.

Eşit davranma yükümlülüğünün de birtakım özellikleri ve sınırları bulunmaktadır. İlk olarak eşit davranma ile kast edilen her şeyi eşit duruma ve aynı düzeye getirmeyi amaçlayan bir mutlak eşitlik değildir. İşbu yükümlülük aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer konumdaki işçiler arasında ayırım yapılmasını engellemek için öngörülmüştür. Bu nedenle işveren gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir⁸¹. Önemli olan işverenin farklı işlem yaparken haklı, akla uygun, nesnel ve gerçekle bağdaşan bir amaçla hareket etmesi ve ayırım yaptığı hususun bu niteliklere sahip amaçla orantılı olmasıdır. Zira eşit davranma ilkesi eşit olana eşit davranılmasını öngörürken, farklı olana da farklılığı ölçüsünde farklı davranmayı caiz görür⁸². Aksi takdirde kusur

Meslek Bakımından Ayırım Hakkındaki 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin 1. maddesi; işe alımda da ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal ve sosyal köken bakımından ayırım yapılmasını açıkça yasaklamaktadır. Söz konusu yasak, BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi; AB'nin İş Hayatında Eşit İşlem İlkesi Hakkında Genel Çerçeve Oluşturan 2000/78/EC sayılı Yönergesi m.3/1(a), 9; Irk ve Etnik Köken Dikkate Alınmaksızın Bireylere Eşit İşlem Hakkındaki 2000/43/EC sayılı Yönergesi m.3/1(a), 7; İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Konusunda Kadın ve Erkelere Eşit İşlem Hakkındaki 76/207/EEC sayılı Yönergesi m.1, 3/1(a) hükümlerinde de yer almaktadır. Eşit davranma gibi temel hak ve özgürlüklerle son derece yakın ilişkili bir yükümlülüğün yalnızca cinsiyet, hamilelik ve engellilik nedeniyle işe alım sırasında kabul edilmesinin Anayasa'nın 10. maddesine de uygun düşmeyeceği kabul edilmektedir (bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 11, İstanbul, 2006, s. 67-68).

⁸¹Süzek, **A.g.e.**, s. 401. Aynı yönde bkz. Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 47.

⁸²A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 121.

olmasa dahi keyfi bir ayırım söz konusu olur ve eşit davranma yükümlülüğünde keyfi ayırma yer yoktur.

İşverenin keyfi ayırım yapıp yapmadığı her somut olayın özelliğine göre belirlenecek olsa da, hukuk düzeninin açıkça öngördüğü bazı ayırım yasakları söz konusudur. Bunlardan mutlak ayırım yasakları Anayasa'da, kanunlarda ve Türkiye'nin onayladığı uluslararası belge ve sözleşmelerde açıkça belirtilmiş yasaklardır. Örneğin dil, ırk, etnik köken, cinsiyet, siyasi düşünce, cinsel tercih, din ve mezhep, felsefi inanç ve düşünceler, yurttaşlık ve sendikal faaliyet mutlak ayırım yasaklarındandır. Öte yandan önceden belirlenmesi mümkün olmayan ve haklı bir ayırım nedeni oluşturup oluşturmadıkları somut olayın özelliğine göre değerlendirilse de, çoğu zaman hukuka uygun görülen yasaklar ise mutlak olmayan (görelî) ayırım yasaklarıdır. Aynı işyerinde çalışıp farklı işler yapan işçiler arasındaki çalışma koşulları nedeniyle yapılan ayrımlar, öğrenim derecesi, mesleki bilgi ve görgü, kıdem, ücret durumu, medeni hal ve beceriklilik bu tür yasaklara örnek gösterilebilir. Son olarak eşit davranma yükümlülüğü işçinin yararına hizmet ederek aynı işyerinde çalışan işçilerden birinin ya da birkaçının çoğunluk karşısında daha kötü bir durumda olmasını engeller. Her şeyden önce ekonomik gücü elinde bulunduran kişinin (işverenin) bu gücünü kötüye, zayıfı sömürmek amacıyla kullanmasını önlediği, diğer bir anlatımla sosyal adaletin gerçekleşmesine yardımcı olduğu için işçi işverene karşı korunmuş olur⁸³. Ayrıca aynı işyerinde çalışan işçiler arasında kurduğu adil çalışma koşulları ile iş barışını sağlar.

Eşit davranma yükümlülüğünün işçinin kişisel verilerinin korunması bakımından önemi, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin davranışlarıyla ilgili vereceği talimatlarda ve yapacağı denetimlerde söz konusudur. İşveren yönetim hakkını kullanırken de eşit davranma yükümlülüğü altındadır ve haklı bir nedeni olmadan işyerinde aynı durumdaki işçilerden bazılarının telefonlarının dinlenmesi veya çekmecelerinin aranması gibi uygulamalar eşit davranma yükümlülüğünü ihlal edecektir. Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin işlenmesini gerektiren neden işyerindeki işçilerin tamamına yönelik değilse, eşit davranma yükümlülüğü yalnızca bahsi geçen nedenle ilişkili işçiler için geçerlidir. Diğer işçiler açısından kişisel verilerin işlenmesi hiçbir şekilde mümkün olmayacaktır.

⁸³A.g.e., s. 139.

D- İşverenin Koruma ve Gözetme Yükümlülüğü

İşçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturan⁸⁴ koruma ve gözetme yükümlülüğü, işverenin iş ilişkisi içinde işçiye yardımcı olması, onun menfaatlerini ihlal edecek davranışlardan kaçınması ve uğrayabileceği tüm zararlara karşı gereken her türlü önlemi alması anlamına gelmektedir. Koruma ve gözetme borcu ile korunan hukuki değerler, özellikle işçinin canı ve hayatı, ruhi ve fiziki vücut bütünlüğü, malları üzerindeki mülkiyet hakkı, şahsi, cinsi ve mesleki şerefi, işletmedeki yeri ve itibarı, özel hayatı, düşüncelerini açıklama hürriyeti ile sendikalara üye olabilme serbestisidir⁸⁵. Ancak gözetme borcunun kapsamı esas itibariyle her somut olayın özelliğine uygun olarak TMK m.2'ye göre belirlenmelidir.

Bu doğrultuda işverenin koruma ve gözetme borcuna dayanarak işçinin çalışma gücünü ve emeğini sınırsız olarak kullanması mümkün değildir. Bu yüzden işçiye haftada bir gün boş zaman ve yıllık ücretli izin vermeli, yasal tüm haklarını kullandırmalıdır. Ayrıca gözetme borcu işverenin, işçinin kişilik haklarını ihlal edecek emir ve talimatları vermekten kaçınmasını da gerektirir. Zira işveren bu borç kapsamında işçinin kişiliğine saygı göstermek zorundadır. İşçinin kişiliğine açık bir saldırı mahiyetinde olmasa da onu işyerinde dışlamaya, diğer çalışanlarla insani ilişkisini koparmaya yönelik her türlü işveren davranışı ve işlemi de kişilik haklarına saygısızlık olarak değerlendirilmek zorundadır⁸⁶. İş Kanunu'nda işçinin kişilik haklarının korunmasına dair bir hüküm bulunmamakla birlikte, TBK m.417/1 uyarınca işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunun yanı sıra işyerindeki düzeni dürüstlük kuralı çerçevesinde gerçekleştirme borcu da açıkça öngörülmektedir. Aksi takdirde işverenin işçinin kişilik haklarına aykırı davranması sonucunda ortaya çıkacak zararlar sözleşmesel sorumluluk kapsamında tazmin edilecektir.

Öte yandan işverenin gözetme borcu, iş sözleşmesi kurulurken asli edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülüklerini (*culpa in contrahendo*), sözleşme sona erdiğinde ise işçiye destek sağlama yükümlülüklerini içerir. Dolayısıyla işe alım sırasında adayın kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi asli

⁸⁴Aksi görüşte Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 87, 90; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 146.

⁸⁵Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan**, C. 7, S. 2, Ankara, 2003, s. 138.

⁸⁶Mollamahmutoğlu/Astarlı, **A.g.e.**, s. 627.

edimden bağımsız davranış yükümlülüğünü ihlal eder ve işçinin tazminat talebine konu olabilir. Gözetme borcunun iş ilişkisinde işçinin kişisel verilerine etkisi, işverenin işçinin kişisel verilerini koruma borcuna işe alım sürecinden itibaren kaynaklık etmesidir.

E- İş İlişkisinde Kişisel Veri İşlemenin Hukuka Uygunluk Nedenleri

1- Yasal Yükümlülük Bulunması

İşverenin yürürlükteki yasalar gereğince uymak zorunda olduğu yükümlülükler söz konusu olduğunda, işçinin kişisel verilerini işlemesi de hukuka uygun hale gelmektedir. Nitekim bizzat hukuk düzeni tarafından meşru görülen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini hukuka aykırı kabul etmek mümkün değildir. Bu anlamda işçinin kişisel verilerinin vergi hukuku veya sosyal güvenlik hukuku hükümleri çerçevesinde işlenmesi gibi, İş Kanunu m.75'te düzenlenen işçinin özlük dosyasının tutulması yükümlülüğü de işçinin kişisel verilerinin ihlaline yol açmaz. Fakat bahsi geçen yükümlülükle bağlantılı olarak işveren işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı menfaati bulunan bilgileri açıklamamak zorundadır⁸⁷. Aksi takdirde işveren yasal yükümlülüğüne aykırı davranarak işçinin kişisel verilerini işlemesini hukuka uygun hale getiren nedeni ortadan kaldırmış ve işçinin kişisel verilerini ihlal etmiş olur.

2- Üstün Özel Yarar

İşçinin kişisel verileri hayatının her alanı gibi iş ilişkisi bakımından da söz konusudur ama işverenin hak ve menfaatleriyle dengelenmek zorundadır. Özellikle işçilerin çalışan ya da yardımcı sıfatıyla yaptıkları nedeniyle işverenin sorumluluğunun doğması veya zarar görmesi hallerinde söz konusu dengenin önemi daha çok ortaya çıkar. Böylece somut olayın özellikleri çerçevesinde iki tarafın menfaat dengesi gözetildiğinde işverenin meşru bir hukuki yararı varsa, üstün özel

⁸⁷Bu kapsamda HMK m.221/2 uyarınca işverenin elindeki belgeyi mahkemeye ibraz edememesinin sebebi ve tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen HMK m.249'daki kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler, İş Kanunu m.75 kapsamında değerlendirilecektir.

yarar kapsamında işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı bir şekilde işlemiş olmayacaktır⁸⁸.

Ancak kişisel verilerin korunması açısından özellikle dikkate alınması gereken nokta, üstün özel yararın kapsamına işverenin salt ekonomik (işini verimli şekilde yürütme) yararının girip giremeyeceğinin belirlenmesidir. Nitekim işçinin kişiliğinin bir parçası olan kişisel verilerin işlenmesine yönelik uygulamaların meşrulaştırılabilmesi için işveren tarafından işyerinde verimliliğin artırılması, maliyetlerin düşürülmesi ve hırsızlığın önlenmesi gibi birçok neden ileri sürülebilmekte ve sadece bu nedenlere dayanarak kişisel veri işleme yoluna başvurulmaktadır. Bu doğrultuda iş hukukunun işçinin korunması gibi temel ilkeleri göz önünde tutulduğunda işverenin salt ekonomik yararını gerekçe göstererek işçinin kişisel verilerini işleyemeyeceği kabul edilse de, ekonomik yararın açık, dikkate değer ve kamu yararıyla bağlantılı olduğu hallerde salt ekonomik yararın da üstün özel yarar olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁸⁹. Kanımızca işverenin salt ekonomik yararının, kendisinin veya üçüncü kişilerin kişiliğiyle ilişkili olmadıkça işçinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik menfaatinin üstünde tutulması kabul edilemez. İşverenin ekonomik yararının üstün özel yarar kapsamında değerlendirilebilmesi için dürüstlük kuralı ve sadakat borcu çerçevesinde işçiden kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesinin somut olayın özelliklerine uygun olarak beklenip beklenemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir⁹⁰.

3- İşçinin Rızası

95/46/EC sayılı Yönerge m.2/h gereğince; rıza beyanı kişinin kendisine ait verilerin işlenmesini kabul ettiği gösteren, hiçbir baskı altında kalmaksızın yaptığı belirli bir duruma özgü ve bilgilendirilmiş her türlü irade açıklamasını ifade

⁸⁸Buna karşılık işveren kendini kamu otoritesi yerine koyma eğilimiyle üstün kamu yararına dayanarak işçinin kişisel verilerini işleyebilmektedir. İşyerindeki güvenliği tehdit edecek hiçbir tehlike veya ekonomik yarar bulunmamasına rağmen işçilerin eşyalarının aranması ya da yalnızca toplumun uyuşturucu ve alkolden arındırılması gibi bir amaçla yapılan testler bu duruma örnek gösterilebilir. Devlet eliyle yapılacak test, arama ve denetleme gibi uygulamalar dahi ciddi sınırlamalara tabi iken, işverenin kamu otoritesi gibi hareket etmesi işyerindeki düzene uyan işçilerin kişisel verilerine hukuka aykırı müdahale edilmesine yol açacaktır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkent, Yönetim Hakkı, s. 109-110; John D. R. Craig, **Privacy and Employment Law**, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999, s. 151, 165, 188, 261).

⁸⁹Bkz. Craig, **A.g.e.**, s. 164, 261; Americo Pla Rodriguez, "The Protection of Workers' Privacy: The Situation in the Americas", **International Labour Review**, Vol. 134, No. 3, Geneva, 1995, s. 300.

⁹⁰Aynı görüşte Sevimli, **A.g.e.**, s. 104.

etmektedir. Fakat Yönerge'nin 7/a maddesine göre işçiye ait kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi, işçinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde rıza göstermesine bağlıdır. Kuşkuya yer bırakmayan rıza ile kastedilen, veri sahibinin istemini, rıza gösterip göstermediğine ilişkin hiçbir şüphesi olmadan kesin bir şekilde belirtmesidir. Böylece Yönerge ile sadece açık değil, örtülü beyanın geçerliliği de kabul edilmektedir. Nitekim beyanda bulunma arzusu hal ve şartlara göre değerlendirildiğinde kanaat verici bir davranışı ortaya çıkarıyorsa, örtülü rıza beyanı da kuşkuya yer bırakmayan bir rıza beyanı oluşturur⁹¹. Bu durumda kanımızca Yönerge'nin azami ölçüde koruma sağlama amacını aşan zorlama yorumlardan kaçınmak gerekmektedir ve öncesinde uygulama hakkında yeterli bilgi verilip işçinin itiraz hakkı olduğu bildirildiği takdirde, işçinin sessiz kalması somut olaya göre rıza olarak kabul edilebilir⁹². Zira işçinin rızasını geri alması her zaman mümkündür ve aksi takdirde Yönerge'de hassas veriler için özel olarak öngörülen açık rıza koşulunun bir anlamı kalmayacaktır. Kaldı ki rızaya dair kuşkular varsa, beyanın geçerli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

İşçinin işveren uygulamalarına ister iş sözleşmesindeki bir hükümlerle, ister işveren uygulaması karşısında suskun kalarak rıza göstermesi halinde olsun, rızanın geri alınabilir olduğunun kabulü gerekir⁹³. Nitekim rızanın geri alınamayacağına kabulü TMK m.23'e aykırılık teşkil eder. İşçi kişisel verilerinin işlenmesine yönelik uygulamalara baştan rıza göstermez veya sonradan rızasını geri alırsa, işverenin o uygulamayı sonlandırması gerekir. Aksi takdirde işçinin rızasını geri alması ile işverenin müdahalesi hukuka uygunluğunu kaybedecektir. Bu durumun işveren açısından bir fesih nedeni yaratıp yaratmadığı ise kişisel verileri işlemeye yönelik uygulamanın dayandığı nedene bağlı olarak rızanın işçinin sadakat borcu kapsamında beklenilebilirliği göz önünde tutularak belirlenecektir. Öte yandan rızanın geri alınması hakkının kötüye kullanılmaması esastır çünkü kötüye kullanıldığında işverenin uygulamaya son vermesi söz konusu olmayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte, arama ya da beden sıvısı alınmasını gerektiren testler gibi uygulamalar söz

⁹¹ Aynı görüşte Başalp, **A.g.e.**, s. 40; Küzeci, **A.g.e.**, s. 221.

⁹² Aksi görüş için bkz. Başalp, **A.g.e.**, s. 40; Küzeci, **A.g.e.**, s. 222; Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2008, s. 45; Uygun, **A.g.e.**, s. 56.

⁹³ Sevimli, **A.g.e.**, s. 99.

konusu olduğunda rıza kötü niyetle geri alınsa bile, işverenin zor kullanma yetkisinin bulunmadığı akılda tutulmalıdır⁹⁴.

Buna karşılık iş sözleşmesinde işçi hemen her zaman işverence tek taraflı olarak belirlenen iş koşullarını müzakere etme olanağına sahip olmadığından, rızanın geri alınabilirliği işçiye yalnızca belli bir ölçüde koruma sağlamaktadır. Özellikle iş güvencesi korumasının dışında kalan işçiler için rıza göstermeme ya da rızanın geri alınması, çoğunlukla işlerini kaybetmelerine yol açmaktadır. İşi kaybetme korkusuyla verilen rızanın ise işçinin özgür iradesinden kaynaklanmadığı açıktır. Dolayısıyla 95/46/EC sayılı Yönerge çerçevesinde işçinin rızasının geçerliliği belirlenirken, işçinin rıza göstermemesi veya rızasını geri alması halinde hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağına tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁵. Kanımızca da işçinin kuşkuya yer bırakmayacak rızası ancak işverenin baskısı altında kalmadan özgür olarak verildiğinde söz konusu olabilir. Fakat özgür iradenin kolaylıkla belirlenemeyeceği durumlar göz önünde tutularak, işçinin kişisel verilerinin işlenmesi için rızadan önce diğer hukuka uygunluk nedenlerinin araştırılması ve rızaya diğer hukuka uygunluk nedenlerinden hiçbiri bulunmadığında başvurulması daha uygun olacaktır.

4- Sözleşmeden Doğan Edimlerin Yerine Getirilmesi

İşverenin iş sözleşmesinden doğan bazı edimlerini yerine getirmek için işçiye ait kişisel verileri işleme şarttır. Örneğin işveren ücret ödeyebilmek için işçinin vergi kimlik numarası ve sigorta numarası gibi birtakım kişisel verilerini işlemek zorundadır. Aksi takdirde sözleşmeden kaynaklanan borçlarını ifa edemeyeceğinden işverenin, işçinin kişisel verilerini işleme hukuka aykırılık taşımaz. Fakat iş ilişkisi bakımından sözleşme hükümleri hemen her zaman işverence tek taraflı olarak belirlendiği için kanımızca işverenin işçinin kişisel verilerini işlerken sözleşmeden doğan edimin amacına uygun hareket etmesi gerekmektedir. Ayrıca işverenin sözleşmede yalnızca işçinin kişisel verilerini işleyebilmek amacına hizmet eden

⁹⁴A.g.e, s. 116.

⁹⁵Bkz. Craig, A.g.e., s. 258; Cordelia Thomas, "Drug Testing in the Workplace", **New Zealand Journal of Industrial Relations**, C. 22, S. 2, 1997, s. 165; ILO, **Workers' Privacy Part II: Monitoring and Surveillance in the Workplace, Conditions of Work Digest**, Vol. 12, No. 1, Geneva, International Labour Office, 1993, s. 45; Ruth Nielsen, **European Labour Law**, Copenhagen, Djoeff Publishing, 2000, s. 410.

edimler belirlemesi halinde, söz konusu hukuka uygunluk nedenine sığınamayacağını kabul etmek yerinde olacaktır.

5- Hassas Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk

İşçinin açık rızası hassas verilerin işlenmesine imkân tanıyan hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Fakat bazı AB ülkelerindeki veri koruma kanunları hassas verilerin işlenmesinin işçinin rızasıyla bile mümkün olamayacağı durumları düzenlemektedir. 95/46/EC sayılı Yönerge m.8/2(a)'ya göre bu durumda ulusal hukukta öngörülen hüküm uygulanacak ve açık rıza hassas verinin işlenmesine yönelik bir hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacaktır.

Yönerge m.8/2(b) uyarınca; işverenin İş Hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için veri işlemenin gerekli ve işverenin bu konuda yetkili kılınmış olması ve hassas verilerin işlenmesi açısından ulusal hukukun gereken korumayı sağlaması halinde de hukuka aykırılık sona ermektedir. Zira işverenin sigorta veya sendika üyeliği gibi hassas verileri işlemeden sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememesi söz konusu olduğunda, işçiye ait hassas veriyi işlemek hukuka aykırılık teşkil etmez. Aksi takdirde işveren sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Hassas verilerin işlenmesi yasağına getirilen diğer istisna ise, kişi hukuki veya fiziki nedenlerle rıza gösteremeyecek durumda olduğu takdirde, bu kişinin ya da bir başkasının hayati çıkarlarının korunması için hassas verilerin işlenmesinin gerekli olmasıdır. Öte yandan siyasi, felsefi veya dini amaçlarla kurulan dernek, vakıf gibi kuruluşlar ile sendikaların hassas verileri işlemesi bazı şartlar altında mümkün olabilmektedir. Söz konusu şartlar, bu veri işlemlerinin bahsi geçen kuruluşların yasal faaliyetleri çerçevesinde uygun tedbirlerle birlikte gerçekleştirilmesi, sadece kendi üyeleri veya kurumla devamlı ilişki içinde olan kişilerle ilgili olması ve bu verilerin veri sahibinin onayı olmadan üçüncü kişilere açıklanmamasıdır. Bu hüküm özellikle verilen rızaya bağlı olarak oluşturulan kamuya açık rehberler ya da belirli meslek gruplarına mensup kişilere dair verilerin toplandığı kayıtlarda uygulama alanı bulacaktır⁹⁶.

⁹⁶Başalp, A.g.e., s. 45.

Ayrıca söz konusu verinin işlenmesinin bir hukuki talebin doğması, kullanılması veya savunulması için gerekli olması durumunda da kesin işlem yasağı söz konusu olmayacaktır. Örneğin haksız ve/veya geçersiz nedenle fesih ya da cinsel taciz iddiasına dayanan işçi taleplerinde, işçiye ilişkin kişisel verilerin avukatlara ve mahkemelere verilmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak bu istisna işçilerden birinin bir gün işverenden bir talepte bulunacağı varsayımıyla tüm işçilerin duyarlı verilerinin işlenmesini hukuka uygun hale getirmeyecektir⁹⁷. Öte yandan yalnızca söz konusu iddiaya özgü ve onun araştırılması amacıyla sınırlı olarak bu tür hassas verilerin toplanması mümkündür.

Son olarak hassas veri niteliğinde olan işçinin sağlık durumlarına ilişkin veriler sadece koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ve meslek sırrını açıklamama veya benzer yükümlülüğü olan kişilerce işlenebilir. İşçinin sağlığıyla ilgili veriler, ancak işçinin işe uygun olup olmadığına karar vermek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmek ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun olup olmadığını anlamak için gerekli ise toplanabilir ve bunların diğer verilerden ayrı şekilde saklanması gerekir⁹⁸. Öte yandan 95/46/EC sayılı Yönerge m.20 kapsamında işçilerin hak ve özgürlükleri için risk oluşturma olasılığı yüksek veriler işlenmeden önce denetim makamının kontrolüne tabi tutulmuştur. Kaldı ki, TCK m.135/2 uyarınca hassas verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi de hapis cezasını gerektiren bir suçtur.

F- Kişisel Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu İçin Gereken Diğer Koşullar

1- Kişisel Verinin ve Veri İşleme Yönteminin Temel İlkeleri

Yönerge'nin 6. maddesinde kişisel verinin niteliğine ilişkin temel ilkeler düzenlenmektedir. Buna göre ilk olarak kişisel veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde işlenmelidir. Söz konusu ilke diğer bazı ilkeleri hem kapsayıp hem de onların kaynağını oluşturduğundan, kişisel verilerin korunması açısından birincil ilke olarak da değerlendirilebilir. Hukuka uygun olma, kişisel verilerin işlendiği sürecin tamamında her türlü hukuki düzenlemeyle öngörülen

⁹⁷Sevimli, A.g.e., s. 129.

⁹⁸A.g.e., s. 151.

kurallara uygun hareket edilmesi anlamına gelmektedir. Dürüstlük kurallarına uygun olma ise genel olarak, işverenin veri işlemedeki hedeflerine ulaşmaya çalışırken, işçinin menfaat ve beklentilerini göz önünde tutması şeklinde ifade edilebilir. Bu bağlamda dürüstlük kuralı, veri işleminin işçi için şeffaf olması ile denge ve orantılılık zorunluluğunu da içermektedir. Yasal bir temele dayanmadan ya da yasadaki belirtilen ilkelere aykırı bir şekilde kişisel verilerin gizli kayıt altında tutulması ve işlenmesi dürüstlük ilkesine aykırılık oluşturur⁹⁹.

Ayrıca kişisel veriler toplandığı andan itibaren devam eden bütün süreç boyunca belirli, açık ve meşru amaçlar doğrultusunda işlenmelidir. Verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, her şeyden önce bu konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerde belirsiz ifadelerden kaçınılmasını gerektirir¹⁰⁰. Ayrıca verilerin sadece depolanmak üzere “bir gün gerekli olursa” şeklinde olası bir kullanım sebebiyle tutulması da bu ilkeye aykırılık yaratır. Nitekim veriler bir kez toplandıktan sonra her türlü amaç için kullanılamaz. Verilerin toplanma amacının meşru olması ile kastedilen, işleminin bütün yasal gereklilikler ile uyumlu olması ve verilerin işlenmesinden kaynaklanan menfaat ile dengeli olmasıdır. Verinin toplanma amacına uygun ve bu amacı aşmayan nitelikte olması da bu ilke kapsamındaki diğer gerekliliktir. Zira kişisel verilerin kullanımlarının toplanma amacıyla uyumsuz olması, işçinin verileri üzerindeki denetimini kaybetmesine yol açar. Ancak uyumsuz amaçların tespiti uygulamada çok kolay olmamaktadır. Genellikle toplama amacı ile sıkı sıkıya ilişkili sonraki işleme amaçları uyumlu kabul edilmektedir. İş ilişkisi bakımından, işverenin işleyeceği verinin doğrudan işçinin istihdamıyla ilgili olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹. Buna karşılık üye devletlerin gereken önlemleri alması koşuluyla, tarihsel, istatistikî ve bilimsel amaçlarla yapılan sonraki işlemler için toplama amacına uygunluk aranmamaktadır.

