

T.C.
KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet TEKERGÜL

İSTANBUL - 2010

T.C.
KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet TEKERGÜL

Danışman: DOÇ. DR. ERDEM ÖZDEMİR

İSTANBUL – 2010

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Mehmet Tekergül
Anabilim Dalı	: Hukuk
Bilim Dalı	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Doç. Dr. Erdem Özdemir
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – Temmuz 2010
Anahtar Kelimeler	: İşyeri, Gözetim, İnternet, E-mail

ÖZET

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI

İşyerinde enformasyon ve iletişim teknolojilerinin kullanımı son yıllarda giderek hızlı bir artış sergilemektedir. Bu durum, işverenler, işçiler ve işçi temsilcileri için özellikle de işçilerin özel hayatlarının gizliliği ile işverenlerin işyerinde enformasyon ve iletişim teknolojilerinin kontrolü ile izlenmesine yönelik ihtiyaçları arasındaki ilişki bakımından çokça sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu çalışma, enformasyon ve iletişim teknolojilerinin kullanımından ortaya çıkan işyerinde internet ve e-mail kullanımı ile işçilerin özel hayatlarının gizliliğine saygı gösterilmesi arasındaki ilişki üzerinde odaklanmıştır. İşyerinde elektronik gözetim uygulamalarının kapsamı, işçinin özel hayatına müdahale düzeyi ve hukuka aykırı müdahalenin hukuki sonuçları gerek mukayeseli hukuk gerekse de Türk Hukuku bakımından incelenmiştir.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname	: Mehmet Tekergül
Field	: Law
Discipline	: Private Law
Supervisor	: Assistant Professor Erdem Özdemir
Degree Awarded and Date	: Master – July 2010
Keywords	: Workplace, Surveillance, Internet, E-mail

ABSTRACT

ELECTRONIC SURVEILLANCE APPLICATIONS AT THE WORKPLACE

The use of new information and communication technologies at the workplace has spread rapidly in recent years. This raises numerous issues for employers, employees and their representatives, especially in terms of the relationship between workers' privacy and employers' need to control and monitor the use of information and communication technologies. This study has focused on one specific issue raised by the growth of information and communication technologies at work – the relationship between internet / e-mail use at work and respect for workers' privacy. The extent of electronic surveillance applications at the workplace, the intervention level to the workers' private life and legal conclusions of illegal interventions have been analysed in terms of comparative law and Turkish Law.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	IV
§ 1. GİRİŞ	1
I- KONUNUN ÖNEMİ	1
II- KONUNUN SINIRLANMASI	3
III- KONUNUN SUNULMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA KONU OLAN KAVRAMLAR

§ 2. GÖZETİM KAVRAMI VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	5
I. İzleme ve Gözetim Kavramları.....	5
II. Gözetim Kavramı ve Gözetimin Tarihsel Gelişimi	6
III. Modern Devlette Gözetim	10
§ 3. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİME KONU OLAN KAVRAMLAR	14
I. İşyeri Kavramı	14
1. İşyeri Kavramının Unsurları	15
a. Maddi veya manevi araçlar – İşgücü	15
b. Örgütlenme (Organizasyon)	15
c. Teknik Amaç	16
2. İşyeri Sınırları ve Bu Sınırları Zorlayan Yeni Çalışma Biçimleri	16
a. İşyerine Bağlı Yerler.....	17
b. Eklentiler.....	18
c. Araçlar	19
d. Yeni Çalışma Biçimlerinin İşyeri Sınırlarına Etkisi	19
II. Elektronik Gözetim Araçları ve Gözetimin Konusu	20
1. Bilgisayar	20
2. İnternet ve İtranet.....	21
3. E-mail (Elektronik posta)	22
4. Kişisel Veri	23

İKİNCİ BÖLÜM

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZEYDE YASAL DÜZENLEMELER

§4. ULUSLARARASI BELGELERDE KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER ...	25
I. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Düzenlemeleri.....	25
II. Avrupa Konseyi	29
III. Avrupa Birliği	31
1. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yönergeler	33
a) 24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Yönerge	33
b) 15.12.1997 tarih ve 97/66/EC sayılı Yönerge	34

c) 12.07.2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı Yönerge	35
2. İş İlişkisi Bakımından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yapılan Çalışmalar	35
§5. MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER	41
I. Amerikan Hukuku'nda Konuya Yaklaşım	41
II. Kara Avrupası'nda Konuya Yaklaşım	44
1. İngiltere	44
2. Fransa	46
3. Diğer Avrupa Ülkelerindeki Düzenleme ve Uygulamalar	49
§6. TÜRK HUKUKU'NDA İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER	51
I. Anayasa	52
II. Kamu Hukuku Alanındaki Düzenlemeler	57
1. Türk Ceza Kanunu	57
2. Ceza Muhakemesi Kanunu	58
3. Ceza Hukukundaki Düzenlemelerin Özel Hukuk Düzenindeki Etkisi	59
III. Özel Hukuk Alanındaki Düzenlemeler	60
1. Medeni Kanun – Borçlar Kanunu	60
a) Özel Hayatın Vazgeçme ve Sınırlanmaya Karşı Korunmasına Yönelik Düzenlemeler	60
b) Özel Hayatın Saldırıya Karşı Korunmasına Yönelik Düzenlemeler	62
c) Özel Hayatına Hukuka Aykırı Biçimde Müdahale Edilen Kişinin Açabileceği Davalar	64
2. Borçlar Kanunu Tasarısı	67
a) Genel olarak	68
b) Ev düzeni içinde çalışmada	71
c) Kişisel verilerin kullanılmasında	71
3. İş Kanunundaki Düzenlemeler	72
4. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı	74
a. Kavramlar	75
b. KVKK'nın İşyerinde Gözetim Uygulamaları Bakımından Önem Taşıyan Hükümleri	76

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİ KAPSAMINDA ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§7. İŞÇİ – İŞVEREN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI	81
I. ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU VE İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE BORÇLARLA İLİŞKİSİ	81
1. İşçinin İşverene Bağımlılığı	82
2. İşverenin Hak ve Borçları	84
a. Yönetim Hakkı	84
b. Eşit İşlem Yapma Borcu	87
c. İşçiyi Gözetme Borcu	89

3. İşçinin Borçları	91
a. İş Görme Borcu.....	91
b. İşverenin Talimatına Uyuma Borcu.....	91
c. Özen Borcu	92
d. Sadakat Borcu	93
II. İŞ İLİŞKİSİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ DAYANDIĞI HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ	94
1. İşçinin Özel Hayatına Müdahale Edilmesine Rıza Göstermesi	94
2. İşverenin Dayanacağı Üstün Özel Yarar	96
3. İş İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması	97
III. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİMİN KOŞULLARI, KAPSAMI VE UYGULANMA YÖNTEMLERİ	98
1. Hukuka Uygun Gözetim Uygulamasının Koşulları.....	100
2. Gözetimin Gerekli Olması	101
3. Gözetim Uygulamalarının Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale Düzeyi... ..	101
4. Gözetimin Gizli Yapılması	103
5. Bilgilendirme	105
§8. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ HUKUKİ SONUÇLARI	107
I. Hukuka Aykırı Gözetim Uygulamaları Bakımından	107
1. Genel Hükümler Kapsamında Koruma	108
2. İş Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma	115
a. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi	115
b. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi	119
3. Ceza Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma	121
II. Hukuka Uygun Gözetim Uygulamaları Bakımından	122
1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi	122
a. “Üstün Yarar”a dayalı müdahalelerde	122
b. “Kanunun verdiği yetkinin kullanılması”na dayanan müdahalelerde ..	124
c. İşçinin rızasına dayanan müdahalelerde	124
2. Delillerin Hukuka Uygunluğu	128
§9. SONUÇ	132
KAYNAKÇA	134

KISALTMALAR

ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organisation
İş K	: İş Kanunu
K.	: Karar
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı
m.	: Madde
MK	: Medenî Kanun
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
Sen K.	: Sendikalar Kanunu
T.	: Tarih
Tasarı	: Borçlar Kanunu Tasarısı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

§ 1. GİRİŞ

I- KONUNUN ÖNEMİ

Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte bilgisayarlar günlük hayatın içinde temel olarak nitelendirilebilecek bir yer edinmiş bulunmaktadır. Söz konusu durum işyeri sınırları içerisinde de geçerlidir. Nitekim bugün birçok orta ve büyük ölçekli işyerinde bilgisayarlarla birlikte yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı yaygınlaşmış bulunmaktadır.

Teknolojinin gelişimi ve internetin işyerlerine ağırlıklı olarak girişi işçilerin işlerini ifa etmelerini kolaylaştırmanın yanı sıra yeni uyumsuzlukların da ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çünkü işçiler internetin sağladığı kolaylıklardan sadece işlerini ifa etmeye yönelik olarak faydalanmamakta, iş saatleri içinde internet ortamında yasal olmayan müzik parçaları yükleme, eş zamanlı sohbet ortamlarına katılma ve hatta pornografik veya ırkçı sitelere girmek suretiyle hem işyerinde işle ilgili olmayan uğraşlarla vakit geçirmekte hem de işverenleri açısından yeni riskleri gündeme getirmektedirler.

Ayrıca günümüzde işletme bilgilerinin internet ağı üzerinde yer almaya başlaması, söz konusu bilgilerin işletme içi veya dışından gelebilecek saldırılara açık olmasına da neden olmaktadır. Uğranılan saldırıların çoğunluğunun işyeri içerisinde bulunan kişilerce veya bu kişilerin işbirliği ile gerçekleştirildiği ve bu nedenle zarara uğrayan üçüncü kişiler açısından işverenin sorumluluğunun gündeme geleceği gerçeği karşısında işletme değerlerinin korunması işveren açısından bir borç da teşkil etmektedir.

Bu noktada, işverenin, işletme içi ve işletme dışından kaynaklanan riskleri en aza indirebilmek amacıyla işyerinde çeşitli şekillerde gözetim uygulamalarına başvurması da söz konusu olabilmektedir. Ancak bu uygulamalar, işçinin özel hayatına müdahale niteliğini de taşıyabileceğinden söz konusu müdahalenin düzeyi, sınırları ve işçinin bu müdahaleler karşısındaki hukuki konumunun belirlenmesi önem taşımaktadır.

İş ilişkisinin taraflarından işveren, kaynakların korunması, işletmesel nedenler, bilgi akışının kontrolü, hukuki ve cezai sorumluluğa karşı korunma veya yasal sorumluluk gerekliliği, performans değerlendirmesi, verimlilik ölçümü, güvenlik endişeleri şeklinde tanımlanabilecek nedenlerden ötürü işçisinin internet kullanımını, e-mail trafiğini ve telefon görüşmelerini denetleme gereği duyabilecektir.

Bu durumda, mevcut teknolojik gelişmeler, işyerinde işverenin yönetim hakkına dayanarak kendisini ve işletmenin çıkarlarını korumak ve işçilerin iş görme borcunu ifa edip etmediklerini kontrol etme amacıyla kullanılan birer araç olarak da karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, işçilerin kendilerine tahsis edilen araçları, kullanım amacı dışında kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmaları işverenler açısından üretim ve verimlilik kaybı anlamına gelmektedir. Örneğin; internet üzerinden işçilerin gönderdikleri e-mailler ve yine internetten yüklenen bazı programlar, telif haklarına ilişkin yasaların ihlali veya virüs taşıyan mesajlarla üçüncü kişilere zarar verilebilmesi gibi sonuçları ortaya çıkarabilmektedir.

Bununla birlikte, işçilerin, işyerinde buldukları süre içinde özel hayatlarının gizliliğinin korunmasını ve bu gizliliğe saygı gösterilmesini beklemekte haklı oldukları unutulmamalıdır.

İşte burada, işverenin işyeri düzeni ve işletme menfaatlerini koruma, işçilerin fiilleri nedeniyle oluşabilecek zararları engelleme, yönetim hakkı ve disiplin hakkı ile işçinin özel hayatının gizliliği kavramları karşı karşıya gelmekte ve bu çatışan haklar karşısında bir denge kurulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

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

II- KONUNUN SINIRLANMASI

Bu çalışmada, işveren tarafından işyerinde gerçekleştirilen elektronik gözetim uygulamaları, yabancı ve uluslararası kitap, makale, belge ve kararlar ile bu uygulamaların nispeten daha yakın bir dönemde gündeme geldiği Türk Hukukundaki kaynaklar çerçevesinde incelenmiştir.

Toplumdaki her bireyin olduğu gibi işçinin özel hayatının gizliliğine devlet, basın, toplum vb. odaklardan kaynaklanan müdahaleler olmaktadır. Bu çalışmada, işveren tarafından işyerinde gerçekleştirilen müdahale ve bu kapsamda özel olarak elektronik gözetim uygulamalarının incelenmesi amaçlanmaktadır.

Diğer yandan, işyerinde gözetim uygulamaları yalnızca “işçi” bakımından değerlendirme konusu yapılmış olup, memurlar ve bağımsız çalışanların özel hayatlarına bu yönde yapılan müdahaleler değerlendirme dışı bırakılmıştır.

III- KONUNUN SUNULMASI

“*İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları*” başlıklı bu yüksek lisans tez çalışması, giriş ve sonuç bölümleri dışında üç bölümden oluşmaktadır.

“*İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamalarına Konu Olan Kavramlar*” başlıklı ilk bölümde, öncelikle “izleme” ve “gözetim” kavramlarının tanımlarına ve “gözetim” kavramının tarihsel gelişimine yer verilmiştir. Öte yandan, işverence başvuru gözetim uygulamalarının gerçekleştiği yer olan “işyeri” kavramına değinilmiş ve bu uygulamaların gerçekleştiği işyerinin sınırları, son yıllarda ortaya çıkan yeni çalışma biçimleri de dikkate alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Son olarak, işveren tarafından gerçekleştirilen elektronik gözetim faaliyetlerinde birer araç olarak kullanılan bilgisayar, internet ve e-mail kavramları ile diğer izleme yöntemlerine ilişkin açıklamalar yapılmış ve söz konusu uygulamalara konu olan kişisel veri kavramı da bu çalışmanın konusu olan işçiye ait kişisel veriler bakımından tanımlanmaya çalışılmıştır.

“*İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamalarına İlişkin Uluslararası ve Ulusal Düzeyde Yasal Düzenlemeler*” başlıklı ikinci bölümde ise uluslararası kuruluşlarca hazırlanan temel belgelerde özel hayatın gizliliği ve onun bir görünümü olan kişisel

verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ana hatlarıyla ortaya konulmuş, bu belgelerin ulusal düzeyde bağlayıcılıklarına değinilmiş ve ardından belli başlı ulusal hukuklardaki yasal düzenlemeler ile yargı kararları incelenmiştir. Son olarak, Türk Hukukunda özel hayat, işçinin kişilik hakları ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler, başta Anayasa olmak üzere Ceza Hukuku ve Özel Hukuk boyutlarıyla incelenmiştir. Ayrıca konunun Veri Koruması Hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle henüz tasarı aşamasında bulunan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne ilişkin hükümleri bakımından da inceleme yapılmıştır.

“İş İlişkisi Kapsamında Elektronik Gözetim Uygulamaları ile Hukuki Sonuçları” başlıklı üçüncü bölümde, işyerinde gerçekleşen gözetim uygulamalarının öncelikle iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlarla ilişkisi incelenmiştir. Burada amaçlanan, işçi işveren arasındaki hukuki ilişkinin, işçinin özel hayatına olumlu veya olumsuz etki edebilecek ne tür dinamikleri içinde barındırdığının saptanmasıdır. İzleyen alt başlıklarda ise, bu uygulamaların hukuka uygunluk nedenleri, koşulları, kapsamı ve uygulanma yöntemleri ile işveren ve işçinin bu uygulamalar çerçevesinde karşılaşılabilecekleri hukuki sonuçlar Türk Hukuku kapsamında açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA KONU OLAN KAVRAMLAR

§ 2. GÖZETİM KAVRAMI VE GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

I. İzleme ve Gözetim Kavramları

İzleme ve gözetim kavramı kesin bir sınırla birbirinden ayırlamadığı için bazı çalışmalarda birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. İzleme (monitoring), amaca bağlı olmaksızın iş ile ilgili olarak otomatik bir şekilde toplanan bilgileri içerir. Diğer taraftan gözetim (surveillance) ise, daha dar kapsamlı bir kavramdır. Gözetim, bir otoriteyle davranışı kontrol edilmek istenen kişi arasındaki ilişkiyi ifade eder¹.

“*İzleme*” faaliyetinde iş sözleşmesi ve işyeri iç düzenlemeleri kapsamında uyulması gereken kurallara aykırı davranışlar ve ölçülmesi gereken performansı saptayan bir dizi bilgisayar programı ve yazılımlar söz konusudur.

İzleme araçlarının işleyişi, bu araçlara yüklenen yazılımlar çerçevesinde gerçekleşir. İzleme yapılırken, çalışanın kişiliği ve işe karşı tutumuyla ilgili bir taraflılık yoktur. Bu nedenle, izleme araçları kişiler gibi bazı çalışanları diğerlerinden üstün tutarak ayırım yapmaz. Biri bilgisayar yazılımını bu şekilde açık olarak programlamadığı sürece herhangi bir yanlılık ve önyargı göstermeden çalışmalarını yürütür. Gözetimde (surveillance) ise, insan faktörü ve güç ilişkisi işin içine girmektedir.

Bu çalışma kapsamında incelenecek olan işveren uygulamalarında gözetim karakteri daha ağır bastığından öncelikle bu kavramın tanımlanması ve tarihsel gelişiminin incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

¹ **YILMAZ**, Gözde, “Elektronik Performans İzleme Sistemlerinin Çalışanlar ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri”; İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:7 Bahar 2005/1, 1-19.

II. Gözetim Kavramı ve Gözetimin Tarihsel Gelişimi

Gözetim kavramı iki farklı anlamda ele alınabilir. Birinci anlamıyla gözetim, hakkında toplandığı bireylerin davranışlarını yönetmek üzere kullanılabilen şifrelenmiş bilgi birikimini ifade ederken; ikinci anlamıyla, bazı bireylerin davranışlarının, bunlar üzerinde otorite kuran diğer bazı bireyler tarafından doğrudan izlenmesini içerir². Bunlardan ilkinin *depolayarak gözetim*, ikincisini ise *izleyerek gözetim* şeklinde isimlendirmek mümkündür. Çalışma konumuz olan, işyerinde elektronik gözetim uygulamaları her iki anlamda gözetimi de kapsamına almaktadır.

Gözetim kavramı sadece içinde bulunduğumuz döneme ait bir kavram değildir. İnsanlar tarih boyunca, ne yaptıklarını kontrol etmek, kaydettikleri ilerlemeyi görmek ve daha da önemlisi toplumsal örgütlenme ve koruma amacıyla diğerlerine bakmışlar, onları gözetlemişlerdir. Antik dönem yöneticileri, Mısır'da olduğu gibi vergi, askerlik hizmeti ve göç gibi amaçlarla nüfus kayıtlarını tutmuşlardır. İsrail'in göçebe halkında bile, M.Ö 15. y.y.'da topluluğa ilişkin ayrıntıları kaydetmek üzere birden fazla nüfus sayımı yapıldığı görülmektedir. Ancak bu dönemde söz konusu gözetim, sadece bu kısıtlı faaliyetlerden ibaretti. Askerlik hizmetini düzene koymak, vergileri düzgün olarak toplama amaçları dışında etkin bir gözetimin varlığından söz etmek mümkün değildi.

Devletin toplum ve ülkesi üzerindeki gözetimi ise, etkin bir şekilde modernizmin erken dönemleriyle birlikte ortaya çıkmıştır. Modern öncesi cemaat toplumlarında bireylerin güvenliğini sağlama adına etkin bir devlet gözetimi olmadığı için, bu dönemdeki insanların güvenliklerini sağlamak ve tehlikeye karşı savaşmak için kullanmayı öğrendikleri tek silah kendi yoğun sosyallikleriydi. Bir köy ya da kasabanın sakinleri, bu yoğun sosyalleşme nedeniyle, birbirlerini rahatlıkla ve yakından tanıyabiliyorlardı. Çünkü birbirlerini yaşamın değişik koşullarında ve çok farklı durumlarda izleme olanağına sahiptiler. Bu bağlamda söz konusu küçük yerleşim alanlarında inanılmaz bir şeffaflık söz konusuydu. Ancak şeffaflığın sağladığı bu güvenlik hissi de, sadece birbirini tanıyan bireylerin oluşturduğu bu küçük yerleşim

² GIDDENS, Anthony, Ulus Devlet ve Şiddet, (Çev. Cumhur Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş 2008, 24 vd.

alanlarının içerisiyle sınırlıydı³. Dolayısıyla bu dönemde, cemaat şeklinde örgütlenmiş bireylerin, birbirlerine karşı uyguladıkları denetim, sadece izleyerek gözetimden ibaretti.

Modern öncesi insanın bu küçük güvenli dünyası için 16. yüzyılla birlikte tehlike çanları çalmaya başlamıştır. Hızla artan nüfus ile birlikte herkesin birbirini tanıdığı küçük yerleşim yerlerinin yerini, birbirini daha az tanıyan insanların oluşturduğu nispeten büyük şehirler almaya başladı. Bu arada artan nüfusla birlikte, yerleşim yerlerinde yersiz-yurtsuz insan tiplerine rastlanır oldu. “Efendisiz insanlaryaklar” diye isimlendirilen bu kimseler, cemaat toplumundaki bireyler gibi iyi gözetlenemediklerinden, toplum için tehlike olarak görülmeye başladılar. Bunların sayısı gittikçe artıyor; ancak kaygısızlıkları nedeniyle, cemaat toplumunun bir parçası haline getirilemiyor ve ehlileştirilemiyorlardı. Güven içindeki cemaat topluluklarına büyük darbe vuran bu kitlesel fazlalığın en önemli etkisi, uzun vadede devletin sosyal hayattaki rolünü tamamen değiştirmek şeklinde olmuştur. Nitekim eskinin cemaat toplulukları, bu kitleyle başa çıkamıyordu. Eskiden sorunsuz işleyen “ben seni gözetliyorum, sen beni gözetliyorsun” cemaat denetim sisteminde çatlak oluşmuştu. Bu nedenle toplumsal iktidarın rolünün yeniden düzenlenmesi gerekiyordu.

Bu dönemde kanun koyucular, efendisiz ve aylakları daha görünür kılmak ve böylelikle gözetlenebilirliklerini arttırmak için değişik araçlara yöneldiler. En basit yöntem hemen her sığır yetiştiricisinin bildiği damgalama yöntemi idi. Bu dönemde sığırları ayırmak ve başıboş sığırları belirlemek için kullanılan bu yöntemin uygulanması, başıboş insanları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İngiltere’de çıkarılan 1604 tarihli kanunda damgayla ilgili şu talimat verilmekteydi: “deriye ve ete o şekilde dağlanıp işlenmeli ki, ‘R’ (Rogue-Serseri) harfi görülsün ve böyle bir serserinin üzerinde yaşam boyunca sürekli bir işaret olarak kalsın.” İşaret sayesinde en azından tehlikeli insanların ayırt edilip, yakın gözetim altına alınabileceği ve böylece bu

³ BAUMAN, Zygmunt, Yasa Koyucular ile Yorumcular, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996, 51 vd.

kimselerin sürekli yer değiştirmeleri sebebiyle tanınmamalarının doğurabileceği tehlikenin ortadan kalkacağı umuluyordu⁴.

Cemaatleşmeye dayalı gözetimin iflasına neden olan, görünmez efendisiz-aylakları daha görünür kılmak ve rahat gözetleyebilmek için alınan tedbirlerin arasında en önemli sonuç doğuran ise zorunlu kapatılma olmuştur. Foucault'un "*büyük kapatılma*" olarak ifade ettiği bu olaylar zinciri, 17. yüzyılda, bu efendisiz ve aylaklarla birlikte, toplumda onlar gibi başboş dolaşan veya tehlike arz eden suçlu, deli, sarhoş ve hastalıklıların (cüzamlı ve vebalı gibi) da kapalı mekânlarda zoraki olarak gözetim altında tutulmalarını ifade etmektedir⁵.

Bu dönemde, efendisiz-aylakları gözetleme amacıyla, eskiye (cemaat toplumuna) dönük arayışların olumlu netice vermemesi sonucunda fark edilmişti ki, gözetim, ancak amaçlı olarak ve yapay bir biçimde oluşturulan kapalı alanlarda mümkün olabiliyordu. Nitekim efendisiz-aylakların onları sürekli denetleyecek komşuları yoktu. Bu tehlikeli grup üzerinde yapılan tüm kolektif denetim çalışmaları geçici bir süre etkisini göstermiş, onlar bir süre sonra her türlü kolektif gözetimden bir şekilde kaçmanın yolunu bulmuşlardı. Bu nedenle tehlikeli grup dâhilinde sayılanlar zorla belirli kapalı alanlara konulursa, her an denetlenebilecekler, herhangi bir şekilde gözetimden kaçamayacaklar, böylelikle de küçük cemaat toplumundaki şeffaflık tekrardan onlar bakımından da sağlanabilecekti⁶.

Bu fikrin oluşmasında vebalı bölgelere uygulanan gözetimin önemli etkisi olmuştur. Nitekim bir kentte veba salgını çıktığı zaman uygulanacak bazı kurallar oluşturulmuş, bunlara uymama da çok ağır yaptırımlara bağlanmıştı. Örneğin söz konusu kent, derhal çevrelenir ve giriş-çıkışlara kapatılır, aksine davranışlar ölümle cezalandırılırdı. Başboş hayvanlar öldürülür; kent, her birinin başına bir denetimcinin verildiği küçük parçalara bölünürdü. Halka belirtilen günde evde kalma emri verilir, uymayanlar ölümle cezalandırılırdı. Her aile önceden erzak stoklamış olmalıydı. Sadece ekmek ve şarap için caddede ve evlerin arasında küçük tahta kanallar yapılmıştı. Bunlar mal sağlayıcılarla halk arasında iletişim olmadan herkesin ihtiyacını karşılamasını

⁴ BAUMAN, 59.

⁵ FOUCAULT, Michel, Deliliğin Tarihi, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay) İmge Yayınevi, Ankara 1995, 83.

⁶ BAUMAN, 58.

sağlamaktaydı. Kurallara uyulup uyulmadığı sıkı bir şekilde görevliler tarafından denetlenmekteydi. Bu sistemde teftişler sürekli, bakışlar her yerdeydi⁷.

Böylelikle vebalı kentler için getirilen bu uygulamalar sayesinde fark edildi ki, bireyleri sabit bir yere kapatmak, bütün hareketlerin denetlendiği, iktidarın hiyerarşik ve sürekli bir biçimde icra edildiği, her bireyin kapalı mekân içerisindeki hemen tüm noktalarda gözetildiği disiplinsel bir modeli oluşturmaya imkân vermekteydi. Başta vebalı kentler için düşünülen bu model, zamanla efendisiz-aylakları, delileri, tehlikeli hastaları gözetiminde tutmak için de uygulanmaya başlandı ve sonuçta “büyük kapatılma” olarak ifade edilen tarihsel süreç ortaya çıktı.

Bu bağlamda hapishaneler, düşkün evleri, darülacezeler, hastaneler ve akıl hastaneleri bu kapatılmanın gerçekleştirildiği ve dolayısıyla cemaat toplumunun şeffaflığının sağlanmaya çalışıldığı yerler olarak önemli rol oynamışlardır. Erken modern dönemde ortaya çıkan bu yeni kurumların rastlantısal bir buluş olmadığı, görünüşte birbirinden uzak ve işlevsel olarak bağlantısız sahalarda şaşırtıcı derecede eşzamanlı olarak belirmelerinden anlaşılmaktadır.

Nitekim söz konusu olan, sadece düşkünlere bakmak, suçluları cezalandırmak ya da delileri tedavi etmek değildi. Bundan daha önemli olanı, toplumsal iktidar alanlarının gerçekten temelinden sarsılması ve bunun yeniden teminine yönelik olarak toplumsal denetim mekanizmasının yeniden düzenlenmesiydi. Bu dönemde belirli bir kapalı mekânda gözetimin gerçekleştirilmesi ve bunun en az maliyetle en etkin şekilde yapılması konusunda, Bentham’ın ortaya koyduğu “Panopticon” projesi, çok önemli ipuçları vermektedir⁸.

Büyük kapatılmanın gerçekleştirilmesi, modernizmin başlarına (erken modern döneme) denk gelmektedir. Ancak yukarıda da gördüğümüz üzere, gözetim modernizmle birlikte başlamamıştır. Çok eski tarihlerden beri toplum üzerinde iktidarın bir yansıması olarak gözetim söz konusuydu; ancak klasik gözetleme yöntemlerinin

⁷ FOUCAULT, Michel, Hapishanenin Doğuşu, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006, 289 vd.

⁸ FOUCAULT, Hapishanenin Doğuşu, 295.

gelişen süreçte işleyemez duruma gelmesi, gözetimin farklı şekillerde ortaya konmasını gerektirmiştir⁹.

Cemaat toplumundan modern topluma geçiş sürecinde en önemli değişiklik, gözetimin karşılıklı oluşunun sona ermesiydi. Nitekim bu yeni dönemle birlikte gözetim, artık bu işi meslek edinenler tarafından yapılmaya başlanmıştır. Cemaat toplumundaki karşılıklı gözetimin devrini doldurmasıyla birlikte, iktidar adına bu işi yapacak, gözetim üzerine uzmanlaşmış kimselerden oluşan yeni bir meslek grubu da ortaya çıkmıştır. Söz konusu görev sıradan değildir ve görevlide nitelik olarak kaba güç kullanımından çok daha fazlasını; gözetime ilişkin becerilere sahip olmayı, uzmanlaşmayı ve bir insan davranışı mühendisi olmayı gerektirmektedir¹⁰.

Erken modern dönem diye de adlandırılan bu modernleşmenin ilk döneminde yaşanan gelişmeyle birlikte, artık yeni bir gözetim düzenine geçilmiş, toplumsal yapılanma da buna bağlı olarak yeniden şekillenmiştir. İçinde bulunduğumuz zamanı da kapsayan modern dönemdeki (bazı yazarlarca ikinci dünya savaşı sonrası dönem post modern dönem olarak da adlandırılır) gözetim ilişkileri aşağıda incelenmektedir.

III.Modern Devlette Gözetim

Sosyal hayatın kurumsallaşmış bir şekilde yaygın olarak gözetimi *modernizm* ile birlikte ortaya çıkmıştır. Ancak bu modern dönem aynı zamanda demokrasiye ilişkin değerlerin de hızla yükseldiği dönemdir. Bu itibarla gözetim, paradoksal biçimde aydınlanma ve demokrasiyle paralel olarak yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla tarihsel olarak gözetimin gelişmesi karmaşıktır. Kimin kimi gözlediği ve bunun etkilerinin ne olduğu sorusu, belirli bir dönemdeki belirli sosyal durumlara atıf yapılmaksızın cevaplanamayacaktır¹¹.

Modern devlet, rasyonel toplumu oluşturmak için sosyal hayatın büyük bir bölümüne müdahale ederken ve toplumu istediği şekilde yönlendirmek için kurallar koyarken, bir taraftan da bunlara uyulup uyulmadığını denetlemek ve kendi öngördüğü

⁹ BAUMAN, 55.

¹⁰ BAUMAN, 59.

¹¹ LYON, David, Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Çev.Dilek Hattatoğlu), Sarmal yayınevi, 1997, 42.

toplum düzenine karşı gizli bir takım faaliyetler yürütölüp yürütölmediğinin bilgisine sahip olmak ister. Ayrıca toplumda baş gösteren rahatsızlıklar ve sosyal gerilimler de ancak iyi bir gözetimle önceden öngöröllebilecektir. Bu nedenle modernizmin getirdiği tüm teknolojik imkânları kullanarak, toplum içerisindeki gözetimi sürekli kılabilmek, modern devlette görölven en güçlü eğilimlerdenendir¹².

Burada her ne kadar makro düzeyde devletin toplum üzerindeki gözetimi ele alınıyor olsa da, modern zamanlarda diğere sosyal alanlarda da gözetimin giderek yaygınlaştığı ve sistematik hale geldiği görölmemektedir. Örneğinin özellikle üretim faaliyetlerinde, işçinin etkin kullanımına yönelik olarak, onun yeterince çalışıp çalışmadığı sürekli gözetlenerek, işverenin ondan en etkin faydayı sağlamasına imkan tanınmaya çalışılmıştır.

Öte yandan, modern toplumlarda devlet, demokrasinin de yükselişiyile birlikte söylem olarak hiçbir gözetimi kendisi ve devamlılığı için yapmaz. Hemen her gerçekleştirilen gözetim faaliyetinde kamunun güvenliği ve menfaati söz konusudur. Bir yönüyle özgürlükleri kısıtlayan hemen her kanunun gerekçesinde ve iktidarı elinde bulunduranların açıklamalarında, bu genel güvenlik ve kamusal menfaat kavramlarına atıf yapıldığı görölmemektedir¹³. Bu da demokratik kitleleri ikna etmek için etkili bir yoldur. Dolayısıyla demokratik toplumlarda gözetimin bu kadar artmasına ve modern zamanlarda gözetimle demokrasinin başat ilerlemesine çok da şaşırılmamak gerekir.

Sosyal teoride, sistematik izleme olarak adlandırılan gözetim konusuna, ilk olarak Karl Marx dikkat çekmiştir. Marx'a göre "gözetim", emek ve sermayenin arasındaki mücadelenin bir unsurudur. Köleliğin ortadan kalkması ve kapitalizmin gelişimine paralel olarak, emeğinin eski yöntemlerle çalıştırılması imkansızlaşmıştır. Biçimsel olarak özgür hale gelmiş olan işçilerin düşük maliyetle en yüksek üretimi sağlayacak şekilde çalıştırılabilmesi için, kapitalist yöneticiler kendilerini işçileri denetlemek zorunda hissetmişlerdir. Bu sebeple işçileri gözetmek ve disiplin altına alınmış bir güç olarak boyun eğmelerini sağlamak için, günümüzde "yönetim" olarak bildiğimiz şey gelişmiştir. İşçileri fabrikalarda ve atölyelerde bir araya getirme fikri sık

¹² Bu konuda özellikle Taylorizm ve Fordizme ilişkin olarak Bkz. LYON, 173 vd.

¹³ BAUMAN, 62.

sık, teknik verimliliği azamiye çıkarmanın, makinelerin tam kullanımını sağlamanın bir yolu olarak görülmüştür. Oysa Marx'a göre fabrikaların kullanımı ve işçilerin faaliyetlerinin gözetimi yoluyla, emeğin disiplininin sağlanması, en az ötekiler kadar önemlidir¹⁴. Her ne kadar tek yanlı olsa da Marx'ın görüşleri, modern gözetim kavramının anlaşılması bakımından önem taşımaktadır¹⁵.

Max Weber ise, rasyonel örgüt modeli olarak gördüğü bürokratik yönetimlerin özelliklerinden birinin “ayrıntılı kayıt ve dosyalama” olduğunu belirtmiştir. Weber'in verimliliği azamiye çıkardığını söylediği bu sistem, “azamiye çıkartılan bir sosyal denetim” olarak da tarif edilmektedir¹⁶.

Kuşkusuz gözetim kavramının tanımlanması konusunda en çarpıcı değerlendirme Michel Foucault tarafından yapılmıştır. Foucault, gözetimi sadece örgütler açısından değil, toplumun genelinde daha geniş bir disiplin bağlamında ele almıştır. O'na göre modern toplumun kendisi disipliner bir toplumdur. Bu toplumda iktidar teknikleri ve stratejileri daima var olmuştur. Bunlar, başlangıçta ordular, hapishaneler ve fabrikalar gibi belli kurumlar içinde gelişmeler bile etkileri sosyal hayatın dokusuna nüfuz etmiştir¹⁷.

Foucault, modern toplumda gözetim kavramını tanımlamak için İngiliz filozof Jeremy Bentham'ın tasarladığı “Panopticon hapisanesi” metaforunu kullanmıştır¹⁸. Panopticon, bir hapisane olduğu gibi bir işyeri, okul ya da hastane de olabilir. Bentham'ın Panopticon'u, bu düzenlemenin mimari biçimidir. Bunun ilkesi, *bilinmemektir*. Çevrede silindirik şeklinde bir bina, merkezde bir kule; bu kulenin de halkanın iç cephesine bakan geniş pencereleri vardır. Çevrede bina hücrelere bölünmüştür ve bunlardan her biri binanın tüm kalınlığını kat etmektedir. Bunların, biri içeri bakan ve kuleninkilere karşı gelen, diğeri de dışarı bakan ve ışığın hücreye girmesine olanak veren ikişer pencereleri vardır. Bu durumda merkezdeki kulede tek bir gözetmen ve her bir hücreye tek bir deli, bir hasta, bir mahkûm, bir işçi veya bir ilkokul çocuğu kapatmak yeterlidir.

¹⁴ LYON, 43.

¹⁵ BOZKURT, Veysel, “Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?”; Birikim Dergisi, S:136, 69-74.

¹⁶ WEBER, Max, Sosyoloji Yazıları, Çev:Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul 1998, 193.

¹⁷ LYON, 44.

¹⁸ FOUCAULT, Hapishanenin Doğuşu, 245-285.

Geriden gelen ışık sayesinde, çevre binaların içindeki küçük silüetleri olduğu gibi kavramak mümkün olabilmektedir. Burada her oyuncu tek başınadır, tamamen bireyselleşmiştir ve sürekli olarak görülebilir durumdadır. Görülmeden gözetime olanak veren düzenleme, sürekli görmeye ve hemen tanımaya olanak veren mekansal birimler oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, hücre ilkesi tersine döndürülmekte veya daha doğrusu onun üç işlevi (kapatmak, ışıktan yoksun bırakmak ve saklamak) ters yüz edilmektedir. Bunlardan yalnızca birincisi korunmakta ve diğer ikisi kaldırılmaktadır. Tam ışık altında olma ve bir gözetmenin bakışı, aslında koruyucu olan karanlıktan daha fazla yakalayıcıdır¹⁹.

Bentham'ın Panopticon tasavvuru çok önemli bir görüşe dayanmaktadır. Bu da, "asimetrik gözetim"dir. Asimetrik gözetimde kişi, ne zaman gözetlendiğini bilmemektedir. Böylece yaratılan belirsizlik sonucu mahkûm sürekli olarak kurallara uymak zorunda kalmaktadır²⁰.

Panopticon'da mahkum görülmekte ama görememektedir. Burada gözetlenenler, bir bilginin nesnesi olmakta ancak bir iletişimin öznesi olamamaktadırlar. Böylece Panopticon'un etkisi, tutukluda iktidarın otomatik işleyişini sağlayan bilinçli ve sürekli bir görünübilirlik hali yaratarak kendini göstermektedir. Panopticon'da, hayali ilişkiden gerçek bir tabi olma durumu yaratılmaktadır. Bu sayede; mahkumu iyi davranmaya, deliyi sakin olmaya, işçiyi çalışmaya, okul çocuğunu özenli olmaya ya da hastayı tedaviye uymaya zorlamak için güç kullanmaya gerek kalmamaktadır. İktidar, gözlem mekanizmaları sayesinde, insanların tutumları üzerinde daha etkin olmakta ve daha fazla nüfuz olanağına sahip olmaktadır.

İşletmelerdeki gözetim teknolojileri de, işyerlerini Panopticon'un bir anlamda elektronik eşitleri haline getirmiş sayılabilirler. Çünkü günümüzdeki işyerlerinde çalışanlar fiziksel panoptik hücrelerinde gibidirler. Geçmişteki benzerleri gibi gözlemci burada da görünmez durumdadır. Panopticon hücrelerinde, bu hücreleri işgal eden

¹⁹ BOZKURT; 70

²⁰ YILMAZ; 15

insanlar, diğerlerinden duvarlarla ayrılmışken, modern işyeri çalışanları fiziksel yapıların yardımı olmadan elektronik olarak birbirinden ayrılmıştır.

Bu nedenle, günümüzdeki gözetim teknolojilerinin eski fiziksel Panopticonlardan daha etkili olduğu belirtilmektedir²¹.

İşletmelerde uygulanan modern gözetim sistemlerinin, “elektronik panopticon” şeklinde tanımlanması abartılı bir yaklaşım gibi görülse de gelişmiş ülkelerde bu teknolojilere karşı alınmaya çalışılan yasal tedbirler, çalışanlarda meydana getirdiği huzursuzluk ve özel hayatın gizliliğine karşı müdahaleler dikkate alındığında bu tanımlamanın bir bakıma haklı olabileceği görülecektir.

§ 3. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİME KONU OLAN KAVRAMLAR

İşyerinde elektronik gözetim uygulamaları incelenmeden önce, başta bu uygulamaların gerçekleştiği mekân bakımından “işyeri” kavramı ile söz konusu uygulamalarda zorunlu olarak kullanılan belirli teknolojik araçlar ve gözetim faaliyetine konu edilen “kişisel veri” kavramının tanımlanması, çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Kuşkusuz, teknolojik araçların ayrıntılı biçimde açıklanması, pek çok teknik bilgi ile mümkün olur. Ancak bu çalışmanın amacı, teknolojik araçların teknik altyapıları hakkında inceleme yapmak olmadığından bu tanımlara sadece genel olarak yer verilecek ve kısaca bu kavramlarla ne anlatılmak istendiği belirtilecektir.

I. İşyeri Kavramı

İş K m.2/I gereğince, “... İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre de, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden

²¹ **BOTAN**, Carl H., “Communication Work and Electronic Surveillance: A Model for Predicting Panoptic Effects”, Communication Monographs, 1996, 63(4), 293 – 313.

sayılır.” İş hukukunun yer itibarıyla uygulama alanını ifade eden işyeri kavramı, İş K m.2/III’te nihai olarak tanımlanmıştır: “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”

Çalışmamızın konusu bakımından işyeri kavramının unsurları ve işyeri sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu sayede işverenin yürüttüğü gözetim faaliyetlerinin mekan itibarıyla hangi sınırlar dâhilinde kalacağı da belirlenmiş olacaktır.