Kişisel veriler toplanma ve/veya sonraki işleme amaçları bakımından yeterli ve ilişkili olup aşırı olmamalıdır. Bu ilke doğrultusunda işveren işçinin kişisel verilerini işlemeksizin amaçlarına ulaşarak ulaşamayacağını tespit etmelidir. Aksi takdirde kişisel verileri kullanmadan hedefe ulaşabileceği diğer seçeneklere

⁹⁹Küzeci, **A.g.e.**, s. 197.

¹⁰⁰**A.g.e.**, s. 198.

¹⁰¹Bkz. UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu par. 5.1-5.3. Bazı devletlerdeki denetim makamlarının aldığı kararlarda henüz işe alınmadan başvuru sırasında istenen sosyal güvenlik numaralarının işleme amacını aşan bir uygulama olduğuna yer verilmiştir.

yönelmelidir. Fakat amaca ulaşabilmek için kişisel verilerin kullanımının zorunlu olduğu hallerde, işveren o amaç için gerekli olan en az sayıda veriyi işlemelidir. Örneğin iş başvurusu formları, müşteri bilgi kartları ya da internet ortamında kayıt sayfaları hazırlanırken bu ilkeye dikkat edilmeli ve amaca ulaşmak için gerekli olandan fazla bilgi istenmemelidir¹⁰². Eğer aynı veri birden fazla amaç için işleniyorsa, yine gerekli olan kadarıyla sınırlandırılması şarttır.

Öte yandan kişisel veriler tam ve doğru olmalı, gerektiğinde de güncellenmelidir. Toplanma veya sonradan işleme amaçları dikkate alındığında yanlış ya da eksik olduğu anlaşılan verilerin silinmesi veya düzeltilmesi için gerekli tüm önlemler alınmalıdır. Bahsi geçen ilke işçinin veriye ulaşım hakkıyla yakından ilişkilidir çünkü işçi veriye ulaşamadıkça, verinin doğruluğunun saptanması da pek mümkün olamaz. Ayrıca kişisel verilerin güncel tutulmasının gerekli olduğu zamanın belirlenmesi de önemlidir. Her ne kadar verilerin doğru ve güncel tutulması işverenin yükümlülüğünde olsa da, işverenin zorla ve sürekli olarak işçinin durumunu araştırması gerektiği de kabul edilemez. Dolayısıyla işçinin kişisel verileriyle ilgili meydana gelen değişiklikleri işverene bildirmesi yerinde olacaktır. İşveren ise işçiye ait kişisel verilerin eksik ve yanlış olmasının önlenmesi için işlemeyle ilgili kayıtların örneklerini belirli aralıklarla işçiye vermelidir¹⁰³.

Son olarak kişisel veri işçinin kimliğinin teşhisine izin verecek şekilde, toplanma veya sonraki işleme amaçları için gereken süreyi aşmadan saklanmalıdır. Her şeyden önce kişisel verilerin saklanmasının başlı başına potansiyel bir risk meydana getirdiği açıktır çünkü veriler saklandığı sürece veri güvenliğine yönelik tehlikeler varlığını korur. Ayrıca haklı nedenler ileri sürülse dahi kişisel verilerin bir kez işlendikten sonra ömür boyu bir yerlerde kayıt altında tutulduğu düşüncesi, bireysel özerklik, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özel yaşamın gizliliği gibi değerlerin zarar görmesine yol açar. Dolayısıyla kişisel verilerin toplanma amacına ulaşıldıktan sonra saklanmaması gerekmektedir.

Kişisel verilerin amaç açısından gereksiz duruma gelmesi birkaç olasılıkta söz konusu olabilir: kişisel verilerin işlenmesi ile hedeflenen amaç ortadan kalkabilir;

¹⁰²Küzeci, **A.g.e.**, s. 203-204.

¹⁰³UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu'nda bu husus, kişisel verinin işyeri içindeki ve dışındaki aktarımına dair bilgileri de kapsayan bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

amaca ulaşmak için kişisel verinin işlenmesinin gereksiz olduğu anlaşılabilir ya da amaca ulaşıldığı için artık kişisel verinin tutulması gerekliliği ortadan kalkabilir¹⁰⁴. Tüm bu olasılıkların sonucunda kişisel veri ile amaç arasındaki nedensellik bağı kopar ama söz konusu kopmanın gerçekleştiği zamanı tespit etmek her zaman mümkün değildir. En çok kullanılan yöntem, çeşitli kategorilerde bulunan verilerin ne kadar süre tutulacağını ortaya koyan bir veri tutma politikası (*data retention policy*) geliştirmektir¹⁰⁵. Verinin saklanmasına daha fazla gerek kalmaması üzerine izlenecek yol ise, kişisel verinin yok edilmesi veya anonimleştirilerek saklanmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki silme veya anonimleştirme işlemini yapacak olan işveren, söz konusu işlemlerin de veri işleme kapsamına girdiğini ve diğer ilkelere uygun olarak yapılması gerektiğini göz önünde tutmalıdır. Öte yandan bu kuralın istisnasını, üye devletlerin uygun güvenceleri sağlamaları kaydıyla bilimsel, tarihi ve istatistikî amaçlarla verilerin daha uzun süre saklanabilmesi oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra ulusal hukuktaki düzenlemelerin kişisel verinin belirli bir süre saklanmasını öngörmesi, iş ilişkisine ilişkin yasal süreçlerde delil olabilecek nitelikteki verilerin saklanması veya iş başvurusunda bulunan kişinin bir süre daha başvurusunun geçerli olmasını talep etmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. İşverenin bu yükümlüğe uygun hareket etmesi için verinin elde edilme amacının yerine gelip gelmediğine bakılmaksızın, belirli süre saklanması gerekecektir¹⁰⁶.

Yönerge’de öngörülen söz konusu ilkelere ek olarak UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu çerçevesinde, iş ilişkisinde işçilere ait kişisel verilerin işlenmesinin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olmaması, işçinin kendisinden istenen bilginin kapsamını yanlış anladığı için istenen dışında veriler sağladığı takdirde, bu verilerin işveren tarafından kullanılmaması ve işçinin kapasitesi ya da performansı ile ilgili kanı içeren verilerin, adil ve düzgün bir değerlendirmeye dayanmaksızın kişilik haklarını ihlal edecek şekilde ortaya konmaması gerekmektedir. Kişisel verinin ve veri işleme yönteminin temel ilkelerine yönelik idari denetim ise denetim makamı tarafından gerçekleştirilecektir.

¹⁰⁴Küzeci, **A.g.e.**, s. 210.

¹⁰⁵**A.g.e.**

¹⁰⁶Sevimli, **A.g.e.**, s. 134.

2- Kişisel Veriye İlişkin İşverenin Yükümlülükleri ve İşçinin Hakları

a- İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü

İşçinin kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine yönelik her türlü bilgiyi edinme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda 95/46/EC sayılı Yönerge gereğince toplanması, kaydedilmesi ve kullanılması öngörülen kişisel veriler, işçinin kendisinden veya kendisinden başka bir kaynaktan elde edilmesi şeklinde iki farklı düzenlemeye tabi tutulmuştur. Veri işleme öncesi kontrol mekanizması (*ex ante control*) olarak da değerlendirilen Yönerge'nin 10. maddesindeki ilk duruma göre; işçinin kişisel verilerini işleyen gerçek ya da tüzel kişiler verinin elde edilmesi sırasında işçiye, verileri işleyen kişinin veya temsilcisinin kim olduğuna, verilerin işleme amaçlarına, verilerin kimlere aktarılabilmesine, sorulan sorulara cevap verilmesinin zorunlu olup olmadığına, cevap verilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlara ve işçinin kendisiyle ilgili verilere erişme ve bunları düzeltme hakkının varlığına ilişkin konularda bilgi vermek yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla kişisel verilerinin korunmasında işçinin, bahsi geçen hususlar bakımından bilgilendirilmesi büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde işçi kişisel verilerinin korunması için sahip olduğu haklarından habersiz kalacaktır. İşçinin Yönerge'de öngörülen şekilde bilgilendirilmesinin, kişisel verilerin işlenmesinde dürüstlük ilkesine uyulmasının bir gereği olduğu gibi, veri işlemlerinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için de son derece gerekli olduğu açıktır.

Öte yandan kamusal ya da ticarî nitelikteki çeşitli iş ve hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında kişisel verilerin her zaman işçinin kendisinden elde edilmesi söz konusu olamaz. Yönerge'nin 11. maddesine göre kişisel verilerin kişinin kendisi dışındaki başka bir kaynaktan elde edilmesi halinde de, verileri işleyen kişilerin ya verilerin elde edildiği anda veya üçüncü bir kişiye aktarım öngörülüyorsa bu aktarım gerçekleştirilmeden önce, veri sahiplerine Yönerge'nin 10. maddesinde belirtilen bilgilerle birlikte ilgili veri kategorileri hakkında bilgi vermeleri gerekmektedir¹⁰⁷. Buna karşılık istatistikî veya bilimsel araştırma amaçlarıyla kişisel verilerin işlenmesinde işçinin haberdar edilmesinin imkânsız olduğu veya aşırı bir emek

¹⁰⁷Uygun, A.g.e., s. 64.

gerektirdiği ya da verilerin aktarılmasının kanunda öngörülen bir zorunluluk teşkil ettiği hallerde, üye ülkelerin gereken koruyucu önlemleri alması şartıyla işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Ancak bu istisnanın uygulanmasında verileri işlenen kişi sayısı, verinin ne zamandan beri saklandığı ve ne gibi telafi edici tedbirlerin alındığının dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁸.

Ayrıca işveren işçinin kişisel verilerini işlemek için gerekli hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayansa dahi, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmedikçe hukuka uygunluğu sağlayamayacaktır. Bilgilendirme işçinin rıza vermekten çekindiği takdirde karşılaşacağı sonuçları da içermelidir. Bilgilendirmenin şekli açısından ise bireysel veya ilan gibi genel yolla yapılması arasında bir fark yoktur. Önemli olan bilgilendirmenin anlaşılır şekilde yapılmasıdır. Fakat veri işleme sürecinin şeffaflığı için genel bilgilendirmenin belirli aralıklarla tekrarlanması gerekmektedir. Kaldı ki UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu par. 12.2.a'ya göre işçilerin kişisel verilerini işleyen otomatik sistemler uygulamaya sokulmadan veya bu tür sistemlerde değişiklik yapılmadan önce işçi temsilcilerinin de bilgilendirilmesi ve onlara danışılması gerektiği ifade edilmektedir.

b- İşçinin Veriye Ulaşma(Erişim) Hakkı

İşçinin kendisi hakkındaki kişisel veriye ulaşabilmesi kişisel verilerin korunması kapsamındaki en önemli haklardan biridir. Nitekim işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün tamamlayıcısı¹⁰⁹ olan söz konusu hak sayesinde işçi, kendisi hakkındaki kişisel verinin doğruluğunu ve ihlal edilip edilmediğini kontrol etmek ve gerektiğinde bu ihlale karşı savunma yollarına başvurabilmek imkânına sahip olur. Yönerge m.12/1(a) uyarınca işçi, makul aralıkları sınırlama ve aşırı gecikme ve masraf olmaksızın, kendisine ilişkin verilerin işlenip işlenmediğinin teyidini, işlemenin amacını, ilgili veri kategorilerini, verinin açıklandığı alıcıları ya da alıcı kategorilerini, işlenmekte olan verinin kaynağını ve kendisine ilişkin verinin her türlü otomatik işlenmesinin temelini içeren bilgiyi anlaşılır şekilde edinme hakkını haizdir. UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu çerçevesinde kural, işçinin bu hakkını çalışma saatleri içinde kullanmasıdır. Ayrıca tıbbi veriler söz konusu

¹⁰⁸ A.g.e., s. 65.

¹⁰⁹ Zira kişisel verileri işlenen işçiler haklarını ancak işverenler bilgilendirme yükümlülüklerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirdikleri ölçüde sağlıklı olarak kullanabileceklerdir.

olduğunda, işçi bu hakkı kullanırken işçi temsilcisinin, başka bir işçinin veya kendi seçtiği bir sağlık çalışanının yardımından yararlanabilmelidir. İşveren makul zaman aralıklarıyla yapılan başvurular için ücret gibi herhangi bir karşılık isteyememeli ve gecikmeden cevap vermelidir¹¹⁰. Ayrıca işçi kendisiyle ilgili verilere serbestçe ve engellenmeden erişebilmeli ve bu hakkı bir kez kullanmakla tükenmemelidir.

Öte yandan Yönerge'nin 13. maddesine göre veriye ulaşma hakkının kullanımının sınırlanması söz konusu olabilir¹¹¹. Bu sınırlamalardan ilki, sözleşmeye ağır aykırılık oluşturan bir davranışın veya suçun araştırılması, önlenmesi vb. nedenlere dayanabilir. Fakat bu sınırlama soruşturma süresini aşamaz ve soruşturmayla hedeflenen amaca ulaşıldığı an sınırlama kaldırılmalıdır. Soruşturma sonuçlandığında ise işçinin bu hakkını iş sözleşmesiyle ilgili bir karar alınmadan kullanması sağlanmalıdır. Diğer bir sınırlama ise, işçinin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla söz konusu olabilir. Kanımızca TMK m.24/2'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan üstün özel yararı, bu sınırlama kapsamında değerlendirebilmek mümkündür.

Avrupa'da yapılan araştırmalarda dikkate değer bir husus, işçinin veriye ulaşma hakkıyla ilgili uygulamada çeşitli sorunların ortaya çıkabilmesidir. Öncelikle veriye ulaşma hakkının kullanılması için kiminle iletişim kurulması gerektiği ve neyin talep edileceğinin tespit edilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Ayrıca işverenler bazen hiç cevap vermeyip bazen de eksik ya da yanlış cevaplar verebilmektedir. Kaldı ki işverenin cevabının tam veya doğru olduğunun belirlenmesi de kimi zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla işverenlerin işçiye ait kişisel verilerin işlenmesinde daha duyarlı ve bilinçli davranmaya sevk edilmeleri önem taşımaktadır. İş hukuku mevzuatımızda ise işçinin kişisel veriye ulaşma hakkı iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki bazı yönetmeliklerde düzenlenmektedir. Örneğin Asbestle Çalışma Yön. m.20/a uyarınca; "*İşçiler kendilerine ait kayıtların bir örneğini alabilirler. İşçiler ve/veya temsilcileri isimsiz genel bilgileri alabilirler*" ve Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.14/e ve f'de de benzer hükümler söz konusudur. Ne var ki bahsi geçen düzenlemeler sadece belirli alanlarla sınırlı kaldığından AB hukukundaki düzenlemelere kıyasla oldukça yetersiz ve geride kalmaktadır.

¹¹⁰Bkz. UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu par. 11.7.

¹¹¹Belirtmek gerekir ki Yönerge m.13/1 uyarınca, söz konusu sınırlama nedenleri aynı zamanda işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışının haklı gerekçelerini de oluşturur.

c- İşçinin Veriyi Düzeltme Hakkı

Yönerge'nin 12/b maddesi gereğince işçi, özellikle yapısının eksik veya yanlış olması nedeniyle işlenmesi Yönerge hükümlerine uygun olmayan kişisel verilerinin düzeltilmesini, silinmesini ya da engellenmesini ve yapılan işlemler hakkında üçüncü kişilere bilgi verilmesini talep edebilmektedir. Söz konusu hak, işçinin veriye ulaşma hakkının bir uzantısını da teşkil eder. Bununla beraber bu hakların kullanılması, bilgi edinme hakkının kullanılmış olması ön koşuluna bağlı değildir¹¹². Diğer bir deyişle, işçi veriye ulaşma hakkını kullanmaksızın veri işleme faaliyetlerinden haberdar olduğu takdirde de doğrudan kendisine ait verilerin silinmesini veya düzeltilmesini talep edebilir.

Verilerin silinmesi, elle hazırlanan dosyalarda veriye dair evrakların yok edilmesiyle, otomatik dosyalarda verilerin kayıtlı olduğu CD veya disket gibi veri taşıyıcılarının silinmesi veya işçi ile ilişkilendirmeyi sağlayacak kişisel bilgilerin ayrıştırılarak yok edilmesiyle gerçekleşmektedir. Verilerin kullanılmasının engellenmesinde ise işverenin verileri kontrolü altında tutmaya devam etmesine rağmen, verilerin doğruluğuna ilişkin tereddüt giderilinceye kadar geçici bir önlem olarak verilerle ilgili herhangi bir işlem yapılmasına izin verilmemektedir¹¹³. Öte yandan verilerin düzeltilmesini talep etme hakkı, verilerin eksik veya yanlış olması halinde kullanılabilecekken, silinmesini talep etme hakkı veri işleme yetkisinin bulunmaması veya verilerin niteliğine ilişkin ilkelerin ihlal edilmesi hallerinde söz konusu olabilecektir¹¹⁴.

d- İşçinin İtiraz Hakkı

95/46/EC sayılı Yönerge'nin 14. maddesindeki düzenleme işçiye iki konuda itiraz hakkı tanımaktadır. Zira Yönerge m.14/1(a)'ya göre; kamu görevinin yerine getirilmesi veya meşru çıkarların korunması amacıyla veri işlenmesi durumunda işçi, korunmaya değer nedenlerden dolayı kişisel verilerinin işlenmesine itiraz etme hakkına sahiptir. Her ne kadar kamu yararı nedeniyle kişisel verilerin işlenmesine

¹¹²Uygun, **A.g.e.**, s. 67.

¹¹³Engellenmenin daha çok önleyici bir koruma olduğunu kabul etmek yerinde olur. Bu duruma bir işlemenin hukuka aykırı olup olmadığı belirsiz olduğunda veriye erişimin engellenmesi örnek gösterilebilir.

¹¹⁴Şimşek, **A.g.e.**, s. 93.

yasal düzenlemelerle izin verilebilirse de, yasal düzenlemelere aykırı veri işlemlerine karşı itiraz hakkı, bireyin veri işlenmesine nazaran daha ağır basan hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet etmektedir¹¹⁵. İşçinin haklı itirazı üzerine işveren artık söz konusu verileri işleyemeyecektir. Yönerge m.14/1(b)'de ise işçi herhangi bir ücret ödemedi kendisine ait verilerin e-posta, telefon veya faks gibi vasıtalar aracılığıyla doğrudan pazarlama amacıyla işlenmesine itiraz etme ya da bu amaçla üçüncü kişilere aktarılan veriler hakkında bilgilendirilme hakkına sahiptir. İtirazla beraber artık doğrudan reklam işlemini yapacak sorumlular işçinin kişisel verilerini kullanamayacaktır¹¹⁶.

e- İşçi Hakkında Sadece Otomatik Sistemler Aracılığıyla Karar Verilmesinin Engellenmesi

Yönerge'nin 15. maddesinde işçiyle ilgili hukuki sonuç doğuran kararların, yalnızca işyerindeki performans gibi kişisel özelliklerin değerlendirilmesinde kullanılan otomatik veri işleme sistemleri sonuçları dikkate alınarak verilmesinin engellenmesi düzenlenmektedir. Bu kapsamda önem arz eden, sadece otomatik sistemlere dayanılarak işlenen kişisel verilerle karar alınamayacağıdır. Böylece örneğin işçinin iş başvurusu psikolojik bir testin otomatik değerlendirilmesi sonucunda reddedilemeyecektir.

Bu yasağın istisnasını ise, bu tür kararların bir sözleşmenin kurulması ya da hükümlerinin yerine getirilmesi için alınması ile işçinin hukuki menfaatlerinin korunması şartıyla kanunda öngörülen durumlar oluşturmaktadır. Fakat iş sözleşmeleri çoğu zaman tarafların müzakeresi sonucu oluşan kurallar yerine işverenin tek taraflı düzenlemelerini içerdiğinden, işverenin otomatik veri işleme konusunda sözleşmeye koyacağı bir maddeyle sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi istisnası rahatlıkla sağlanabilecektir. Dolayısıyla, yasağa getirilen bu istisnanın, eşit müzakere gücüne sahip taraflarca oluşturulan sözleşmeler için geçerli olması gerektiği, iş sözleşmesinin ise bu tür bir sözleşme olmadığı vurgulanmaktadır¹¹⁷. Kanımızca da söz konusu istisnanın işçi ve işveren arasındaki

¹¹⁵A.g.e., s. 94.

¹¹⁶Başalp, A.g.e., s. 51.

¹¹⁷Craig, A.g.e., s. 259.

menfaat dengesini bozucu sonuçlara yol açmaması bakımından daha dikkatli ve amacını aşmadan uygulanması uygun olacaktır.

f- İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluk

Yönerge'nin 17. maddesi uyarınca işveren işlediği kişisel verilerin kaza sonucu veya hukuka aykırı şekilde yok edilmesine, kaybolmasına, değiştirilmesine, yetkisiz kişilere ifşa edilmesine ya da bu kişilerin verilere ulaşmasına ve her türlü hukuka aykırı işlemeye karşı koruma sağlamaya elverişli tüm önlemleri almak ve uygulamak zorundadır. Kişisel verilerin gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanması için alınacak söz konusu önlemlerin, verinin ve işlenmesinin işçinin hakları üzerinde doğuracağı tehlikeyle orantılı olmasına dikkat edilmelidir.

Ayrıca işveren işçilerin kişisel verilerini diğer işçilerin ulaşımından da korumak zorundadır¹¹⁸. Dolayısıyla işçinin kişisel verileri işyeri içinde de sınırlı dolaşıma tabi olmaktadır. Nitekim UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu par. 10.5 ve 10.6'da, kişisel verilerin işyeri içindeki aktarımından işçilerin açıkça haberdar edilmeleri ve bu tür verilere ulaşımın yalnızca verilerin işlenmesiyle görevli olan çalışanlar tarafından mümkün olması gerektiği ifade edilmektedir. Öte yandan verileri işlemekle sorumlu personelin ve onun adına çalışanların işverenin talimatları dışında verileri işleyememesinin sağlanması ve bu verilerin güvenliği için işleyici personel ile işveren arasında yazılı sözleşme yapılması da kişisel verilerin gizliliği ve güvenliğine yönelik diğer bir yükümlülüktür. İşverenler, kişisel verileri işlemekle sorumlu personelin yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını sağlamalıdır¹¹⁹. Türk hukukuna bakıldığında ise, İş Kanunu m.75/2'ye göre işveren işçinin özlük dosyasındaki gizli kalmasında haklı menfaati olan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür. Ne var ki işverenin buradaki sorumluluğu da, işçiye ait kişisel verilerin açıklanmamasından ibaret olmayıp bu verilerin korunmasını da gerektirmektedir.

Öte yandan Yönerge'nin 22. ve 23. maddelerinde, denetim makamına yapılan şikâyet sonucunda ulaşılabilecek idari nitelikli çözümler yeterli görülmemiş ve kendisine

¹¹⁸Sevimli, A.g.e., s. 140.

¹¹⁹Bkz. UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu par. 5.9.

ait veriler Yönerge’de öngörülen kurallara aykırı şekilde işlendiği takdirde işçinin hukuki çözüm yollarına sahip olması ve özellikle de uğradığı zararın işveren tarafından tazmininin sağlanması düzenlenmiştir. Zira Yönerge’nin 24. maddesi gereğince, işverenin veri koruma hukuku kurallarına aykırı davranması cezai yaptırıma bağlanmıştır.

II- İşçinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve İhlali

A- İşe Alımda ve İş Sözleşmesinin Devamında İşçi Hakkında Bilgi Toplanması

İşe alımda ve iş sözleşmesi süresince işveren tarafından adaya ve işçiye yöneltilen sorular, üçüncü kişilerden edinilen bilgiler ve uygulanan testler, veri işleminin ilk adımı olan verinin toplanması eylemini oluşturduğu için kişisel verilerin korunmasına ilişkin kural ve ilkelere tabidirler¹²⁰. Dolayısıyla veri koruma hukuku bakımından işçi ile aday arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Nitekim gerek işe alınırken, gerekse iş sözleşmesi kapsamında çalışırken işçinin ve adayın zarara uğrayan menfaatleri aynıdır. Ayrıca iş görüşmeleri aşamasında, iş sözleşmesindeki ekonomik bağımlılıktan söz edilemese de, adayın işe ekonomik gereksinimi iş sözleşmesindeki benzer bir dengesizlik yaratır¹²¹. Kaldı ki işçinin sorulara yanıt vermemesi veya testleri reddetmesi nedeniyle işini kaybetmesi gibi adayın işe girememesi de söz konusu olabilmektedir. Bu yüzden en doğru çözüm, işverenin sözleşme özgürlüğü ile işçinin kişisel verilerinin korunması hakkı arasındaki dengenin kurulmasında yatmaktadır.

İşçi sınırı aşan soruları cevapsız bıraktığında veya testi reddettiğinde iş sözleşmesi feshedilirse, işe iade davası açma veya ikinci testi talep etme hakkına sahipken, aynı durum aday için söz konusu değildir. Buna karşılık işverenin henüz iş sözleşmesi kurulmuş olmadığı için adayı gözetmekle yükümlü olmadığı da kabul

¹²⁰Belirtmek gerekir ki, kişilerin, ırk ve etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefi, dini veya diğer inançları, sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetlerine ilişkin bilgi toplanması, hassas verilere yönelik daha sıkı kurullarla korunmaktadır. Ayrıca çalışma belgesi, sertifikalar ve özgeçmiş gibi adayın mülkiyetinde olan ve personel soru bildireleri, tıbbi muayene raporları ve uygulanan testler gibi işverenin mülkiyetinde bulunan belgelerin yetkili olmayan kişilerin eline geçmemesi için gereken özen ve dikkat gösterilerek saklanması ve kullanılması gerekmektedir. Aksi takdirde işverenin tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilir. Sözleşmenin yapılmaması veya son ermesi durumunda ise, işçinin mülkiyetinde olan belgelerin iade edilmesi ve işverenin mülkiyetinde olan belgelerin de işçinin isteği üzerine ortadan kaldırılması şarttır.