1. İşyeri Kavramının Unsurları

İşyeri kavramının üç ana unsuru bulunmaktadır. Bunlar maddi veya manevi araçlar, örgütlenme (organizasyon) ve teknik amaç olarak sıralanabilir. Aşağıda bu unsurlar üzerinde özetle durulacaktır.

a. Maddi veya manevi araçlar – İşgücü

Maddi ve manevi araçlar, asıl itibarıyla işletmenin malvarlığını oluşturan unsurlardan ibarettir. Buna göre, eşyalar, iş araçları ve makineleri, hammadde, işyerine tahsis edilen taşınmazlar, bunların bütünleyici parçaları ile eklentileri maddi unsurlar arasında sayılabilir. Manevi araçların belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanunu m.11/II’de sayılan unsurlardan yararlanmak mümkündür. Şu halde manevi araçlar, ticaret unvanı, işletme adı, marka ve patent hakları, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, telif hakları, know – how, müşteri çevresi, işgücü ve alacak haklarıdır. Bunların, işyerinin bir unsurunu teşkil edebilmesi için işyerinin teknik amacını gerçekleştirmek amacıyla kurulan organizasyonun bir parçasını oluşturması gerekmektedir²².

b. Örgütlenme (Organizasyon)

İşyerinde, maddi veya manevi araçlar işveren tarafından belli bir amaca ulaşmak niyetiyle ve belli bir süre için belli bir organizasyon içerisinde bir araya getirilir. Maddi ve manevi unsurların yan yana bir araya gelmesi ile değil, sürekli bir

²²ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, 58; YENİSEY, Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, 17; EYRENCİ, Öner / Savaş TAŞKENT / Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık San. ve Tic.Ltd.Şti, İstanbul 2006, 46 – 48.

organizasyon içinde örgütlenmesi ile işyeri oluşur²³. Bu organizasyonun tesadüfi olmaması, bir plan dâhilinde olması gerekir. Ayrıca organizasyonun az veya çok devamlı olması da gerekir. Devamlılıktan kasıt, işverenin işyerinde faaliyeti belirsiz süreli görmek amacıyla olması değil; belirli süreli de olsa işverenin amacının devamlı olmasıdır. Tek bir nakil işinin gerçekleştirilmesi, bir işyerinin oluşmasına yol açmaz. Keza bunun gibi, bir defalık mal alım – satım işine aracılık edilmiş olması halinde de işyeri yoktur²⁴.

c. Teknik Amaç

İş K m.2 gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, işyeri, işletmeden farklı olarak mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amaç izler. Buradaki amaç, kâr elde etmenin ötesinde üretime yönelik teknik bir amaçtır. İşyerinde amaç, iktisadi değeri olan mal veya hizmetlerin değişimidir. İşveren, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde değişik unsurları bir araya getirerek örgütlemekte, bir iş organizasyonu altında toplamaktadır²⁵.

2. İşyeri Sınırları ve Bu Sınırları Zorlayan Yeni Çalışma Biçimleri

İşin yapıldığı yer dışında, İş K m.2/II’de belirtilen işyerinden sayılan yerler de işyerini oluşturur. İşyerinin sınırlarını belirleyebilmek amacıyla, aynı maddede yer alan, işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlantılı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerin işyerinden sayılacağına ilişkin ifadede yola çıkarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, İş K m.2/II ve III. fıkralarındaki anlatımdan yola çıkarak, mal ve hizmet üretimine yönelik teknik amacın esas itibarıyla gerçekleştiği alanın işin yapıldığı yer olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, işin esas itibarıyla yapıldığı yerin “asıl işyeri” olarak nitelendirilmesi uygun görülmemektedir.

²³ ÇELİK, 58 vd..

²⁴ SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2006, 158 (SÜZEK; İş Hukuku).

²⁵ ÇELİK, 58, YENİSEY, 23 vd., SÜZEK, 158.

Çünkü işyeri, “işyerinde teklik ilkesi”nin ifadesini bulduğu İş K m.2/II ve III. fıkralarında belirtilen kısımlarıyla birlikte bir bütün olarak düşünülmektedir²⁶.

Bu nedenle aşağıda işyerine bağlı yerler, eklenti ve araçlar üzerinde durularak işyerinin sınırları belirlenmeye çalışılacaktır.

a. İşyerine Bağlı Yerler

İş K m.2/II gereğince, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile eklenti ve araçlar da işyerinden sayılır²⁷. Söz konusu hükme göre, işyerine bağlı bir yerden bahsedilebilmesi için iki şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlar, işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık ve işyeri ile aynı yönetim altında örgütlenmedir. Ancak her şeyden önce bir işyerine bağlı yerlerden söz edebilmek ve bu yerleri tek bir işyeri sayabilmek için bu yerler arasında bir hukuki bağlılığın bulunması gerekmektedir. Hukuki bağlılıktan kasıt, bu yerlerin aynı işverene ait olmasıdır. Eğer çeşitli işyerleri yapılan işin niteliği bakımından birbirlerini ne kadar tamamlasa da ayrı işverenlere ait ise bu durumda tek bir işyeri sayılmaları mümkün olmayacaktır. Örneğin, kumaşın dokunduğu işyeri ile boyandığı işyerlerinin ayrı işverene ait olması halinde bunlar ayrı işyerleri sayılacaktır²⁸.

İşyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılık koşulu ile belirli bir mal veya hizmet üretmek amacı ile yapılan işlerin bağlılığı ve birbirlerini tamamlamaları ifade edilmek istenmektedir. Diğer bir anlatımla, belirli bir mal ve hizmet üretimine ilişkin teknik amacın elde edilebilmesi için gerekli olan tüm faaliyetlerin gerçekleştirildiği yerler işin niteliği yönünden birbirine bağlıdır. Aynı işyerinden sayılan birbirine bağlı yerlerde asıl işin bir parçası yapılabileceği gibi yardımcı bir iş de görülebilir²⁹.

²⁶ KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 58; SÜZEK, İş Hukuku, 159.

²⁷ Sen K. m.2/9'da da aynı anlama gelecek şekilde “işin niteliği ve yürütümü” bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle eklentilerin ve araçların da işyerinden sayılacağı hükme bağlanmıştır.

²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, 160.

²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, 160.

Burada önemli olan, asıl işyeri ile diğer yerin aynı teknik amaç için organize edilmiş olmasıdır. Asıl işyeri ile diğer yer arasındaki faaliyet birbirini tamamlamalı ve birindeki faaliyetin durması diğerinin faaliyetlerinin devamını etkilemelidir³⁰. Örneğin, tekstil üretimi yapan işyerlerinde ürünün dokunduğu, boyandığı ve dikildiği yerler tek bir işyeri sayılmakta iken diğer bir örnekte aynı işverene ait lastik fabrikası ile kağıt fabrikası arasında işin niteliği ve yönetim yönünden bağlılık bulunmadığı için tek bir işyerinden bahsedilemeyecektir.

İşin yönetimi bakımından bağlılık koşulu ile mal ve hizmet üretimi işlerinin tek elden yönetilecek biçimde aynı yönetim altında örgütlenmiş olması anlatılmaktadır. Örneğin, aynı yönetim altında örgütlenmiş olması halinde, bir otel işletmesinde yer alan lokanta, kuaför salonu ve sauna gibi yerler işyerine bağlı yer olarak değerlendirilecektir.

Öte yandan farklı üretim birliklerinin, tek işyeri sayılabilmesi için bu birimlerin, coğrafi anlamda mutlaka aynı arazi sınırları içerisinde ya da çok yakın yerlerde bulunması da şart olmamakla beraber bu birimler arasındaki uzaklık tek elden yürütümü engelleyecek boyutta ise bu durumda iki ayrı işyerinden bahsedilmesi gerekecektir.

Yukarıda özetle açıklanan unsurların bir arada değerlendirilmesi sonucunda işyeri kavramı; bir işveren tarafından mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddi olan ve olmayan unsurlarla iş gücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan *iş organizasyonu* kapsamında bir bütün olarak tanımlanabilir³¹.

b. Eklentiler

İş K m.2/II gereğince, “dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler” de işyerinden sayılır. Madde hükmündeki “gibi” ifadesinden de anlaşılacağı üzere eklentiler, maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Örneğin, hükümde sayılmamasına rağmen, garaj ve otopark gibi yerler de eklenti olarak değerlendirilecektir. Eklenti

³⁰ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, 59.

³¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: YENİSEY, 22 vd.

olarak nitelenen bu yerlerin, işyerinin içerisinde olması, işyerine mekan olarak bitişik olması veya yakın olması aranmamaktadır³².

c. Araçlar

İş K m2/II'de herhangi bir sınırlama yapılmaksızın tüm araçlar işyeri kavramına dâhil edilmiştir. İşyerinde yürütülmekte olan faaliyetlere dâhil edilen sabit veya hareketli her türlü araç işyerinden sayılmaktadır. İşverenin, aracın mülkiyetine sahip olması zorunlu değildir. Örneğin, işveren, işçilerine tahsis ettiği servis ve ulaşım araçlarını başka birinden kiralamış olsa da bu araçlar işyerinden sayılacaktır.

d. Yeni Çalışma Biçimlerinin İşyeri Sınırlarına Etkisi

İş Kanunu, işyerinin kapsamını belirlerken “iş organizasyonu” kavramından yola çıkmaktadır. Bir yer, işverenin iş organizasyonu içinde yer alıyorsa o işyerinden sayılmaktadır. Yeni istihdam, üretim ve iş organizasyonu teknikleri ile bilgisayar teknolojisi (uzaktan çalışma, internet aracılığıyla çalışma) ve diğer işyeri dışındaki çalışmalar, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun daha esnek şekilde değerlendirilmesine yol açmakla birlikte işyeri kavramının da yeniden tanımlanması gereğini ortaya çıkarmıştır.

İş K m.2 gerekçesinde yer alan, “*Teknolojik ve ekonomik gelişmeler ... çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu ‘yerin’ dışına taşmış, işveren, kurulan ‘iş organizasyonu’(nu) işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde ... veya ilin içinde ... işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliği’ne üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak ... üçüncü fıkra ... hükmü eklenmiştir*” şeklindeki anlatımdan yola çıkılarak herhangi bir yerin, işverenin örgütlediği, çerçevesini çizip

³² KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, 60; SÜZEK, İş Hukuku, 163.

organize ettiği iş organizasyonu içinde yer alması durumunda işyerinden sayılacağı söylenebilecektir³³.

Bu durumda, işveren tarafından örgütlenen ya da çerçevesi çizilerek organize edilen yerler, iş organizasyonu içinde yer almaktaysa işyerinden sayılması gerekecektir. İş organizasyonu kavramı, işverenin yönetim hakkını yeterince kullanamamakla birlikte, örgütlediği veya organize ettiği tüm yerlerin işyerinden sayılmasını gerektirecek bir kavram olarak düşünölmüştür. Örneğin, evde yapılan çalışmalarda işverenin yönetim hakkı ve bağımlılık ilişkisi zayıflamakla birlikte, bu çalışmalar, işveren tarafından çizilen organizasyon içinde yer aldığından işyerinde yapılmış sayılacaktır. Belirtilen nedenlerle, madde gerekçesinde tanımlanmaya çalışılan iş organizasyonu kavramından yola çıkılarak işyeri sınırlarının, yeni teknolojilere paralel olarak yeniden belirlenmeye başladığı söylenebilecektir.

II. Elektronik Gözetim Araçları ve Gözetimin Konusu

Günümüzde işyerinde elektronik gözetim uygulamalarının başlıca araçları, işçilere tahsis edilen bilgisayarlar, internet ve intranet erişimi ve e-mail iletişimidir. Bu araçlarla yapılan gözetimin konusu ise işçiler tarafından elektronik ortamda gerçekleştirilen bilgi alışverişi ve bu kapsamda işçilere ait kişisel verilerdir.

Bu başlık altında, işverenler tarafından kullanılan elektronik gözetim araçlarına ilişkin temel nitelikte teknik bilgiler verilerek çalışmamızın konusu bakımından önem taşıyan kişisel veri kavramının tanımı yapılacaktır.

1. Bilgisayar

Bilgisayar; kendine önceden yüklenmiş program gereğince çeşitli bilgileri-verileri uygun ortamlarda saklayan ve istenildiğinde geri getiren, çeşitli aritmetik ve mantıksal işlemler yapan, çok hızlı çalışan elektronik bir cihazdır³⁴. Bilgisayar programlanabilir ve kendi başına iş yapamaz. Bilgisayarların belli bir işletim sistemleri, bellek güçleri ve kapasiteleri bulunmaktadır. Bilgisayar işletim sistemi, virüs

³³ SÜZEK, İş Hukuku, 162.

³⁴ <http://www.bilgisayarnedir.com/bilgisayar-nedir.html> (Erişim Tarihi: 21.07.2009).

adı verilen programlardan etkilenmekte ve işlevini tamamen ya da kısmen kaybetme olasılığı bulunmaktadır.

Bilgisayarın elektronik kısmına donanım (hardware), program kısmına ise yazılım (software) denir. Bilgisayarın gelişiminde, dört unsur hiç değişmemiştir.

- Bilginin Girişi (Giriş birimleri: Klavye, mouse, kamera, scanner, fax-modem vb.)
- Bilginin saklanması (Hafıza: Harddisk, disket, cd-rom vb.)
- Bilginin işlenmesi (Beyin: Merkezi işlem birimi - Central Processing Unit CPU)
- Bilginin çıkışı (Çıkış birimleri: Monitör/ekran, Printer/yazıcı, plotter/çizici, modem)

2. İnternet ve İtranet

İngilizce “International Network”ün kısaltılmışı olan İnternet, birden fazla haberleşme ağının (Networks), birlikte meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır. Bu iletişim ağları, bilgisayarlar ile oluşturulmaktadır. Başka bir anlatımla, İnternet, bilgisayarlar arasında kurulmuş bulunan bir haberleşme ağıdır. Temel amaç iletişim olduğu için, ağı meydana getiren bilgisayarlar arasında bağlantı kurulması gerekmektedir. Bunun sağlanması için de İnternet Protokolü (TCP/IP – Transmission Control Protocol / Internet Protocol) adı verilen “ortak bir dil” kullanılmaktadır³⁵.

TCP/IP kullanımı ile bilgisayarlar birbirleri ile iletişim kurarak “konuşabilmekte”, karşılıklı olarak bilgi aktarabilmektedirler. Fiili iletişim ise, yüksek kapasiteli telefon hatları üzerinden yapılmaktadır. İnternet, kişilerin dünya üzerinde birbirleri ile çok geniş – adeta sınırsız – amaç ve içerikte iletişim kurmalarını, bilgi alıp vermelerini sağlayan bir ortak haberleşme alt yapısı niteliğindedir.

³⁵ Daha fazla bilgi için bkz.: <http://www.po.metu.edu.tr/links/inf/css25/bolum1.html#1> (Erişim Tarihi: 21.07.2009).

İnternet'te kullanılan önemli hizmetlere "www" (world wide web – grafik olarak hazırlanan resimli sayfada bilgi arama), e-mail (e-posta – metin haberlerinin ve bilgilerin yazılı posta yerine elektronik ortamda karşı tarafa gönderilmesi), FTP (File Transfer Protocol / Download – Upload, bilginin elektronik ortamda transfer edilmesi ve kaydedilmesi), Chat (Eş zamanlı iletişim) hizmetlerini örnek vermek mümkündür.

İnternet'in şirket içi lokal kullanım şekli olan "Intranet"i de bu aşamada belirtmemiz gerekmektedir. Intranet, sadece belirli bir kuruluş içindeki bilgisayarları, yerel ağları (LAN – Local Area Network) ve geniş alan ağlarını (WAN) birbirine bağlayan, çoğunlukla TCP/IP tabanlı bir ağıdır. Başka bir anlatımla intranet, küçük ölçekli ve özel kullanıma tahsis edilmiş internet olarak da ifade edilebilir. Intranetler, gatewayler (ağ geçidi) ile diğer networklere (iletişim ağları) bağlanabilir. Temel oluşturulma amaçları, kuruluş bünyesinde bilgileri ve bilgi işlem kapasitesini paylaşmaktır. Intranetler, şirket içi tele-konferans uygulamalarında ve farklı birimlerdeki kişilerin bir araya gelebildiği iş gruplarının oluşturulmasında da kullanılırlar.

Intranetler üzerinden HTTP, FTP vb gibi pek çok protokol uygulamaları çalıştırılabilir. Günümüzde, Intranetler içinde, Web erişimi ile kaynakların kullanımı oldukça yaygındır. Bazı şirketlerdeki intranetlerden, "Firewall" sistemleri üzerinden (bazı emniyet tedbirleri ile), Internet çıkışı da yapılmaktadır. Bu sayede, her iki yönde de ileti trafiği kontrol edilebilmekte ve güvenlik sağlanmaktadır.

3. E-mail (Elektronik posta)

E-mail, her şeyden önce göndericisi tarafından belirlenen varış yerine ulaşana ve okunana kadar bir bilgisayardan diğerine zincirleme şekilde iletilen bir dosyadır.

E-mail, gönderici ve gönderim tarihi ile saatine ilişkin bilgileri içeren başlık satırlarının ardından alıcı tarafından okunması istenen mesajı içeren gövde kısmı ve bu mesaj ekinde (varsa) gönderilen ekleri içerir³⁶.

³⁶ http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/8.html (Erişim Tarihi: 21.07.2009).

Bir bilgisayardan diğere e-mail gönderimi, SMTP (Simple Mail Transfer Protocol)³⁷ adı verilen bir uygulama ile gerçekleşmektedir. Söz konusu gönderim sürecinde minimum üç bilgisayara ihtiyaç duyulmaktadır³⁸:

- E-mail'i hazırlayan ve gönderen kişinin bilgisayarı (E-mail, bu bilgisayarda “gönderilen” klasöründe saklanmaktadır).
- E-mail'in alıcısına ait bilgisayar (E-mail, bu bilgisayarda “gelen” klasöründe saklanmaktadır).
- E-mail iletişimini sağlayan, servis sağlayıcıya ait bilgisayar (ya da veritabanı) (E-mail, alıcısı tarafından kabul edilene kadar bu bilgisayarda tutulur).

4. Kişisel Veri

“Kişisel veri” kavramını tanımlamadan önce, kişisel veri kavramının anlamını tam olarak tespit etmek gerekir. Bunun için, öncelikle “kişisel” ve “veri” kavramlarının sözlük anlamları üzerinde durmak gerekmektedir. “Kişisel” kelimesi, *“kişi ile ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsi, zati”*; “veri” ise, *“bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge, muta, done ve bilişimde, olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi”* olarak tanımlanmaktadır³⁹.

Anayasa'da ve diğere kanunlarda temel bir hak olarak bireyin kişisel nitelikli veriler üzerindeki hakkından bahsedilmemiştir. Buna karşılık uluslararası düzenlemelerde kişisel verilerin tanımına yer verilmiştir. Gerçekten de, veri koruması alanında, ilk olma niteliğini taşıyan 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi⁴⁰ m. 2'de

³⁷ Bu uygulamaya ilişkin ayrıntılı bilgilere, www.ietf.org internet adresinde yer alan RFC -821 dokümanında ayrıntılı biçimde yer verilmiştir (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

³⁸ GESTEL, Marc Van, “Forwarding Confidential Information on the Internet: Technological Possibilities of Monitoring and Control”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, (Der: Roger Blanpain), Kluwer Law International, 2002, 17 – 20.

³⁹ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi 02 Ekim 2009).

⁴⁰ 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://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf (Erişim Tarihi 11 Kasım 2009).

ifade edildiği üzere, kişisel veriler “belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ait bütün bilgileri ifade eder” denilmektedir.

Kişisel veri “bir gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması, şifre numarasına göre ya da psişik, psikolojik fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura, aidiyeti aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir” (95/46/EC sayılı Yönerge m. 2). Bu maddede belirlenen unsurların ışığında bakıldığında kişisel veriler, belli bir kişi hakkındaki tüm bilgilerdir. Bunlara ilâveten, kişi hakkındaki önemsiz veriler ve yayımlanmış veriler de bu kavrama dâhildir. Bu tanıma göre bir kimseyi belirli kılabilme, o kişiyi doğrudan niteleyebilmedir.

Kişilerin isimleri, oturdukları yerler, resimleri, parmak izleri, röntgen filmleri ve kişinin yapmış olduğu yolculukların listesinden de ilgili kişi tespit edilebilir. Bunlara ilaveten belirlenebilirlikte ise, söz konusu bilgilerle doğrudan doğruya kişiler tanımlanmayıp, yardımcı bazı unsurlar sayesinde belirlenebilmektedirler. Burada ilgililer doğrudan doğruya değil, dolaylı yollarla belirlenebilmektedirler. İlgilinin yaşı, mesleği, çocuğu gibi unsurlar onun belirlenebilir olmasına hizmet eder. Ayrıca, kişilerin dolaylı olarak belirlenebilmesinde onların ses ve görüntüleri de kişisel verilerin kapsamına dâhildir. Mesela, kişinin güvenlik maksadıyla alınan parmak izlerinden, irislerinden veya kamera görüntülerinden alınan resim ve ses bilgileri sayesinde kişinin kendisine ulaşılması durumlarında kişiler doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak tanınabilmektedirler. Bunların yanı sıra, istatistikî veriler, ilgili kişiler ile ilişkilendirilemediklerinden kişisel veri niteliğine sahip değildirler. Ayrıca, elektronik posta adresleri ve bilgisayarların kullanılmasında bir nevi bilgisayarın kimliği niteliğinde olan IP adresleri de kişisel veri kategorisine dâhildirler. Çünkü bu adresler sayesinde kişiler, bilgisayarları dolayısıyla tespit edilebilmektedirler.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZEYDE YASAL DÜZENLEMELER

§4. ULUSLARARASI BELGELERDE KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Düzenlemeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), işçilerin işyerinde izlenmesi, internet erişimleri, e-posta iletişimi ve telefon konuşmalarının denetlenmesi suretiyle bilgi toplanması ve bu bilgiler işlenerek işçinin kişilik haklarının ihlalini önleyecek kuralları içeren bir sözleşmesi bulunmamaktadır.

Buna karşılık, bu konudaki eksiklikleri gidermek için ILO'nun 1995 yılında yaptığı 264. toplantısında alınan karara istinaden 1 – 7 Ekim 1996'da yapılan toplantılarda, çalışanların kişisel bilgilerinin korunmasına ilişkin bir davranış kodu ("Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data") oluşturulmuştur. Bu metin, ILO yönetim kurulunun 267. toplantısında onaylanmıştır.

Kodun tanımlar başlıklı 3. maddesinde izlemenin (monitoring) tanımı, bilgisayar, kamera, video cihazları, ses cihazları, telefon, diğer haberleşme araçları gibi çeşitli izleme yöntemlerini kapsayacak şekilde yapılmıştır. Aynı maddede "işleme"nin (processing) de tanımı yapılmış ve kişisel bilgilerin toplanması, depolanması, birleştirilmesi, ilişkilendirilmesi ve başka bir şekilde kullanılmasını kapsayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu maddede yer alan ve değinilmesi gereken bir diğer husus ise, işçiye ilişkin tanımdır. Uluslararası Çalışma Örgütü belgeleri genellikle, işçi tanımına yer vermeyerek bu görevi ulusal düzenlemelere bırakmaktadır. Söz konusu genel uygulamadan ayrılarak bu davranış kodunda işçi tanımının yapılmasının amacı ise

sadece fiilen çalışanları değil, bunların yanı sıra eski çalışanlar ile iş başvurusunda bulunanları da kapsam dâhiline almaktır⁴¹.

Ulusal düzenlemelerin, uluslararası standartların veya kabul edilmiş diğer standartların yerini almayan bu davranış kodunun bağlayıcı bir etkisi bulunmamakla beraber, işveren ve çalışanların çalışma kurallarını belirlemeleri ve bu suretle kendi beklenti ve ihtiyaçları doğrultusunda söz konusu davranış kodunda belirlenen prensipleri biçimlendirmeleri mümkündür.

Söz konusu davranış kodunda, çalışanların kişisel bilgilerinin korunması bakımından Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından benimsenen ilkeler şu şekilde sıralanmıştır⁴².

- Çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin koruma yolları geliştirilerek, kişisel bilgilerle ilgili bilgisayar kayıtları en aza indirgenmelidir.
- Çalışan ve temsilciler bilgi toplama sürecinden, bu sürecin kurallarından ve haklarından haberdar edilmelidir.
- Kişisel bilgileri, dosya veya bilgisayarlara işleyenler, muntazaman eğitilerek yaptıkları işin sorumluluk bilincinde olmaları sağlanmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilerle işçilerin istihdamında ve iş sırasında hukuka aykırı ayrımcılık yapılmamalıdır.
- İşverenler, çalışanlar ve onların temsilcileri, çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması politikası geliştirmede işbirliği yapmalıdır.
- Toplanan kişisel bilgilere erişebilen işverenler ve işçi temsilcileri, bu husustaki “gizlilik” ilkesine uymak zorundadır.
- Çalışanlar, kişilik haklarını ilgilendiren haklardan feragat edemezler.

⁴¹ **SAVAŞ, F.Burcu**; “İş Hukukunda Siber Gözetim”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, DİSK / Birleşik Metal-İş, S.22; 100.

⁴² **KAPLAN, Emine Tuncay**; “İş Hukuku’nda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Cemal Mıhçıoğlu’na Armağan, Ankara, Ocak – Aralık 1997, C.52, No:1-4, 383 (Kişilik Hakları).

- İşveren, işçinin cinsel hayatı, siyasi, dini ve diğer inançları konusunda bilgi toplayamaz ve işçinin suça eğilimini belirleme amacına yönelik test yapamaz.

- Sağlık açısından, örneğin, önceden bir hastalık geçirip geçirmediğine yönelik sorular ancak, iş için önemli ise ve ulusal mevzuatta iş güvenliği ve işçi sağlığının gerektirdiği ölçüde sorulabilir.

- Yukarıda belirtilen ilkelere aykırı soru sorulursa adayın veya çalışanın eksik cevap vermesi halinde işten çıkarılamaz veya disiplin cezası verilemez.

- Çalışanın madde bağımlılığı bulunup bulunmadığına ilişkin testler, ancak ulusal mevzuat kapsamında ve uluslararası standartlar dikkate alınarak uygulanabilecektir.

- İşçi hakkında toplanan bilgilere sadece yetkili olanlar erişebilir. Bu bilgiler, kural olarak üçüncü kişilere, çalışanın izni olmadan verilemez. Ancak cana kast ve sağlığı tehdit eden bir durum söz konusu ise, yasanın elverdiği ölçüde ve çalışma ilişkisinin yönlendirilmesi amacıyla üçüncü kişilere verilebilir. Ayrıca ulusal ceza mevzuatı gerektiriyorsa bu bilgilerin verilmesi mümkündür.

Söz konusu davranış kodunun 6. maddesinin 14. bendinin 1. fıkrasında, çalışanların izlenmesi yasaklanmamakta ancak kısıtlanarak iki şarta bağlanmaktadır.

Bu şartlardan ilki işçilerin izlenmeye başlanmasından önce durumdan ve nedenlerinden, zaman çizelgesinden, izlemede kullanılacak yöntemlerden, toplanacak bilgilerden kural olarak yazılı bir şekilde haberdar edilerek açık ve yazılı rızalarının alınmasıdır. İşçinin yazılı rızasının olmadığı veya bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılmadığı durumlarda ise işçinin izlenmesine yönelik onayının olduğunun veya işçinin bu hususta önceden bilgilendirildiğinin ispat edilmesi gerekecektir.

Burada amaçlanan ise işçinin, izleme faaliyetinin kapsamına ilişkin yeterli bilgiye sahip olarak karar vermesini sağlamaktır. Maddede öngörülen diğer şart ise izleme faaliyetini gerçekleştirecek işverenlerin, çalışanların özel hayatlarına en az müdahale edecek yöntemi seçmeleri gerekliliğidir. Bu şart ile işçilerin özel hayatlarının

gizliliği, işverenler tarafından tercih edilen izleme yöntemi karşısında daha üstün tutulmaktadır.

Aynı maddenin 14. bendinin 2. ve 3. fıkralarında ise gizli izlemenin şartlarına değinilmiştir. Buna göre; işyerinde işçilerin gizli olarak izlenebilmeleri için ulusal düzenlemeler kapsamında bu izlemeye izin veriliyor olması veya suç teşkil eden ya da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışların varlığına ilişkin bir şüphe ile bu şüphenin geçerli bir nedene dayandığını gösteren olguların bulunması gerekmektedir.

Yine aynı davranış kodunun “bireysel haklar”ı düzenleyen 11. maddesinde belirlenmiş olan şartlara uyulmasını sağlayabilmek için toplu iş sözleşmesi, çalışma koşulları veya işyeri politikasında uygulanması basit ve işçiler tarafından kolaylıkla ulaşılabilecek bir şikayet prosedürünün işletilmesi gerekliliğine de yer verilmiştir.

İş hayatında esnekliğin azami seviyede sağlanabilmesi amacını taşıyan kodun bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu niteliği itibariyle de ulusal hukukların, düzenlemelerin, uluslararası çalışma standartlarının veya kabul edilmiş diğer standartların yerini almamaktadır.

Söz konusu niteliğinin bir diğer sonucu da işveren ve çalışanların çalışma kurallarını belirlemelerinin ve bu şekilde kendi beklenti ve ihtiyaçları doğrultusunda kodu biçimlendirmelerinin mümkün olmasıdır. Söz konusu belgenin, işletme düzeyinde yararlı olabilmesi adına yasal düzenlemelerin, toplu iş sözleşmelerinin, çalışma koşullarının, çalışma politikalarının ve pratik önlemlerin gelişmesinde rehber olarak kullanılması da mümkündür⁴³.

Uluslararası Çalışma Örgütü çalışanların özel hayatlarının gizliliği hakkı ana başlığı altında kişisel bilgilerin korunmasına, işyerinde kontrol ve izlemeye ve işyerinde yapılan muayenelere ilişkin olmak üzere toplam üç çalışmayı da bu hususta yol gösterici prensipler olarak yayımlamıştır⁴⁴.

⁴³ ABRAHAMSE, Sven Rupert; Electronic Communications in the Workplace, http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/300/1/AbrahamseS_2006.pdf, 6 (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009).

⁴⁴ ABRAHAMSE, 5; agy: dn.4

II. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesi gereğince, "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*" (f.1) ve "*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.*" (f.2).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihatlarında, özel yaşama saygı duyulmasını bekleme hakkının kişinin mesleki ve iş yaşamındaki faaliyet alanında da kabul edilebileceğine hükmetmiş bulunmaktadır⁴⁵.

Avrupa Konseyi, 28 Ocak 1981 tarihli "Kişisel Verilerin Otomatize İşleme Tabi Tutulması Hakkında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"yi kabul etmiştir. Özel hayata saygı değerlerinin ve kişiler arası sınırsız bilgi akışının yeniden yapılandırılması çerçevesinde imzalanan Sözleşme, kişisel verilerle ilgili başlıca konuları içermekte ve bilgilerin otomatik işleme tabi tutulmasını düzenlemektedir.

Bu sözleşmenin başlıca amacı, 1. maddesinde de belirtildiği üzere, sınırları dâhilinde bunu imzalayan taraflardan her birine ait tüm vatandaşların, ulus ve ikametleri her ne olursa olsun, hak ve hürriyetleri ile kişiye ait otomatik işleme girmiş tüm kişisel bilgiler ekseninde özel hayatını korumaktır. Sözleşmenin amaçlarına uygun olarak 2. maddesinde "kişisel bilgi", kişi hakkında belirlenmiş veya belirlenebilecek her türlü bilgi anlamında kullanılmıştır.

⁴⁵ Niemietz v. Almanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (N° 13710/88), 16 Aralık 1992 ve Halford v. Birleşik Krallık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (N° 20605/92), 25 Haziran 1997; Ayrıca Bkz.: **DELBAR**, Catherine/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace, <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/07/study/tn0307101s.html> (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009); **RUSTAD**, Michael / Paulsson; Monitoring Employee E-Mail And Internet Usage: Avoiding The Omniscient Electronic Sweatshops: Insights From Europe, http://lsr.nellco.org/suffolk_ip/6 (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009); **HENDRICKX**, Frank, "Privacy and Employment Law : General Principles and Application to Electronic Monitoring", On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, (**HENDRICKX, Privacy**) 52 – 57.

Kişisel bilgilerle ilgili yapılan işlemler ise temel olarak “veri depolanması, bu veriler üzerinde yapılmış mantıksal ve / veya aritmetik işlemler, verilerin düzeltilmesi, silinmesi, yeniden yapılandırılması veya yayılması” gibi alanlar olarak belirlenmiştir⁴⁶. Anlaşma, tutulacak kişisel verilerle ilgili bir takım kıstaslar getirmiştir. İşleme tabi tutulacak verilerde birtakım veri kalitelerine uyulması gerekmektedir. Anlaşmanın 5’inci maddesinde belirlenen "veri kalitesi"ne ilişkin esaslara göre otomatik işleme tabi kişisel bilgi;

- Adil ve yasalara uygun olarak edinilmiş ve işlenmiş olmalıdır.
- Özel ve meşru amaçlarla saklanmalı, bu amaçlara uymayan konularda kullanılmamalıdır.
- Bilgi, saklama amacına uygun ve yeterli olmalı, aşırısı istenmemelidir.
- Doğru olarak ve gereken tarihe kadar korunmalıdır.
- Korunma amaçlarını tamamladıktan sonra veriler tanımları bulunan formlarda saklanmalıdır.

Sözleşmede verilerin işleme tabi tutulması, korunması ve saklanması başta olmak üzere güvenliklerine ilişkin esaslar da kayıt altına alınmıştır. Kişisel verilerin sınır ötesi akışı, kişisel veriler konusunda ilgili taraf ülkeler arasındaki işbirliğinin ne şekilde gerçekleşeceği, yapılan yardım taleplerinin hangi hallerde yerine getirilebileceği, Sözleşme hükümlerine uygun olarak oluşturulacak Danışma Komitesi’nin yapısı, ülkelerin anlaşmayı imza ve kabul şartları ile uyulması gereken diğer hususlar Sözleşme’nin ilgili maddelerinde belirlenmiştir.

18 Ocak 1989 tarihli, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin kişisel verilerin mesleki amaçlarla kullanımı konusundaki tavsiye kararında ise işçilerin otomatize şekilde kişisel verilerinin toplanması ve kullanılması konusunda işçilere veya bunların temsilcilerine öncelikle danışılması gerektiği belirtilmiştir. Bu ilkelerin, verimlilik ve

⁴⁶ DOĞAN, Mehmet; Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye’nin Durumu, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/35_sayi/yeni/web/makaleler/Mehmet_DOGAN.htm (Erişim Tarihi 15 Mayıs 2010)

hareketlerin denetimi konusundaki teknikler bakımından da uygulanacağı açıklanmıştır⁴⁷.

III. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği düzenlemelerinde konuya ilişkin en temel düzenleme 7 – 8 Aralık 2000 tarihinde gerçekleştirilen “Nice Zirvesi”nde onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “...Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”.

Şart’ın 8. maddesinde ise kişisel verilerin korunması düzenlenmiş olup, “Herkes, kendisine ilişkin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin onayına veya yastada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil bir şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.” hükümlerine yer verilmiştir. Böylece Avrupa Birliği de bu hakları temel güvenceye kavuşturmuştur.

Bu aşamada, Birliğe üye ülkeler bakımından hukuken bağlayıcılık kazanamayan AB Temel Haklar Şartı’nın statüsünde önemli değişiklikler getiren Lizbon Antlaşması’na da değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

AB üyesi yirmi yedi ülkenin devlet ve hükümet başkanları tarafından 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2009’da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği için yeni bir hukuki temel öngörmektedir. Bu temel birlik organlarını daha şeffaf ve etkili bir duruma getirmek olarak tanımlanabilir⁴⁸. Lizbon Reform Antlaşması’nın erişmek istediği en önemli hedefler, Birliğin aldığı kararların demokratik meşruiyetini artırmak ve temel hakların Birlik alanında korunması konusunda iyileştirmeler sağlamak olarak sayılabilir. Bu bakımdan Lizbon Antlaşması, olumsuz neticelenen referandumlardan dolayı yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği

⁴⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.: **ÖZDEMİR, Erdem**; “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkinde Etkileri Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.10, 17 (**ÖZDEMİR**, İnternet ve İş Sözleşmesi).

⁴⁸ Daha fazla bilgi için bkz.: **ÖZLER, Zeynep/ Mindek, Can**, AB’de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, İstanbul 2008, 41 vd.

Anayasa Antlaşması ile aynı amaçlara yönelmektedir. Lizbon Antlaşması, içerik bakımından da Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması ile önemli ölçüde örtüşmektedir.

Lizbon Antlaşması'nın hazırlanma sürecinde uzun tartışmalara neden olmuş konulardan biri de, 2000 yılında açıklanmakla birlikte, hukuki açıdan bir bağlayıcılık kazanamayan AB Temel Haklar Şartı'nın statüsüdür. Temel Haklar Şartı'na ilişkin olarak bu süreçte dile getirilen en büyük endişe, bu hakların hukuki bağlayıcılığının kabulünün Avrupa Birliği düzeyindeki yetki paylaşımı kurallarının felce uğramasına neden olabileceğiydi. Bununla birlikte, Avrupa Birliği hukukundaki temel hakların korunması konusundaki açıkların kapatılması gereği de bu tartışmalarda dile getirilmiştir⁴⁹.

Temel hakların Avrupa Birliği düzeyinde korunması ile ilgili diğer bir husus, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olmadığı, bu nedenle bu sözleşmede öngörülen temel hakların Avrupa Birliği tasarruflarının hukuki denetiminde bir ölçüt olarak ele alınamayacağıdır.

Avrupa Birliği hukukunun temel haklardan tamamıyla bağımsız bir alan olarak düşünülmemesi için ise Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), üye devletlerin anayasal geleneklerini ve AİHS'de yer alan temel hakları referans alarak Avrupa Birliği çapında geçerli olacak bazı temel hakların varlığını kabul etmiştir. Mülkiyet hakkı, düşünce hürriyeti, çalışma hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve konut dokunulmazlığı, ATAD'ın bu bağlamda kabul ettiği temel haklardan bazılarıdır. AB Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Anayasası'na Bölüm II olarak dâhil edilmişken, Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında sadece, Avrupa Birliği'nin AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları tanıdığı belirtilerek, Temel Haklar Şartı ve Birliğin Antlaşmalarının eş düzeyde olduğu ifade edilmiştir.

Lizbon Antlaşması böylelikle, Temel Haklar Şartı'nı Birliğin birincil hukukuna katmıştır. Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının devamında ise, Temel Haklar Şartı'nda yer alan düzenlemelerin Birliğin antlaşmalarında belirlenen yetkileri hiçbir şekilde genişletmeyeceği dile getirilmiştir. Bu düzenleme bir bakıma, Temel

49

Haklar Şartı'nın Birlik çapındaki yetki paylaşımı kurallarını olumsuz etkileyeceği yönündeki endişenin bir yansımasıdır. Birliğin iktidarını sınırlaması işlevinin bir sonucu olarak Temel Haklar Şartı, öncelikle Birlik organlarını yasama ve yürütme faaliyetlerini yürütürken bağlar. Temel Haklar Şartı, üye devletleri ise ancak Birlik hukukunun üye devletlerce uygulandığı durumlarda bağlar. Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesinin 2. fıkrasında, Temel Haklar Şartı'nın Birlik bakımından ne yeni ödevler öngörebileceği ne de antlaşmalarda tespit edilmiş yetki bölüşüm kurallarını değiştirebileceği vurgulanmıştır. ATAD içtihatlarına dayanan bir koruma yerine, Avrupa Birliği çapında bağlayıcılığı haiz Temel Haklar Şartı'nın kabulü, özellikle bireylerin yargısal korunmasının daha iyi bir düzeye gelmesi ve hukuki güvenliği artırılması açısından Lizbon Antlaşması'nın getirdiği en önemli yeniliklerdendir.

Burada aydınlatılması gereken son bir husus, AB Temel Haklar Şartı ve AİHS arasındaki ilişkiye dairdir. Her ne kadar Lizbon Antlaşması, Temel Haklar Şartı ve AİHS'yi temel hakların Avrupa Birliği çapındaki kaynakları olarak nitelemişse de, bu iki düzenleme arasındaki ilişkiye dair bir hükme yer vermemiştir. Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrası ise, Temel Haklar Şartı'nda yer verilen temel hakların AİHS'de yer alanlarla çakışması durumunda ilgili hakların kapsamının, Temel Haklar Şartı AİHS'ye göre daha yüksek bir koruma seviyesi öngörmediği sürece, AİHS'ye göre belirleneceğini ifade etmektedir.

1. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yönergeler

Avrupa Birliği nezdinde kişisel verilerin korunması hakkında üç temel yönerge öne çıkmaktadır. Aşağıda bu yönergeler incelenecektir.

a) 24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Yönerge

24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı "*Kişisel Nitelikli Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönerge*⁵⁰", vatandaşlar açısından korunma derecelerinin oluşturulması ve Birlik sınırları içerisinde

⁵⁰ **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://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf (Erişim Tarihi 02 Ağustos 2008).

kişisel nitelikli verilerin serbest dolaşımının sağlanması hususlarında üye ülkelerin düzenlemeleri arasında uyum sağlamak amacıyla çıkarılmış bulunmaktadır.