¹²¹Sevimli, A.g.e., s. 146.

edilemez. Dolayısıyla kanımızca iş görüşmeleri sırasında tarafların birbirlerine karşı edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülükleri bulunmaktadır ve işverenin söz konusu yükümlülüğü ihlali sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) oluşturacaktır. Ancak adayın sözleşme görüşmelerinde kusur nedeniyle tazminat talebinde bulunabilmesi zarara uğramasına bağlı olduğundan, kişisel verilerin işlenmesine yönelik sınırı aşan soruların yanıtı bırakılması veya istenen testin reddedilmesi sebebiyle aday işe alınmadığı takdirde, tazminat talebinin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir¹²². Öte yandan sözleşme özgürlüğü işverenin belirli bir kişiyi işe almaya zorlanamayacağı gibi, keyfi şekilde işe almama kararı da veremeyeceği anlamına geldiğinden, kanımızca işverenin haklı bir sebebe dayanmadan hem adayın, hem de işçinin kişisel verilerini ihlal etmesi sözleşme özgürlüğüne dayanarak meşrulaştırılmaz. Bu doğrultuda adaya kişisel verilerini ihlal edecek nitelikte sorular yöneltilmesini, testler uygulanmasını ve üçüncü kişilerden bilgi toplanmasını açıkça yasaklayan ve yaptırım öngören yasal düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir. Adaya işe alım sırasında ayrımcılık yapılmasının engellenmesi de adayın kişisel verilerinin korunmasını sağlayacaktır.

1- Soru Sorulması ve Sınırları

İşverenin işe elverişli olup olmadığını belirlemek amacıyla istihdam edeceği kişiye birtakım sorular yönelterek bilgi edinme hakkı vardır. Ancak aday yalnızca işyeri veya görülecek işle bağlantılı olan sorulara doğru ve gerçeğe uygun cevap verme yükümlülüğü altındadır. Nitekim adayın çalışacağı işle somut ilişkisi ve objektif olarak hiçbir bağlantısı bulunmayan, temel bir hakkın kullanılması ya da özel yaşamla ilgili soruları yanıtlama zorunluluğu yoktur. Öte yandan iş ilişkisinin özelliği dolayısıyla veya bu konudaki olağan anlayışa göre işverenin bir açıklama yapılmasını bekleyebileceği hallerde, işçinin istenilmeden de bilgi verme yükümlülüğü kabul edilmektedir¹²³. Böylece bir başvuran söz konusu işi, gerekli yeteneğe sahip bulunmadığı için hiç ifa edemeyeceğini ya da kronik rahatsızlık veya

¹²²Aynı görüşte Sevimli, **A.g.e.**, s. 147-148; Ertürk, *Temel Haklar*, s. 66; Emine Tuncay Kaplan, “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, **AÜSBFD Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan**, C. 52, S. 1-4, Ankara, 1997, s. 377. Öte yandan Eyrenci, tazminatın yalnızca sözleşmenin imzalanacağına yönelik güven uyandırılması halinde ve sadece menfi zarar için talep edilebileceğini kabul etmektedir (Bkz. Öner Eyrenci, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, s. 247).

¹²³Ertürk, *Temel Haklar*, s. 65.

ağır bulaşıcı hastalık nedeniyle çalışma olanağına sahip bulunmadığını ya da işe başladığı sırada hasta olacağını veya tedavi göreceğini bildiğini saklayamaz¹²⁴. Ayrıca somut olayın özellikleri çerçevesinde hamileliğin iş görme ediminin ifasını imkânsız kıldığı tiyatro oyuncusu, dansçı, manken veya sporcu gibi meslekler bakımından hamilelik saklanamaz. Rekabet yasalarının da, yapılacak işle ilgili olan sabıklar gibi aday tarafından kendiliğinden işverene bildirilmesi gerekmektedir. Fakat söz konusu kendiliğinden açıklama yükümlülüğü istisnai niteliktedir çünkü bir kişiyi göreve almanın yaratabileceği tüm sakıncaları bertaraf etmek işverenin sorumluluğu dâhilindedir. Buna karşılık aday açıklama yükümlülüğü olmaksızın kendiliğinden yanlış veya eksik bilgiler vererek işverenin yanılığa düşmesine yol açarsa, sözleşme öncesi kusur nedeniyle tazminat ödemek zorundadır.

İşverenin soru sorma hakkının sınırı ve kaynağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte, kanımızca TMK m.2’de yer alan dürüstlük kuralı ve güven ilkesi bağlamında sözleşme görüşmelerindeki edimden bağımsız davranış yükümlülükleridir¹²⁵. Bu çerçevede işverenin bilgi edinme hakkı, iş ilişkisinin kurulması açısından haklı görülebilir olduğu ve korunmaya muhtaç yararlar bulunduğu sürece geçerlilik kazanacaktır. İşverenin soru sormadaki yararı objektif olarak o denli güçlü olmalıdır ki, adayın veya işçinin kişisel verilerinin ihlaline yol açmasın. Aksi takdirde işveren davranış yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle (*culpa in contrahendo*) tazminat ödemek zorunda kalır. Kaldı ki işverenin sorusunun geçersiz olması, adayın kendiliğinden açıklama yükümlülüğü bulunmadığı ve yanlış ya da eksik bilgilerle kendisine ait kişilik alanına yöneltilen saldırılara karşı yalanın ıztırar halinde kullanılması çerçevesinde korunduğu için adaya yalan söyleme hakkı vermektedir. Nitekim işveren geçersiz sorular sorarak dürüstlük kuralına aykırı hareket etmektedir ve böyle bir durumda adayın işvereni yanıltması hukuka aykırılık oluşturamayacağından, işverenin tazminat talep etmesi mümkün değildir. Öte yandan

¹²⁴Manfred Rehbinder, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, **İÜHFMDoğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, Ömer Teoman, C. 45-47, S. 1-4, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 756.

¹²⁵Aynı görüşte Ertürk, Temel Haklar, s. 65; Eyrenci, **A.g.e.**, s. 250; İbrahim Aydın, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, Ankara, 2005, s. 29. Kişilik hakkına dayandığını savunan görüşte Kaplan, Bilgisayarda Toplanan Bilgiler, s. 377. Somut işin özelliklerinin belirleyiciliğini ileri süren görüş için bkz. Rehbinder, **A.g.e.**, s. 752-753; Sevimli, **A.g.e.**, s. 151.

işverenin soru sormayı ihmal etmesi ve adayın da susması halinde, işveren yalnızca kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayanarak adaya başvurabilir.

a- Kişisel Duruma İlişkin Sorular

Adayın veya işçinin adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, medeni durumu, yerleşim yeri, eğitim durumu ve dereceleri, telefon numarası, askerlik durumu, yabancı dil bilgisi, özel bilgi ve yetenekleri, daha önce çalıştığı işyerleri gibi kişisel durumuna ilişkin soruların sorulması mümkündür. Ancak medeni duruma yönelik sorular kural olarak kişinin evli veya bekâr olup olmadığı ile varsa çocuklarının sayısını içerebilir. Zira bu soruya verilecek cevabın, işverenin toplu iş sözleşmesi ile yükleneceği parasal yükümlülükler veya sık sık seyahat etmeyi gerektirecek çalışma koşullarına benzer bir iş açısından belirleyiciliği söz konusudur. Buna karşılık özellikle kadınlara yönelik yakında evlenmeyi düşünüp düşünmediklerine ilişkin sorular sadece bekâr bir işçinin çalışmasını gerektirecek bir iş olmadıkça sorulamaz. Ayrıca adaya veya işçiye sevgilisi olup olmadığının, metreslik ilişkisinin bulunup bulunmadığının veya boşanmış olup olmadığının sorulması da mümkün değildir. Bu tür sorulara yanlış cevap verilmesi hukuki sonuç doğurmadığı gibi, soruların bizzat kendileri de geçersizdir.

Ayrıca kural olarak adayın veya işçinin aile bireyleri ya da yakınları ile ilgili sorular yöneltilemez. Kanımızca rakip işletmelerde adayın veya işçinin bir yakınının çalışıp çalışmadığına ilişkin soru sorulması, yalnızca başvuru konusunun işletmenin önemli sırlarının öğrenilmesine ve rakiplere sızdırılmasına olanak sağlaması durumunda söz konusu olabilir. Bu sorunun halen işyerinde çalışan ve işletmenin önemli sırlarına hâkim bir işçiye yöneltilmesi halinde doğru yanıt, sadakat borcunun bir gereğidir¹²⁶. Fakat salt rakip işletmede bir yakını çalıştığı için adayın potansiyel casus olarak algılanıp başvurusunun reddedilmesi kabul edilemez. İşletmenin önemli sırlarına ulaşma olanağı bulunmayan adayın veya işçinin ise, yakınlarına ilişkin yöneltilen bir soruya doğru yanıt verme yükümlülüğü yoktur.

Adaya şimdiye kadar aldığı ücret veya maaşların tutarı ve eski işverenin yaptığı zamlara yönelik soruların geçerliliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş¹²⁷ bu tür soruları sınırlama getirmeden geçerli kabul edip yalnızca işçinin işverene daha

¹²⁶Sevimli, **A.g.e.**, s. 152.

¹²⁷Rehbinder, **A.g.e.**, s. 753; Kaplan, *Bilgisayarda Toplanan Bilgiler*, s. 378.

yüksek ücret ödemeyi kabul ettirmek amacıyla eski ücretinden daha yüksek miktarda bir ücreti gerçeğe aykırı şekilde beyan ettiği takdirde, işverenin sözleşmeyi feshedebileceğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise¹²⁸, bu tür bir sorunun çalışma yeri ve işin niteliğiyle doğrudan bağlantılı olması halinde geçerli olduğunu kabul etmektedir. Örneğin komisyon ücretiyle çalışan bir işçinin şimdiye kadar aldığı ücret miktarı, onun niteliklerini ve çalışmasını gösterdiği için, çalışma yeri ve işin niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Öte yandan işçi daha önce aldığı ücreti yeni işverene karşı asgari ücret düzeyi olarak şart koşmuş ve önceki ücretini gerçeğe aykırı bir şekilde beyan etmişse, işveren akdin esaslı noktalarında yanılığa düşürüldüğünden bahisle sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Buna karşılık, sözleşme görüşmelerinde adayın yüksek başlangıç ücreti alabilmek için daha önceki ücretini yüksek beyan etmesi, akdin esaslı noktalarında bir yanılma olarak değil, bir pazarlık taktiği olarak değerlendirilmelidir¹²⁹. Nitekim iş görme ediminin karşılığını işveren belirler. Kanımızca ikinci görüş işçi ile işveren arasındaki ilişkinin niteliğine daha uygun düştüğünden, son derece isabetlidir.

Adayın önceki iş sözleşmesinin sona erme nedeninin ve şeklinin sorulması ise, kara liste uygulamasının önüne geçmek için bazı ülkelerde yasaklanmıştır. 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 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 işvereniye sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır¹³⁰. Kanımızca işverenin bu tür soruları sorabilmesi yalnızca söz konusu sorumluluktan kaçınma amacı taşıdığı durumlarda mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, adaya önceki iş sözleşmesini kendisinin feshedip etmediğinin, sözleşme aday tarafından feshedildiği takdirde, kanuni sürelerle uyulup uyulmadığının, uyulmamışsa nedeninin sorulabilmesi geçerli olsa da, önceki iş sözleşmesinin aday tarafından sona erdirilmediğinin açıklanması üzerine işverenin soracağı soruların kara liste uygulaması nedeniyle hiçbir geçerliliği yoktur. Ayrıca

¹²⁸Eyrenci, **A.g.e.**, s. 251-252; Sevimli, **A.g.e.**, s. 153.

¹²⁹Eyrenci, **A.g.e.**, s. 252.

¹³⁰Sevimli, **A.g.e.**, s. 153.

adaya eski işverenine karşı geçerli bir rekabet yasağı bulunup bulunmadığı da sorulabilir.

Adaya veya işçiye malvarlığı, ekonomik durumu veya bir borcunun bulunup bulunmadığı hakkında soru yöneltilmesi kural olarak geçersizdir¹³¹. Nitekim bu tür sorular iş ilişkisiyle doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, işletmenin imajının zedelenebileceği görüşüyle de haklı gösterilemez. Ayrıca işçinin borcu nedeniyle ücretine konabilecek haczin muhasebe biriminin işlerini önemli ölçüde aksatacağı şeklindeki nedenlere dayanılarak sorunun hukuka uygun hale gelmesi de mümkün değildir. Her ne kadar ücrete haciz konulması ve bunun muhasebe biriminin işlerini önemli ölçüde aksatması durumu işverene geçerli nedenle fesih hakkını verse de, henüz gerçekleşmemiş ve gerçekleşmesi halinde işverene vereceği zarar sınırlı olan bu tür olasılıklar çerçevesinde soru yöneltilmesini haklı bulmak, işçinin kişisel verilerinin korunmasındaki menfaatini hiçe saymak anlamına gelecektir. Ne var ki yapılacak iş doğrudan para ile ilgili olduğu takdirde, özellikle şube müdürü veya banka veznedarı gibi yöneticilik ve güven gerektiren görevlerde çalışacak adayın ekonomik durumunun kötü olması nedeniyle parayı zimmetine geçirme veya görevini kötüye kullanma tehlikesi mevcutsa, istisnai olarak bu tür soruların sorulmasının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

b- Sağlık Durumuna ve Hamileliğe İlişkin Sorular

Hastalığın çalışma yeri ve işin niteliği bakımından adayın veya işçinin çalışma yeteneğini sınırlandırması halinde, hastalık hakkındaki sorular geçerlidir. Bu nedenle adaya: “Başvuruda bulunduğunuz işi yapmaya engel bir hastalığınız var mı? Varsa hastalığın türü nedir?” şeklinde bir soru sorulabilir¹³². Fakat bu durum işverene, ileride doktora gitme ve bu nedenle iş kaybına sebep olma olasılığı bulunsa dahi, adayın çalışma gücünü etkilemeyen hastalıklara ilişkin soru sorma hakkı tanımaz. Dolayısıyla işin niteliğiyle ilgili olmayan şikâyetlerin ya da ileride yeniden ortaya çıkma ihtimali bulunmayan (kronik olmayan) eski hastalıkların sorulması mümkün değildir.

¹³¹Buna karşılık *Rehbinder*, özellikle nafaka yükümü ve bunun tutarı gibi bir borcun bulunup bulunmadığına ilişkin soruların geçerli olduğunu kabul etmektedir (Bkz. **A.g.e.**, s. 754).

¹³²Ertürk, *Temel Haklar*, s. 68.

Öte yandan bulaşıcı bir hastalık olmakla birlikte, virüsün vücuda alınması ile etkilerinin ortaya çıkması arasında çok uzun yıllar geçebilen AIDS hastalığı¹³³ açısından, işin niteliği gerektirmediği ve kişinin çalışma hayatı olumsuz etkilenmediği sürece sorulacak sorulara doğru yanıt verme yükümlülüğü söz konusu olmamalıdır. Zira aksi halde HIV virüsü taşıyan kişiler çalışma hayatından tamamen çıkarılmış olur. Buna karşılık dikim atölyesinde dikiş makinesiyle çalışma, sağlık kuruluşlarında hemşire, hasta bakıcı, laboratuvar görevlisi, diş hekimi, ilk yardım görevlisi veya aletleri temizleyen ve arındıran görevli olarak çalışma gibi yapılan işin niteliği HIV virüsünün bulaşmasına imkân sağlamakta ise, adayın veya işçinin hastalığını kendiliğinden bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca hastalığın ilerleyen safhalarında, yani etkilerinin görülmeye başlandığı ve işçinin çalışma yeteneğini sınırlandırdığı hallerde, sözleşmede öngörülen kapsamda bir iş görme borcunun ifasını olanaksız kılan veya önemli ölçüde aksatan olguların bulunmasından söz edileceğinden, aday bu konuda kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğündedir¹³⁴.

Sözleşme öncesi görüşmelerde işveren tarafından kadın adaylara en çok yöneltilen sorulardan biri de hamile olup olmadıklarıdır. Nitekim işveren çoğu kez iş ilişkisinin kurulmasından kısa bir süre sonra meydana gelebilecek ekonomik ve organizasyonla ilgili rizikoları ortadan kaldırma amacı gütmektedir. Alman Federal Mahkemesi başlangıçta, adayın başvurduğu işin niteliği dikkate alınmaksızın hamileliği hakkında sorular sorulabileceğini kabul etmişken, kadın ve erkek işçiler arasında ayırım yapılmasını yasaklayan 611a maddesinin¹³⁵ Alman Medeni Kanunu'na eklenmesiyle, bu tür soruların cinsiyet ayırımını yasaklayan 611a maddesine aykırı olacağı kabul edilmiştir¹³⁶. Bu yüzden Alman hukukunda kadın işçinin mevcut hamileliğe rağmen gerçeği söylememesi kötü niyetli bir davranış olarak değerlendirilmemekte ve iş ilişkisinin iptaline olanak sağlamamaktadır. Ayrıca Avrupa Adalet Divanı bir işyerine yalnızca kadın işçilerin alınması söz konusu olduğunda bile, hamileliğe ilişkin soru sorulmasının cinsiyet ayırımına yol

¹³³Söz konusu hastalık "HIV/AIDS Testleri" başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

¹³⁴Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **DEÜHFD**, C. 4, S. 2, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 10.

¹³⁵AB hukukuna uyum sağlamak amacıyla kabul edilen söz konusu madde, 76/207/EEC sayılı Yönerge'ye dayanmaktadır.

¹³⁶Ertürk, Temel Haklar, s. 68. Mahkeme'nin yeni görüşü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Münih İş Mahkemesi'nin 06.09.1984 tarihli ve DB 1984 sayılı kararı.

açtığını kabul etmiş ve Alman Federal İş Mahkemesi de bu yönde karar almıştır¹³⁷. Aday işçinin başvurusunun muhtemel bir hamileliğin yol açacağı masraflar göz önünde tutularak reddedilmesi ve onun yerine maddi açıdan daha az külfetli olacağı için erkek bir işçinin işe alınması ile başka hiçbir gerekçe bildirilmeden erkek işçinin daha tecrübeli olması nedeniyle işe alınmasının da eşitlik ilkesine aykırı olduğu kabul edilmektedir. Kaldı ki Avrupa Adalet Divanı içtihadı gereğince, kadın işçi analığın korunmasına ilişkin hükümlerde öngörülen sürenin bitiminden sonra süresiz hizmet sözleşmesinde belirlenmiş olan işi yerine getirebilecek durumda olduğu sürece mağdur edilemez¹³⁸.

Türk hukukunda ise bir görüş¹³⁹ işin niteliği ne olursa olsun hamileliğin işveren için zorunlu bir külfet yaratması nedeniyle işverenin bu durumu bilmekte haklı menfaati olduğunu ve hamilelikle ilgili sorular sorabileceğini ileri sürmektedir. Kanımızca da isabetli olan diğer görüş ise¹⁴⁰, çalışma yeri ve işin niteliği gerektirmediği takdirde, kadın adaya veya işçiye hamileliğe ilişkin soru sorulmasının eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Zira BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi m.11, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki 111 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi m.1, İşe Girme, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Konusunda Kadın ve Erkeklerle Eşit İşlem Hakkındaki 76/207/EEC sayılı Yönerge m.1 ve 3/1(a) hükümleri uyarınca hukukumuz açısından da hamileliğe yönelik sorular sorulması cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Ayrıca kadın adaya veya işçiye cinsel yaşamına, erkeklerle olan ilişkilerine, son regl tarihine, doğum kontrol araçlarını kullanıp kullanmadığına, kürtaj yaptırıp yaptırmadığına ve yakın bir zamanda hamile kalmayı düşünüp düşünmediğine ilişkin soru yöneltmesi de kesinlikle söz konusu olamaz.

Öte yandan adaya veya işçiye tütün ya da alkol gibi maddeleri işyeri dışındaki yaşamında kullanıp kullanmadığının sorulması da geçerli değildir. Nitekim HIV pozitif veya genetik olarak bazı hastalıklara yatkın olan kişinin hastalanabileceği

¹³⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Adalet Divanı'nın 08.11.1990 tarihli ve RS 177/8 AP 23 sayılı kararı ile Federal İş Mahkemesi'nin 15.10.1992 tarihli ve AP 3 sayılı kararı.

¹³⁸Bkz. Alman Federal İş Mahkemesi'nin 06.02.2003 tarihli ve 2 AZR 621/01 sayılı kararı.

¹³⁹Ali Nazım Sözer, "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", **Adalet Dergisi**, S. 6, Ankara, 1982, s. 1051; Akyiğit, **A.g.e.**, s. 102.

¹⁴⁰Bkz. Eyrenci, **A.g.e.**, s. 255; Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 179-180; Sevimli, **A.g.e.**, s. 154; Kaplan, *Bilgisayarda Toplanan Bilgiler*, s. 379.

şeklindeki varsayımın haklı görülmemesi gibi, tütün ve/veya alkol kullanan kişinin bazı sağlık risklerine açık olabileceği varsayımı da kabul edilemez. Ayrıca işyeri dışında tütün veya alkol kullanan kişinin işyerindeki alkol ve tütün yasağını ihlal edeceğine yönelik bir öngörünün ileri sürülmesi de mümkün değildir. Kaldı ki sorunun olumlu yanıtlanması nedeniyle aday veya işçi hakkında olumsuz karar alındığı takdirde, ayrımcılık yasaklarına aykırılık ortaya çıkacaktır.

Son olarak bazı işyerleri yasal zorunluluk olmamasına rağmen, işe alınacak kişilerin işyeri hekimi ya da anlaşmalı diğer bir doktor tarafından tıbbi muayeneden geçmelerini isteyebilmektedir. Fakat tıbbi muayene için adayın veya işçinin rızası gerektiği gibi, doktorun düzenleyeceği raporun kişinin işin niteliğine uygun olup olmadığını bildirmekle sınırlı olması önem taşımaktadır. Zira hamileliğin veya işle ilgisi olmayan bir hastalığın belirlenmesi durumunda, doktor sır saklama yükümlülüğü gereğince kişinin rızası olmaksızın raporda bu hususa yer veremez. Aksi takdirde işyeri hekiminin hem hukuki, hem de cezai sorumluluğu söz konusu olur. Kaldı ki işveren işe almayı hamileliğin bulunmadığına ilişkin doktor raporuna bağlama hakkına da sahip değildir.

c- Eski Hükümlülüğe İlişkin Sorular

Adayın veya işçinin sabıkasına ilişkin sorular sadece işin niteliği açısından önemli olanlarla sınırlandırılarak sorulabilir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin 05.12.1957 tarihli kararında da belirtildiği üzere, kişinin eskiden suç işlemiş olması her iş için dikkate alınması gereken bir engel teşkil etmez. Örneğin banka veznedarına mali suçların, şoföre ise trafik suçlarının işlenip işlenmediğinin sorulması mümkündür. Dolayısıyla sorunun geçerliliğinin belirlenmesinde önemli olan, eski hükümlülük ile başvuru iş arasındaki bağlantıdır. Ancak görülecek işin niteliği ile doğrudan ilgili bulunsa dahi, söz konusu sabıkanın sicil kaydından silinmesi durumunda soru yöneltmesine bağlı olmaksızın, aday kendini sabıkasız olarak tanıtabilir¹⁴¹. İş Kanunu m.30'da öngörülen eski hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmaları çerçevesinde de aday işin niteliğiyle ilgisi olmayan sabıkalarını bildirmekle yükümlü değildir. Dolayısıyla kanımızca işe girmeden önce sabıka kaydının istenmesi söz konusu olamaz çünkü sabıka kaydı adayın bildirmek zorunda olmadığı eski hükümlülüklerini de ortaya çıkarabilir. Kaldı ki işe başvuran

¹⁴¹Ertürk, Temel haklar, s. 71.

her adayın potansiyel suçlu gibi görülmesi ve suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda bırakılarak ispat yükünün tersine çevrilmesi hukuka aykırıdır. Buna karşılık göreve başladıktan sonra bu belge bağlılık yükümü açısından ve başvuranın verdiği bilgilerin doğruluğunu denetleyebilmek ve önemli mahkûmiyetlerin saklanması durumunda hukuki sonuçlar çıkarabilmek için istenebilir¹⁴².

d- Dini veya Felsefi İnanca, Parti ve Sendika Üyeliğine İlişkin Sorular

Anayasa'nın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24. maddesi, "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" başlığı altındaki 25. maddesi ve seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının düzenlendiği 67. maddesi uyarınca adaya veya işçiye dini, felsefi veya diğer inançları, siyasi görüşü ya da herhangi bir siyasi partiye üye olup olmadığı hakkındaki soruların kural olarak geçerliliği yoktur. Ancak aday herhangi bir dini kurumda ve siyasi partide veya dini veya siyasi eğilimi olan bir kuruluşta çalıştırılmak üzere işe alınacaksa bu tür sorular sorulabilir ve aday doğruyu söylemekle yükümlüdür¹⁴³. Ayrıca Anayasa m.51 ve Sendikalar Kanunu m.31'de yer alan sendikaya üye olup olmama özgürlüğü çerçevesinde adaya veya işçiye sendika üyeliği hakkında soru sorulması mümkün değildir. Kişinin bu soruya yanlış cevap vermesi işvereni yanıltma olarak kabul edilemeyeceği gibi, işe alım sırasında adayın herhangi bir sendikaya ya da belli bir sendikaya girmesini engelleyen veya üyesi olduğu sendikadan ayrılmaya zorlayan sözleşmelerin de hiçbir geçerliliği yoktur.

2- Üçüncü Kişilerden Bilgi Edinme

İşveren çoğu zaman adaya veya işçiye yönelttiği sorularla yetinmeyerek, başta eski işveren olmak üzere üçüncü kişilerden de bilgi edinme yoluna başvurmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, adaya veya işçiye yöneltilmemesi gereken sorular üçüncü kişilerden bilgi edinmek için de kullanılamaz.

Üçüncü kişilerden bilgi edinme yolu seçilirken adayın veya işçinin rızasının gerekli olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Türk hukukunda bir işyerinde çalışmaya devam ederken başka bir işyerine başvuruda bulunan adayın, iş ilişkisi devam eden işvereninden bilgi edinilmesi için rızasının bulunması gerektiği ve fakat işten ayrılmış olan adayın rızası olmadan eski işvereninden bilgi talep edilebileceği

¹⁴²Rehbinder, **A.g.e.**, s. 755.