Yönerge, Birlik vatandaşlarına ait kişisel bilgilerin Birlik üyesi olmayan ülkelere ihraç edilmesi veya bu ülkelerde işlenmesi halinde, aynı veri koruma seviyesinden yararlanmalarının sağlanması konusunda üye ülkelerin yükümlü kılınması hususunda önem arz etmektedir.

Yönerge’de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin altı ilke bulunmakta ve ırk, köken, dini inanç, politik düşünce, sağlık gibi özel veri tiplerinin (“duyarlı veri”) toplanmasına ancak çok özel şartların gerçekleşmesi ve bu tip verileri işleyecek kişinin belirlenen yükümlülükler listesine uyması halinde izin verilmektedir⁵¹.

Kişisel nitelikli verilerin korunması amacı doğrultusunda işçilere erişim, karşı çıkma, uğranılan zararların tazminini talep etme gibi birtakım haklar da tanınmış bulunmaktadır⁵².

b) 15.12.1997 tarih ve 97/66/EC sayılı Yönerge

Yine 1997 yılında telekomünikasyon sektöründe kişisel verilerin ve özel yaşam gizliliğinin korunmasına ilişkin olarak 15 Aralık 1997 tarih ve 97/66/EC sayılı “*Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Hakkında Yönerge*”⁵³ kabul edilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu Yönerge; yukarıda amaç ve kapsamı belirtilen 95/46/EC sayılı Yönerge’yi telekomünikasyon alanında tamamlayıcı olarak çıkarılmıştır. Ancak bu Yönerge’de elektronik postalarla ilgili özel bir düzenleme yer almamaktadır.

⁵¹ ABRAHAMSE, Sven Rupert; *Electronic Communications in the Workplace*, http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/300/1/AbrahamseS_2006.pdf, 18 (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009).

⁵² SAVAS, 103.

⁵³ **Directive 97/66/EC** of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:024:0001:0008:EN:PDF> (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2010).

c) 12.07.2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı Yönerge

12.07.2002 tarih ve 2002/58/EC sayılı “*Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Özel Hayatın Korunması Hakkında Yönerge*⁵⁴”, uygulanma alanı ve amacının düzenlendiği 1. maddesinde belirtildiği üzere, 95/46/EC sayılı Yönerge’yi belirginleştirmekte ve tamamlamaktadır. Nitekim Yönerge, telefonla arama, iletişim, veri trafiği hususlarında tüketicilerin özel hayatın gizliliği haklarını arttırmak ve her türlü veri işlemlerini kontrol etmek yönünde yeni tanımlar ve korumalar eklemektedir. Söz konusu yeni düzenlemeler internet aracılığıyla gönderilen tüm bilgilerin korunmasını garanti altına almakta, rıza olmaksızın gönderilen ve “spam” (istenmeyen e-mail) olarak adlandırılan ticari pazarlama elektronik postalarını yasaklamakta, cep telefonu kullanıcılarını izlenmekten korumaktadır.

2002/58/EC sayılı Yönerge’nin 13/1. maddesi ile alıcılara, kişi müdahalesi olmaksızın telefon, faks ya da otomatik şekilde faaliyet gösteren işlemciler aracılığıyla doğrudan reklam iletisi almak istediğini beyan etmedikçe ileti gönderilmesi yasaklanmıştır⁵⁵.

2. İş İlişkisi Bakımından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yapılan Çalışmalar

Her ne kadar kişisel verilerin korunmasına yönelik AB düzenlemeleri, işçi – işveren ilişkileri bakımından uygulama alanına sahip olsalar da iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri ile yukarıda bahsedilen yönergelerin genel nitelikli karakterleri veri koruma konusundaki ilkelerin iş hayatında nasıl uygulanacağı hususunun açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, 95/46/EC sayılı Yönerge’nin 29. maddesinde, yönerge düzenlemelerinin iş ilişkilerinde ne şekilde uygulanacağına ilişkin görüş ve kararlar

⁵⁴ **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 telecommunications sector (Directive on Privacy and Electronic Communications),

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:EN:PDF> (Erişim Tarihi 02 Ağustos 2008)

⁵⁵ **SOYSAL**, Tamer; Avrupa Birliği ve Türkiye’de Veri Korunması Hukuku Bakımından Elektronik Posta, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/BilisimveHukukDergisi/2006-1.pdf>, 42 (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2010).

almakla görevli bir “Çalışma Grubu” (Article 29 – Data Protection Working Party) oluşturulması öngörülmüştür⁵⁶.

Bu çalışmamız kapsamında, bahsi geçen Çalışma Grubu’nun;

- 13.09.2001 tarihli, 5062/01 FR/Final WP 48 sayılı “*işyerinde kişisel nitelikli verilerin işlenmesi*”⁵⁷,
- 29.05.2002 tarihli, 5401/01/FR/Final WP 55 sayılı “*işyerinde elektronik iletişimin izlenmesi*”⁵⁸ ve
- 11.02.2004 tarihli, 11750/02/FR WP 89 sayılı “*kişisel nitelikli verilerin işlenmesinde bireylerin korunması*”⁵⁹na ilişkin çalışmaları incelenecektir.

Çalışma Grubu’nun 8/2001 sayılı (5062/01 FR/Final WP 48), “*işyerinde kişisel nitelikli verilerin işlenmesine*” ilişkin kararında belirtildiği üzere, kişisel nitelikli verilerin elde edilmesi ve işlenmesi sadece taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı boyunca değil, iş görüşmeleri safhası ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da mevcut dosyaların saklanmasına ilişkin öngörülen yasal sürenin sonuna kadar önem ve gereklilik arz etmektedir⁶⁰. Bu nedenle söz konusu kararın amacı 95/46/EC sayılı Yönerge’nin öngördüğü esasların iş hayatı çerçevesinde uygulanmasını ortaya koymaktır. Belirtilen amaç doğrultusunda kararda ilk olarak kişisel nitelikli veri ile işleme kavramlarının tanımlarına yer verilmektedir.

95/46/EC sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin (a) alt bendinde yapılan tanım da dikkate alındığında, “*Kişisel nitelikli veri*” ifadesinden anlaşılması gereken, kimliği bilinen veya teşhis edilebilen gerçek kişilere ait her türlü bilgidir. “*İşleme*” kavramı ise,

⁵⁶ SEVİMLİ, K.Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006, 115-116 (SEVİMLİ, Özel Yaşam).

⁵⁷ **ARTICLE 29 Data Protection Working Party**, 5062/01/EN/Final WP 48, “Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context” (Adopted on 13 September 2001) (**WP 48**), http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

⁵⁸ **ARTICLE 29 Data Protection Working Party**, 5401/01/EN/Final WP 55 “Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace” (Adopted on 29 May 2002) (**WP 55**), http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

⁵⁹ **ARTICLE 29 Data Protection Working Party**, 11750/02/EN WP 89, “Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance” (Adopted on 11th February 2004) (**WP 89**), http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

⁶⁰ **WP 48**, 4 – 5.

çok geniş kapsamlı bir kavram olup işçilere ilişkin bilgilerin toplanması, kullanılması ve depolanmasını kapsamaktadır⁶¹.

Bu durumda işçilerin elektronik postalarının kontrolü, işitsel ve görsel verilerin işlenmesi sadece 95/46/EC sayılı Yönerge'nin kapsamına girerken işçilerin işyerinde internete veya elektronik postalarına girişlerinin izlenmesi ise hem 95/46/EC hem de 97/66/EC sayılı Yönerge'nin kapsamına girmektedir⁶².

Kişisel nitelikli verilerin işlenmesinin yasal olabilmesi için yönergenin 6, 7 ve 8. maddelerinde⁶³ öngörülen temel nitelikteki gereklilikler ile 10 ila 12, 14 ila 21. maddelerinde öngörülen tamamlayıcı nitelikteki gerekliliklerin karşılanması gerekmektedir.

Nitekim, yönergenin 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen ilgili kişinin bilgilendirilmesi, 12. maddesinde düzenlenen ilgili kişinin verilere ulaşımının sağlanması, 14 ve 15. maddelerinde düzenlenen ilgili kişinin karşı çıkma hakkının bulunması, 16 ve 17. maddelerinde düzenlenen işlemin gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanması ile 18, 19, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen kontrol makamına haber verilmesi tamamlayıcı nitelikteki gerekliliklerdir⁶⁴.

Yönergede öngörülen temel nitelikteki gereklilikler incelendiğinde; 7. maddede işveren ile işçinin menfaatleri arasında bir dengenin bulunmasına yönelik kriterlerin yer aldığı ve bu kriterlerden sadece birinin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır⁶⁵.

Duyarlı verilerin işlenmesine ilişkin 8. maddede ise kural olarak işlenmeleri yasak olan duyarlı verilerin neler olduğuna ilişkin bir liste yer almakta⁶⁶ ve söz konusu yasağa birtakım istisnalar da öngörülmektedir. Üye ülkelerin yasal düzenlemeleri aracılığı ile yönergede öngörülen duyarlı verilere ilişkin listede herhangi bir değişiklik

⁶¹ WP 48, 13.

⁶² WP 48, 14.

⁶³ WP 48, 23.

⁶⁴ WP 48, 16.

⁶⁵ WP 48, 16 – 18.

⁶⁶ Bahsi geçen maddede duyarlı veriler, “kişilerin ırk veya etnik kökenleri, politik düşünceleri, dini veya felsefi inançları ya da sendika üyeliklerini ifşa eden kişisel veriler ile sağlık veya cinsel yaşamlarına dair veriler” olarak sayılmıştır.

yapmaları mümkün değildir. Buna karşılık yönergede öngörülen istisnalarda değişiklik yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim, hiçbir istisnanın uygulanma alanı bulamadığı hallerde ulusal düzenlemede aksi öngörülmedikçe ve çok sınırlı bir şekilde ilgili kişinin açık rızasının da yeterli olabileceği belirtilmektedir⁶⁷.

Ayrıca yönergenin 20. maddesinde ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri açısından risk teşkil edebilecek veri işleme faaliyetlerinin önceden kontrole tâbi tutulması şeklinde ek garantiler de öngörülmektedir⁶⁸.

6. maddede ise adilane (fairly) ve yasal işleme, belirli, açık ve yasal amaçlar doğrultusunda toplanma gibi kişisel nitelikli verilere ilişkin işlemlerin haiz olmaları gereken nitelikler yer almaktadır⁶⁹.

Amaçsallık, şeffaflık, meşruluk, ölçülülük testi, kesinlik ve verilerin saklanması, güvenlik, kişisel nitelikli verilerin işlenmesinden sorumlu personelin duyarlı olması ilkeleri ise çalışma grubu tarafından ileri sürülen ve tüm kişisel nitelikli verilerin işlenmesinde geçerli olmaları gerektiği belirtilen ilkelerdir.

Söz konusu ilkelere “*kışisel nitelikli verilerin işlenmesinden sorumlu personelin duyarlı olması*”, çalışma grubunun “*işyerinde elektronik iletişimin izlenmesine*” ilişkin çalışması çerçevesinde ileri sürülen ilkeler arasında yer almadığından incelenmesi gereken bir ilkedir. Söz konusu ilke uyarınca kişilerin işyerinde özel hayatlarının gizliliği haklarına saygının sağlanabilmesi için diğer işçilerin kişisel nitelikli verilerinin işlenmesi ile görevli olan çalışanların verilerin korunması hususunda bilgilendirilmeleri ve bu hususta uygun bir eğitim almaları gerekmektedir⁷⁰.

Çalışma Grubu'nun “*işyerinde elektronik iletişimin izlenmesine*” ilişkin (5401/01/FR/Final WP 55 sayılı) çalışması ise hem yukarıda değinilen kararı tamamlamak hem de 95/46/EC sayılı Yönerge doğrultusunda kabul edilen ulusal düzenlemelerin uygulanmasının yeknesaklaştırılmasına katkıda bulunmak amaçlarını taşımaktadır.

⁶⁷ WP 48, 23.

⁶⁸ WP 48, 17.

⁶⁹ WP 48, 18.

⁷⁰ SAVAŞ, 106.

Söz konusu çalışmanın inceleme konusunu, işçilerin elektronik posta ve internet kullanımlarının işverenler tarafından izlenmesi teşkil etmektedir⁷¹. 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 belirtilmiştir.

“*Gereklilik*” ilkesi bir yandan, işverenin elektronik posta ve internet kullanımlarının izlenmesi şeklindeki denetimlere başvurmadan önce herhangi bir izleme metodunun gerekli olup olmadığını ve işçilerin özel hayatlarına en az müdahale edecek geleneksel bir yöntemin yeterli olup olmayacağını incelemesini gerekli kılmakta; diğer yandan da, elde edilen verilerin güdülen amacın gerektirdiği süre ile sınırlı olarak saklanmasını öngörmektedir. Bu durumda işçilerin elektronik posta ve internet kullanımlarının izlenmesi şeklindeki denetimlerin ancak istisnai hallerde uygulama alanı bulabileceği ortaya çıkmaktadır⁷².

“*Amaçsallık*” ilkesi ise verilerin belli, açık ve meşru bir amaç doğrultusunda toplanabilmesini ve amaca aykırı olarak kullanılmamasını öngörmektedir⁷³.

“*Şeffaflık*” ilkesi uyarınca, işverenin denetime ilişkin faaliyetlerini açıkça belirtmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, üye ülke yasal düzenlemesi izin vermedikçe işçilerin elektronik postalarının ve internet kullanımlarının gizli bir şekilde izlenmesi yasak olduğundan işverenin izlediği işçiye bilgi vermesi, işçinin kendisi ile ilgili elde edilen bilgilere ulaşmasını sağlaması ve işçilerin izlenmesine ilişkin denetim mekanizmalarını uygulamaya başlamadan önce kontrol makamına haber vermesi gerekmektedir⁷⁴.

“*Meşruluk*” ilkesi uyarınca ise elde edilen verilerin işlenmesi ancak işyerini önemli tehditlerden koruma gibi meşru bir amaç doğrultusunda mümkün olabilmektedir

⁷¹ WP 55, 3 – 5.

⁷² WP 55, 13 – 14.

⁷³ WP 55, 14.

⁷⁴ WP 55, 14 – 16.

ve ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerine haksız bir şekilde zarar vermeden gerçekleştirilmelidir⁷⁵.

“Ölçülülük” ilkesi uyarınca ise işverenlerin elde ettikleri kişisel verileri hak ve özgürlüklere en az müdahale edecek şekilde işlemeleri gerekmekte, sistemin güvenliği gerektirmedikçe tüm çalışanların elektronik posta ve internet kullanımlarının genel olarak izlenmesi mümkün olamamaktadır. Bu durumda elektronik postaların denetiminde mümkün oldukça içeriğe ilişkin denetimden çok, mesaj trafiğinin taraflarına ve saatlerine ilişkin bilgilerin alınması şeklinde gerçekleşen bir denetim tercih edilmelidir⁷⁶.

Son iki ilke olan kesinlik ve verilerin saklanması ile güvenlik ilkeleri, işverenin elde ettiği verilerin dışarıdan gelebilecek her türlü müdahalelere karşı korunması için teknik ve örgütsel tedbirleri almasını, söz konusu verilerin gerekli olduğu sürece saklanabilmesini öngörmektedir⁷⁷.

Çalışma Grubu'nun “*kişisel nitelikli verilerin işlenmesinde bireylerin korunmasına*” ilişkin (11750/02/FR WP 89) sayılı kararında ise, konu ile ilgili diğer iki çalışmaya genel olarak değinildikten sonra işçilerin çalışma kalitelerini ve verimlerini uzaktan kontrol etme amacını taşıyan ve bu amaç çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesini öngören video gözetimlerinin yasak olduğu belirtilmektedir⁷⁸.

Buna karşılık dolaylı yoldan işçilerin uzaktan denetimi amacına sahip olsalar da işin güvenliği veya üretimin gerçek gerekleri ile doğrulanan video sistemleri uygun garantilerin sağlanması koşuluyla kabul edilebilir bulunmaktadır. Ayrıca tuvaletler, duşlar, dinlenme alanları gibi çalışanlara ayrılan ve işe ilişkin faaliyetlere özgülenmemiş olan yerlerde denetimin yapılmaması gerektiğinin altı çizilmekte ve son olarak da denetleyen kişinin kimliği, gerçekleştirilen gözetimin nedeni gibi gerekli bilgilerin işçiler ile işyerindeki tüm çalışanlara bildirilmesi gerektiğine yer verilmektedir⁷⁹.

⁷⁵ WP 55, 16 – 17.

⁷⁶ WP 55, 17 – 18.

⁷⁷ WP 55, 18 – 19.

⁷⁸ WP 89, 2 – 5.

⁷⁹ WP 89, 21 – 22.

§5. MUKAYESELİ İŞ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

I. Amerikan Hukuku'nda Konuya Yaklaşım

Amerika Birleşik Devletleri'nde işyerinde gözetim ile ilgili çok sayıda yargı kararı bulunmasına rağmen, bu konuda ayrıntılı yasal düzenlemeler sınırlıdır.

Telefon iletişiminin gözetimine ilişkin 1960 tarihli Federal Gizli Dinleme Kanunu (The Wiretap Act), sözlü ya da elektronik haberleşmenin dinlenmesini, hatta dinlenmesine teşebbüs edilmesini, buradan elde edilen bilgilerin kullanılmasını ve açıklanmasını yasaklamıştır⁸⁰. Ancak, Kanun'a göre işverenler işçiden alacakları muvafakatle ona ait telefon iletişimini dinleyebileceklerdir. Yine işverence işyerindeki olağan işlerin görülebilmesi amacıyla kurulan dâhili santrallerin de dinlenmesi Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu düzenleme ile işverenler işyerinde işin olağan gerekleri için kullanılan dâhili hatları dinleme olanağına kavuşmuşlardır.

İnternet ve e-mail iletişiminin gözetimi ise, Federal Gizli Dinleme Kanununa eklenen Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanunu (The Electronic Communications Privacy Act of 1986)⁸¹ ile düzenlenmiştir. Kanun, elektronik iletişimin kasıtlı olarak gözetimini yasaklamakta ve e-maillerin gözetimi ile ilgili sınırlamalar getirmektedir. Kanunun temel amacı, e-maillerin yetkisiz kimseler ya da devlet görevlilerince okunmasının engellenmesidir. Esasen söz konusu yasal düzenleme ile hedeflenen, işçilerin özel yaşamının değil, işletme sırlarının korunmasıdır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde “Amerikan Yöneticiler Birliği” (AMA) tarafından yapılan bir araştırmaya göre, işverenlerin %66'sı işçilerin internet iletişimini, %43'ü e-mail iletişimini, %45'i telefon ve sesli mesaj kullanımını denetlemekte %48'i ise kamera ile izleme yapmaktadır⁸². Yine e-mail ve internet bağlantılarının izlenmesi ve gözetilmesi konusunda “Privacy Foundation” tarafından yapılan bir araştırmada da

⁸⁰ 18 U.S.C 2511, http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00002511----000-.html (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2009).

⁸¹ U.S.C. 2510 – 2520, http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00002511----000-.html (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2009).

⁸² AMA / ePolicy Institute Research, 2007 Electronic Monitoring & Surveillance Survey, <http://www.plattgroupinc.com/jun08/2007ElectronicMonitoringSurveillanceSurvey.pdf>, 1 – 3 (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

(The Extent of Systematic Monitoring Of Employee E-mail and Internet Use - 2001)
Amerika'da çalışan işçilerin %35'lik bir oranının internet üzerindeki faaliyetlerinin işverenleri tarafından izlendiği tespit edilmiştir⁸³.

Yukarıda sözü edilen çalışmalar, Amerika'da işverenlerin yaygın bir biçimde elektronik gözetim uygulamalarına başvurduklarını ve bu uygulamaların yıldan yıla artış gösterdiğini ortaya koymaktadır. Söz konusu gözetim uygulamalarının yaygınlaşmasında, işverene gözetim olanağı veren programlar ve araçların (yazılımlar) her geçen gün daha ucuz, daha esnek ve etkin hale gelmesinin etkili olduğu görülmektedir⁸⁴.

İşverenlerin, işçilerin internetteki faaliyetlerini gözetimi, özel yaşama müdahale sorununu da beraberinde getirmektedir. Zira işverenlerin kullandığı gözetim programları işçilerin özel zevkleri, düşünceleri hatta inançlarına ilişkin bilgiler edinme olanağı da sunmaktadır.

Amerika'da faaliyet gösteren Dow Kimya şirketinde 2000 yılında, internetin mesleki amaç dışı kullanımı ve özellikle pornografik içerikli sitelere girilmesi nedeniyle 50 işçi işten çıkarılmış, 200 işçi de disiplin cezasına çarptırılmıştır. Yine Xerox Corp. Şirketi 40 işçisini, zamanlarının çoğunu porno içerikli sitelerde ve alışveriş sitelerinde geçirdikleri gerekçesiyle işten çıkarmıştır⁸⁵. İşverenin, işçileri gözetiminin özel yaşama müdahale niteliğinde bir eylem olup olmadığı hususu Amerika Birleşik Devletleri'nde de yargı önüne taşınmış olup bu konuda Amerikan yargısına yön veren emsal nitelikli kararlar verilmiştir.

Örneğin, Smyth v. Pillsbury davasında⁸⁶ Smyth isimli işçi, haksız yere işten çıkarıldığını ve özel hayatının gizliliğine müdahale edildiğini belirterek tazminat talebinde bulunmuştur. Somut olayda, davacı işçi evindeki bilgisayarından fakat işveren tarafından sağlanan e-mail hesabından çeşitli e-mailler göndermiştir. Bir süre sonra

⁸³ BASSETT, Morgan J.; "An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the Workplace", www.fmew.com/archive/monitoring/ (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2009).

⁸⁴ ÖZDEMİR; İnternet ve İş Sözleşmesi, 14 (dn.13).

⁸⁵ ÖZDEMİR; İnternet ve İş Sözleşmesi, 14 (dn.14).

⁸⁶ United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Michael A. Smyth v. The Pillsbury Company, C.A. No:95/5712, http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2010).

işveren bu mesajlara ulaşmış ve bunların içeriğinin, şirket yönetimi açısından uygun bulunmadığı gerekçesiyle davacının iş sözleşmesini feshetmiştir.

Olayda mahkeme, e-maillerin gizli ve özel olduğu yolundaki savunmaya rağmen, bunun, işveren tarafından sağlanan e-mail hesabı üzerinden gerçekleştirilmiş olmasını dikkate alarak, davacı işçinin özel yaşamına müdahale edilmemesi yolunda haklı bir beklentisinin söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, işverenin internet ve e-maillerin yasalara aykırı veya mesleki amaçlar dışında kullanımını engellemek konusundaki yetkileri, işçinin özel yaşamına müdahale edilmemesi yönündeki beklentisinin önüne geçmektedir.

Benzer şekilde, McLaren v. Microsoft Corp. davasında, şirkete ait bilgisayarda kayıtlı bilgilerin (işçi tarafından “özel” olarak işaretlenmiş klasörlerde tutulsa bile) ve işyeri bilgisayarı üzerinden gönderilen e-maillerin işçiye ait sayılamayacağı ve bunların aslında işverenin mülkiyetinde olduğu sonucuna varılmıştır⁸⁷.

Mahkeme kararında, belirli bir parola ile girilen işçilerin kişisel elektronik posta kutularında dahi işçinin, özel yaşam alanına müdahale edilmemesi konusunda bir beklentisinin söz konusu olmayacağı zira bu mesajların şirkete ait bir ağ üzerinden iletilerek, işverence girilmesi mümkün olan şirkete ait internet sunucuları (servers) üzerinde depolandığı vurgulanmıştır. Yukarıda bahsedilen ilk olayda olduğu gibi burada da işverenin hukuka aykırı veya meslek kurallarına aykırı kullanımı engelleme konusundaki menfaatinin, işçinin, özel yaşamına müdahale edilmemesi yönündeki beklentisinin önünde geldiği ifade edilmiştir.

Tüm bu kararlarda yer alan gerekçelerden yola çıkarak, Amerikan Hukukunda işveren ve işletmenin gereklerinin ön planda yorumlandığı, özel hayatın gizliliğinin olabildiğince dar sınırlar içinde tutulduğu ve işyerinde elektronik iletişimin gözetimine ilişkin uygulamaların “*makul bir özel hayatın gizliliği beklentisi*” ölçütüne başvurularak korunduğunu söylemek mümkündür.

⁸⁷ RUSTAD, Michael L. / Paulsson, Sandra; 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 (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

II. Kara Avrupası'nda Konuya Yaklaşım

1. İngiltere

Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında yazılı bir anayasaya sahip olmayan tek ülke olan İngiltere'de, işyerinde mahremiyet hususu Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gibi ele alınmakla beraber sahip olduğu Avrupa Birliği'ne üyelik vasfı konuya ilişkin temel koruma yasalarının da çıkarılmasına neden olmuştur⁸⁸. Nitekim, İngiliz Parlamentosu, İnsan Hakları Yasası'nı onaylayarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özellikle 8. maddesini iç hukukuna taşımıştır. 02.10.2000 tarihinde yürürlüğe giren bu yasanın kabulü İngiltere'de özel hayatın gizliliği hakkının oluşmasını sağlayan süreci de başlatmış bulunmaktadır⁸⁹.

Söz konusu yasanın yanı sıra, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin iç hukuka intibakını sağlayan ve 2001 yılında yürürlüğe giren "Veri Koruma Yasası"⁹⁰ (Data Protection Act), 2002/58/EC sayılı Yönerge'nin iç hukuka intikalini sağlayan 2003 tarihli "Mahremiyet ve Elektronik Haberleşme Yönetmeliği" (The Privacy and Electronic Communication Regulation of 2003), yine 97/66/EC sayılı Yönerge'nin iç hukuka intibakını sağlayan 2000 tarihli "Soruşturma Usulüne İlişkin Kanun" ("*The Regulation of Investigatory Powers Act*"), 2000 tarihli "Telekomünikasyon Yönetmelikleri" konuya ilişkin mevcut düzenlemelerdir⁹¹.

İngiltere'de işyerlerinde izlenmeye ilişkin yasal çerçeveyi yaratan düzenleme ise 97/66/EC sayılı Yönerge'nin iç hukuka intibakını sağlayan Soruşturma Usulüne İlişkin Kanun (Investigatory Powers Act)'dur. Söz konusu kanunun birinci bölümü, yasal bir yetki olmaksızın iletişimin kasti olarak engellenmesini yasa dışı olarak nitelendirmektedir. İletişimin engellenmesi izninin verilebilmesi için ise kanunun 3. bölümünde belirtildiği üzere taraflardan her ikisinin de rızası gerekmektedir⁹².

⁸⁸ ABRAHAMSE; 19.

⁸⁹ MORRIS, Gillian; "English Law", On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 125 – 126.

⁹⁰ ABRAHAMSE; 20 – 22.

⁹¹ ABRAHAMSE; 24 – 25; MORRIS, 128 – 134.

⁹² ABRAHAMSE; 24.

Telekomünikasyon Yönetmelikleri'nin öngördüğü temel ilke ise belirlenen şartlar dâhilinde göndericinin, alıcının veya arayanın rızası alınmaksızın işyerleri ile kamu yetkililerince iletişimlerin engellenebilmesi, kaydedilebilmesi veya izlenebilmesidir. Başka bir anlatımla, çalışanların rızaları olmaksızın bir işyerinin kendi ağ sistemi üzerinden gerçekleşen bütün iletişimlerin izlenmesine ve kaydedilmesine izin verilmektedir.

Bunun yanı sıra bir suçu engellemek veya ortaya çıkarmak, sistemin etkin işleyişini sağlamak, işyeri haberleşme sistemlerinin izinsiz kullanımlarını soruşturmak veya ortaya çıkarmak gibi nedenlerle işçilerin işyeri ağı üzerinden gerçekleşen iletişimlerinin rızaları olmaksızın izlenmesi ve kaydedilmesi mümkün olmaktadır. Gerçekleşen iletişimin işle ilgili olup olmadığının kontrol edilmesi gibi hallerde ise işçilerin sistem üzerinden gerçekleşen iletişimlerinin rızaları olmaksızın izlenmesi mümkün kılınmış olmakla beraber bunların kaydedilmesi mümkün değildir⁹³.

Bu noktada önemli olan, yapılan herhangi bir müdahalenin sadece “işle ilgili” iletişimlerin izlenmesi veya kaydedilmesi amacı ile gerçekleştirilmesidir. İletişimin “işle ilgili” olmasının tanımı başta çok kolay tespit edilebilir görünse de aslında çok geniş kapsamlı olabilmektedir.

Nitekim, ilk bakışta özel ve yapılan işle ilgisiz görünen bir iletişim sırasında pornografik resimlerin veya ticari sırların iletilmesi ile şirket politikasının ihlal edilmesi ve böylelikle iletişimin işle ilgili olması mümkündür. Bu durumda önemli olan, işverenlerin çok dikkatli davranmaları ve işçilerin özel hayatlarının gizliliği haklarını ihlal etmeden şirket menfaatlerini koruma doğrultusunda hareket etmeleridir. Tanınan serbestinin yanı sıra işverenlerin sistemi kullanabilecek herkesi müdahalenin söz konusu olabileceği hususunda bilgilendirmek için mantık sınırları dâhilinde gerekli bütün çabayı göstermeleri şeklinde bir şart da getirilmiştir⁹⁴. Ulusal güvenliğin söz konusu olması halinde ise iletişimin kamu yetkililerince izlenmesi ve kaydedilmesi söz konusu olmaktadır⁹⁵.

⁹³ ABRAHAMSE; 25.

⁹⁴ SAVAŞ, 109.

⁹⁵ ABRAHAMSE; 26.

2. Fransa

Fransız Hukuku'nda işçilerin işyerlerinde izlenmeleri hususunu çerçeveleyen yasal düzenlemeler; Veri İşlenmesi ve Özgürlüğü Hakkında Kanun, özel hayata saygı hakkını düzenleyen ve 1970 tarihli bir yasa ile değişikliğe uğrayan Medeni Kanun'un 9. maddesi, Enformatik ve Özgürlükler Kanunu⁹⁶ ile İş Kodu'nda yer alan konuya ilişkin maddelerdir⁹⁷. Ayrıca Ulusal Enformatik ve Özgürlükler Komisyonu ("CNIL") tarafından hazırlanan işverenlerin işçilerini kontrol etmeye yönelik başvurdukları birtakım yöntemleri dile getiren, işyerlerinde internet kullanımına ilişkin birtakım tavsiyeler içeren ve konuya ilişkin birtakım ilkeleri de ortaya koyan raporlar, yargı kararları, işyeri yönetmelikleri ve işyeri iç düzenlemeleri konuya ilişkin diğer düzenlemeleri teşkil etmektedir⁹⁸.

Belirtilen düzenlemelerden yola çıkılarak Fransız Hukuku'nda işçilerin işyerlerinde izlenmeleri hakkında genel ilkeler oluşmuş bulunmaktadır⁹⁹. Nitekim, Fransız İş Kodu'nun ortaya koyduğu üç temel ilke de "*şeffaflık*", "*kolektif katılım*" ve "*ölçülülük*" ilkeleridir¹⁰⁰.

Ölçülülük ilkesine göre, işveren öncelikle *şeffaflık* ilkesine uymak durumundadır. Söz konusu ilkenin dayanağı olan Fransız İş Kodu L. 121-8 hükmüne göre, "*işçi veya işçi adayı hakkında hiçbir bilgi, işçinin veya işçi adayının önceden bilgisine sunulmayan bir yöntemle elde edilemez*". İkinci olarak işveren ölçülülük sınırları içinde kalmak durumundadır. Nitekim, Fransız İş Kodu L. 120-2 hükmüne göre, "*hiç kimse bireysel ve kolektif özgürlüklere izlenen amaçla orantılı olmayan sınırlamalar getiremez*". Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'nde de kısmen dayanağını bulan bu ilkeye göre, işverenin güvenlik ve işletme ihtiyaçları

⁹⁶ Söz konusu kanun uyarınca her türlü kişisel bilgileri barındıran otomasyon dosyaları konusunda Ulusal Enformatik ve Özgürlükler Komisyonu'nun önceden haberdar edilmesi gerekmektedir. Belirtilen prosedüre aykırılık suç teşkil etmektedir. Bkz. SAVAŞ, 110 (dn.62).

⁹⁷ ABRAHAMSE, 26 – 27.

⁹⁸ SAVAŞ, 110.

⁹⁹ RAY, Jean Emmanuel / Jacques Rojot; "French Law", On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 155 – 157.

¹⁰⁰ ABRAHAMSE, 28.

nedeniyle yürürlüğe koyacağı gözetim ve denetim önlemlerinin, bu amaca erişilmesi konusunda orantılı olması gerekmektedir¹⁰¹.

Kolektif katılım ise Fransız İş Kodu'nun L. 432-2. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*yeni teknolojilerin işyerinde kullanılmasına ilişkin hazırlık çalışmalarından, eğer bunların iş ilişkilerine etkisi söz konusu ise, işyeri komitesinin önceden haberdar edilmesi ve danışılması gerekmektedir*”¹⁰². Dolayısıyla, işverenlerin işyerinde işçileri denetlemeleri ancak temel hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe mümkün olabildiğinden, işçilerin ve işletme komitesinin, izleme başlamadan önce durumdan ve kullanılacak metottan haberdar edilmeleri ve izleme sırasında ölçülü araçlar kullanılması gerekmektedir¹⁰³. Diğer bir anlatımla, işverenin hem bireysel hem de kolektif olmak üzere iki tip önceden bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Belirtilen şartların yerine getirilmemesi halinde işverenin işçilerini izleme sonucu elde ettiği bilgileri ispat aracı olarak kullanamaması, işçiye verilen cezanın iptal edilmesi ve hatta işverenin cezai sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Ayrıca İş Kodu'nun L. 422-1-1 maddesinde işçi temsilcilerine tanınan bir nevi uyarma hakkı, hızlı bir anket prosedürü ve işçilerin bireysel özgürlüklerinin ihlalinin sonlandırılması düzenlenmektedir¹⁰⁴. Bu durumda işçilerin işyerlerinde kişisel amaçlı internet kullanımlarının kesin bir şekilde yasaklanması hem pratik açıdan uygulanması zor bir yöntem teşkil etmekte hem de ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Söz konusu yöntem yerine bütün internet sitelerinin değil de bir kısmının yasaklanarak işyerindeki bilgisayarlara filtreler ile ışıklı uyarıcı sistemlerin konması veya MSN, ICQ gibi eş zamanlı sohbet etmeye imkân veren programların yasaklanarak bloke edilmesi amaca uygun yöntemlere örnek teşkil etmektedir. Bir diğer deyişle, işçinin iş saatinde ve işyerinde de özel hayatına saygı gösterilmesi gerekmektedir.

“*Özel hayat*” kavramı haberleşmenin gizliliğini kapsayan bir kavram olduğundan, işçilerin gönderdiği veya kendilerine gönderilen kişisel elektronik postaların işveren tarafından öğrenilmesi, bu hakkın ihlali anlamına gelmektedir. Bu

¹⁰¹ ÖZDEMİR, İnternet ve İş Sözleşmesi, 15; RAY, 156.

¹⁰² RAY, 164.

¹⁰³ ABRAHAMSE, 27.

¹⁰⁴ SAVAŞ, 111.

nedene işçilerin aldıkları veya gönderdikleri elektronik postaların niteliklerini (kişisel veya mesleki şeklinde) belirtmeleri tavsiye edilen bir uygulamadır. İşçinin hiçbir belirtme yapmamış olduğu elektronik postalar ise *de facto* mesleki nitelikte kabul edilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin ilke kararı olarak nitelendirilen “*Nikon*” kararı Fransa'da uygulamaya yön vermiştir¹⁰⁵. Somut olayda, işçi iş saatleri içinde şirket malzemelerinin illegal olarak satışı üzerine kurulu eşzamanlı bir faaliyet yapması gerekçe gösterilerek, kusur nedeniyle işten çıkarılmıştır. İşveren, fesih işlemine gerekçe olarak gösterdiği eylemle ilgili delil olarak işçiye temin etmiş olduğu bilgisayarda “kişisel” olarak adlandırılan dosyada yer alan, gönderilen ve alınan e-maillere dayanmıştır. Yüksek Mahkeme, Fransız Medeni Kanunu'nun 9. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ışığı altında işçiye ait kişisel nitelikteki bir elektronik postanın işveren tarafından okunmasının haberleşme gizliliği hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Yüksek Mahkeme tarafından 2002 yılının Nisan ayında yayınlanan yıllık raporda; “*Nikon*” kararında yaptırım uygulanan hususun, işverenin, işçilerinin mesleki gereçleri kişisel amaçları doğrultusunda aşırı kullanmalarını yasaklaması veya cezalandırması değil, iş ilişkilerinde gizli ve kanuna aykırı bir şekilde gerçekleştirilen gözetim usulleri olduğu vurgulanmıştır¹⁰⁷.

Söz konusu karar, işverenin işçisinin özel alanından elde ettiği delilleri, verdiği bir cezayı doğrulamak için kullanamayacağını, işyerinde yapılacak iş için tahsis edilen gereçlerin kişisel amaçlar için kullanılmış olmasının tek başına ceza verilmesini gerektirmediğini belirtmektedir. Böylelikle işçilerin işyerlerinde internet ile elektronik posta kullanımlarını düzenlemek amacı ile işyeri iç düzenlemelerinde öngörülen şartların çoğu etkiden yoksun kılınmış bulunmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin kararları incelendiğinde, işçinin bilgisi dışında kullanılan teknolojilerle elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak kabul edildiği ve

¹⁰⁵ Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2 Ekim 2001 tarih ve 4164 sayılı Frederic Onof v Nikon France SA. kararı, <http://www.privacynetwork.info/arresten/27.pdf> (Erişim Tarihi 25 Mayıs 2010).

¹⁰⁶ ABRAHAMSE, 29.

¹⁰⁷ SAVAŞ, 112

bunların ispat aracı olarak kullanılamayacağına kabul edildiği görülmektedir. Nitekim, benzer şekilde video kamera ile yapılan gözetimlerle ilgili olarak Yüksek Mahkeme, işçinin bilgisi dışında kurulan video – gözetim sistemlerinden elde edilen filmlerin işçi aleyhinde kullanılamayacağı sonucuna varmıştır.

Elektronik gözetim uygulamaları ile elde edilen delillerin, elde edilme yöntemleri açısından hukuka uygun olup olmadığı tartışmalarının ötesinde, bu kayıtların tahrif edilebileceği ve değiştirilebileceğinin de unutulmaması gerekmektedir. Zira, Fransa’da meydana gelen bir uyuşmazlıkta, işveren tarafından işçiye tahsis edilen bir bilgisayarda işçinin işi ile ilgisi olmayan bilgilerin bulunduğu işveren tarafından fark edilerek, bu durumun noter aracılığıyla tespit ettirilmesine rağmen, olayı inceleyen mahkeme, söz konusu dokümanların başka bir kişi tarafından da bilgisayara yerleştirilebileceği olgusunu dikkate alarak noter aracılığıyla gerçekleştirilen tespitlere değer atfetmemiştir¹⁰⁸.

Yüksek Mahkeme 17.05.2005 tarihli başka bir kararında işçinin korunması hususunda bir adım daha ileri gitmiş ve sadece özel hayatın gizliliği hakkına dayanarak bilgisayar sabit diskinin içeriğinin bütün elektronik haberleşmelerden bağımsız olarak korunduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle; işverence sabit diskin içeriğine vâkıf olunabilmesi için belirli risk ve olaylar haricinde işçinin gereği gibi çağırılması ya da hazır bulunması gerekli görülmüştür¹⁰⁹. Bunun yanı sıra özel elektronik posta alışverişinin sınırları ile şartlarını belirlemede serbest olan işverenin işyeri iç düzenlemesi ile işyerinde elektronik postaların kullanımlarını düzenlenmesi de mümkün sayılmıştır. Ayrıca yönetim hakkı uyarınca, işverenin işçilerine haber vermek koşulu ile onların işyerindeki davranış ve tavırlarını kamera ile izlemesi veya işyerinden yapılan telefon görüşmelerinin süresi ile tutarını, aranan numaraları tespit etmesi de mümkün sayılmaktadır.

3. Diğer Avrupa Ülkelerindeki Düzenleme ve Uygulamalar

Çalışmamız kapsamında diğer Avrupa ülkelerindeki yasal düzenlemeler ve uygulamalar incelendiğinde, yukarıda içeriğine yer verilen 95/46/EC sayılı Yönerge’nin

¹⁰⁸ ÖZDEMİR, İnternet ve İş Sözleşmesi, (dn.24), 15.

¹⁰⁹ SAVAŞ, 113.

iç hukuka intibakı için tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yeni düzenlemeler yapıldığı göze çarpmaktadır. Bunun yanı sıra, gerek bireysel iş hukuku gerekse toplu iş hukuku alanında işçilerin özgürlük ve temel haklarına aykırı olduğu düşünülen gözetim faaliyetlerinin engellenmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler yapıldığı görülmektedir¹¹⁰.

Belçika Hukukunda ulusal düzeyde imzalanan toplu iş sözleşmesi, işverenlerin, işçilerin özel yaşamlarına müdahale yetkilerinin sınırlarını çizmektedir. Belçika’da uygulanan toplu iş sözleşmesinde doğrudan internet ve e-mail kullanımı ile ilgili hükümlere yer verilmiş bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmede, işverenin izlediği amacı açıkça izah etmesi gerektiği belirtilmiş ve yasa dışı eylemleri önlemek, işyerinin ekonomik, finansal ve ticari menfaatlerini korumak, teknolojilerin kullanımında güvenliği sağlamak gibi amaçlarla işçilerin gözlemlenebileceği öngörülmüş, internet ve e-maillerin kullanımı konusunda bireyselleştirilmiş bir denetimden ziyade genel bir denetim yöntemi benimsenmiştir¹¹¹.