¹⁴³Eyrenci, **A.g.e.**, s. 256.

kabul edilmektedir¹⁴⁴. Buna karşılık UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu'na göre hiçbir ayırım yapılmadan, adaydan veya işçiden başka bir kaynaktan bilgi edinilmesi halinde, diğer hukuka uygunluk nedenleri yerine işçinin açık rızasına dayanılması gerekmektedir. Öte yandan Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliği tarafından yayınlanan İşe Alma ve Seçme başlıklı Uygulama Kodu¹⁴⁵ uyarınca adaylar hakkında üçüncü kişilerden bilgi edinilirken, adaya üçüncü kişilerden bilgi alınacağına açıkça bildirilmesi şartı aranmaktadır. Kanımızca da adayın veya işçinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin kararı kendisinin vermesi yerinde olacağından, her halde rızasının alınması gerekmektedir. Buna karşılık aday iş ilişkisi devam eden işvereni referans olarak gösterirse, rızasının olduğu kabul edilmelidir. Ancak rıza verilmediğinde adayın işe alınmaması, özellikle işveren, işçiler, müşteriler ve üçüncü kişiler bakımından belirgin şekilde tehlike yaratabilecek pozisyonlara başvuran adaylar bakımından, haklı görülme zorundadır¹⁴⁶. Ayrıca üçüncü kişiler adayın veya işçinin rızası olmasa dahi, gerçekleri yansıtmak ve yeni işverenin haklı bir menfaati bulunmak kaydıyla, adayın veya işçinin aleyhine olan bilgileri vermeye yetkilidir. Adayın rızasına başvurulmadan üçüncü kişilerden bilgi edinilmesi halinde ise, aday *culpa in contrahendo* uyarınca başvuru yaptığı işverenden tazminat talebinde bulunabilecektir.

Belirtmek gerekir ki rıza göstermesi durumunda adayın veya işçinin, üçüncü kişilerin vereceği bilgilere ulaşma ve hangi bilgilerin yeni işverene aktarıldığını öğrenme hakkı bulunmaktadır. Ancak adayın veya işçinin rızası olsa da, üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğü söz konusu değildir. Üstelik soru adayın kişilik hakkına aykırılık teşkil ediyorsa, üçüncü kişilerin de doğru yanıt vermeme hakkı bulunmaktadır. Bilgi vermenin kabul edilmesi halinde de, yalnızca adayın başvurduğu işverenin işe alımda karar vermesi için gereken bilgiler doğru ve gerçeğe uygun bir şekilde verilmeli, işçi hakkındaki sendika üyeliği, dini inanç ve siyasi görüş gibi hassas verilerin aktarılmasından kaçınılmalıdır. Adayın daha önce çalıştığı kurumun kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde olması durumunda ise, BEHK m.25 uyarınca yeni işverenin bilgi edinme hakkına dayanarak aday hakkında bilgi talep etmesi mümkün değildir. Üçüncü kişilerin verdiği yanlış veya işle ilgili olmayan bilgiler nedeniyle zarar meydana geldiği takdirde, aday veya işçi haksız fiil veya

¹⁴⁴Bkz. Ertürk, Temel Haklar, s. 75-76; Eyrenci, **A.g.e.**, s. 259-260.

¹⁴⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ee.ic.ac.uk/dpa/CodeRecruitment.pdf> (E.T. 26.05.2012).

¹⁴⁶Sevimli, **A.g.e.**, s. 159.

sözleşme sonrası gözetme borcuna aykırılık hükümleri gereğince tazminat talep edebilirken, yeni işveren ise haksız fiile dayanarak tazminat talebinde bulunabilir. Fakat tazminat yükümlülüğünün doğması için bilginin kasten yanlış verilmesi ve bu durumun zararlı sonuçlara yol açabileceğinin bilinmesi gerekmektedir. Aynı şekilde eski işverenin gelecekte de meydana gelebileceğini hesaba katmak zorunda olduğu durumlarda, suçların saklanması da tazmin yükümlülüğüne neden olabilir¹⁴⁷. Öte yandan üçüncü kişilerce yeni yanlış bilgiler verilmesi tehlikesi karşısında, adayın TMK m.24 uyarınca bilgi verilmesinin önlenmesini talep etmesi de mümkündür.

Uygulamada özellikle yönetici konumunda çalışacak olan işçiler için bir veya birden fazla referans talep edilmekte ya da daha önce çalışılan işyerlerinden referans mektubu getirmeleri istenmektedir. İş Kanunu m.28 gereğince eski işverenin işten ayrılan işçiye, çalıştığı işin türünü ve süresini, çalışma durumunu, niteliklerini, davranışlarını ve işten ayrılma sebebini içeren bonservis niteliğinde bir çalışma belgesi verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Çalışma belgesinin zamanında verilmemesi veya belgede yanlış bilgiler bulunması sebebiyle zarara uğrayan işçi veya yeni işveren, eski işverenden zararlarının tazminini talep edebilir. İşçinin davranışlarına ilişkin olarak eski işverenin çalışma belgesinde yer alan açıklamaları bir değer yargısı niteliğinde olduğundan öznel niteliktedir; ancak bu değer yargısının ölçülü olması ve keyfi olmaması gerekir¹⁴⁸. Ayrıca işçinin işe uygunluğunu veya güvenilirliğini gerçekten ve ciddi bir şekilde etkileyecek bir nitelikte olmadığı sürece, işçinin gördüğü işle ilgisi olmayan davranışları çalışma belgesinde yer almamalıdır. Öte yandan üçüncü kişilerin hatırlar için verdikleri referanslardaki gerçeğe aykırı bilgiler nedeniyle aday veya yeni işveren zarara uğradığı takdirde, referans veren kişinin bu zararları da gidermesi gerekmektedir.

3- Test Uygulanması

İşverenin kişinin işe uygunluğunu belirlemek, verimliliği arttırmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak ve işyerinde suç işlenmesini önlemek gibi birtakım nedenlerle, işe alım sırasında ve devamında uyguladığı testler pek çok ülkede yaygınlaşmaktadır. Amerikan İdareciler Birliği (*American Management Association*)'nin 2001 yılında yaptığı işyerindeki test uygulamalarına ilişkin ankete

¹⁴⁷Rehbinder, **A.g.e.**, s. 747.

¹⁴⁸Eyrenci, **A.g.e.**, s. 261.

göre¹⁴⁹, üyelerinin %35'inin işe alım sırasında genel kültür ve genel yetenek testi, %29,2'sinin psikolojik test, %50,1'inin alkol ve uyuşturucu testi ve %32,9'unun işe uygunluk testi yapması bu eğilimi ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda UÇÖ tarafından İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Sorunlarının Yönetimine İlişkin Uygulama Kodu ve HIV/AIDS Hakkında Uygulama Kodu gibi yol gösterici nitelikte hükümler içeren düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemizde ise işyerinde test yapılması henüz yaygın olmamakla birlikte, işverenlerin alkol ve uyuşturucu testleri başta olmak üzere test uygulanmasına yönelik eğilimleri gittikçe artmaktadır.

Alkol ve uyuşturucu testleri, genetik testler ve HIV/AIDS testleri kişiden kan, idrar ve doku gibi insan kökenli biyolojik madde alınmasıyla kişisel verilerin işlenmesi sürecini başlatmaktadır. Ne var ki kan ve idrar testleri, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un kapsamına girmemekte ve TMK m.23/2'de yer alan *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”* şeklindeki düzenlemeye göre insan kökenli biyolojik madde alımı yazılı rıza ile gerçekleştirilebilmektedir. Kanımızca işçiye ilişkin özel bir düzenleme bulunmasa da AB ve UÇÖ düzenlemeleri dikkate alınarak, bu tür testlerin uygulanmasının yalnızca işçinin yazılı rızası ile meşrulaştırılmaması ve başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğu sürece işçinin rızasına öncelik verilmemesi daha yerinde bir uygulama olacaktır.

a- Alkol ve Uyuşturucu Testleri

Alkol ve uyuşturucu testleri kişinin işe alınması veya devamı sırasında belirli aralıklarla ya da rastlantısal olarak uygulanabilen testlerdir. İşverenin genel olarak işçinin çalışma performansını etkileyen veya etkileme olasılığı bulunan alkol ve uyuşturucu kullanımının yol açtığı sorunların ortaya çıkmasını engellemek için işçiye ilişkin verileri ihlal etmeden gereken önlemleri alma hakkına sahip olduğu kabul görmektedir. Zira alkol ve uyuşturucu testleri, kişinin sadece kendisine ait olan ve saklı kalmasını istediği sağlık durumuyla ve işyeri dışındaki yaşamıyla ilgili bilgilerin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Öte yandan test yönteminin güvenilirliği

¹⁴⁹Bkz. Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 167.

de oldukça önemli bir husustur. Nitekim özellikle uyuşturucu testlerinde kullanılan düşük maliyetli yöntemler yanılma payını arttırmaktadır. Bu yüzden sonuç pozitif çıktığında, testin ikinci kez uygulanması gerekir¹⁵⁰. Alkol testlerinin güvenilirliği ise uyuşturucu testlerine göre daha yüksek olmakla birlikte, nefesle yapıldığında pozitif çıkan sonucun kan testiyle garanti altına alınması uygun olacaktır.

Alkol ve uyuşturucu testlerindeki pozitif sonuçların doğru değerlendirilmesi de önem teşkil eder. Alkol testi, yapıldığı anda vücuttaki alkol düzeyini gösterdiği için kişinin ne zaman alkol aldığı ve alkolden ne kadar etkilendiği ortaya çıkmaktadır. Uyuşturucu testi ise, maddenin alındığı zamanı belirleyemediği için sonuç pozitif olsa da, kişinin test yapıldığı anda bu maddenin etkisi altında veya bağımlısı olduğu sonucuna varılamaz. Ayrıca alkol veya uyuşturucunun kandaki düzeyini saptayan testlerin, sadece bu maddelerin kullanıldığına işaret ettiğine ve kişinin ne derece etki altında olduğunu kesin şekilde belirlemediğine vurgu yapılmaktadır¹⁵¹. Zira bilimsel verilere göre beden yapısı, kullanım sıklığı, cinsiyet ve yorgunluk durumu gibi çeşitli etkenlere bağlı olarak etkilenme düzeyi kişiden kişiye değişebildiğinden, alkol ve uyuşturucu kullanımının verimlilik (performans) üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır.

Öte yandan alkol ve uyuşturucu testi uygulamalarına işe geç gelme, devamsızlık, verim düşüklüğü ve odaklanma güçlüğü nedeniyle meydana gelen aksaklıkları ve sıkıntıları ortadan kaldırmak gibi çeşitli amaçlara ulaşmak için başvurulmaktadır. Ancak bu gerekçelerin, uygulamayı hukuka uygun hale getirip getirmediği tartışmalıdır. Bir görüş¹⁵², işçinin iş sözleşmesi gereğince üstlendiği görevi ifa etmek konusundaki yeterliliğini koruduğunu anlayabilmek için işverenin alkol veya uyuşturucu testi yapma hakkı olduğunu ileri sürmektedir. Fakat sonucun pozitif çıkması halinde fesih son çare olmalıdır çünkü işçiyi alkol ve uyuşturucu kullanımına iten sebepler işten ve işyerinden kaynaklanabilmektedir. Buna karşılık işyerindeki verimlilikle alkol ve uyuşturucu kullanımı arasında doğrudan bir ilişki olmaması nedeniyle özel hayata müdahaleye yol açacak bu tür

¹⁵⁰Craig, A.g.e., s. 174-175; ILO, **Workers' Privacy Part III: Testing in the Workplace, Conditions of Work Digest**, Vol. 12, No. 2, Geneva, International Labour Office, 1993, s. 19.

¹⁵¹Sevimli, A.g.e., s. 165.

¹⁵²Bkz. Douglas Isbister, "Justifying Employee Drug Testing: Privacy Rights Versus Business Interests", **Dalhousie Journal of Legal Studies**, Vol. 5, Canada, 1996, s. 269.

testlere gerek olmadığı savunulmaktadır¹⁵³. Ayrıca bazı ülkelerde söz konusu testlerin kamu sağlığı ve güvenliği nedenlerine dayanılarak yapıldığı da görülmektedir. Nitekim işyerlerinde alkol ve uyuşturucu testlerinin en yaygın şekilde uygulandığı ABD’de, alkol ve uyuşturucuyu en başta bir kamu sağlığı meselesi olarak gören Avrupa’nın aksine, alkol ve özellikle uyuşturucu kullanımı tarihsel süreç boyunca ahlaksızlık ve ciddi bir ekonomik ve sosyal yıkım kaynağı olarak algılanmaktadır. Dolayısıyla organize suçla mücadele ve toplumun uyuşturucudan arındırılması amacı çerçevesinde ABD’de işverenler, uyuşturucu testi uygulamaları için Federal Hükümet tarafından desteklenmektedirler¹⁵⁴. Bahsi geçen politikanın hukuka uygunluğu tartışmalı olsa da, işveren açısından hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu kabul edilmelidir. Fakat böyle bir durum söz konusu olmadığı sürece işverenin kendisini devlet yerine koyarak kamu güvenliği gerekçesiyle test uygulaması mümkün değildir.

İşyerinde yapılacak alkol ve uyuşturucu testleri için genel olarak kabul edilen hukuka uygunluk nedeni ise, iş sağlığı ve güvenliğinden kaynaklanan risklerin en aza indirilmesidir¹⁵⁵. Bu kapsamda madencilik, taşımacılık, güvenlik, savunma ve enerji gibi sektörlerde çalışan ve/veya yaptıkları iş güvenlik açısından yüksek risk oluşturan işçilere alkol ve uyuşturucu testi uygulanması hukuka uygundur. Bu işçilerin performanslarında düşüş gözlenmesi ve bunun nedeninin alkol ve/veya uyuşturucudan kaynaklandığına dair makul şüphe bulunması da uygulamanın hukuka uygunluğu için gereken diğer koşullardır. Belçika, Finlandiya, Almanya, Kanada ve İsveç’te ise alkol ve uyuşturucu testleri yalnızca işin niteliğinin gerektirdiği hallerle sınırlı olarak uygulanabilmektedir¹⁵⁶. Öte yandan test uygulandığında işçi hakkında kişisel veri elde edileceği için alınan örneklerin başka bir amaçla kullanılmaması, işçilerin test öncesinde bilgilendirilmeleri, test sonucuna ulaşma haklarının engellenmemesi ve test sonuçlarının bildirilmesi gerekmektedir.

¹⁵³Bkz. Craig, **A.g.e.**, s. 189.

¹⁵⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. David P. Twomey, **Labor and Employment Law Text and Cases**, Fourteenth Edition, Canada, South-Western Cengage Learning, 2010, s. 635-637.

¹⁵⁵Bkz. Craig, **A.g.e.**, s. 192; Thomas, **A.g.e.**, s. 163, 167; Isbister, **A.g.e.**, s. 266-267; Michael G. Sherrard, “Workplace Searches and Surveillance Versus the Employee’s Right to Privacy”, **University of New Brunswick Law Journal**, Vol. 48, 1999, s. 288; Aydın, **A.g.e.**, s. 174.

¹⁵⁶Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, **A.g.e.**, s. 175-176; Frank Hendrickx, **Protection of Workers’ Personal Data in the European Union: General Issues and Sensitive Data**, http://lirias.lessius.eu/bitstream/123456789/2206/1/1_dataprotection_hendrickx_combinedstudies_en%5B1%5D.pdf, s. 59-60 (E.T. 26.05.2012).

Ayrıca “UÇÖ İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Sorunlarının Yönetimine İlişkin Uygulama Kodu”¹⁵⁷ uyarınca alkol ve uyuşturucu testi, mümkün olduğunca güvenilir ve geçerli sonuç veren yöntemlerle uygulanmalıdır. Sağlık personeli pozitif test sonuçlarını gözden geçirip sonuç hakkında işçiyle bizzat görüşmelidir. Görüşme, bu sürecin en önemli aşamasını oluşturur çünkü işçi sonucun pozitif çıkması halinde yasal ilaç kullanmak gibi hukuka uygun bir savunma yapabilir. Pozitif sonuca ilişkin işçi makul bir açıklama yaptığı takdirde, sonuç işverene negatif olarak bildirilmelidir. İşçinin teste rıza göstermemesi ise, alkol ve/veya uyuşturucu kullandığı ya da bağımlı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Kaldı ki işçiye zor kullanarak test yapılması söz konusu olamaz.

Türk Hukuku açısından bakıldığında, işçilerin alkol ve uyuşturucu kullanımına ilişkin öngörülen İş Kanunu m.84 uyarınca “(1) İşyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır. (2) İşveren; işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahiptir”. Aksi takdirde işveren İş Kanunu m.25/2(d)’ye göre iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkına sahiptir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin de çeşitli kararlarında ifade ettiği gibi¹⁵⁸, işçinin sarhoş olmadığı ve görevini gereği gibi yerine getirmesini engellemeyecek düzeyde alkollü olduğu sürece iş yerine gelmesi yasaklanmamıştır. Uyuşturucu madde alarak işyerine gelmek ise maddenin etkisinin düzeyine bağlı değildir çünkü TCK m.191 gereğince uyuşturucu kullanmak suçtur. Dolayısıyla işçinin sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak işyerine gelmesi yasak ve işveren için haklı fesih nedenidir. İşyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanılması da etkisi dikkate alınmaksızın yasaktır.

İşverenin bahsi geçen hükme dayanarak alkol ve uyuşturucu testi yapıp yapamayacağını belirlenmesi açısından ise, Fransız İş Kanunu dikkate alınabilir. Nitekim Fransız İş Kanunu’nun L.232-2 maddesine göre de, sarhoş durumdaki

¹⁵⁷Belgenin tam metni için bkz. <http://www.coe.int/t/dg3/pompidou/Source/Activities/Workdrug/codeofpracticeilo.pdf> (E.T. 26.05.2012).

¹⁵⁸Bkz. Yargıtay 9. HD’nin 08.05.2003 tarihli ve 2002/25918 E. 2003/7770 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com> (E.T. 26.05.2012). Ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD’nin 09.10.2002 tarihli ve 4239/18575 sayılı kararı ve Yargıtay 9. HD.’nin 27.6.1978 tarihli ve 6424/9324 sayılı kararı, **Tekstil İşveren Dergisi**, S. 34, İstanbul, 1979, s. 9-10.

işçilerin işyerine girmeleri ve işyerinde kalmaları mümkün değildir. Kaldı ki L.232-3 hükmü gereğince işveren işyerinin tamamen alkollü içkilerden arındırılması için birtakım çalışma kuralları koyabilmektedir. Bu kurallara Fransa Çalışma Bakanlığı ve Mahkemelerin getirdiği yorum ise, işverenin alkol testi yapabileceği ancak testin sıra dışı güvenlik riski ve önlem alma gereği bulunan durumlar dışında tüm işçilere uygulanamayacağı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek risk yaratan görevlerdekilere uygulanabileceği; işin doğası gerektirmedikçe alkol testi uygulamanın işçilerin özel yaşamlarına saldırı oluşturacağı yönünde olmuştur¹⁵⁹. Kanımızca İş Kanunu m.84'ün de bu doğrultuda yorumlanması gerekmektedir. Zira İş Kanunu m.77/1 uyarınca işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü önlemi almakla yükümlü olması, bu tür riskli görevlerde çalışan işçilere test uygulamasını hukuka uygun hale getirmektedir. Öte yandan kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler gibi iş sağlığı ve güvenliği açısından riskli görevlerde çalışan işçilerin bazıları için görevlerini hiç alkol almadan yerine getirmeleri de yasal bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Buna karşılık iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk taşımayan bir görevde çalışan işçiden ise, performans düşüklüğünün alkol veya uyuşturucu kullanımından kaynaklandığından kuşkulansa bile, test istenmemesi gerekir¹⁶⁰. Nitekim işçinin işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirmesi, alkol kullanımı nedeniyle devamsızlık yapması ve performansındaki düşüklük gibi hususlar İş Kanunu m.18 ve m.25/1 gereğince tek başına fesih nedeni oluşturduğu için aksinin kabulü, kolluk güçlerine bile tanınmayan bir yetkinin işverene tanınmasına yol açacaktır. Ayrıca işyerine sarhoş ya da uyuşturucu kullanarak gelen işçinin teste tabi tutulması, söz konusu yasağa uymadığının belirlenmesi için bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Bu belirleme için, alkol veya uyuşturucu kullanıldığına ilişkin makul şüphe yaratan bulguların varlığı yeterli sayılmalıdır¹⁶¹. Test uygulanması ancak işçiden bu konuda savunma istenmesi halinde mümkün olabilir.

b- HIV/AIDS Testleri

HIV (İnsan Bağışıklık Eksikliği Virüsü) virüsü, vücudun bağışıklık sistemini zayıflatarak AIDS (Edinilmiş Bağışıklık Eksikliği Sendromu) hastalığına yol

¹⁵⁹Sevimli, A.g.e., s. 170.

¹⁶⁰A.g.e., s. 171.

¹⁶¹A.g.e., s. 172.

açmaktadır. AIDS henüz tedavisi bulunamadığından ölümcüldür ve fakat HIV virüsünü kapmış bir kişi, hiçbir AIDS belirtisi olmaksızın sağlıklı bir şekilde 10 yıl veya daha uzun bir süre boyunca yaşamını sürdürebilir. Dolayısıyla virüsün kapılmasıyla hastalığın belirtilerini göstermesi arasında uzun bir zaman dilimi bulunabilmektedir ama bu durum virüsün başkalarına bulaşmasına engel oluşturmaz. Diğer virüslerin aksine HIV, dört ana yolla bulaşmaktadır: korunmadan cinsel ilişkiye girilmesi, virüslü kan, organ, doku nakli veya enjeksiyon araçlarının ve vücudu delen başka araçların kullanılması başta olmak üzere kan yoluyla, annenin virüsü hamilelik sırasında plasentayla veya doğum sırasında vajinal sıvılarla bebeğe geçirmesi ve emzirme. Dolayısıyla HIV'in bu dört yol dışında havadan, besinlerden veya fiziksel temaslarla bulaşması mümkün değildir. Örneğin el sıkışmak, öksürmek, aksırmak, öpmek, tuvalet ve çamaşırhanelerin ortak kullanımı, HIV taşıyan bir kişinin dokunduğu mutfak malzemelerinin kullanılması, sivrisinek ya da başka bir böceğin ısırması gibi durumlar, virüsün bulaşmasına yol açmamaktadır¹⁶². Tükürük ve gözyaşında da çok az virüs bulunduğundan bulaşmanın gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir. Görüleceği üzere, insan kanıyla doğrudan temas olasılığı içeren sağlık, güvenlik ve kurtarma gibi iş alanları haricinde, normal sosyal ilişkilerin yaşandığı olağan işyeri koşullarında HIV bulaşma riski oldukça azdır.

Buna rağmen HIV/AIDS'in işçiler bakımından işe alım, iş sözleşmesinin devamı ve fesihte ayrımcılık, cinsiyet eşitsizliğinin daha da derinleşmesi, çocuk işçiliğinin yaygınlaşması ve kişisel verilerin ihlali gibi çok boyutlu olumsuz etkileri söz konusudur. Ayrıca işverenler, işe alım veya işin devamı esnasında sağlık çalışanları başta olmak üzere pek çok kişiye HIV/AIDS testi yapmak eğilimindedir ve bunun gerekçesini HIV taşıyıcısı olanlar için diğer işçilere bulaşabilme ve AIDS hastası olanlar için kişinin çalışma kapasitesinin düşmesi ihtimali olarak göstermektedirler. Ayrımcılık başta olmak üzere HIV/AIDS nedeniyle çalışma yaşamında ortaya çıkan olumsuz etkiler üzerine Dünya Sağlık Örgütü, UÇÖ, UNESCO ve AB gibi pek çok uluslararası kuruluş harekete geçmiştir. UÇÖ tarafından hazırlanan HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamı Hakkında Uygulama Kodu ve Avrupa Konseyi (87) 25 ve (89) 14 sayılı Tavsiye Kararları çalışma yaşamında HIV/AIDS'e yönelik yol gösterici düzenlemelerinin başını çekmektedir.

¹⁶²A.g.e., s. 173.

Bu kapsamda UÇÖ HIV/AIDS Uygulama Kodu par.8'e göre, “...HIV testleri işyerlerinde yapılmamalıdır. Böyle bir uygulama gereksizdir ve yapıldığında işçilerin insan haklarını ve saygınlıklarını zedeleyecektir. Zira test sonuçları açık edilebilir veya kötüye kullanılabilir; işçilerden bu konuda alınacak rıza her zaman kendi özgür iradelerinin sonucu olmayabilir ya da testle ilgili gerçekleri ve sonuçları işçi, eksiksiz biçimde dikkate almayabilir. İşyerlerinin dışında dahi gizli tutulması gereken gönüllü HIV testleri, işçilerin önceden bilgilendirilmiş rızalarına dayanılarak gerçekleştirilmeli ve tam gizlilik koşullarında yalnızca sağlık personeli tarafından yapılmalıdır”. Ayrıca aynı kod gereğince HIV testinin, işe alım veya iş sözleşmesinin devamı esnasında bir ön koşul olarak kullanılması veya işe uygunluğu belirlemeye ilişkin sağlık testlerinde zorunlu olarak yer almaması gerekmektedir. Nitekim HIV testi sadece bilimsel amaçlarla ya da gönüllü olarak ve işyeri dışında veya mesleki nedenlerle işyerinde HIV içeren maddelere maruz kalınması nedeniyle yapılabilir. Ancak kişinin HIV virüsüne maruz kalmış olması, fesih için gerekçe oluşturamaz ve hatta gerekirse bu işçi için alternatif bir çalışma ortamı yaratılmalıdır. Aynı yaklaşım Avrupa Konseyi Tavsiye Kararlarında da benimsenmiştir.