İtalyan İş Yasası’nın 4, 8 ve 15. maddeleri ile Kişisel Verilerin Korunması Yasası konuya ilişkin düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. İsveç Hukukunda ise e-mail, telefonların izlenmesi ve gözetimi konusu Ceza Yasası ile düzenlenmiş bulunmaktadır. İsveç Veri İnceleme ve Denetleme Komitesi de bu konuda bir rapor hazırlamıştır¹¹².

Bazı ülkelerde, işyeri temsilcileri veya sendikaların, işçilerin çalışmaları ve performanslarını izlemek amacıyla gözetim ekipmanlarının kurulması ve kullanılması konusunda belirli ölçüde güce sahip oldukları görülmektedir. Örneğin, Avusturya, Almanya, Lüksemburg ve Hollanda’da işçi temsilcilerinin yeni teknolojilerin kullanımı konusunda işverenle birlikte karar mekanizmasında yer aldıkları görülmektedir. Buna karşın, Belçika, Finlandiya ve İspanya’da ise işçi temsilcilerine bilgi verilmek ve danışılmak suretiyle yeni teknolojilerin uygulamaya konduğu görülmektedir¹¹³.

¹¹⁰ DELBAR, 9 – 13.

¹¹¹ DELBAR, 23; HENDRICKX, Frank; “Belgian Law”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002 (HENDRICKX, Belgian Law), 79 – 90.

¹¹² ÖZDEMİR, İnternet ve İş Sözleşmesi, (dn.32), 16.

¹¹³ DELBAR, 23.

Öte yandan işçilerin, işyerinde internet ve e-mail kullanımları konusunda ayrıntılı yasal düzenlemelerin eksikliği nedeniyle yargı kararları bazı Avrupa ülkelerinde bu konuda belirleyici rol oynamaktadırlar. Örneğin; Avusturya’da Yüksek Mahkemenin 2002 yılında verdiği bir kararda, işçilerin telefonlarının (dolayısıyla internet ve e-mail kullanımlarının) izlenmesinin, özel yaşama müdahale niteliği taşıdığı ve bu uygulamanın yapılabilmesi için işyeri konseyinin görüşünün alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

İtalya’da da Milano Mahkemesi, 2002 yılında verdiği bir kararında, işçinin işyerindeki e-mailinin işveren tarafından denetlenmesini özel yaşama müdahale olarak görmemiştir. Mahkeme, işveren tarafından işçilere tahsis edilen e-mail hesaplarının mülkiyetinin işverene ait olduğu ve işyerine özgülenmiş birer iş aracı olduğuna hükmetmiştir¹¹⁴.

Hollanda’da ise Utrecht Mahkemesi tarafından 1998 yılında verilen bir kararda, posta gönderilerinin gizliliğine ilişkin anayasal hakkın e-mail için de geçerli olduğu ve işçinin e-mail bağlantısını işveren tarafından tahsis edilen ağ üzerinden gerçekleştirmesi halinde bile bu gizliliğin korunması gerektiğine hükmedilmiştir¹¹⁵.

§6. TÜRK HUKUKU’NDA İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Türk Hukuku’nda işverenin, işyerinde internet ve e-mail iletişimi üzerindeki gözetim yetkisini açıkça düzenleyen bir yasal düzenleme henüz mevcut değildir. Buna karşın, önümüzdeki dönemde yasalaşması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısı ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nda işçinin özel hayatının gizliliği hakkı kapsamında işçiye ait kişisel bilgilerin toplanması ve işlenmesine ilişkin çok önemli düzenlemeler yer almaktadır.

Bununla birlikte, 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹¹⁶”un 2. maddesi ile Anayasa’nın

¹¹⁴ DELBAR, 18.

¹¹⁵ DELBAR, 18.

¹¹⁶ RG., 13.05.2010 / 27580.

20. maddesinde değişiklik yapılarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir düzenleme getirilmektedir¹¹⁷.

Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümünde "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında çalışmamızın konusunu oluşturan işyerinde gözetim faaliyetlerinin belli şartların varlığı halinde dâhil olacağı suç türleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu kanun ve kanun tasarılarının çalışmamızı ilgilendiren hükümleri aşağıda ayrıntılı biçimde incelenecektir.

I. Anayasa

1982 Anayasası, tıpkı 1961 Anayasasında olduğu gibi genel hükümlerden sonra, üçlü bir ayırım ile temel hak ve özgürlükleri sıralamıştır. 1982 Anayasasında yapılan ayırma göre temel hak ve özgürlükler :

- Kişinin hakları ve ödevleri,
- Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler,
- Siyasal haklar ve ödevlerdir.

Bu ayırım, Alman hukukçu Jellinek'ten beri yaygın olarak kullanılmakta, Jellinek'in sırasıyla negatif, pozitif ve aktif statü hakları adını verdiği haklar, Anayasa'da aynı anlamda olmak üzere, bu isimlerle yer almaktadır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan "kişilik hakları" ise negatif statü hakları kategorisine dâhil edilmektedir. Genel sınıflandırmada koruyucu haklar olarak adlandırılan bu kategori, bireyin, bireysel sorunlarını çözebilmesi, devlet olmaksızın toplumsal yaşamını düzenleyebilmesi ve devlet olmaksızın işlemlerini görebilmesi için devletten özgür kalabildiği bir alanı ifade eder. Bu alan, belli özgürlük haklarını, serbest

¹¹⁷ Söz konusu Kanun'un, 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı'nın 317 sayılı kararı ile 12.09.2010 tarihinde halkoylamasına sunulmasına karar verilmiş olup, bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla henüz halk oylaması yapılmamış bulunmaktadır.

alanları ve devletin saldırı ve sınırlamalarına karşı bireyin serbest kullanımına bırakılmış hukuksal değerleri kapsar ve korur.

Genel anlamda kişiyi devlete karşı koruyan bu hakların, kişiyi diğer kişilere; örneğin, işçiyi işverene karşı koruması ise bu hakların doğasında vardır. Kaldı ki; Anayasa hükümleri sadece devlet organlarını değil, (gerçek ve tüzel) kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır (AY. m.11/1). Dolayısıyla, temelde kişileri koruyan “kişinin hak ve ödevlerinin”, işçi sıfatını taşıyan kişileri de koruması gereği, bu çalışmanın konusuna dâhildir¹¹⁸.

Güçlü devlete karşı zayıf bireyi korumayı hedefleyen hakların, güçlü işverene karşı zayıf işçiyi de koruması gerektiği düşüncesi bu gelişmede etkili olmuştur¹¹⁹. Nitekim; Anayasa'nın 11. maddesinin 1. fıkrası düzenlemesinin “*Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını ve şahısları bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” şeklindeki ifadesi, anayasada güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin sadece kişi ile devlet arasındaki “dikey ilişki” denen düzlemde değil, kişilerin kendi aralarındaki hukuksal ilişkilerde de uygulama alanı bulacağını ortaya koymaktadır. Buna “yatay etki”, “yatay etkileme”, “anayasanın özel hukuka etkisi”, “anayasanın kişiler arası ilişkilere uygulanması”, “üçüncü kişilere etki” şeklinde değişik adlar verilmektedir¹²⁰.

Genel düzenlemeler arasında ilk olarak Anayasa'nın (“AY.”) “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20 ve “haberleşme hürriyeti” başlıklı 22. maddeleri karşımıza çıkmaktadır.

Söz konusu madde düzenlemeleri sırasıyla;

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

¹¹⁸ ÇELİK, 19; TUNÇOMAĞ, Kenan / Tankut CENTEL; İş Hukukunun Esasları, 5. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2008, 4.

¹¹⁹ AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, TC Anadolu Üniversitesi İİBF Yayınları, Eskişehir 2002, 33.

¹²⁰ TANÖR, Bülent / Necmi YÜZBAŞIOĞLU; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, 118.

(Değişik: 3.10.2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. ” (m.20)

“(Değişik: 3.10.2001-4709/7 md.) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”
(m.22) şeklindedir.

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 2. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesinde değişiklik yapılarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir hüküm eklenmiştir.

Söz konusu düzenleme;

“ Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

Madde gerekçesi ise, *“Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır. Maddeyle, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır.*

Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanırken, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.” şeklinde belirtilmiştir¹²¹.

Söz konusu gerekçeden de anlaşıldığı üzere; yukarıda örnekleri verilen mukayeseli hukuka ait düzenlemeler ve uluslararası belgeler de dikkate alınarak “kişisel verilerin korunması” konusunda yapılan kanunlaştırma çalışmaları anayasal bir temele de oturtulmak istenmektedir.

Ayrıca, bu bağlamda hukuk devleti ilkesi (AY. m. 2), bireyin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkı (AY. m. 17/I), insan onuru (AY. Başlangıç par. 6), konut gizliliği (AY. m. 21), dini ve vicdani kanaatleri açıklamaya zorlanamama (AY. m. 24/III), düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamama (AY. m. 25/II) gibi temel haklar da bireyin özel yaşamının gizliliğinin korunmasına hizmet etmektedir.

Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine “doğrudan uygulanabilme” olanağı da bulunmaktadır. Özel Hukuk alanında özel yaşamın korunmasına ilişkin

¹²¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, 9 (Erişim Tarihi 01 Haziran 2010).

hiçbir düzenleme bulunmasa bile, AY m.20-22'nin de aralarında bulunduğu Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmasıyla, bu hakkın korunması mümkün olabilecektir¹²². Anayasanın doğrudan uygulanabilmesinin bir diğer sonucu da, özel hukuk kişilerinin (bu çalışma bağlamında işverenin), özel yaşam hakkını düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırı hukuki işlemlerinin, BK m.19 – 20 uyarınca geçersiz sayılmasıdır.

Öte yandan, Avrupa Birliği'ne uyum sağlanması amacıyla 2004 yılında 5170 sayılı Kanun¹²³ ile gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile 90. maddeye “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” şeklinde son fıkra hükmü eklenmiştir.

Ancak söz konusu düzenleme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki sorunun tam olarak çözülmesine olanak verecek kadar açık bir ifadeye sahip değildir.

Söz konusu değişiklik sonrası, öğretilerde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri hususunda üç görüş oluşmuştur. Birinci görüş uyarınca, söz konusu düzenleme dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların diğer uluslararası antlaşmalardan ayrıcalıklı tutularak normlar hiyerarşisinde kanunlar üstünde kabul edilmeleri ve bunların anayasa ile birlikte yorumlanmaları gerekmektedir¹²⁴. Diğer görüş ise, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların da halen kanun hükmünde olduklarını ancak, kanunlar ile aralarında çıkacak bir çatışmada söz konusu antlaşmaların esas alınacağını savunmaktadır¹²⁵. Üçüncü ve sonuncu görüş uyarınca,

¹²² AYDIN, 23; SEVİMLİ, Özel Yaşam, 48.

¹²³ 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”, RG., 22.05.2004 tarih 25469, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi 01 Haziran 2010).

¹²⁴ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005, 11,12; ÖZOK, Özdemir, Önbildiri, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:76, Ankara 2005, 8.

¹²⁵ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, 212 – 213, KARAGÜLMEZ, Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54, 177.

temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar kanunlar ile anayasanın üstündedir ve normlar hiyerarşisinin en başında yer almaktadır¹²⁶.

Öğretide yer alan ve yukarıda ilk olarak yer verilen görüş doğrultusunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde diğer uluslararası antlaşmalardan farklı bir yere sahip oldukları ve kanunların üzerinde yer aldıkları yönündeki değerlendirme kabul görmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷. Böylece söz konusu değişiklikle ortaya çıkan sonucun demokratik hukuk devleti olma yolunda ilerleyen Türkiye açısından önemli bir adım olarak nitelendirilmesi de mümkün olacaktır.

Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokoller ile Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer uluslararası antlaşmalar, pozitif hukukumuzun yasalar üstünde bir parçasını teşkil ettiğinden, hâkimin, önüne gelen uyuşmazlıkta söz konusu antlaşmaların ilgili hükümlerini uygulaması da anayasal bir zorunluluk teşkil etmektedir.

II. Kamu Hukuku Alanındaki Düzenlemeler

1. Türk Ceza Kanunu

5237 sayılı TCK'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı” suçlar başlığı altında yeni suç tipleri düzenlenmiş bulunmaktadır (5237 sK. m.132 – 140).

TCK m.134 gereğince, “*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin, görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır.*”

¹²⁶ GÜLMEZ, Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54, 156.

¹²⁷ SAVAŞ, 122.

Yine TCK m.132 kapsamında, “*kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal, bunların kaydedilmesi ve açık edilmesi, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın açık etmesi*” ve m.133 kapsamında, “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya bunların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi, kişinin kendisinin de bulunduğu bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kaydetmesi, bu şekilde elde edilen bilgilerden yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya 3. şahısların bilgi edinmelerinin sağlanması*” eylemleri de, suç niteliğinde görülerek TCK’nda düzenlenmiştir.

TCK m.135 gereğince, “*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*”(m.135/1). “*Kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlakî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi*” (m.135/2) de aynı şekilde cezalandırılmaktadır.

Kanun koyucunun, yukarıda sayılan suçları ayrı birer başlık altında düzenlemiş olması kişisel verilerin korunmasına önem verildiğinin bir göstergesidir. Öyle ki; “*kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme*” suçları bakımından, şikayete bağlı kılınmaksızın doğrudan ilgili Cumhuriyet Savcılığı’na soruşturma görevi verilmiştir (m.139).

2. Ceza Muhakemesi Kanunu

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda özel yaşam hakkına müdahaleyi içeren işlemler de düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, adli arama, el koyma, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, teknik araçlarla izleme, bedenden örnek alınması gibi işlemler (CMK m.75, 116 vd.) bunlardan bazılarıdır. Bu işlemler kural olarak hakim kararı ile gerçekleştirilebilmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekmektedir. Elkoyma, teknik araçlarla izleme ve bedenden örnek alınmasına ilişkin emirler 24 saat içinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin emirler ise derhal hakim onayına sunulmak zorundadır (CMK m.75, 127, 135 ve 140).

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve teknik araçlarla izleme gibi özel yaşam hakkına gizli şekilde müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine başvurulabilmesi, sadece ilgili maddelerde sıralanan suçların soruşturulmasına yönelik olabilir (CMK m.135, 140). Bu tarzdaki tedbirlerin uygulanması için ayrıca, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması da gerekmektedir. Kanun, başka türlü delil elde etme olanağının bulunduğu durumlarda bu tür tedbirlere başvurulmaması gerektiğine yönelik hükümler içermektedir. Ayrıca bu koruma tedbirleri, ancak belirli sürelerle sınırlı şekilde uygulanabilecektir (CMK m.135, 140).

CMK'nun yukarıda sayılan maddelerinde düzenlenen koruma tedbirlerinin, AY m.20 – 22 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.8 hükümleri dikkate alınarak oldukça sıkı kurallara bağlandığı görülmektedir. CMK m.288'de tanımı yapılan "hukuka aykırılık" kavramı¹²⁸ göz önünde tutularak bu Kanun'da belirlenen kurallara aykırı olarak elde edilen delillerin Ceza Mahkemesi yargıcı tarafından verilecek karara esas alınamayacağı sonucuna varılması olağandır. Nitekim bu ilke, AY m.38/6 hükmünde "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" şeklinde ifade edilmiştir. Yine CMK m.254/2 hükmünde, "*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı*" öngörülmüştür.

3. Ceza Hukukundaki Düzenlemelerin Özel Hukuk Düzenindeki Etkisi

Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "özel hayatın gizliliği", "kişisel verilerin korunması" ve bu konuda alınması öngörülen koruma tedbirlerine ilişkin hükümler, çalışmamızın konusu itibariyle meydana gelen somut bir ihtilafta "işçinin" kişilik hakkına saldırıda bulunulup bulunulmadığı hususunda değerlendirme yapılırken mutlaka göz önünde tutulacaktır. Yine CMK'da özel yaşama müdahale niteliğindeki işlemleri düzenleyen hükümler, özellikle müdahalenin gerekçesi ve

¹²⁸ CMK m.288/2 gereğince "Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılıktır".

yöntemi bakımından özel hukuk alanında hukuka uygunluk denetimi yapılırken dikkate alınacaktır¹²⁹.

Öte yandan, hukuk mahkemesi hakimi, ceza mahkemesince verilen beraat kararı ile de bağlı olmayacaktır (BK m.53)¹³⁰. Ancak, Ceza mahkemesince işverenin işçiye karşı TCK m.132 – 139’da düzenlenen suçlardan birini işlediğine hükmedilmesi halinde, bu karar ve ceza davasında belirlenen maddi olgular hukuk mahkemesi hakimi açısından bağlayıcı olacaktır¹³¹.

III. Özel Hukuk Alanındaki Düzenlemeler

1. Medeni Kanun – Borçlar Kanunu

a) Özel Hayatın Vazgeçme ve Sınırlanmaya Karşı Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

Medeni Kanun’da, doğrudan özel hayatın gizliliğini korumaya yönelik düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri (MK m.23 – 25, BK m.19/2, 49), özel hayatın kişilik hakkının özel bir görünümü olarak kabul edilmesi nedeniyle, uygulama alanı bulur.

MK m.23 ve BK m.19/2, 20/1, kişinin, kendi hukuki işlemleriyle özel yaşamını başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken, MK m.24, 25 ve BK m.49 hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Özel yaşama yönelen saldırılar, hemen her zaman haksız fiil niteliğindedir. Diğer bir olasılık da, müdahalede bulunanın hakkını kötüye kullanarak MK m.2’ye aykırı davranmasıdır.

Medeni Kanun’un 23. maddesine göre, “*Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez.*”

¹²⁹ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 59.

¹³⁰ GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık Ankara 2005, 956.

¹³¹ SÜZEK; İş Hukuku, 511.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz...”. Bu hükümler ile, kişinin özgür iradesi kapsamında özel hayatına ne dereceye kadar müdahaleye izin verebileceğinin sınırları çizilmiş olmaktadır.

Maddenin ilk fıkrası, kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini; diğer bir anlatımla, hak ve fiil ehliyetini kendi rızasıyla sınırlamaya dahi tabi tutamayacağını düzenlemektedir. Özel hayatın gizliliği, hak ve fiil ehliyeti bakımından değerlendirildiğinde, kişinin özel yaşamına dâhil olan sırların tümünden ya da özel hayatına ileride yapılacak her türlü müdahaleye karşı hukuki yollara başvurmadan vazgeçtiğini beyan etmesi, bir bakıma o hakkın sujesi olmaktan vazgeçmesi anlamına gelecektir¹³².

MK m.23/2 uyarınca, kişi, özgürlüğünden de vazgeçemez; ancak bunun kullanımını hukuka ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla sınırlandırabilir. Böylece, özel hayattaki faaliyet özgürlüğüne getirilecek sınırlama ölçütü de Medeni Kanun tarafından “hukuka ve ahlaka aykırı olmamak” ifadesiyle ortaya konulmuş bulunmaktadır¹³³.

Kişinin özgürlüğünün kullanımını kendi rızası ile sınırlandırdığı en tipik örneklerden biri, kendi iradesiyle akdettiği bir iş sözleşmesiyle işverene ait işyerinde çalışan işçidir¹³⁴. Günün belli bir bölümünde ve yasal çalışma sürelerine uygun olarak işyerinde bulunma mecburiyeti, işçinin kendi iradesiyle özgürlüğünü kısıtladığı bir durum olmakla beraber hukuka ve ahlaka aykırılık taşımadığından geçerli kabul edilecektir.

Öte yandan, hem MK hem de BK’da, özgürlüğün kullanımına aşırı sınırlama getirilmesini engelleyen özel hükümler de bulunmaktadır¹³⁵ (MK m.64, 66, 119/1, 341, 797 ; BK m.34, 139, 161, 343, 349 ve 396).

¹³² ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, 257; SEVİMLİ, Özel Yaşam, 62.

¹³³ ÖZTAN, 258.

¹³⁴ OĞUZMAN, M.Kemal; “İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, S.11 – 1974, Kubalı’ya Armağan’dan ayrı basım, İstanbul 1975, 534. (OĞUZMAN; Arama)

¹³⁵ Bunlarla ilgili aşağıda alıntı yapılan iki ayrı madde hükmü örnek gösterilebilir :

BK m.343 : “Bir hizmet akdi, bir tarafın yaşadığı müddetçe yahut on seneden fazla için yapılmış ise işçi, bunu on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin

Kişinin kendi iradesiyle özgürlüğüne getireceği sınırlamayı Borçlar Kanunu'nun "... şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." hükmünü içeren 19/2. fıkrasından ayrı değerlendirmem gerekir. Bu hükümde yer alan "şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir" ifadesi ile MK m.23'de öngörülen düzenleme kastedilmektedir. Yine BK m.20'de sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması halinde geçersiz sayılacağı yönündeki düzenleme de MK m.23 düzenlemesinden ayrı düşünülmemelidir¹³⁶.