Öte yandan Avrupa Adalet Divanı'na, Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nden (*European Court of First Instance*) temyiz yoluyla gelen bir davada¹⁶³, Avrupa Komisyonu'ndaki belirli süreli bir işe başvuran kişinin HIV/AIDS testi yaptırmak istemediğini açıkça belirtmesi üzerine kişiye doğrudan HIV/AIDS testi olarak nitelenemeyecek başka bir test (lökosit sayımı) yapılmış ve AIDS olduğu sonucuna varılmıştır. Divan, işe alınacak kişinin işe uygunluğunun belirlenmesi için sağlık muayenesinden geçirilebileceğini ve fakat HIV/AIDS testi yaptırmak istemediğini açıkça bildiren kişiye farklı bir test yapılmak suretiyle hastalığının ortaya çıkarılmasının hukuka aykırılığına hükmedip bozma kararı vermiştir. Dolayısıyla kararda, kişinin AIDS olduğundan şüphelenilmesi nedeniyle HIV/AIDS testi istenmesi değil, testi reddetmesine rağmen testin yapılması hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Çeşitli ülke mevzuatlarına bakıldığında ise genel olarak kanuni düzenleme bulunan ülkelerin neredeyse tamamında, hastalığı bulaştırma riski olmayan işlere başvuranların veya bu tip işlerde çalışanların test sonuçlarına göre işe alınmamaları

¹⁶³Bkz. Avrupa Adalet Divanı'nın 05.10.1994 tarihli ve C-404/92 P sayılı kararı.

ya da işten çıkarılmaları ayrımcılık yasaklarını ihlal ettiğinden, HIV/AIDS testlerinin uygulanması yasaklanmıştır¹⁶⁴. Bu konuda herhangi bir kanuni düzenleme olmayan Avustralya, Almanya ve İspanya'da ise HIV/AIDS testinin talep edilebilmesi sadece işle ilgili olan durumlarla sınırlandırılmaktadır. Öte yandan hassas veri niteliğindeki HIV/AIDS testleri pek çok ülkede sağlık verilerine ilişkin öngörülen daha sıkı kurallara tabidir. Buna karşılık İngiltere'de HIV/AIDS testleri açısından zorlayıcı davranışlar haksız fiil niteliğinde kabul edilse de, işçinin rızası hukuka uygunluk nedenidir. Ayrıca İngiliz Temyiz Mahkemesi, işveren niteliği taşıyan bir kuruluşun işçisi hakkında ciddi şüpheleri ve haklı gerekçeleri bulunması koşulu ile test uygulayabileceğine ilişkin sözleşme hükmünü hukuka aykırı bulmamıştır¹⁶⁵. ABD'de ise özel sektördeki birçok sınırlamaya rağmen, ordu personeli veya diplomatik personel başta olmak üzere kamu sektörü çalışanlarının zorunlu HIV/AIDS testine tabi olmaları mümkündür.

Türk Hukukunda çalışma yaşamında HIV/AIDS testinin uygulanmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat öncelikle söz konusu testin uygulanmasına karşı aday veya işçi, hassas verilerinin ihlal edilmemesi için veri koruma hukukunun kuralları ve temel ilkelerinin koruması altındadır. İş Kanunu m.5 uyarınca ise iş ilişkisinin her aşamasında HIV taşıyıcısı veya AIDS hastası olan kişilere karşı ayrımcılık yasağı olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla kural olarak aday veya işçiden HIV/AIDS testi istenmesi ve test sonucuna göre HIV taşıyıcısı çıkan kişilerin aleyhine işlem yapılması mümkün değildir. Ayrıca HIV taşıyıcısı kişilerin ileride hastalanabilme ihtimali de, test yapılmasını meşrulaştırmaz. İşveren işe almadan önce, adayın sağlık durumunun işe uygunluğunu öğrenmek isteyebilir ve hatta bazı durumlarda sağlık muayenesi yasal bir zorunluluktur meğerki muayene doktor tarafından yapılmasın ve işverene yalnızca işin niteliğinin gerektirdiği bilgiler verilmesin. Ancak kişinin işe alım sırasında AIDS olduğuna yönelik makul şüphenin varlığı, işin niteliği gerektiriyorsa HIV/AIDS testi istenmesini haklı kılabılır. Makul şüpheyeye dayanmayan test talebini reddeden adayın ise, işe alınmadığı takdirde kanımızca TCK m.122'de öngörülen ayrımcılık suçu da göz önünde tutularak *culpa in contrahendo* çerçevesinde tazminat talep edebilmesi mümkündür.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, **A.g.e.**, s. 182-186.

¹⁶⁵ **A.g.e.**, s. 184-185.

Öte yandan işin özelliklerinden kaynaklanan istisnai hallerde çalışan kişiden HIV/AIDS testi istenebilecektir. Nitekim diğer işçilere ve üçüncü kişilere virüs bulaştırma riskinin yüksek olduğu veya ifanın imkânsız hale geldiği işler açısından, işverenin işe alım ve iş sözleşmesinin devamında test istemesinin bulaşma riskini azaltacak önlemler dâhilinde olduğu kabul edilebilir. Ne var ki, bu istisnai durumlarda da testin zorla yapılması söz konusu olamaz. Ayrıca bu tür istisnai koşullar var olmadıkça, iş sözleşmesinin devamında işçinin AIDS olmasından kuşku duyulması da, HIV/AIDS testi istenebileceği anlamına gelmez çünkü bu durumda işçi herhangi ağır bir hastalığa yakalanmış gibi kabul edilmelidir. Dolayısıyla işçinin teste rıza göstermemesi, işverenin fesih hakkını doğurmaz¹⁶⁶. Zira İş Kanunu m.25/1(a) gereğince işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı, işçinin hastalığa kasten veya derli toplu olmayan yaşayışı nedeniyle yakalanmış olmasına ve ardi ardına üç iş günü ya da bir ayda beş gününden fazla devamsızlık yapmasına; m.25/1(b)'ye göre ise hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğunun ve işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanmasına bağlıdır. Kaldı ki İş Kanunu m.5/6 uyarınca iş ilişkisinde veya son ermesinde ayrımcılık yasağı ihlal edilirse, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın yanı sıra yoksun kaldığı haklarını da talep etmesi mümkündür.

c- Genetik Testler

Canlılardaki hücreler bütünüdürün temelini oluşturan DNA molekülünün, canlının kalıtsal özelliklerinden herhangi birini taşıyan temel fiziksel ve işlevsel parçası gen olarak adlandırılmaktadır. İnsanın fizyolojik yapısı genetik kompozisyonuyla (*genom*) belirlendiğinden, genlerdeki anormallikler fiziksel bozukluk ve hastalıklara yol açabilmektedir. Dolayısıyla genetik hastalık, bireyin genetik kompozisyonundaki bozukluklar veya genetik özelliklerle dış etkenlerin birleşimi sonucunda meydana gelmektedir. Günümüzde genetik bilimi 2003 yılında tamamlanan İnsan Genom Projesi ile birlikte tıp alanında çok önemli uygulamaların gelişmesini sağlamıştır. Bu uygulamalardan birini oluşturan genetik testler, genetik hastalıkların tanı ve tedavisi ile bu hastalıklara yakalanma riski olan kişilerin belirlenmesi için kullanılmaktadır. İki gruba ayrılan genetik testlerden ilki, kişinin genetik kompozisyonunda var olan anormalliklerin saptanması için yapılan genetik

¹⁶⁶Alman hukukunda da AIDS kural olarak fesih sebebi oluşturmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, AIDS Sebebiyle Fesih, s. 11-18.

yoklamadır. Diğeri ise insan genomunda meydana gelen değişikliklerin zaman içinde izlendiği genetik izlemedir. Genetik izlemede, yoklamadan farklı olarak, hem genetik bozukluklar tespit edilmekte, hem de söz konusu bozuklukların nedenleri hakkında bilgi edinilmektedir. Bu yönlerden bakıldığında genetik testlerin, genetik yapısı bozulan kimselerin tedavisi ya da bozukluğa yol açan faktörleri ortadan kaldırma gibi yararları görülmektedir¹⁶⁷. Buna karşılık 1980'lerin sonlarından itibaren işçilere uygulanan genetik testlerin amacı meslek hastalıklarının önlenmesi olmaktan çıkmış, işverenlerin belli hastalıklara karşı duyarlı veya belli hastalık riski taşıyan işçiler yerine genetik olarak sağlıklı işçileri istihdam etmeleri haline gelmiştir.

Genetik bilimindeki gelişmeler ve genetik testlere ilişkin olumsuz uygulamalar doğrultusunda uluslararası alanda yapılan önemli düzenlemelerden biri, Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan ve Türkiye'nin de 2004 yılında taraf olduğu Biyoloji Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir. Zira Sözleşme'nin 11. maddesine göre *“Kişinin genetik kalıtımı temeline dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır”*. Sözleşme'nin 12. maddesinde ise *“Genetik hastalıkların önceden bildirilmesine yönelik ya da test öznesini hastalık yapan genin taşıyıcısı olarak tanımlamaya veya genetik bir hastalığa yatkınlık veya bu hastalığa karşı dayanıksızlığı bulmaya yarayan testler, sadece sağlık amaçları ya da sağlık amaçlarına bağlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmanlık hizmeti eşliğinde yapılabilir”* ifadesi yer almaktadır. Avrupa Konseyi'nin Sağlığın Korunması Amaçlı Genetik Test ve Yoklamaya İlişkin (92) 3 sayılı Tavsiye Kararı ve Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca da, genetik testlerin gönüllülük temelinde yapılması, iş ilişkisinin kurulmasının ve devamının genetik test yaptırmaya bağlanmaması, ulusal mevzuatta açıkça izin verilmediği sürece kişilerin veya toplumun korunması amacının zorunlu testleri haklı kılmaması, genetik veri toplanmasına ve işlenmesine sadece sağlık nedenleriyle ve özellikle veri sahibinin veya üçüncü kişilerin sağlığına yönelik ciddi bir tehlikenin önlenmesi amacıyla izin verilmesi gerekmektedir. Hastalığın öngörülmesine yönelik veri toplama işlemlerinin ise yalnızca ulusal mevzuatta uygun korumaların düzenlenmiş olması koşuluyla üstün yarar ilkesine dayanabilmesi mümkündür.

¹⁶⁷Aydın, A.g.e., s. 189.

Ayrıca 95/46/EC sayılı Yönerge gereğince oluşturulan 29. Madde Veri Koruması Çalışma Grubu'nun 2004 yılında hazırladığı Genetik Veri Belgesi'nde açıkça belirtildiği üzere, genetik testler yoluyla elde edilen veriler hassas veri niteliğinde olduğu için bu tür verilere ilişkin sıkı kurallara bağlı olarak işlenebilirler. Söz konusu belgede de, kural olarak iş ilişkisinde genetik veri işlenmesinin yasaklanması gerektiği, testlerin öngörü gücünün halen kesinlik göstermediği, bu nedenle testlerden elde edilen bilgiler ışığında kişilerin ayrıma uğramasına izin verilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁶⁸. Öte yandan UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu'nda ise, genetik yoklamanın yasaklanması veya sadece ulusal hukuk tarafından açıkça izin verilen durumlarda uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Genetik testler konusunda ulusal düzeydeki düzenlemeler çerçevesinde genel eğilim, iş ilişkisinde genetik test uygulamasının yasaklanması yolundadır ve bu konuda düzenleme bulunmayan İtalya, İsveç ve İngiltere gibi ülkelerde, testlerin çok sınırlı koşullarda uygulanmasına izin verilmektedir¹⁶⁹. Federal düzeyde kanuni bir düzenlemeye sahip olmayan ABD'de ise, federal devlet kurumlarında işe alım ve iş sözleşmesinin devamı esnasında genetik test talep edilmesi ve genetik bilgilerin kullanılması bir Başkanlık Emri ile yasaklanmıştır¹⁷⁰.

Türk Hukuku bakımından da, kanımızca işe almaya ve işin devamına ilişkin kararların işçinin genetik yapısına ve genetik test sonuçlarına göre verilmesi söz konusu olamaz. Ayrıca genetik testlerin işçi sağlığı, iş güvenliği veya hastalıklardan korunma gibi bilimsel gerekçelere dayanarak uygulanmasına bilimsel kuruluşların karar vermesi yerinde olacaktır. Öte yandan genetik testlerin iş ilişkisinde uygulanmasına yönelik hukuka uygunluk nedenleri belirlenirken başta İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.12'de öngörülen hususlar üstün özel yarar kavramı açısından dikkate alınmalıdır. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatında genetik test yapılmasına izin veren açık bir hüküm bulunmadığından, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasına dayanılması mümkün olmayacaktır. İşverenin asıl yükümlülüğü, Kanserojen Mutajen Madde Yön. m.6/a ve Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik m. 8/b gereğince sağlığa zarar verecek maddelerin kullanımının azaltılarak tüm işçilerin genetik hastalıklardan

¹⁶⁸Sevimli, **A.g.e.**, s. 185.

¹⁶⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Hendrickx, General Issues, s. 62-65; Aydın, **A.g.e.**, s. 191-193.

¹⁷⁰Bkz. Aydın, **A.g.e.**, s. 193; Pla Rodriguez, **A.g.e.**, s. 304.

korunmasıdır. *Sevimli*'ye göre söz konusu hükümler tehlikeye maruz kalan işçiye test yapılması yönünde öneride bulunulmasını mümkün kılmakta ve bu testin işçinin rızası olduğu takdirde, iş ortamının iyileştirilmesi veya ortaya çıkan sonuca göre işçinin çalıştığı pozisyonun değiştirilmesi için kullanılabilceği şeklinde yorumlanabilmektedir¹⁷¹.

Son olarak üçüncü kişinin üstün özel yararı hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilebilir. Zira Alzheimer gibi bazı genetik hastalıklar kişilerin fiziksel ve zihinsel yetenekleri üzerinde olumsuz etki yaptığından, bu tür hastalıklara yakalanan ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde çalışan işçiler, işveren, diğer işçiler ve üçüncü kişiler açısından tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Fakat kanımızca genetik testin öngörüsül güvenilirliğinin mutlak olduğu kabul edilse bile, genetik yatkınlığa dayanan hastalığın belirtileri sıradan gözlemlerle veya makul aralıklarla tekrarlanacak tıbbi muayene ve işçinin kişiliğine daha az zarar veren testlerle saptanabileceği için üçüncü kişinin üstün özel yararının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Kaldı ki iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek düzeyde risk içeren görevlerde çalışan işçiler açısından da genetik test dışındaki bahsi geçen yöntemlerin daha sık uygulanması ile üçüncü kişilerin yararı korunacaktır.

d- Psikolojik Testler

İşverenin adayın veya işçinin öğrenme yeteneği, odaklanma yetisi, zekâsı, becerikliliği, strese dayanıklılığı, sosyal ilişkilerdeki başarısı ve dürüstlüğü gibi kişilik özellikleri hakkında bilgi sahibi olmak istemesi mümkündür. Bu doğrultuda dünyada oldukça yaygın olarak yetenek testleri, zekâ testleri, ilgi ve mesleki tercih testleri, kişilik testleri ve dürüstlük testleri adı altında birtakım psikolojik testler uygulanmaktadır. Söz konusu testlerin çoğunluğu kişinin çoktan seçmeli, doğru yanlış ya da el yazısı biçiminde yanıtlamasını gerektiren veya yüz yüze görüşmede yöneltilen sorulardan oluştuğu için soru sorulmasına ilişkin yapılan açıklamaların tamamı bu testler için de geçerlidir. Nitekim psikolojik testler kişisel verilerin işlenmesi sürecinin bir parçası olarak veri koruma hukuku açısından önem

¹⁷¹Sevimli, A.g.e., s. 188.

taşımaktadır¹⁷². Fakat kişinin rızası gerekli olsa da, ölçülülük ilkesi olmaksızın sadece rızaya dayanılması psikolojik testleri geçerli kılmamaktadır. Buna göre test öngörülen amaca ulaşmaya elverişli ve gerekli olmalıdır¹⁷³. UÇÖ İnsan Kaynaklarının Gelişimi Hakkındaki 150 sayılı Tavsiye Kararı m.13 uyarınca da yeterlilik ve doğal yeteneklerin ölçümü için özel durumlar gerekli kıldığı takdirde, psikolojik testlerin kullanılabilmesi, testin yalnızca kişinin rızasıyla yapılabileceği, kişisel özellikler değerlendirilirken bu testlerin yanı sıra diğer yöntemlerin de göz önünde tutulması gerektiği ve uygulamanın sadece uzmanlar tarafından yapılabileceği öngörülmektedir. UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu ise, kişilik testlerinin veri koruma hukuku kurallarına uygun olması ve kişinin her zaman testi reddedebilme olanağının bulunması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla işin niteliği ile ilgili olmayan ve uzmanlar tarafından uygulanıp değerlendirilmeyen psikolojik testler geçersizdir.

Öğretide kişilik haklarına müdahale ettiği kabul edilen testlerin başında kişilik testleri gelmektedir. Kişilik testleri kişinin duygusal yapılanmasını, sosyal ilişkilerini, motivasyonunu, ilgi alanlarını, değer ve yaklaşımlarını ölçme ve belirleme amacıyla yapılan testlerdir¹⁷⁴. Çoktan seçmeli veya doğru yanlış yöntemiyle cevaplanan sorulardan oluşan nesnel testler ve kişiye çeşitli şekillerde yorumlanabilecek uyarıcıların gösterilmesiyle uygulanan izdüşsel testler olarak ikiye ayrılmaktadır. Nesnel kişilik testleri özellikle stres içeren ve depresyona neden olma olasılığı yüksek, sürekli gece veya yalnız çalışmayı gerektiren itfaiyecilik, güvenlik görevliliği ve hava trafik kontrolörlüğü gibi işler için uygulanmaktadır. İzdüşsel kişilik testlerinin ise, mürekkep lekesi testi gibi psikolog veya psikiyatr tarafından birebir görüşülerek uygulanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunların dışında iş ilişkisi bakımından sık rastlanan bir kişilik testi türü de, grafolojik raporlardır. Psikologlar tarafından bilimsel nitelik taşımadığı ve kullanılmaması gerektiği ifade edilen söz konusu raporlarda adayın ya da işçinin el yazısı çözümlenerek kişiliği yorumlanmaktadır. Dolayısıyla kanımızca adayın özgeçmişini

¹⁷²Belirtmek gerekir ki Hollanda, Danimarka, İngiltere, Portekiz, Fransa, İspanya ve İtalya'da psikolojik testlerden elde edilen veriler sağlık verileri olarak değerlendirilmekte ve sağlık verilerine ilişkin kurallar kapsamında hassas veri olarak korunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hendrickx, General Issues, s. 65-68.

¹⁷³Eyrenci, **A.g.e.**, s. 257.

¹⁷⁴Aydın, **A.g.e.**, s. 194.

el yazı şeklinde işverene vermesi, grafolojik incelemeye örtülü rıza gösterdiği anlamına gelemez.

Kişilik testlerinin güvenilirliği açısından süregelen tartışmada testlerin verimliliği belirleyici olmadığı ileri sürülürken, doğru kişinin seçilmesi sonucunda maliyeti düşürdüğü de savunulmaktadır. Bu testlerin benimsenmesinin en önemli gerekçesi olarak gösterilen verimliliğin arttırılması dışında, işe uygun işçi ve işçiye uygun iş bulma ihtimalinin yükselmesi ve aday hakkında kapsamlı bilgi edinilmesi de işverenleri kişilik testlerini uygulamaya yöneltmektedir. Buna karşılık, kişilik testlerine gereğinden çok önem verilmesinin güdüleme (motivasyon), eğitim, deneyim gibi unsurların göz ardı edilmesine ve kişiliğin yaş, zaman ve çevreye bağlı olarak değişmeyeceğinin kabul edilmesine sebep olacağı da bir gerçektir. Ayrıca psikolog ve psikiyatrlar tarafından bile oldukça zor belirlenen ve bazı kişilerce rahatlıkla gizlenebilen kişilik özelliklerinin tek başına bir test ile tespit edilmesi de pek mümkün görünmemektedir.

Ulusal hukuk sistemlerinde benimsenen genel eğilim, kişilik testlerinin sınırlı şekilde kullanılmasıdır. Bu kapsamda kişilik testi aracılığıyla toplanacak bilgilerin somut işin özellikleriyle objektif olarak ilişkili olması ve testin kişilik haklarını ihlal eden sorular içermemesi gerekmektedir¹⁷⁵. Türk Hukuku açısından da kanımızca, kişilik testlerinin uygulanması işle ilgili olmasına, adayın veya işçinin kuşkuya yer bırakmayacak nitelikteki rızasının yanı sıra ölçülülük ilkesine uygun olmasına ve amacının, yönteminin ve kapsamının yeterli şekilde bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ayrıca sadece yapılan testin sonucuna dayanılarak kişi hakkında bir karara varılması, bu testlerin güvenilirliği hakkındaki tartışmalar da dikkate alındığında doğru olmaz. Adayın veya işçinin her zaman baskı altında kalmaksızın testi reddetme ve gerektiğinde sonuçlara ulaşp itiraz etme ya da sonuçların yok edilmesini isteme hakkının bulunduğu da unutulmamalıdır.

Adayın veya işçinin kişilik haklarının ihlaline yol açan diğer bir test ise yazılı veya mekanik olarak yapılabilen dürüstlük testleridir. Uygulama yöntemi olarak nesnel testlere benzeyen yazılı dürüstlük testlerinin amacı, kişinin işyerinden para veya mal çalmak, işe geç kalmak ya da sürekli devamsızlık yapmak gibi verimliliği

¹⁷⁵Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, **A.g.e.**, s. 197-201.

olumsuz etkileyen davranışlara olan eğiliminin tespit edilmesidir. Başta ABD olmak üzere dünyada sıkça başvurulan bu testler, özellikle işyerinde para ve ticari mallara ulaşım imkânı fazla olan veznedar, kasiyer ve güvenlik görevlisi gibi konumlarda görev alacak kişiler üzerinde uygulanmaktadır. Yazılı dürüstlük testlerinin güvenilirliği de tartışmaya açıktır. Ancak, bu tür testlerin tümüyle yasaklanması halinde işverenlerin işe alacakları ya da çalıştırdıkları kişilerin dürüstlüğü anlamak için bilimsel olmayan başka yöntemlere kayacakları endişesinin, bu testlerin kontrollü şekilde kullanılmasına izin verilmesinde önemli etkenlerden biri olduğu ileri sürülür¹⁷⁶. Belirtmek gerekir ki, kişilik testlerinin hukuka uygunluğu için geçerli olan bütün kurallar, yazılı dürüstlük testleri için de söz konusudur.

Mekanik dürüstlük testlerinde kullanılan cihazlara ise kişi yalan söylediği zaman tansiyon, nabız, solunum gibi fizyolojik göstergelerinde değişimler olduğu kabulünden hareketle genel olarak yalan makinesi adı verilmektedir. Söz konusu cihazların en bilineni olan poligraf, kişinin vücudunda meydana gelen değişimleri algılayarak yorumlamaktadır. Ses stres değerlendirme cihazı ise kişinin sesinde meydana gelen değişimlerin algılanması için kullanılmaktadır. Mekanik dürüstlük testlerinin güvenilirliği özellikle poligraf bakımından son derece tartışmalıdır. Nitekim yalan söyleme becerisi ve yalan söylendiğinde vücutta meydana gelen değişimler kişiden kişiye değiştiği gibi, sadece bu testlere dayanarak kişinin doğru söyleyip söylemediğinin belirlenebilmesi mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, alınan sonuçların güvenilirliğinin yüksek olduğu iddiasındaki Amerikan Poligraf Derneği (*American Polygraph Association*) dahi, sadece bu testin sonucuna dayanılarak, kişinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi ya da suçlu olarak damgalanmaması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁷. Kaldı ki UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu, poligraf veya benzer testlerin kullanımının kesin olarak yasaklanmasını öngörmektedir. Öte yandan Kanada ve Avustralya’da yalan makinesinin kullanımı yasaklandığı gibi, dürüstlük testlerinin çok yaygın olduğu ABD’de “*İşçilerin Poligrafa Karşı Korunmasına İlişkin Yasa*”¹⁷⁸ çıkarılmıştır.

¹⁷⁶Sevimli, A.g.e., s. 193.

¹⁷⁷A.g.e., 194.

¹⁷⁸Yasanın tam metni için bkz. <http://www.dol.gov/whd/polygraph/index.htm> (E.T. 26.05.2012). Ayrıca birçok eyalette poligraf yasaklanmış veya sınırlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Twomey, A.g.e., s. 645-646.

Türk Hukukunda ise mekanik dürüstlük testlerinin kullanımını doğrudan yasaklayan bir düzenleme bulunmamakla beraber, işverenin testi uygulayarak sağlayacağı yarar ile adayın veya işçinin kişisel verilerinin korunması arasındaki dengenin kurulması gerekmektedir. Kanımızca kişisel verileri ihlal eden bir niteliğe sahip söz konusu testlerin en yaygın olarak kullanıldığı ülkelerde dahi yasaklanması ve UÇÖ'nün bu tür testlere ilişkin düzenlemeleri göz önünde tutulduğunda, somut olayın özelliği doğrultusunda olağan dışı güvenlik gerektiren istisnai işler dışında mekanik dürüstlük testlerinin kullanılmaması yerinde olacaktır.

B- İşyerine Giriş-Çıkış Kontrolü ve İşçinin Eşyalarının Aranması

1- İşyerine Giriş ve Çıkış Kontrolü

İşçilerin işyerine giriş ve çıkışlarını, giriş-çıkış sıklığını ve saatlerini izleyip kontrol etmek ya da kaydetmek işverenin yönetim hakkının kapsamına girmektedir. Söz konusu kontrol ise imza defteri, manyetik kimlik (giriş) kartları, akıllı kart, parmak izi veya retina taraması gibi yöntemlerle gerçekleştirilmektedir. Özellikle işçilerin birbirleri yerine imza atmaları veya manyetik kimlik kartlarını başka işçilere kullandırmaları, işverenleri kişisel veri ihlaline yol açabilecek araçları kullanmaya yöneltmektedir. Ancak teknolojik ilerlemeler doğrultusunda ortaya çıkan modern yönetim araçlarının işyerinde kullanılabilmesi için işçinin kişisel verilerinin korunması ile işverenin yönetim hakkı arasındaki dengenin sağlanması gerekmektedir. Zira işveren yalnızca merak nedeniyle ya da işletmenin veya işin gerektirmediği bir nedenle işçilerin kişisel verilerini ihlal edemez.

Buna karşılık özellikle yüksek düzeyde güvenlik gerektiren ya da mesai takibinin başka türlü yapılamadığı hallerde, imza veya manyetik kimlik kartları ile giriş-çıkış kontrolü yetersiz kalabilmektedir. Dolayısıyla işverenler yalnızca bu tür istisnai durumlarda parmak izi ve retina algılayan personel takip sistemlerine başvurarak giriş-çıkış kontrolü yapmalıdırlar. Nitekim işçinin parmak izi ve göz retinası gibi kişisel verilerinin işlenmesini, işyerinin güvenliğinin sağlanması ve korunmasına ilişkin üstün yarar, kanunun verdiği yetkiye dayanılması ve bunlardan biri olmadığı takdirde işçinin önceden bilgilendirilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek rızası hukuka uygun hale getirebilir. Özellikle işçinin kişisel verilerini ihlal edebilecek nitelikteki kontrol uygulamaları açısından işçinin rızasının sadakat

borcunun bir gereği olduğu kabul edilemez. Kaldı ki işyerinin güvenliğine dayanarak işçiye ilişkin verilerin işlenmesi halinde dahi, işverenin ekonomik yararı ile işçinin kişilik değerleri arasındaki dengenin adil kurulması büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre işverenin ekonomik yararları, işçinin kişilik hakkını zedelediği ölçüde göz ardı edilebilecektir.

Mevzuatımızda işçinin işyerine giriş ve çıkışlarında yapılan kontrollere ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Fakat özel bir düzenleme olmasa da, işçinin kişisel verilerinin korunmasına dair temel ilkeler ve kurallar doğrultusunda somut olaya göre bir değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsamda İstanbul Tabip Odası Hukuk Bürosu tarafından yapılan “*Parmak İzi Uygulaması Hakkında Hukuki Değerlendirme*”¹⁷⁹ başlıklı çalışma yol gösterici niteliktedir. Buna göre parmak izi vücut bütünlüğünün ayrılmaz bir parçası ve bireyi fiziksel açıdan belirleyen bir özellik olduğundan kişisel bilgi niteliğindedir. Elde edilen bilgi parmak izinin tamamı olmasa bile, kişiyi belirlemek için yeterli olduğu sürece kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunması çerçevesinde kişinin rızası dışında sadece kanunda öngörülen hallerde kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Bu kapsamda parmak izi alma yetkisi CMK m.81 uyarınca Cumhuriyet savcısının emri üzerine yalnızca belirli sınırlar ve şartlar çerçevesinde kolluk kuvvetlerine tanınmıştır. Dolayısıyla işverenin herhangi bir yasal temele dayanmaksızın kendisini kolluk kuvvetleri yerine koyarak işçinin parmak izini alması kişisel verilerin ihlali nedeniyle hukuka aykırıdır. Kaldı ki Danıştay 12. Daire Başkanlığı tarafından verilen bir kararda da¹⁸⁰, kişisel veri niteliğinde olan parmak izinin hiçbir hukuki dayanak olmadan alınmasının ve toplanan bu verilerin ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına yönelik bir güvencenin bulunmamasının hukuka aykırı olduğu öngörülmüştür. Nitekim kişinin temel hakkını sınırlayan bu işlemin kötüye kullanılmasını engelleyen bazı önlemler alınmış olsa dahi, yasal dayanaktan yoksun parmak izi uygulamasının hukuka uygunluğu söz konusu olamaz.

¹⁷⁹Çalışmanın tam metni için bkz. <http://www.istabip.org.tr/index.php/hukuk/guncel-hukuk/148-parmak-zi-uygulamas-hakknda-hukuki-deerlendirme--av-meric-eyuebolu-.html> (E.T. 26.05.2012).

¹⁸⁰Bkz. Danıştay 12. Daire Başkanlığı’nın 15.05.2006 tarihli ve 2005/6811 E. ve 2006/1959 K. sayılı kararı, <http://www.kazanci.com> (E.T. 26.05.2012). Ayrıca Belediye ve Özel İdare Çalışanları Birliği Sendikası (Bem-Bir-Sen) tarafından parmak iziyle mesai takibi yapılmasına karşı açılan davada, Adana 1. İdare Mahkemesi kişisel bilgi olarak belirttiği parmak izinin hiçbir kanuni dayanak olmadan alınmasını hukuka aykırı bulmuştur (Bkz. 26.12.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi). Isparta İdare Mahkemesi’nin de aynı yöndeki kararı için bkz. <http://www.bembirsen.org.tr/haberdetay.php?fide=2685> (E.T. 26.05.2012).

Öte yandan çalışmada işyerine giriş ve çıkışlarda parmak izi uygulamasının AİHS m.8 ve Yönerge'yi açıkça ihlal ettiği vurgulanmaktadır. Ayrıca BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin kurduğu denetim mekanizmasını yürütmekle sorumlu “İnsan Hakları Komitesi 16 No.lu Genel Yorumu”nda¹⁸¹ belirtildiği üzere, kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarında, veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması ya da saklaması hukuki düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Parmak izi alma işlemi AİHM içtihatlarında yer alan kanunilik koşulu başta olmak üzere hiçbir koşula uymamaktadır. Sonuç olarak bahsi geçen çalışmada, personel mesai takibi adı altında hukuka açıkça aykırı olarak yapılan parmak izi uygulamasına derhal son verilmesi ve/veya hiç başlanmaması, bu uygulama nedeniyle elde edilmiş verilerin de yok edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksi takdirde, bu uygulamaya karar veren veya başlayan ilgili kişilerin hukuki sorumlulukları söz konusu olacaktır. Kanımızca da çalışmada saptanan tüm hususlar son derece yerindedir ve işyerine giriş ve çıkışlarda işçinin maruz kalabileceği retina taraması, ses ve yüz tanınması¹⁸² gibi kişisel veri işlemeye müsait diğer yöntemler için de geçerlidir.

Bunun yanı sıra işveren işyerinde güvenlik açısından tehlike yaratacak maddelerin işyerine girişinin veya işyerindeki değerli malların izinsiz dışarı çıkarılmasının engellenmesi gibi sebeplere dayanarak giriş ve çıkışlarda işçilerin üstünü aramak isteyebilir. Ancak işveren arama yetkisini işyeri dışında kullanamaz ve söz konusu arama neticesinde işverenin elde ettiği işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi de veri koruma hukukunun esaslarına tabidir.

2- İşyerinde İşçiye Ait Eşyaların Aranması

İşyerinde işçiye ait eşyaların aranması işçinin kişisel verilerinin toplanması niteliğinde olduğundan, işçiye ait bilgilerin işlenmesi sürecinde yer almaktadır. Bu doğrultuda işçinin çalıştığı oda, kullandığı çekmece ve dolapta işverence yapılacak aramalar bakımından genel olarak, söz konusu eşyaların işverene ait olmasının işçinin özel yaşamına ve kişisel verilerine müdahale edilmesi hususunda herhangi bir

¹⁸¹Belgenin tam metni için bkz. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument> (E.T. 26.05.2012).

¹⁸²Söz konusu yöntemler hakkında genel bilgi ve ABD'deki uygulama için bkz. Frederick S. Lane III, **The Naked Employee- How Technology is Compromising Workplace Privacy**, New York, Amacom, 2003, s. 65-76.

fark yaratmadığı kabul edilmektedir. Zira Yargıtay'ın bir kararında¹⁸³, gece kilitli olan santral oda kapısı güvenlik görevlileri tarafından kırılarak santral operatörü olarak çalışan işçinin kullandığı çekmece zorla açılmış ve içindeki defter okunup ertesi gün işletme müdürü tarafından deftere el koyulmuştur. Ancak işçiye ait olan defterde işletme müdürüne yönelik Cumhuriyet düşmanı ve irtica militanı olduğuna dair isnatlar bulunduğu bahisle, işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Kararda işçiye ait özel defterin yasal olmayan yollarla elde edildiği ve defterdeki kayıtlara dayanılarak iş sözleşmesinin feshedildiği, oysaki işçi düşüncelerini herhangi bir yerde açıklamadığı için işveren hakkında asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla oda ve çekmece gibi yerlerin işverene ait olması, işverenin arama yaparak işçinin kişisel verilerini ele geçirmesini hukuka uygun hale getirmemektedir. Aksi takdirde fesih nedeni olarak gösterilen defterin, yasal olmayan bir şekilde elde edilmesinin önü açılmış olur.

İşyerine giriş ve çıkışlarda yapılan kontroller için geçerli olan hukuka uygunluk nedenleri, işçiye ait eşyaların aranması açısından da söz konusudur. Bunun dışında, öncelikle belirtmek gerekir ki, işyerinde bulunmadığı zamanlarda işin yürütümü için işçiye özgülenen mekânlara girilmesinin zorunluluk oluşturduğu durumlarda ve işçiden bunu öngörmesi beklenebilir ise, bu amaca özgü şekilde yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmamalıdır¹⁸⁴. Örneğin işin yürütümü için gerekli olan bir programın işçinin odasındaki bilgisayarda yüklü olması ya da iş araçlarının bulunduğu bölümün anahtarlarının işçinin çekmecesinde olduğunun bilinmesi böyle durumlardır. Buna karşılık işverenin sözleşmeye her an her mekânı, önceden haber vermeksizin ve neden göstermeksizin aramasına işçinin rıza gösterdiği şekilde koyacağı bir hüküm, TMK m.23'e aykırıdır. İşverenin zor kullanarak arama yapması da mümkün değildir. Ayrıca işverenin ister kendisinin, isterse işçinin mülkiyetinde olan bir eşyayı arayarak elde ettiği işçiye ilişkin kişisel verileri hukuka uygun bir şekilde işlemesi gerekmektedir. Aksi takdirde işverenin yaptığı arama hukuki sorumluluğuna yol açacaktır.

¹⁸³Bkz. Yargıtay 9. HD'nin 30.10.2000 tarihli ve 10386/15096 sayılı kararı (Ünal Narmanlıoğlu, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2002, s. 55).

¹⁸⁴Sevimli, **A.g.e.**, s. 217.

C- İşçinin İzlenmesi ve Gözetlenmesi

Günümüzde bilim ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte işçilerin telefonlarının dinlenmesi ve kaydedilmesi, e-postalarının, internete girişlerinin ve ziyaret ettikleri sitelerin denetlenmesi, işyerindeki davranışlarının görüntü ve ses alma cihazları vasıtasıyla gözetlenmesi gibi iş ilişkisinde kullanılan izleme ve gözetleme uygulamaları son derece yaygınlaşmaktadır. Söz konusu uygulamaların tamamı işçi hakkında kişisel veri elde edilmesini sağladığından, veri koruma hukuku kurallarına tabidir. Zira 29. Madde Veri Koruması Çalışma Grubu tarafından hazırlanan “8/2001 Sayılı İş İlişkisinde Kişisel Verilerin İşlenmesi Hakkında Görüş”¹⁸⁵ uyarınca da işçilerin e-postalarının ve internet erişimlerinin izlenmesi ile ses ve görüntü verilerinin işlenmesi 95/46/EC sayılı Yönerge’nin kapsamına girmektedir.

Bu doğrultuda diğer uygulamalarda olduğu üzere, izleme ve gözetleme de birtakım hukuka uygunluk nedenleri olmaksızın gerçekleştirilemez. Bunlardan ilki olan üstün özel yarara verilebilecek tipik örnek, işe ve işyerine yönelik gizli bilgilerin rakip işletmelere sızdırılmasının engellenmesidir. Ancak kanımızca bu durumda önemli olan, sızdırılan bilginin işverenin veya diğer işçilerin kişilik haklarının ihlaline yol açması gerektiğidir. Öte yandan işçinin işlemeyi hukuka uygun hale getirecek nitelikteki rızası da, uygulama makul bir nedene dayanmasa dahi söz konusu olabilir.

İzleme ve gözetleme işverenin dayandığı nedenin haklı kıldığı amaca ulaşmaya özgü yapılmak zorundadır. Örneğin virüs veya güvenlik programlarının neden olabileceği ağır ekonomik yıkımı önlemek veya iletişim sistemini korumak amacıyla yapılan uygulamanın sonucunda elde edilen kişisel veriler bahsi geçen amaçlar dışında kullanılamaz. Bu kuralın istisnası, sistem güvenliği için yapılan izlemede elde edilen ve güvenlik amacıyla ilgisi olmayan verinin, işçinin çıkarına olması ya da ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı veya suç oluşturan bir hareketi ortaya çıkarmasıdır¹⁸⁶. Ayrıca izleme ve gözetleme uygulamalarının gerçekleştirilmesi, gerekli olmalarına bağlıdır. Bu gereklilik işçinin e-postalarının izlenmesi açısından, işçi işyerinde bulunmadığı takdirde işle ilgili iletişimin başka

¹⁸⁵Belgenin tam metni için bkz. <http://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=1365969> (E.T. 26.05.2012).

¹⁸⁶Sevimli, A.g.e., s. 200.

şekilde devam ettirilememesi olarak gösterilebilir. Belirtmek gerekir ki işçinin kişisel verilerinin gizliliğinin korunması ve güvenliğinin sağlanması için işverenin gerekliliğe dayanarak bu uygulamalara başvurmadan önce diğer tüm yolları tüketmiş olması gerekir.

Öte yandan uluslararası alanda kural olarak gizli izleme ve gözetleme yapılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir ve UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu'na göre veriye ulaşma hakkına ilişkin sınırlamalar gizli izleme ve gözetleme için de geçerlidir. Fakat ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın veya işyerindeki suçun araştırılması nedenine dayanılması, bu tür bir davranışın varlığı konusunda makul şüphe olmadıkça tek başına gizli izlemeyi haklı kılmaz. İstisnai olarak yapıldığı takdirde ise gizli izleme, sıkı şekilde amaca yönelik olmalı, doğruluk ve bağlılığa uymadığı konusunda hakkında makul şüphe bulunan işçi dışındakileri kapsar şekilde yapılmamalıdır¹⁸⁷. İşin niteliği gerektirmedikçe yapılması ve işçinin özel alanlarını kapsamaması da mümkün değildir. Kaldı ki, izleme süresinin baştan belirlenmiş olması da gerekmektedir.

İşverenin izleme ve gözetleme öncesinde işçiyi bilgilendirmesi şarttır ve söz konusu bilgilendirmede, bunun nedenleri ve amaçları ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır. İzledikleri belirli aralıklarla işçilere anımsatılmalı ve konulan kurallara uyulmadığı tespit edildiğinde uygulanacak yaptırıma ilişkin sürecin işleyişi de bilgilendirmede yer almalıdır. Özellikle, işçinin kural ihlali yaptığının nasıl ve ne zaman kendisine bildirileceği belirtilmeli; bu tür iddialar karşısında cevap hakkı tanınmalıdır¹⁸⁸. Uygulamanın devam ettirilmesini haklı kılan bir sebep bulunmadıkça işçinin kural ihlali fark edildiği anda uyarılması yerinde olacaktır. İşçinin kastı olmadan bu kurallara aykırı davranabilmesi mümkün olduğundan, işverenin işçiyi uyarması dürüstlük kuralının bir gereğidir. Kural ihlali fark edilmesine rağmen uyarı yapılmadan uygulamaya devam edilmesini haklı kılacak nedenlerin, uluslararası belgelerde gizli izlemeyi haklı kılan istisnai nitelikteki nedenler olduğu ileri sürülmektedir.

¹⁸⁷Sevimli, A.g.e., s. 205. Nitekim Düsseldorf İş Mahkemesi'nin 03.05.2011 tarihli ve 11 Ca 7326/10 sayılı kararında da belirtildiği üzere; işyerinin gizlice video kamera ile izlenmesi sadece belirli kişilerce bir suçun işleneceği şüphesinin varlığı halinde mümkündür (Bkz. **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 31, İstanbul, 2011).

¹⁸⁸Sevimli, A.g.e., s. 207.

Kanımızca Türk Hukuku açısından izleme ve gözetlemenin işveren tarafından gizlice yapılması hiçbir şekilde söz konusu olamaz. Nitekim kolluk kuvvetlerince yapılacak izlemenin ve dinlemenin bile yalnızca mahkeme kararıyla olabildiği dikkate alındığında, işverene bu hakkın istisnai olarak tanınması dahi, onun kamu makamlarının bile sahip olmadığı bir yetkiyle donatılmasına yol açacaktır. Öte yandan işçinin kişisel verilerinin korunmasını sağlayan en önemli haklardan biri olan veriye ulaşma hakkı, işçinin süregelen izleme ve gözetleme uygulamasının hukuka ve dürüstlük kuralına uygunluğunu denetleyebilmesi için de oldukça önemlidir. İşçi bu şekilde uygulamanın kişisel verilerine müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirebilecektir.

1- İşçinin Elektronik Ortamda İzlenmesi

Bilgisayar ve internet kullanımı hayatın her alanında gittikçe yaygınlaştığından, birçok işyerinin ve işletmenin vazgeçilemez unsuru haline alarak iş görmeyi oldukça kolaylaştırmıştır. Buna karşılık söz konusu kullanım işçide sağlık sorunlarına neden olabilmekte ve işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Özellikle işçinin işyerindeki bilgisayar, internet ve e-posta sistemlerini işin gerektirdiği çerçevede kullanmak yerine, özel amaçlar doğrultusunda izinsiz kullanması büyük sorunları beraberinde getirmektedir. İşyerindeki araçların izinsiz özel amaçlı kullanımı iş gücü kaybı yanında, belli masraflara ve internete bağlı kalınan süre içerisinde işyerinin bilgisayar sisteminin virüs bulaşması sonucu zarar görmesi ve işletme sırlarının öğrenilebilmesi tehlikelerine yol açmaktadır¹⁸⁹. Kaldı ki işçinin internet üzerinden gerçekleştirebileceği hukuka aykırı eylem ve işlemleri işverenin sorumluluğuna neden olabilmektedir. Bu yüzden işverenin işyerinde sahip olduğu araçların gereğine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını yönetim hakkına dayanarak denetlemesi ve izin alınmaksızın özel amaçlı kullanılması durumunda birtakım hukuki yaptırımlara başvurması mümkündür¹⁹⁰. Fakat işveren yapacağı denetimde, işçinin kişisel verilerinin ve haberleşme gizliliğinin korunmasına ilişkin haklarını ihlal edemez.

¹⁸⁹Zeki Okur, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 20, S. 3, İstanbul, 2006, s. 3.

¹⁹⁰Yargıtay 9. HD'nin 13.12.2010 tarihli ve 2009/447 E. ile 2010/37516 K. sayılı kararında da işverenin kendisine ait bilgisayar ve e-posta adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunduğu hükme bağlanmıştır (Bkz. **Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki**, S. 383,

İşveren yönetim hakkı çerçevesinde işyerinde bilgisayar, internet bağlantısı ve e-posta gibi araçların kullanılıp kullanılmayacağına, kullanılması halinde ise kapsamına ve sınırlarına serbestçe karar verme yetkisine sahiptir. Ayrıca işveren, işyerindeki söz konusu araçların özel amaçlı kullanımını açık veya örtülü bir şekilde yasaklayabileceği gibi¹⁹¹, buna izin de verebilecektir¹⁹². Belirtmek gerekir ki işyerinde bilgisayar, internet ve e-posta sisteminin işçiler tarafından özel amaçlı kullanımına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığı takdirde, kural olarak işçi mesai saatleri içinde ve dışında özel amaçlı kullanım hakkına sahip değildir¹⁹³. Nitekim iş sözleşmesi kapsamında işçi işverene ait araçları kişisel amaçları için kullanamaz meğerki özel amaçlı kullanımı haklı kılacak acil durumlar söz konusu olmasın¹⁹⁴. İşçinin işyerinde fazla mesaiye kaldığı için eve geç geleceğini ailesine e-posta aracılığıyla bildirmesi, son gün olması nedeniyle faturayı internet üzerinden ödemesi, bir yakını kazaya uğradığında e-posta ile haberleşmek zorunda kalması veya tanıtım amacıyla müşterilere özel içerikli e-postalar yazılması acil durumlara örnek verilebilir. Öte yandan işyerinde özel amaçlı kullanıma iş sözleşmesi veya

İstanbul, 2012, <http://www.tekstilisveren.org/ttsis/images/stories/dergi/mart12/hukukmart2012.pdf>, E.T. 26.05.2012).

¹⁹¹Buna karşılık *Hendrickx*'e göre; özel kullanım yasaklanmış olsa dahi, işçinin özel amaçla iletişim hakkı mevcuttur (Bkz. Frank Hendrickx, **Protection of Workers' Personal Data in the European Union: Surveillance and Monitoring at Work**, http://lirias.lesius.eu/bitstream/123456789/2206/1/1_dataprotection_hendrickx_combinedstudies_en%5B1%5D.pdf, s. 117, E.T. 26.05.2012). Ayrıca Fransız Enformasyon ve Özgürlükler Kurulu(CNIL)'nun 2002 tarihli raporuna göre, iletişim ve bilgi çağında bilgisayar ve internetin özel amaçlı kullanılmasını tamamen yasaklamak gerçekçi olmadığı gibi, işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesini de bozmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/en/CNIL-cybersurveillance-feb2002-VA.pdf>, 26.05.2012).

¹⁹²İşverence verilen iznin niteliğine ilişkin Yargıtay 9. HD'nin 17.03.2008 tarihli ve 2007/27583 E. ve 2008/5294 K. sayılı kararında ifade edildiği üzere; "*İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın fark edilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir*"(Bkz. Alper Yılmaz, *İşyerine Ait Bilgisayar, İnternet ve Telefon Kullanımında İşverenin Denetim Hakkı ve Sınırı*, http://www.alomaliye.com/2011/alper_yilmaz_isyeri.htm, E.T. 26.05.2012).

¹⁹³Aynı yönde Zeki Okur, "*İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi*", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 8, S. 2, Ankara, 2005, s. 53; Kuşku, **A.g.e.**, s. 33; Alper Yılmaz, **A.g.e.** Ayrıca *Yılmaz* özel kullanımın tespiti halinde işverenin öncelikle işçiyi ihtar etmesi, bunun üzerine fesih hakkını kullanması gerektiğini belirtmektedir. Buna karşılık Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin 11.02.2005 tarihli ve 4 Sa 1018/04 sayılı kararına göre; kesin bir yasaklama olmadığı sürece işçinin telefon ve internet bağlantılarını özel amaçlı kullanması mümkündür (Bkz. **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 10, İstanbul, 2006). Ayrıca Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin 15.12.2003 tarihli ve 2 Sa 816/03 sayılı kararı gereğince; açık bir düzenleme olmadığı sürece işçinin özel amaçlı e-posta kullanımı nedeniyle sözleşmesinin feshi ihtarsız yapılamaz (Bkz. **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 2, İstanbul, 2004).

¹⁹⁴Yargıtay 9. HD'nin 17.03.2008 tarihli ve 2007/27583 E. ve 2008/5294 K. sayılı kararında da, internetin özel amaçlı kullanım yasağının yalnızca acil durumlar ve işe ilişkin sebepler nedeniyle delinmesinin meşru olduğu hükme bağlanmıştır (<http://www.kazanci.com>, E.T. 26.05.2012).

işyeri uygulamasına dayanılarak izin verilmesi, söz konusu iznin zaman, yer, şekil ve ücret bakımından sınırlandırılmasına engel teşkil etmez. Kaldı ki işveren işçinin özel kullanımına dair verdiği izni her zaman geri alabilir. İşçi ile işveren arasında işyerinde bilgisayar, internet ve e-posta sisteminin kullanımı dolayısıyla ortaya çıkabilecek hukuki problemlerin önüne geçilebilmesi için işyerinde özel amaçlı bilgisayar ve internet kullanımı kurallarının sözleşmede veya personel yönetmeliği gibi belgelerde yazılı olarak belirlenmesi ve bunun taraflarca imzalanması önerilmektedir¹⁹⁵.

İşyerindeki internet, bilgisayar ve e-posta gibi araçların kullanımının denetiminde önemli olan husus, işçinin ve işverenin çatışan menfaatlerinin dengelenmesidir. Dolayısıyla denetimde uygulanacak temel ilke, orantılılık ilkesidir¹⁹⁶. Buna göre işverenin, işçinin kişisel verilerine ilişkin yaptığı müdahale orantılı olduğu ve işletme menfaatleri müdahaleyi gerektirdiği sürece, işçinin söz konusu araçları kullanımını denetleme hakkı mevcuttur. Bu nedenle işverenin yaptığı denetim, işletmeye ilişkin haklı çıkarları olması ve bunların işçinin kişisel verilerinin korunmasından daha ağır basması nedeniyle gerçekleştirilebilir. Ayrıca işverenin denetim öncesinde işçiye amaç, şekil ve uygulama hakkında bilgi vermesi gerekmektedir. Ne var ki kötüye kullanıma yönelik şüphenin varlığı halinde, denetim uygulamasının önceden bildirilmemesi mümkündür. Genel olarak yapılacak denetimlerde, özellikle işçinin girdiği internet sayfalarından, yaptığı işlemlerden ve gönderdiği e-postalardan işçinin kişisel verilerinin elde edilmesi söz konusu olacağından, işçinin yapılacak denetime yönelik rızasının alınması da uygun olacaktır. *Okur*'a göre; özel amaçlı kullanım yasaklandığı takdirde, işçinin denetime

¹⁹⁵Okur, Yeni Teknoloji, s. 5; Aynı görüşte Fernando Vargas, El Correo Electrónico del Trabajador ¿Es Posible Su Registro por Parte del Empresario?, <http://www.cuti.org.uy/documentos/El%20correo%20electronico%20del%20trabajador.pdf>, s. 11-12 (E.T. 26.05.2012). Kanımızca “İşyerindeki bilgisayar ve e-posta alıp göndermek gibi internet bağlantısının kullanımı yalnızca iş yapma amacıyla olabilir. Özel amaçlı kullanım yasaktır. Bilgisayar ve internet, sadece geçerli şahsi giriş hakkı ile kullanılabilir. Bilgisayara yabancı programlar kopyalanamayacağı gibi, bilgisayara disket, CD-ROM veya internette bilgi ve dosyalar kaydedilemez” şeklindeki bir düzenleme olası sorunları azaltacaktır. Nitekim Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 26.10.2004 tarihli ve 6 Sa 348/03 sayılı kararında özel amaçlı internet kullanımının sadece “*esas itibariyle*” yasaklanmasının yeterince açık olmadığına, zira bu ifadede istisnai hallerde özel amaçlı kullanımın mümkün olduğu sonucunun çıkarılabileceğine hükmedilmiştir (Bkz. **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 7, İstanbul, 2005).

¹⁹⁶Aynı yönde José Cuervo Alvarez, El Uso del Correo Electrónico en el Trabajo, http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp (E.T. 26.05.2012).

ilişkin örtülü rıza gösterdiği kabul edilebilir¹⁹⁷. Öte yandan işveren denetimi bireysel şekilde veya çeşitli elektronik sistemler vasıtasıyla otomatik olarak yapabilmektedir.

Bu doğrultuda işveren işyerinde kullanılan elektronik araçlarla yapılan işi denetleyebilir. Örneğin firmanın satış bölümünde çalışan kişinin bilgisayarda hazırladığı satım sözleşmesi veya müşteriye yazılan e-postalar işverence denetlenebilmektedir. Fakat işveren öncelikle, işçinin işle ilgili yazdığı e-postaların yazılma ve gönderilme tarihlerini, gönderilen bilginin hacmini, varsa e-posta göndermenin karşılığı olan ücreti ve alıcının adresini denetleyebilir. İşyerindeki bilgisayar, internet ve e-posta bağlantısının sadece iş amaçlı kullanılmasına yönelik açık düzenleme bulunduğu hallerde ise, işçinin bilgisayarda kayıtlı tüm dosyaları ve e-postaları işle ilgili bilgiler ve haberleşme metinleri olarak kabul edilecek ve işveren bunların tamamını denetleme ve okuma hakkına sahip olacaktır. Ancak bu halde dahi, bir e-posta adresinden veya başlığından özel içerikli olduğu anlaşılırsa, bütün e-postaların iş amaçlı yazıldığı kuralının geçerliliği kalmayacak ve özel e-postaların açılması, kaydedilmesi ve okunması mümkün olmayacaktır¹⁹⁸. Öte yandan işçiye işle ilgili verilmiş olan bir e-posta adresine gelen e-postalar, işçinin hasta ya da tatilde olması nedeniyle işyerinde bulunmadığı takdirde, işveren tarafından açılıp okunabilecektir. Zira iş amaçlı verilen e-posta adresindeki mesajların işyerini ilgilendiren ve önemli nitelikte olma ihtimali yüksek olduğundan, işverenin içeriği öğrenebileceği kabul edilmelidir.

Buna karşılık işçinin işyerindeki bilgisayar, e-posta ve internet bağlantısını özel amaçlı kullanımına izin verilmesi durumunda işverenin, işçinin özel/kişisel dosya ve e-postalarına bakması ve denetlemesi kural olarak yasaktır¹⁹⁹. Aksi takdirde işçinin kişisel verileri ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla işçiye özel amaçlı e-posta gönderme izni verilirken, özel ve iş amaçlı e-postaların ayırt edilebilmesi için işçiye özel bir e-posta adresinin verilmesi, e-postanın özel olduğuna dair bir kayıt düşülmesi veya özel e-postaların bilgisayarda kişisel adlı bir dosyada saklanması iş sözleşmesinde bir yükümlülük olarak öngörülebilir. Böylece işveren özel amaçlı e-posta yazışmalarının yazılma ve gönderilme tarihini, gönderilen bilginin hacmini ve alıcının adresini denetleyemeyecek ve kayıt altına alamayacaktır.

¹⁹⁷Bkz. Okur, Yeni Teknoloji, s. 7-8.

¹⁹⁸Aynı yönde Hendrickx, Surveillance and Monitoring, s. 120.

¹⁹⁹Okur, Yeni Teknoloji, s. 8.

İşveren istisnai olarak örneğin, bir ceza hukuksal eylem başlangıcı ya da işyeri sırlarının açıklanması ya da işyerinde cinsel anlamda tacize başlanacağına ilişkin yeterli şüphenin bulunması durumunda e-postanın içeriğini denetleyebilecektir²⁰⁰.

Son olarak işçinin gezindiği internet sayfalarının denetimi de, somut olayın özellikleri çerçevesinde işçinin kişisel verilerinin ihlaline yol açabilir çünkü işçinin sıkça kullandığı internet sayfalarından kişiliğine ilişkin bilgi edinmek mümkündür. Bu kapsamda işçinin kullandığı internet sayfalarının denetimi için interneti kullanmasına yönelik verilen izin niteliği belirleyici olacaktır. Öncelikle işçinin işyerinde ücret karşılığı özel amaçlı internet bağlantısı kullanabilmesi halinde, işveren işçinin bağlandığı internet adreslerinin bağlantı bilgilerine, bağlantı ücretlerinin hesaplanması için bakabilecek ve işçinin iş amaçlı kullandığı siteleri kolaylıkla tespit edebilecektir. Ancak bu durumda özel kullanıma yönelik elde edilen tüm bilgilerin hesaplama yapıldıktan sonra tamamen silinmesi zorunludur. Özel amaçlı internet kullanımına ücretsiz izin verildiği takdirde ise, işveren işçinin kullandığı internet sayfalarını içerik açısından yalnızca suç oluşturan bir eylemin varlığı halinde denetleyebilir. Buna karşılık sadece iş amaçlı internet kullanımına izin verildiğinde, işveren işçinin işle ilgili olmayan ve istenmeyen sitelere girmesini engelleyen özel filtre programlarını denetim için kullanabilecektir. İşyerinde internet kullanımı tamamen yasaklanmışsa, işveren internet bağlantısına ilişkin bilgileri ve girilen internet sitesinin içeriğini denetleme hakkına sahiptir. Fakat kanımızca internet kullanımının tamamen yasaklanması, işin niteliğinin internet kullanımını gerektirmediği istisnai durumlarda söz konusu olabilir.

İşyerinde bilgisayar, e-posta ve internet kullanımının denetlenmesine yönelik uluslararası düzenlemelerin temelini 95/46/EC sayılı Yönerge oluşturmaktadır. Zira işverenin söz konusu denetimi sonucunda elde ettiği işçiye ait kişisel veriler, Yönerge’de öngörülen kurallar gereğince korunacaktır. Bu doğrultuda işverenin denetimi ile işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesi söz konusu olamaz. Ayrıca “2002/58/EC Sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Yönerge”de²⁰¹ her türlü elektronik haberleşme hizmeti çerçevesinde kişisel verilerin korunmasına

²⁰⁰ A.g.e., s. 9.

²⁰¹ Belgenin tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:HTML> (E.T. 26.05.2012).

yönelik ilkeler söz konusudur. Bunun yanı sıra 29. Madde Veri Koruması Çalışma Grubu'nun "*İşyerinde Elektronik İletişimin İzlenmesi Belgesi*"²⁰² de birebir iş ilişkisi çerçevesinde uygulanabilmesi nedeniyle önemlidir. Bu çalışma uyarınca işveren tarafından başvuru izleme politikalarının yasal ve haklı olabilmesi için uyulması gereken genel ilkeler; gereklilik, amaçsallık, şeffaflık, meşruluk, ölçülülük, kesinlik ve verilerin saklanması ve güvenlik şeklinde belirtilmiştir²⁰³.

Fransız hukuku açısından ise Fransız Yargıtay'ının *Nikon* kararı²⁰⁴ uygulamaya yön vermektedir. Davada işveren, işçiye temin ettiği bilgisayarda kayıtlı "kişisel" olarak adlandırılmış bir dosyada yer alan e-posta mesajlarına dayanarak işçinin iş saatleri içinde şirket malzemelerini hukuka aykırı olarak sattığını kanıtlamaya çalışmış ve sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme ise istinaf mahkemesinin işveren lehine verdiği kararı bozarak, işçinin işyerinde bile olsa iletişim gizliliği hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca Fransız hukukuna göre işverenin elektronik ortamda işçiyi denetleyebilmesi ve gözetleyebilmesi için şeffaflık, ölçülülük ve kolektif katılım koşullarına uyması gerekmektedir. İngiltere'de işverenin işçinin özel e-postalarını okuyamayacağı kabul edilirken, İsveç hukukunda ise elektronik ortamda gözetleme ceza kanunu kapsamında yer almaktadır. İtalya'da işverenin internet ve e-posta üzerindeki denetimi Fransız hukukuna benzer şekilde sınırlandırılmıştır. Hollanda'da ise işçi işveren tarafından sağlanan bir internet bağlantısı kullansa bile, e-postalarının gizli kalması gerektiği kabul edilmektedir.

Buna karşılık Amerikan İdareciler Birliği ve e-Politika Enstitüsü tarafından 2007 yılında hazırlanan "*Elektronik İzleme ve Gözetleme Anketi*"ne²⁰⁵ göre ABD'de işverenlerin %66'sı internet bağlantılarını, %43'ü bilgisayardaki dosyaları, %43'ü de e-postaları denetlemektedir. E-posta denetiminde ise %73'ü otomatik izleme cihazları kullanırken, %40'ı e-postaların okunması için bir görevli atamaktadır. İşverene denetim imkânı sağlayan araç ve programların gittikçe daha ucuz ve etkin hale geldiği ABD'de, internet ve e-posta kullanımının denetlenmesinin oldukça

²⁰²Belgenin tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf (E.T. 26.05.2012).

²⁰³F. Burcu Savaş, "İş Hukukunda Siber Gözetim", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, S. 22, İstanbul, 2009, s. 106.

²⁰⁴Bkz. Nikon France Onof'a karşı, 02.10.2001 tarihli ve PN 2002-1 sayılı karar.

²⁰⁵Anketin tam metni için bkz. <http://www.plattgroupllc.com/jun08/2007ElectronicMonitoringSurveillanceSurvey.pdf> (E.T. 26.05.2012).

yaygın olduğu açıktır. Öte yandan McLaren Microsoft Corporation'a karşı davası²⁰⁶ da Amerikan hukukunun işverenin denetim hakkına ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktadır. Nitekim bahsi geçen davada, şirkete ait bilgisayar üzerinden gönderilen e-postaların işletmenin mülkiyetine dâhil olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme tarafından belirli bir parola ile girilen kişisel e-posta kutularında dahi işçinin özel yaşam alanına müdahale edilmemesi konusunda bir beklentisinin söz konusu olamayacağı, zira bu mesajların şirkete ait bir ağ üzerinden iletilerek işverence girilmesi mümkün olan şirket sunucusu üzerinde depolandığı belirtilmiş ve işverenin hukuka aykırı veya gayri mesleki kullanımını engellemek konusundaki menfaatinin, işçinin özel yaşam gizliliği konusundaki beklentisinin önünde geldiği açıklanmıştır²⁰⁷.

Türk hukukunda ise işverenin elektronik ortamda yapacağı denetimlere ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanımızca 95/46/EC sayılı Yönerge'de öngörülen temel ilkeler bu durumda da dikkate alınacaktır. İşçinin işverenin mülkiyetinde olsa bile bilgisayarda kişisel verilerini saklaması mümkündür ve fakat kişisel veriler için kişisel olduğunu belirten bir dosya açarak veya e-posta kullanarak kişisel bilgileri ile mesleki belgeleri birbirinden ayırması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, işveren tarafından kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesine maruz kalma olasılığı artacaktır. Ayrıca işverenin işçinin kullandığı bilgisayarda yapacağı denetimlerde, işçinin de hazır bulunması ve denetime ilişkin tutanak gibi bir belge tutulduğunda işçinin de beyanının ya da savunmasının alınması gerekmektedir. Nitekim bu şekilde yapılacak bir denetim tarafsız ve hakkaniyete uygun olacaktır.

2- İşçinin İletişiminin İzlenmesi ve Görsel Olarak Gözetlenmesi

İşçinin izlenmesi ve gözetlenmesi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmakta ve bilgisayar teknolojisinin gelişmesi nedeniyle elektronik sistemlerle de kolaylıkla gerçekleştirilmektedir. Örneğin işçinin bilgisayar tuşlarına her dokunuşu kaydedilebilmekte ve bu sayede bilgisayarın başında ne süre ile kaldığı ve ne kadar

²⁰⁶Bkz. Bill McLaren Jr. Microsoft Corporation'a karşı, 28.05.1999 tarihli ve 05-97-00824-CV sayılı karar.

²⁰⁷Özdemir, **A.g.e.**, s. 14. Bahsi geçen özel yaşama dair gizlilik beklentisi yalnızca kamu çalışanları için bazı durumlarda söz konusu olabilmektedir (Bkz. Sven Rupert Abrahamse, Electronic Communications in the Workplace, http://svrhldig001.uct.ac.za/R/?func=dbin-jump-full&object_id=1317&local_base=GEN01, s. 36-37, E.T. 26.05.2012).

ayrıldığı anlaşılabilir²⁰⁸. Hatta bilgisayar ekranının üzerine yerleştirilen bir kamerayla veya işyerinde kurulacak bir ağ ile işverenin tüm işçilerin hareketlerini tek bir tuşla takip edebilmesi de mümkündür. Ayrıca işyerlerinde kapalı devre televizyon sistemleri kullanılarak işçilerin soyunma, temizlik, çocuk bakım ve dinlenme odalarında gözetlenmeleri söz konusudur. Genel anlamda mavi yakalı işçilerin gözlenmesinde daha geleneksel ve basit teknikler kullanılmakta; buna karşın beyaz yakalı denilen ve genellikle ofislerde çalışan işçilerin gözlenmesinde daha teknik ve bilgisayar destekli gözleme metotları kullanılmaktadır²⁰⁹.

Söz konusu bilgisayar destekli gözetleme yöntemlerinin başında elektronik performans izleme sistemleri²¹⁰ gelmektedir. Bu sistemler işçilerin üretim faaliyetlerine ilişkin bilgilerin bilgisayar veya telefon aracılığıyla toplanıp saklanması ve değerlendirilmesini sağlamaktadır. İşyerindeki telefon sisteminin yapılan görüşme sayısı ve görüşmelerin ortalama uzunluğu gibi bilgileri toplayıp kaydetmesi örnek olarak verilebilir. İzlemeye en çok konu olan işlerden bir kısmı: kelime işlemciler, veri girişi yapan görevliler, telefon operatörleri, müşteri temsilcileri, tele pazarlamacılar, süpermarket kasa görevlileri ve banka çalışanlarıdır²¹¹. Ne var ki söz konusu sistemler işçilerin kişisel verilerinin ihlaline sebep olduğu gibi, stres yaratması nedeniyle depresyon, gerilim ve sinirliliğe de yol açmakta ve çok hızlı çalışma gerektirdiğinden verimlilik ve kaliteyi olumsuz yönde etkilemektedir.

Gözetleme ve iletişimin izlenmesine ilişkin uluslararası düzenlemelere bakıldığında, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin uygulanması söz konusu olacaktır. Zira söz konusu uygulamalar işçinin kişisel verilerinin işlenmesi anlamına geldiğinden, Yönerge'de öngörülen kurallara uygun gerçekleştirilmedikçe ihlale yol açacaktır. Öte yandan AİHM, 25.06.1997 tarihli kararında işçinin işyerinde özel amaçlı telefon kullanabilmesine yönelik haklı bir beklentiye sahip olduğuna ve işverenin mülkiyetindeki iletişim araçlarında dahi izlemenin söz konusu olamayacağına

²⁰⁸ Aydın, **A.g.e.**, s. 202-203.

²⁰⁹ **A.g.e.**, s. 203.

²¹⁰ Elektronik Performans İzleme Sistemleri (EPİS) hakkında detaylı bilgi için bkz. Gözde Yılmaz, "Elektronik Performans İzleme Sistemlerinin Çalışanlar ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri", **İTÜSBD**, S. 7, Y. 4, İstanbul, 2005, s. 1-19.

²¹¹ Yılmaz, **A.g.e.**, s. 6. Ayrıca bilgisayar programcıları ve uçak rezervasyonu yapan bilet görevlileri de bu kapsamda yer almaktadır.

hükmetmiştir²¹². Ayrıca 29. Madde Veri Koruması Çalışma Grubu tarafından hazırlanan “4/2004 Sayılı Görsel İzleme Aracılığıyla Kişisel Verilerin İşlenmesi Hakkında Görüş”²¹³ gereğince; işyerinde görsel olarak gözetleme yapılabilmesi için gözetlemenin hukuka uygun olması, amacının belirli olması, haklı bir nedene dayanması, ölçülülük ve şeffaflığın sağlanması, sınırlı sayıda kişiye uygulanması ve gereken güvenlik önlemlerinin alınmış olması gerekmektedir. İngiltere’de iletişimin izlenmesi ve görsel olarak gözetleme sadece iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinin korunması amacıyla sınırlanmıştır. ABD’de ise Amerikan İdareciler Birliği ve e-Politika Enstitüsü tarafından 2007 yılında hazırlanan Elektronik İzleme ve Gözetleme Anketi’ne göre; işverenlerin % 45’i telefonda geçirilen zamanı ve aranan numaraları denetlerken, %16’sı telefon konuşmalarını kaydetmektedir. %9’u işçilerin sesli mesajlarını izlerken, %48’i ise hırsızlık ve şiddeti önlemek amacıyla işçileri kamerayla gözetlemektedir.

Türk hukuku açısından iletişimin izlenmesi ve görsel olarak gözetlemenin de kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine yol açabileceği açıktır. Nitekim işveren her iki yolla da işçiye ait kişisel verileri elde edebilmektedir. Dolayısıyla söz konusu uygulamalarda uluslararası alanda kabul edilen temel ilkeler göz önünde tutulmalı ve sadece iş sağlığı ve güvenliği veya işyerinin güvenliğinin sağlanması amacı bunu zorunlu kılıyorsa uygulama sürekli hale getirilmelidir. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinin korunması nedenleri dışında bir nedenin üstün özel yarar olarak değerlendirilmemesi ve işçinin rızasına son çare olarak başvurulması gerekir. Öte yandan görsel izleme gerekli olduğunda, izlenen alanları tam olarak belirten açık ve net bildirimlerde bulunulması ve bunun işçilerin özeline ağır saldırı oluşturacak mekânları kapsamaması gerekir²¹⁴. Her iki uygulamada da işçinin önceden haberdar edilmesi çok önemlidir. Bunun yanında yapılacak gözlem ancak amacının

²¹²Bkz. Halford Birleşik Krallık’a karşı, 25.06.1997 tarihli ve 20605/92 sayılı karar. Aynı esasin işyerindeki e-posta ve diğer tüm iletişim araçları için de geçerli olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Simon Rogerson, Surveillance in the Workplace, <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/general/ethicol/Ecv8no3.html>, E.T. 26.05.2012; Michael Rustad/Sandra R. Paulsson, Monitoring Employee E-Mail and Internet Usage: Avoiding the Omniscient Electronic Sweatshops: Insights From Europe, http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=suffolk_ip, s. 61, E.T. 26.05.2012).

²¹³Belgenin tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf (E.T. 26.05.2012).

²¹⁴Hüseyin İrfan Fırat, Çalışanların İş Esnasında Kamerayla İzlenmesi Yasal Bir Davranış Mıdır?, http://www.alomaliye.com/2007/huseyin_firat_kamera.htm (E.T. 26.05.2012).

gerektirdiği yoğunluk ve derecede olmalı ve sonucunda elde edilen veriler amacına uygun olarak kullanılmalıdır²¹⁵.

²¹⁵Fuat Bayram, “Borçlar Kanunu Taslağı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, TŞOF Plaka Matbaacılık, 2006, s. 27.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİYE AİT KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA YOLLARI

I - Türk Medeni Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

Kişilik hakkı niteliğine sahip olan kişisel verilerin genel hükümler kapsamında korunması, kişiliğin korunmasının düzenlendiği TMK m.24 ve m.25'e tabidir. Zira TMK m.24/1 gereğince hukuka aykırı şekilde kişilik hakkına saldırılan kişinin, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmayı istemesi mümkündür. TMK m. 24/2'de ise, kişilik haklarına karşı yapılan her türlü saldırıya ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinin yalnızca kişilik hakkı zarar gören kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın varlığı ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda kişisel verileri ihlal edilen işçi kanunda öngörülen söz konusu hallerden biri mevcut olmadıkça hâkimden işverene karşı korunma talep edebilecektir.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen işçinin açabileceği davalar ise TMK m.25'te öngörülmüştür. Buna göre işçinin hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini veya sona ermiş olsa dahi etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilmesi mümkündür. Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, işçinin kişisel verilerine yönelik ihlallerin gerçekleşmesini önleyici bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle henüz mevcut olmamakla birlikte, yakında gerçekleştirileceği konusunda açık belirtiler bulunan saldırılar bakımından, bir kimsenin saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açması mümkündür²¹⁶. Saldırıya son verilmesi davası ise, herhangi bir şekilde yapılan kişisel veri ihlalinin sonlandırılması talebine dayanmakta ve sadece devam eden ihlaller için açılabilmektedir. Öte yandan işçi kişisel verilerine yönelik haksız bir saldırının yapılmakta veya yapılacak olduğunu belirlemek amacıyla tespit davası da açabilir. Bu durumda işveren tarafından gerçekleştirilen ihlal sona ermiş olduğu için işçinin

²¹⁶Aksoy, A.g.e., s. 114-115.

saldırıya son verme davası açması mümkün olmasa da, ihlalin etkisi devam ettiği sürece işçinin tespit davası açma hakkı bulunmaktadır.

Söz konusu davaların açılabilmesi için işlemenin hukuka aykırı olması yeterli olup zarar veya kusur bulunması gerekmemektedir. Ancak işçinin düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayımlanmasını istemesi de mümkündür. Kaldı ki söz konusu davaların iş ilişkisi devam ederken veya sona erdikten sonra açılmasında hiçbir engel yoktur ve işveren iş sözleşmesini yalnızca bu davaların açılmış olması nedeniyle feshedemez²¹⁷. İşverenin talimatı üzerine başka bir işçi veya işveren vekili tarafından gerçekleştirilen ihlale karşı söz konusu davaların açılabilmesi ise, bu davaların işverene yöneltilebilmesine ve istenen sonuca ulaşılmasını sağlamasına bağlıdır. Zira davalı bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişi olabileceği gibi, saldırıyı önleyebilecek veya son verebilecek konumda olan kişi de olabilir. Ayrıca TMK m.25/3 uyarınca tüm bu davalara ek olarak işçinin maddi tazminat davası, manevi tazminat davası ve saldırıdan elde edilen kazancın verilmesi davası açma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

II- Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

İşçinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik diğer genel düzenlemeler ise TBK'de yer almaktadır. Nitekim TBK m.417/3 gereğince; işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların işverence tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. Bu doğrultuda TBK m.114 uyarınca; işveren genel olarak her türlü kusurdan sorumludur ve sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine uygulanacaktır. Öte yandan TBK m.115/2'de işverenin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla işçi kişilik hakkı niteliğindeki kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğradığı her türlü zararın tazminini işverenden talep

²¹⁷Nitekim İş Kanunu m.18/3(c)'ye göre; mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari ya da adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak fesih için geçerli bir sebep oluşturmamaktadır. Geçerli nedenler ise haklı nedenlere kıyasla işin ve işyerinin yürütümünü daha hafif şekilde olumsuz etkilediğinden, geçerli neden olarak kabul edilmeyen bir durumun haklı neden oluşturması söz konusu olamaz.

edebilecektir. Zira işveren TBK m.112 kapsamında kusurlu olmadığını ispat etmedikçe işçinin maddi ve manevi zararlarını gidermekle yükümlüdür.

Böylece işçi gerek TBK m.417/3'teki açık düzenleme, gerekse TMK m.25/3'ün yaptığı atıf doğrultusunda kişisel verilerinin ihlali nedeniyle işverene karşı maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Buna göre işçi TBK m.49 gereğince kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğramış olduğu maddi zararını, hukuka aykırı bir saldırı, maddi zarar ve saldırıyla zarar arasında uygun nedensellik bağı olduğu takdirde işverenden talep edebilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki, maddi tazminat davası için işverenin kusurlu olması şarttır. Öte yandan işçinin kişisel değerlerinde meydana gelen zararlar için işverene karşı manevi tazminat davası açması da mümkündür. Nitekim TBK m.58/1 uyarınca; “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*”. Ayrıca TBK m.58/2'ye göre hâkimin manevi tazminat yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırması veya bu tazminata eklemesi, saldırıyı kınayan bir karar vermesi ve bu kararın yayımlanmasına hükmetmesi mümkündür. Manevi tazminat talebi için de hukuka aykırı bir saldırı, manevi zarar ve saldırı ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir birlikte, işverenin kusuru aranmamaktadır.

İşverenin talimatıyla diğer bir işçi tarafından ihlal gerçekleştirildiği takdirde ise, işverenin TBK m.116 uyarınca yardımcı kişilerin filleri nedeniyle kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir. Zira işveren borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun olarak bırakmış olsa dahi, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla işveren bir işçisini diğer işçilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin görevlendirdiğinde, bu işçi yardımcı kişi sıfatını kazanacak ve işverenin denetim hakkını kullanamasa da, gözetme borcunun ifasıyla yükümlü olacaktır. Gözetim borcu kapsamında diğer işçilerin kişisel verilerini hukuka aykırı şekilde işleyen yardımcı kişi, işverenin sorumluluğuna yol açacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, yardımcı kişi olarak görevlendirilen işçinin mutlaka İş Kanunu m.2/4 anlamında işveren vekili olması gerekmemektedir. Nitekim söz konusu hüküm işverenin kusursuz sorumluluğunu engellemektedir.

Son olarak TMK m.25/3'teki atıf nedeniyle işçi kişisel verilerinin ihlali sonucunda işverenin hukuka aykırı olarak elde ettiği kazancın gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde iadesini isteyebilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, vekâletsiz iş görenin, bu işi kendi yararına uygun biçimde görmesinden dolayı elde etmiş olduğu kârı alıkoymasının, hakkaniyete aykırı kabul edilmesi fikrine dayanmaktadır²¹⁸. Bu bağlamda işverenin müdahalesinin hukuka aykırı olması yeterlidir, kazancın iadesi talebi için işçinin zarara uğraması, malvarlığının azalması ya da işverenin kötü niyetli veya kusurlu olması gerekmemektedir. Dolayısıyla işveren işçinin elde edebileceği bir kazancı, işçiye ait kişisel verileri işleyerek elde ettiği takdirde, işçi mahrum kaldığı söz konusu kazancı talep edebilecektir. Fakat önem arz eden husus, işçinin elde edemeyeceği kazançlar bakımından işverene karşı iade talebinde bulunamamasıdır. Ayrıca ihlalin işverenin talimatıyla diğer bir işçi tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, kazancı elde eden işveren ise dava da ona karşı açılacaktır. Kişisel verilerin pazarlama, reklam ve benzer birçok sektörde kullanılabilmesi ve bu nedenle söz konusu verilere talebin her geçen gün yükseleceği göz önünde bulundurulduğunda, bu davanın önemi anlaşılacaktır²¹⁹.

III- Türk Ceza Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

İşçiye ait kişisel verilerin ihlali sonucunda işverenin hukuki sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğu da söz konusu olmaktadır. Nitekim TCK m.132 gereğince; işçinin işyerindeki haberleşme gizliliğinin ihlal edilmesi halinde altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası, bu gizlilik ihlalinin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilecektir. Ayrıca TCK m.135'te hukuka aykırı olarak işçiye ait kişisel verilerin kaydedilmesi, siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına ya da sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi halinde işverene altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Öte yandan TCK m.136 uyarınca kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren işveren bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

²¹⁸A.g.e., s. 121.

²¹⁹Sevimli, A.g.e., s. 252.

Bunun yanı sıra TCK m.138 gereğince kanunda belirlenen sürelerin geçmiş olmasına rağmen verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların görevlerini yerine getirmemeleri durumunda altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir. Kişisel verilere ilişkin düzenlenen bu suçlar açısından önem arz eden husus, şikâyete bağlı olmamalarıdır. Ayrıca işverenin ihlali bahsi geçen suçlardan birini oluşturuyorsa, işçinin İş Kanunu m.24/2(c) kapsamında haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır²²⁰. İşveren tarafından görevlendirilen yardımcı kişi niteliğindeki bir işçinin ihlalinde ise, özellikle işverenin talimatıyla hareket edildiği hallerde, işveren suça iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilir.

IV- İş Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

İşçi kişisel verilerinin ihlaline karşı çeşitli koruma yollarına başvurabilse de, çoğu zaman ihlal iş ilişkisinin sürdürülmesini çekilmez hale getirebilmektedir. Bu durumda işçiye haklı nedenle derhal fesih imkânı tanıyan “*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” başlığı altındaki İş Kanunu m.24/2 büyük önem taşımaktadır. Zira söz konusu hükmün başlığı dikkate alındığında, işçinin bu kapsamda dayanacağı fesih nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı ve bu başlık altında belirtilmeyen diğer hallerin de ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı oldukları sürece haklı neden sayılacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla kişisel verilerin işveren tarafından hukuka aykırı olarak işlenmesi İş Kanunu m.24/2 hükmü kapsamında, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir fiil niteliği taşıdığından, iş sözleşmesine devamı objektif iyi niyet kuralları gereğince kendisinden beklenemeyecek işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir²²¹. İşçinin kişisel verilerinin ihlali işveren vekili tarafından gerçekleştirildiğinde de, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı söz konusudur.

Öte yandan öğretide, işverenin gözetme borcuna aykırı davranması nedeniyle işçinin kişilik hakkının zedelenmesi ve sözleşmeye devam etmesinin beklenememesi durumunda sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği ve fakat yalnızca gözetme borcunun ihlal edilmesinin fesih hakkı doğurmadığı kabul edilmektedir²²². Kanımızca da işverenin herhangi bir talimatı olmadan veya verdiği talimat aşılarak

²²⁰Bkz. Zeki Okur, “Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, **İş Dünyası ve Hukuk- Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul, 2011, s. 396.

²²¹Mollamahmutoğlu/Astarlı, **A.g.e.**, s. 638.

²²²Bkz. Ertürk, Temel haklar, s. 91; Sevimli, **A.g.e.**, s. 260.

diğer bir işçi ya da işyerindeki başka bir kişi tarafından işçinin kişisel verilerinin ihlali, işçiye tek başına sözleşmeyi haklı nedenle fesih imkânı vermez. Buna karşılık işverenin durumdan haberdar olmasına rağmen kasten veya ihmal sonucu gerekli korumayı sağlamadığı hallerde gözetme borcuna aykırılık söz konusu olacağından, işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğacaktır. Şöyle ki İş Kanunu m.24/2(d)'de yer alan *“İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa”* ifadesinin işçinin kişisel verileri dâhil tüm kişilik değerleri bakımından geçerli olması gerekmektedir. Dolayısıyla işveren işçinin kişisel verilerine yönelik kendisi dışındaki kişilerden kaynaklanan ihlalleri de önlemelidir meğerki saldırıyı gerçekleştiren kişileri etkileyebilecek durumda olmasın.

Kişisel verilerinin ihlali üzerine işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanmasının dışında tazminat talep etmesi de mümkündür. Ancak fesih hakkının kullanılması için kanunda öngörülen sürelerle uymayan işçinin tazminat talep etme hakkının olmadığına ilişkin İş Kanunu m.26/2'nin aksine, kişisel verilerin korunması açısından işçinin tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih hakkını kullanmak zorunda olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim kişisel verilerinin ihlal edilmesinin işçiye derhal fesih hakkı tanınması ile işçinin bu hakkı kullanması nedeniyle ortaya çıkan zarar tamamen farklıdır. Kanımızca İş Kanunu m.26/2'de öngörülen kural, işçinin kişisel verilerinin ihlali nedeniyle değil, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda kalması nedeniyle uğradığı zararlar açısından uygulanır. Zira işçinin kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle isteyebileceği tazminat, sözleşmeyi fesih hakkıyla doğrudan ilişki içinde değildir. Bu yüzden işçi kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğradığı zararların tazminini iş sözleşmesinin devamında veya sonrasında fesih hakkını süresinde kullanmaksızın talep edebilir.

V- Hukuka Aykırı Deliller Kapsamında Koruma

İşverenin işçiye ait kişisel verileri hukuka aykırı yöntemlerle işleyerek iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle feshine yol açabilecek bulgulara ulaşması söz konusu olabilir. Örneğin zor kullanılarak işçinin işyerindeki eşyalarının aranması veya işçiye sağlık kontrolü için alındığı bildirilen kan örneğinin HIV/AIDS testi için kullanılması halleri işverenin kullanabileceği hukuka aykırı yollardan bazılarıdır. Söz konusu bulguları edinen işveren şartları gerçekleştirdiği takdirde iş sözleşmesini

feshedecektir. Fakat işverenin hukuka aykırı şekilde elde ettiği delillere dayanarak iş sözleşmesini feshetmesine karşı işçi hem ceza, hem de hukuk muhakemesi hükümleri kapsamında korunmaktadır. Zira HMK m.189/2'ye göre "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*". Dolayısıyla işverenin hukuka aykırı şekilde elde ettiği işçiye ait kişisel veriler doğrultusunda iş sözleşmesini haklı veya geçerli nedene dayanarak feshetmesi mümkün değildir çünkü işveren söz konusu verileri mahkemeye delil olarak sunamayacak, sunsa dahi iddiasını ispat edemeyecektir²²³. Ayrıca CMK m.206/2(a) uyarınca kanuna aykırı şekilde elde edilmiş bir delilin reddolunacağı ve CMK m.217/2 gereğince suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla işverenin hukuka aykırı yollardan elde ettiği işçiye ait kişisel verilerin ceza hukuku kapsamında da delil niteliği kazanması söz konusu olamaz.

²²³Fransız Hukukunda işçinin bilgisi dışında kullanılan teknolojilerle elde edilen deliller de hukuka aykırı kabul edilmekte ve ispat aracı olarak kullanılamamaktadır (Bkz. Erdem Özdemir, "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 10, Y. 3, İstanbul, Hanlar Matbaacılık, 2008, s. 15).

SONUÇ

Kimliği belirli veya belirlenebilen bir kişiye ilişkin tüm bilgiler olarak ifade edilen ve kişilik hakkı niteliğinde olan kişisel verilerin her alanda olduğu gibi iş ilişkisinde de korunması büyük önem arz etmektedir. Nitekim işverene hem hukuki, hem de ekonomik açıdan bağımlı olan işçinin kişisel verileri ile işverenin yönetim hakkı, eşit davranma yükümlülüğü ve koruma ve gözetme yükümlülüğü arasında iş ilişkisi boyunca sürekli bir etkileşim söz konusudur. İş ilişkisinin kendine özgü nitelikleri işçiye ilişkin kişisel verilerin işveren tarafından hukuka aykırı şekilde işlenmesine yol açabileceğinden, işverenin 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere uluslararası alanda kabul gören veri koruma hukukuna ilişkin temel ilkelere ve hukuka uygunluk nedenlerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda işveren işçinin veriye ulaşım, veriyi düzeltme ve itiraz haklarını ihlal edemeyeceği gibi, kişisel verilerini işlemeyen önce işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Öte yandan işveren aday veya işçi hakkında bilgi edinmek için yönelteceği soruların sınırlarına dikkat etmelidir. Zira işverenin adaya veya işçiye yönelteceği kişisel duruma, sağlık durumuna ve hamileliğe, eski hükümlülüğe ve dini ya da felsefi inanca, parti ve sendika üyeliğine ilişkin soruların işin niteliğiyle bağdaşması ve görülecek işle objektif olarak ilişkili olması gerekmektedir. Aksi takdirde işçinin gerçeği söyleme yükümlülüğü ortadan kalkacak ve işverenin sorumluluğu doğacaktır. Kaldı ki işçi işin ifasını imkânsızlaştıran veya önemli ölçüde engelleyen haller dışında kendiliğinden açıklama yükümlülüğü altında da değildir. Dolayısıyla işveren gerek kendisi, gerekse üçüncü kişiler aracılığıyla soru sorarak işçi hakkında bilgi edinirken işçinin kişisel verilerini ihlal edemez. Ayrıca işveren ölçülülük, gereklilik, amacın belirliliği ve haklı bir nedenin varlığı olmadan işçiye alkol ve uyuşturucu testi, HIV/AIDS testi, genetik test ya da psikolojik test uygulayamaz. Söz konusu testler hakkında işçinin mutlaka bilgilendirilmesi gerektiği gibi, işverenin yalnızca bu testlere dayanarak iş ilişkisini sona erdirmesi mümkün değildir.

Bunun yanı sıra işveren akıllı veya manyetik kimlik kartı, parmak izi veya retina taraması gibi sistemler kullanarak yapacağı giriş-çıkış kontrolleri sonucunda elde ettiği işçiye ait kişisel verileri hukuka aykırı işleyemez. Kaldı ki işyerinde işverenin mülkiyetinde olan oda, çekmece ve dolap gibi yerlerde işçiye ait eşyaların

aranarak işçinin kişisel verilerinin ihlal edilmesi de söz konusu olamaz. Son olarak işveren yönetim hakkı gereğince işyerinde işçinin bilgisayar, internet ve e-posta gibi elektronik araçları kullanımını kişilik haklarını zedelemekten serbestçe düzenleyebilme hakkına sahip olsa da, işverenin işçinin bahsi geçen kullanımı denetlemesinde birtakım sınırlar mevcuttur. Zira işverenin denetim hakkının temelini orantılılık ilkesi oluşturmaktadır ve bu yüzden işverenin yaptığı denetim, işletmeye ilişkin haklı çıkarları olması ve bunların işçinin kişisel verilerinin korunmasından daha ağır basması nedeniyle gerçekleştirilebilir. Ayrıca işverenin denetim öncesinde işçiye amaç, şekil ve uygulama hakkında bilgi vermesi, denetimin şeffaf ve hukuka uygun olup belirli bir amaç doğrultusunda yapılması şarttır. Söz konusu sınırların tamamı işçinin iletişiminin izlenmesi ve görsel olarak gözetlenmesi bakımından da geçerlidir.

Bu doğrultuda Türk hukukunda işçinin kişisel verilerinin korunmasını sağlayacak birtakım hukuki yollar mevcuttur. Öncelikle işçi TMK m.24 ve m.25'te öngörülen önleyici ve koruyucu davaları açabilmekte, maddi ve manevi tazminat veya işveren tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen kazancın iadesini talep edebilmektedir. Öte yandan işçinin kişisel verilerini ihlal eden işveren TBK m.417 uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde sorumlu olduğundan, işçinin uğradığı her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Kaldı ki kişisel verilerinin ihlali sözleşmenin devamını çekilmez hale getirdiği takdirde işçi, İş Kanunu m.24/2 kapsamında sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetme imkânına da sahiptir. Öte yandan TCK m.135-138 hükümleri gereğince işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı olarak işleyen işverenin cezai sorumluluğu da söz konusu olmaktadır. Ayrıca işverenin işçinin kişisel verilerini işleyerek hukuka aykırı yollarla elde ettiği bulguları işçinin aleyhine delil olarak kullanması da mümkün değildir.

Ne var ki bahsi geçen hukuki koruma yolları işçinin kişisel verilerinin yeterince kapsamlı ve etkin şekilde korunmasını sağlayamamaktadır. Nitekim Anayasa, TBK, TCK ve İş Kanunu'nda yer alan birtakım hükümlere rağmen, gerek kişisel verilerin korunmasına tam anlamıyla hizmet edecek bir kanun hazırlığının bulunmaması, gerekse İş Kanunu'na işçinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin eklenmemesi iş ilişkisinde kişisel verilerin korunması sorunsalının tamamen çözülmesini engellemektedir. Dolayısıyla kanımızca iş ilişkisi açısından

son derece önemli bir yere sahip olan işçinin kişisel verilerinin korunması hususunun 95/46/EC sayılı Yönerge ve UÇÖ Kişisel Veri Uygulama Kodu başta olmak üzere uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak değerlendirilmesi ve gereken her türlü yasal düzenlemenin en kısa sürede ve eksiksiz şekilde yapılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

ABRAHAMSE, Sven Rupert: Electronic Communications in the Workplace, http://srvrhldig001.uct.ac.za/R/?func=dbin-jump-full&object_id=1317&local_base=GEN01.

AKSOY, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

ALDERMAN, Ellen/KENNEDY, Caroline: The Right To Privacy, New York, Alfred A. Knoph Inc., 1995.

AMA/ePOLICY INSTITUTE RESEARCH: 2007 Electronic Monitoring and Surveillance Survey, <http://www.plattgroupllc.com/jun08/2007ElectronicMonitoringSurveillanceSurvey.pdf>.

APEC: Apec Privacy Framework, http://publications.apec.org/publication-detail.php?pub_id=390.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: Opinion 8/2001 on the Processing of Personal Data in the Employment Context, <http://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=1365969>.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: Opinion 5/2009 on Online Social Networking, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY: Working Document on the Surveillance of Electronic Communications in the Workplace, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf.

ATAK, Songül: “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Temel Özellikleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 59-60, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayi A.Ş., 2009, s. 200-222.

AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.

AYDINLI, İbrahim: “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 19, S. 6, Ankara, 2005, s. 21-42.

BALKIR, Z. Gönül: “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar”, Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, Sakarya, Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 2005, s. 197-209.

BANISAR, David: Privacy and Data Protection Around the World, <http://www.pcpd.org.hk/english/infocentre/files/banisar-paper.doc>.

BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2004.

BAYRAM, Fuat: “Borçlar Kanunu Taslağı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, TŞOF Plaka Matbaacılık, 2006, s. 11-48.

BEM-BİR-SEN: İnsan Haklarına Aykırı Parmak İzi Uygulamasına Mahkemeler Geçit Vermiyor, <http://www.bembirsen.org.tr/haberdetay.php?fide=2685>.

BERGKAMP, Lucas: “EU Data Protection Policy–The Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe’s Data Protection Policy in an Information-Driven Economy”, Computer Law and Security Review, C. 18, S. 1, Elsevier Ltd, 2002.

BEYLİ, Ceylin: Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler, http://www.ihop.org.tr/dosya/izleme/tbs_kisisel_veri_ceylin_beyli_gorus1.pdf.

CENTEL, Tankut: İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C. 1, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 1994.

CNIL: Cyber-Surveillance in the Workplace Report, <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/en/CNIL-cybersurveillance-feb2002-VA.pdf>.

COUNCIL OF EUROPE: Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/108.doc>.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: Resolution (73) 22 on the Protection of the Privacy of Individuals Vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com>.

intranet.CmdBlobGet&Intranet.Image=589402&SecMode=1&DocId=646994&Usage=2.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS: Resolution (74) 29 on the Protection of the Privacy of Individuals Vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector, <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&Intranet.Ima%20ge=590512&SecMode=1&DocId=649498&Usage=2>.

CRAIG, John D. R.: Privacy and Employment Law, Oxford-Portland, Hart Publishing, 1999.

CUERVO ALVAREZ, José: El Uso del Correo Electrónico en el Trabajo, http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el_uso_del_correo_electronico_en_el_trabajo.asp.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2008.

DİNÇ, Engin: Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 11, İstanbul, 2006, s. 63-81.

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku-Ferdi İş Hukuku, C. 1, 3. Bası, İstanbul, 1987.

ELBİR, Halid Kemal: İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul, 1987.

ENGİN, E. Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, S. 25, İstanbul, Banka-Sigorta İşçileri Sendikası Eğitim ve Kültür Yayınları, 1993.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002 (Temel Haklar).

ERTÜRK, Şükran: "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", DEÜHFD, C. 4, S. 2, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 1-25 (AIDS Sebebiyle Fesih).

EUROPEAN UNION: Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

EUROPEAN UNION: Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>.

EUROPEAN UNION: Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:HTML>.

EYRENCİ, Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, s. 239-262.

EYÜBOĞLU, Meriç: Parmak İzi Uygulaması Hakkında Hukuki Değerlendirme, İstanbul Tabip Odası, <http://www.istabip.org.tr/index.php/hukuk/guncel-hukuk/148-parmak-zi-uygulamas-hakknda-hukuki-deerlendirme--av-meric-eyuebolu-.html>.

FIRAT, Hüseyin İrfan: Çalışanların İş Esnasında Kamerayla İzlenmesi Yasal Bir Davranış Mıdır?, http://www.alomaliye.com/2007/huseyin_firat_kamera.htm.

GÜZEL, Ali: “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, 1997, s. 83-179.

HENDRICKX, Frank: Protection of Workers’ Personal Data in the European Union: General Issues and Sensitive Data, http://lirias.lesius.eu/bitstream/123456789/2206/1/1_dataprotection_hendrickx_combinedstudies_en%5B1%5D.pdf (General Issues).

HENDRICKX, Frank: Protection of Workers’ Personal Data in the European Union: Surveillance and Monitoring at Work, http://lirias.lesius.eu/bitstream/123456789/2206/1/1_dataprotection_hendrickx_combinedstudies_en%5B1%5D.pdf (Surveillance and Monitoring).

ILO: An ILO Code of Practice-Protection of Workers’ Personal Data, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf.

ILO: An ILO Code of Practice- Management of Alcohol and Drug Related Issues in the Workplace, <http://www.coe.int/t/dg3/pompidou/Source/Activities/Workdrug/codeofpracticeilo.pdf>.

ILO: Workers’ Privacy Part II: Monitoring and Surveillance in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol. 12, No. 1, Geneva, International Labour Office, 1993 (ILO Part II).

ILO: Workers' Privacy Part III: Testing in the Workplace, Conditions of Work Digest, Vol. 12, No. 2, Geneva, International Labour Office, 1993.

INFORMATION COMMISSIONER: Data Protection Act 1998- Codes of Practice, <http://www.ee.ic.ac.uk/dpa/CodeRecruitment.pdf>.

ISBISTER, Douglas: "Justifying Employee Drug Testing: Privacy Rights Versus Business Interests", Dalhousie Journal of Legal Studies, Vol. 5, Canada, 1996, s. 255-270.

KAPLAN, Emine Tuncay: "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C. 7, S. 2, Ankara, 2003, s. 137-151.

KAPLAN, Emine Tuncay: "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", AÜSBFD Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, C. 52, S. 1-4, Ankara, 1997, s. 367-386 (Bilgisayarda Toplanan Bilgiler).

KAYA, Cemil: "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", İÜHFM, C. 69, S. 1-2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 2011, s. 317-334.

KUŞKU, Çisem: İşverenin İşçinin İnternet ve E-Posta Kullanımına Müdahalesi ve İşçinin Kişilik Hakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010.

LANE III, Frederick S.: The Naked Employee- How Technology is Compromising Workplace Privacy, New York, Amacom, 2003.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku I: Ferdi İş İlişkileri, C. 1, 3. Bası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.

NARMANLIOĞLU, Ünal: "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2002, s. 29-89.

NIELSEN, Ruth: European Labour Law, Copenhagen, Djoef Publishing, 2000.

OECD: OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html.

OECD Türkiye: İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı ve Türkiye, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/40/42122130.pdf>.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: CCPR General Comment No. 16, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument>.

OKUR, Zeki: “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 8, S. 2, Ankara, 2005, s. 47-75.

OKUR, Zeki: “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 3, İstanbul, 2006, s. 4-19 (Yeni Teknoloji).

OKUR, Zeki: “Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, İş Dünyası ve Hukuk- Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 368-408.

ÖZDEMİR, Erdem: “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Y. 3, İstanbul, Hanlar Matbaacılık, 2008, s. 13-24.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: “The Protection of Workers’ Privacy: The Situation in the Americas”, International Labour Review, Vol. 134, No. 3, Geneva, 1995.

PRINS, Corien: “When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become A Commodity: Would A Property Rights Approach Matter?”, SCRIPT-ed A Journal of Law, Technology and Society, Vol. 3, No. 4, 2006, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol3-4/prins.pdf>.

REHBİNDER, Manfred: “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, İÜHFMDoğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, Ömer Teoman, C. 45-47, S. 1-4, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 745-759.

REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968.

ROGERSON, Simon: Surveillance in the Workplace, <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/general/ethicol/Ecv8no3.html>.

RUSTAD, Michael/PAULSSON, Sandra R.: Monitoring Employee E-Mail and Internet Usage: Avoiding the Omniscient Electronic Sweatshops: Insights From Europe, http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=suffolk_ip.

SAMUELSON, Pamela: "Privacy As Intellectual Property?", Stanford Law Review, Vol. 52, No. 5, Stanford, 2000, s. 1132.

SAVAŞ, F. Burcu: "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S. 22, İstanbul, 2009, s. 97-131.

SEVİMLİ, K. Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.

SHERRARD, Michael G.: "Workplace Searches and Surveillance Versus the Employee's Right to Privacy", University of New Brunswick Law Journal, Vol. 48, 1999, s. 283-299.

SIEBERT, W: "Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler", AÜHFD, Bilge Öztan, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969, s. 217-230.

SOYKAN, Cavidan: Bireysel Gizlilik ve Kişisel Verilere Erişim Hakkı, <http://inet-tr.org.tr/inetconf11/bildiri/38.doc>.

SÖZER, Ali Nazım: "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", Adalet Dergisi, S. 6, Ankara, 1982, s. 1049-1069.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2011.

ŞİMŞEK, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2008.

TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981 (Yönetim Hakkı).

TAŞKENT, Savaş: "İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 169-181.

TEKERGÜL, Mehmet: İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

THOMAS, Cordelia: "Drug Testing in the Workplace", New Zealand Journal of Industrial Relations, Vol. 22, No. 2, 1997, 159-169.

TOĞUZ, Özlem: Data Protection and Intellectual Property in the EU and Turkey, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

TWOMEY, David P.: Labor and Employment Law Text and Cases, Fourteenth Edition, Canada, South-Western Cengage Learning, 2010.

UN GENERAL ASSEMBLY: Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNGA,THEMGUIDE,,3ddcafaac,0.html>.

UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR: Employee Polygraph Protection Act, <http://www.dol.gov/whd/polygraph/index.htm>.

UYGUN, Murat: Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

VARGAS, Fernando: El Correo Electrónico del Trabajador- ¿Es Posible Su Registro por Parte del Empresario?, <http://www.cuti.org.uy/documentos/EI%20correo%20electronico%20del%20trabajador.pdf>.

YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2008.

YILMAZ, Alper: İşyerine Ait Bilgisayar, İnternet ve Telefon Kullanımında İşverenin Denetim Hakkı ve Sınırı, http://www.alomaliye.com/2011/alper_yilmaz_isyeri.htm.

YILMAZ, Gözde: “Elektronik Performans İzleme Sistemlerinin Çalışanlar ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri”, İTÜSBD, S. 7, Y. 4, İstanbul, 2005, s. 1-19.

YU, Peter K.: An Introduction to the EU Directive on the Protection of Personal Data, <http://www.peteryu.com/gigalaw0701a.pdf>.

26.12.2011 tarihli Cumhuriyet Gazetesi

<http://www.kazanci.com>

SELEN UNCULAR

Doğum Yeri ve Yılı: Ankara-1988

EĞİTİM BİLGİLERİ

2010-2012	Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans, Sosyal Bilimler Enstitüsü Akademik Başarı: 3.10/4.00
2005-2009	Bilkent Üniversitesi, Ankara Lisans, Hukuk Fakültesi Akademik Başarı: 3.33/4.00 Gözde Alanlar: İş Hukuku, Borçlar Hukuku, Fikri ve Sinaî Mülkiyet Hukuku, Bilişim Hukuku, Tüketici Hukuku, Rekabet Hukuku, Uluslararası Ticaret Hukuku, Uluslararası Tahkim
2002-2005	TED Ankara Koleji Vakfı Özel Lisesi

BECERİ VE YETENEKLER

Yabancı Dil	İleri Düzey İngilizce Ortanın Üstü Düzey İspanyolca
Bilgisayar	Windows 7, XP ve 2000, Microsoft Office Word, Excel, Powerpoint ve Outlook

SERTİFİKALAR

Bilkent Üniversitesi Şeref Sertifikaları 2005-2008 ve Yüksek Şeref Sertifikası 2009
İspanyolca İleri Düzey Yaz Kursu Bitirme Sertifikası, Valladolid Üniversitesi, İspanya, 2008
TÖMER İspanyolca Kursu Diploması, 2009

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Selen Uncular
Tez Başlığı	İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması
Savunma Tarihi	29.06.2012
Danışmanı	Doç. Dr. E. Murat ENGİN

JÜRİ ÜYELERİ**Ünvanı, Adı, Soyadı****İmza****Prof. Dr. A. Can TUNCAY****Doç. Dr. E. Murat ENGİN****Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ****Enstitü Müdürü****Prof. Dr. V. Mehmet BOLAK**