Söz konusu maddeler birlikte değerlendirildiğinde MK m.23'ün özgürlüğün kullanımı bakımından sınırları belirlediği, BK m.19 ve 20'de ise bu sınırların aşılması veya yasağa aykırı davranılması halinde uygulanacak yaptırımların düzenlendiği görülmektedir.

b) Özel Hayatın Saldırıya Karşı Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

MK m.24 hükmü gereğince "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*"

Söz konusu maddenin birinci fıkrası hükmü ile, özel hayat hakkına karşı saldırıda bulunulan kişiye (hak sahibine) koruma talep etme –saldırıda bulunulmamasını isteme – yetkisi verilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler sıralanmaktadır.

Madde metninde yapılan sıralamaya göre hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenleri ayrıntılı olarak incelemek gerekirse;

fehedebilir.", BK m.349 : "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dâhilinde şart edilmiş ise muteberdir."

¹³⁶ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 63.

aa) Kişilik Hakkı Zedelenen Kimsenin Rızası

Kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası öncelikle, MK m.23 ve BK m.19, 20 hükümlerine uygun nitelikte olmalıdır. Kişilik haklarına müdahale edilen kişi, verdiği rızanın sonuçları hakkında değerlendirme yapabilecek konumda olmalıdır.

Rıza, açık veya örtülü şekilde verilebilecek olup bu rızanın, kişilik haklarına yapılan müdahaleye ne ölçüde izin verdiği açıkça anlaşılabilir olmalıdır. Buradan hareketle, verilen rızanın sınırlarını aşan müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

Rıza, verildiği anda var olan bir müdahaleye karşı verilebileceği gibi, özel hayata (kişilik haklarına) müdahale riski taşıyan bir faaliyet nedeniyle önceden öngörülebilir müdahalelere karşı da verilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken, faaliyetin doğasında bulunan öngörülebilir riskler dışındaki müdahalelerin hukuka aykırı olmaya devam edeceğidir.

Rıza, müdahale öncesinde veya müdahale devam ederken verilmelidir. Rızanın geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması hukuki sonuçlarını ileriye etkili doğuracağından, en geç müdahale sırasında geri alındığına ilişkin irade açıklaması karşı tarafa ulaştırılmalıdır. Müdahale sonrasında geri alınan rıza, sona ermiş müdahaleyi hukuka aykırı saldırı haline getirmez¹³⁷.

bb) Üstün Nitelikte Özel Yarar

“Üstün özel yarar”, kişilik haklarına müdahale edilen kişiye, müdahalede bulunana ya da üçüncü kişiye ait olabilir¹³⁸.

Üstün özel yararın, müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği bazı koşullar, kanunlarda düzenlenmiş olup, bu koşulların gerçekleşmesi halinde üstün özel yararın

¹³⁷ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 66.

¹³⁸ OĞUZMAN, M.Kemal / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku : Gerçek ve Tüzel Kişiler, 78. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, 140. (OĞUZMAN; Kişiler)

varlığından ziyade MK m.24/2’de ifade edilen “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” durumu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecektir¹³⁹.

cc) Üstün Nitelikte Kamu Yararı

Özel hayata kamu adına yapılan veya kamu yararına sonuç doğuran müdahaleler, hukuka uygun sayılmaktadır. Yukarıda açıklandığı şekilde, kamu otoriteleri tarafından özel hayata yapılan müdahalelerin bir çoğu diğer hukuka uygunluk nedeni olan “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” kapsamına da girmektedir. Burada önemli olan, özel hayata yapılan müdahalenin, bu yetkiyi veren kanunda öngörülen usul ve koşullara uygun olarak yapılmasıdır. Aksi halde müdahalenin hukuka aykırılığından bahsedilecektir.

dd) Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Kanun tarafından özel yaşama müdahale bakımından yetkilendirilmiş olan kişi ya da kişilerin eylemi, verilen yetki dâhilinde kalındığı sürece hukuka uygun olarak nitelendirilecektir¹⁴⁰.

Meşru müdafaa (BK m.52), kanun tarafından özel veya kamu ayırımı olmaksızın tüm hukuk sujelerine tanınmış bir müdahale yetkisine örnek olarak gösterilebilir¹⁴¹.

c) Özel Hayatına Hukuka Aykırı Biçimde Müdahale Edilen Kişinin Açabileceği Davalar

MK m.25 gereğince, “*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*”

¹³⁹ BK m.52/1 ve 3’de düzenlenen meşru müdafaa ve hakkın bizzat korunması, AY m.36’da düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılması, BK m.410 vd.da düzenlenen vekaletsiz iş görme sırasında iş sahibinin özel hayatına müdahale edilmesini gerektiren haller gibi somut düzenlemeler “Kanunun verdiği yetkinin kullanılması” şeklinde tanımlanan hukuka uygunluk nedenlerine örnek gösterilebilir. Bkz.: OĞUZMAN, Kişiler, 148, 149.

¹⁴⁰ OĞUZMAN, Kişiler, 154, 155.

¹⁴¹ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 69.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. ...”

Söz konusu madde metninde izlenen sıralamaya göre inceleme yapmak gerekirse; özel hayatına hukuka aykırı müdahalede bulunan ya da saldırı tehlikesi ile karşılaşan kişi tarafından aşağıdaki taleplerle dava açılabilecektir.

aa) Saldırı tehlikesinin önlenmesi

Saldırı tehlikesinin ciddi ve yakın olması koşuluyla, olası saldırı sonucunda özel hayat hakkı zedelenecek olan kişi, davalının saldırı niteliğindeki davranıştan kaçınmaya mahkum edilmesi talebiyle dava açabilecektir. Ancak önleme talebiyle açılan dava devam ederken saldırı meydana geldiği takdirde söz konusu dava konusuz kalacaktır. Bu durumda, davacının saldırının durdurulması talebini de içeren terditli dava açma olanağına sahip olması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur¹⁴².

bb) Sürmekte olan saldırıya son verilmesi

Özel hayatına hukuka aykırı biçimde müdahale edilen kişi, mevcut saldırı, devamlılık gösteriyorsa, saldırganın devam eden saldırıya son vermeye mahkum edilmesi talebiyle dava açabilecektir.

Buna örnek olarak, kişinin ulaşımına açık bir “veri kütüğü¹⁴³”nde tutulan kendisine ilişkin verilerin silinmesi talebiyle dava açması gösterilebilir¹⁴⁴. Saldırı

¹⁴² HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul 2001, 81.

¹⁴³ Bu kavram, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın, Tanımlar başlıklı 3. maddesinde “Gerçek ve tüzel kişilere ilişkin belirli bir kritere göre kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde yapılandırılmış herhangi bir kişisel veri grubu” olarak tanımlanmıştır. Aşağıda adı geçen Kanun Tasarısı’nın çalışmamızı ilgilendiren hükümlerine ilişkin ayrıntılı inceleme yapılacaktır.

¹⁴⁴ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 72.

sürdüğü sürece, bu saldırının sona erdirilmesi talebiyle dava açılması mümkün olup, dava için zamanaşımı ya da hak düşürücü süreden söz edilemeyecektir¹⁴⁵.

Öte yandan özel hayatına hukuka aykırı biçimde müdahale edilen kişi, bu saldırı sona erdikten sonra etkileri devam edecek nitelikteyse, saldırıya son verilmesi talebine ek olarak bu yöndeki kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ve yayınlanması talebinde de bulunabilecektir.

cc) Etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti

Halihazırda sona ermiş ya da mahkeme kararıyla durdurulmuş bir saldırının etkileri devam etmekteyse, bu saldırının mağduru olan kişi söz konusu saldırının hukuka aykırılığının tespiti istemiyle dava açabilecektir. Burada söz konusu edilen tespit davası, genel nitelikteki tespit davasının MK m.25/1’de düzenlenen özel bir hali olarak düşünülmelidir¹⁴⁶.

dd) Maddi – Manevi Tazminat ve elde edilen kazancın, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre verilmesi

MK m.25/3’de özel hayata saldırı niteliğindeki müdahaleler nedeniyle maddi zararın oluşması halinde maddi tazminat istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim, açılacak davada bu hükümlerle birlikte, BK m.41 vd. hükümlerine de dayanılarak maddi tazminat talep edilmesi mümkündür.

Maddi tazminat talebi, saldırıya son verilmesi, hukuka aykırılığın tespiti ve kararın yayınlanması, manevi tazminat ve kazancın geri verilmesi talebiyle birlikte öne sürülebilecektir¹⁴⁷.

Öte yandan, özel hayatına saldırı niteliğinde müdahalede bulunan kişi, bu saldırı nedeniyle çektiği acı ve üzüntülerin karşılığında manevi tazminat talebinde de bulunabilecektir. Mahkeme, tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatı ile sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacaktır. Manevi tazminat için diğer

¹⁴⁵ OĞUZMAN, Kişiler, 160, HELVACI, 162, 163.

¹⁴⁶ HELVACI, 131.

¹⁴⁷ OĞUZMAN, Kişiler, 167 – 175.

koşulların (hukuka aykırı saldırı, manevi zarar ve saldırı ile zarar arasında illiyet bağı) yanı sıra, failin kusuru da (kusursuz sorumluluk halleri ayrıktır) araştırılacaktır.

Eğer özel hayatına saldırılan kişi, bu saldırı nedeniyle elde etme ihtimali bulunan bir kazançtan mahrum kalmış ve bu kazanç saldırıyı gerçekleştiren fail tarafından elde edilmiş ise MK m.25/3 kapsamında vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca söz konusu kazancın fail tarafından saldırıya uğrayan kişiye ödenmesi talep edilebilecektir.

2. Borçlar Kanunu Tasarısı

818 sayılı Borçlar Kanunu, 4 Ekim 1926 tarihinde 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile birlikte yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar geçen sürede, yapılan bazı küçük değişiklikler dışında Kanun'un sistemini ve temel yapısını etkileyecek esaslı değişiklikler yapılmamıştır.

Ancak 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Türk Kanunu Medenisi'ni bütün hükümleriyle birlikte yürürlükten kaldırmış ve bu alanda köklü sayılabilecek değişiklikler getirmiştir. Tıpkı Medeni Kanun'da olduğu gibi Borçlar Kanunu'nda da köklü değişiklikler getiren Borçlar Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından 3 yıla yakın süren bir çalışma sonucunda hazırlanmıştır.

Tasarının Altıncı Bölümü, Hizmet Sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu bölümde yer alan hükümler de diğer bölümlerde olduğu gibi büyük ölçüde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Bu bölümün birinci ayrımında "*genel hizmet sözleşmesi*", ikinci ayrımında "*pazarlamacılık sözleşmesi*" ve üçüncü ayrımında da "*evde hizmet sözleşmesi*" düzenlenmiştir.

Diğer bir ifade ile tasarıda, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki gibi sadece genel hizmet sözleşmesine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmekle kalınmamakta, bugüne kadar

herhangi bir şekilde kapsamlı olarak düzenlenmemiş olan “*pazarlamacılık sözleşmesi*” ve “*evde hizmet sözleşmesi*” de yasal çerçeveye kavuşturulmaktadır¹⁴⁸.

Öte yandan tasarıda, *kişisel verilerin saklanması, cezai şartın geçerliliği, giderlerin ödenmesi, rekabet yasağı, ibra ve feragat* gibi pek çok konuda diğer iş kanunlarında bulunmayan yeni düzenlemeler getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeler, diğer iş kanunlarına tabi olarak çalışanlar hakkında da doğrudan uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁹.

Çalışmamızın konusu itibariyle, Tasarı’da “*İşçinin kişiliğinin korunması*” kenar başlığı altında düzenlenen hükümler, madde sıralaması da dikkate alınarak aşağıda incelenmektedir.

a) Genel olarak

Tasarıda, “Genel olarak” başlığı altında düzenlenen m.417 ile mevcut m.332’nin karşılığını oluşturmak üzere, fakat çok daha kapsamlı olarak işverenin gözetim borcu düzenlenmektedir.

Genel olarak işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen m. 417 gereğince,

“İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlaka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen;

¹⁴⁸ **EKMEKÇİ**, Ömer; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, 3705. (**EKMEKÇİ**; Kişiliğin Korunması)

¹⁴⁹ **SOYER**, Polat; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 150, 151; **EKMEKÇİ**, Ömer; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S.13, 19. (**EKMEKÇİ**; BK Tasarı)

deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların, bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda¹⁵⁰, işçinin onur ve saygı gösterilmek dâhil bütün kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin yükümlülüğün düzenlendiği, cinsel tacizin yanı sıra psikolojik tacizin de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden hukuka aykırılık hallerinden sayıldığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemelerinin örtüştüğü, iş sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliğinin artık tartışma konusu olmaktan çıktığı, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırıldığı¹⁵¹, kabul edilen madde ile iş sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun, hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına da son verildiği ifade edilmiştir.

Madde, tüm iş kanunları bakımından uygulanma olanağına sahip olmakla birlikte işçinin kişilik haklarının, özellikle de özel hayatının gizliliğinin korunması bakımından son derece önemli yenilikler getirmektedir.

Öncelikle maddede, işverenin, işçinin bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmektedir. Öte yandan, sadece cinsel tacize karşı değil, son dönemlerde giderek daha fazla ihtilafa konu olan “işyerinde psikolojik taciz” (mobbing)’e karşı da önlem alma yükümlülüğü getirilmektedir.¹⁵²

Maddenin ikinci fıkrasındaki, işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız

¹⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), 179, 180. (Komisyon Raporu), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi 22 Mayıs 2010).

¹⁵¹ “Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır.” Komisyon Raporu, 180.

¹⁵² EKMEKÇİ; Kişiliğin Korunması, 27; SOYER, 159; Ayrıca bkz.: Alınacak önlemlerin neler olabileceğine ilişkin madde gerekçesinde yer alan “güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma” gibi önerilere yöneltilen eleştiriler bakımından, EKMEKÇİ; BK Tasarı, 3710.

bulundurmak, işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü olduğu yönündeki düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile paralellik taşımaktadır. Kanun koyucu bu fıkroda, işverenin “gerekli önlemleri almakla” yükümlü olduğunu belirtmiş fıkranın devamında ise işçinin yaşamının, sağlığının ve bedensel bütünlüğünün korunmasına ilişkin yükümlülüğün “hakkaniyet sorumluluğu”na tabi olduğunu vurgulamıştır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik koruma yükümlülüğünün hukuki niteliğinin kusura dayanan bir sorumluluk mu yoksa kusursuz bir sorumluluk mu olduğu öğretide tartışıla gelmiştir¹⁵³. Borçlar Kanunu Tasarısında ise, işverenin sorumluluğunun “hakkaniyet sorumluluğu”na dayandığı, m.417'nin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmektedir. Burada sözü edilen “hakkaniyet sorumluluğu” kavramı, Borçlar Kanunu Tasarısının 65. maddesinde, “*Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.*” ifadesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Tasarıda bu sorumluluk türü, kusursuz sorumluluk türleri ana başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Tasarının bu haliyle yasalaşması halinde daha önce tartışmalı olan işverenin sorumluluğunun türü de netliğe kavuşmuş olacaktır¹⁵⁴.

Maddenin son fıkrasında ise işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğünün sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandığı belirtilerek, işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara son verilmekte ve kusur sorumluluğu benimsenmektedir.

¹⁵³ *Kusur sorumluluğu görüşünü savunanlar*; OĞUZMAN, M. Kemal; “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan İşverenin Sorumluluğu” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.34, 1969 (OĞUZMAN, Sorumluluk); KAPLAN, E. Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, 78 vd. (Hukuki Sorumluluk); SÜZEK; İş Hukuku, 321, 322 (Türk –İsviçre Hukukunda kusurun varlığının objektif bir ölçüte göre saptandığını ve bu yöndeki değerlendirmenin kusursuz sorumluluğa yaklaşmakla birlikte bu anlama gelmediğini belirterek, objektif kusurda sorumluluğun doğması için objektifleştirilmiş şekliyle de olsa kusurun varlığının arandığına dikkat çekmiştir.); MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, 748 (Mollamahmutoğlu'na göre, işverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk türü olarak kabul edilmesi, iş hukukunun yapısına uygun düşmektedir. Ancak pozitif hukuk düzenlemeleri buna elvermemektedir. BK m.332/1,2'nin düzenlemesi akdi ve kusur sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu nedenle kusur sorumluluğunun kabul edilmesi, pozitif hukuk düzenlemelerinin yarattığı bir zorunluluktur.); *Kusursuz sorumluluk görüşünü savunanlar*; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, 89; TUNÇOMAĞ, Kenan; “İş Kazasından Doğan İşverenin Sorumluluğunun Özellikleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C:61, S:4, 5, 6, 1987.

¹⁵⁴ 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, Kasım 2005, 27.

b) Ev düzeni içinde çalışmada

Tasarının “Ev düzeni içinde çalışmada” başlıklı 418. maddesinde, BK m.337 (“Birlikte Yaşama”) maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçinin işverenle bir ev düzeni içinde birlikte yaşaması halinde işveren tarafından işçiye yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlama yükümlülüğü öngörülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında işçinin, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremediği durumlarda, işverenin, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan ve bir yıla kadar çalışmış olan işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, işçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu sürenin, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılması öngörülmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, kadın işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da işverenin aynı sürelerle bağlı olarak aynı edimleri yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir.

c) Kişisel verilerin kullanılmasında

Tasarının “Kişisel verilerin kullanılmasında” başlıklı 419. maddesinde, Borçlar Kanunu’nda bulunmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Söz konusu madde ile, işçinin korunması amacıyla kişisel verilerin kullanılması düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.”

Madde gerekçesinde, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşantının bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapıldığı ve işverenin, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği belirtilmektedir.

Gerekçede “kişisel veri” kavramı, her ne kadar bilgisayarda saklanabilen veriler için kullanılmış gibi görünüyorsa da esasen bu kavramın, nerede saklanırsa saklansın işçiye ait kişisel bilgiler şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁵⁵.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, işçiye ait tüm kişisel bilgilerin değil, işe yatkınlığıyla ilgili olmayan veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olmayan bilgilerin kullanılması yasaklanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328b maddesi göz önünde tutulmuştur.

3. İş Kanunundaki Düzenlemeler

Yürürlükteki hukuk bakımından işçilere ait kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenleme, İş Kanunu m.75 hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır: “*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*” (İş K. m.75/I).

Maddenin devamında ise, özlük dosyasındaki bilgilerin hangi esaslarla kullanılması gerektiği ve korunmasına ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, “*İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür*” (İş K. m.75/II).

İş K. m.75 düzenlemesi, işçi hakkında dosya düzenlenmesini öngörmekle birlikte, bunun formunu dikte eder nitelikte bir hüküm değildir. Dolayısıyla işçi hakkında, ister elle tutulsun ister elektronik ortamda depolansın tüm verilerin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki korumadan yararlanması gerekir. Bu aynı zamanda işverenin gözetim borcunun da bir sonucudur¹⁵⁶.

¹⁵⁵ EKMEKÇİ; Kişiliğin Korunması, 28.

¹⁵⁶ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 118.

İşverenin işçi hakkında edindiği bilgilerin kullanılma şekli konusunda İş K. m.75/2. fıkrası önem taşımaktadır. Söz konusu fıkra hükmünde, işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri, “dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak” kullanması öngörülmektedir. Bu ifade, yukarıda incelediğimiz Avrupa Birliği’nin 95/46/EC sayılı Yönergesi ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında (KVKK) yer alan düzenlemelerle uyum arz etmektedir¹⁵⁷.

Bundan başka, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerde, işçinin sağlık durumuna ilişkin verilerinin elde edilmesi, saklanması ve işçilerin bunlara ulaşım hakkına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin, İş K. m.85 – 86 ve Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği¹⁵⁸ m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler ile genç işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporların, teftiş esnasında iş müfettişlerine her istenildiğinde gösterilmek üzere işveren veya yetkilisi tarafından, gizliliğine hanel gelmeyecek bir şekilde işyerlerindeki özlük dosyalarının kişisel sağlık bölümünde saklanması gerekmektedir (m.5/I, IV).

Ayrıca, işyerinden ayrılarak yeni bir işe giren işçilerin bu raporları veya örnekleri yeni işverenin isteği halinde o işyerine gönderilecektir (m.5/VI). Yönetmeliğin 7. maddesi ise işverene, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırdığı işçilerin nüfus cüzdanlarının onaylı örneklerini saklayarak, bunları İş Müfettişlerinin her isteyişinde gösterme yükümlülüğü getirmektedir.

İş mevzuatındaki bu hükümler, Veri Koruma Hukukunun ilkelerinin bir bölümünü yansıtmaktadır. AB uyum sürecinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Yönergelere uyum kaygısıyla çıkartılan yönetmeliklerin bu esasları içermesi de doğal karşılanmalıdır. Ancak, Veri Koruma Hukuku bakımından asıl uyum gerektiren kaynak, 95/46/EC sayılı Yönerge’dir. Başka bir anlatımla, işçi – işveren ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulan 95/46/EC sayılı Yönerge veri koruma konusundaki temel kuralları belirlemekte; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yönergeler ise, kendi düzenledikleri alanda bu kuralların nasıl uygulanacağını göstermektedir. Türk Hukuku bakımından,

¹⁵⁷ KVKK m.5/I-a hükmü gereğince, kişisel verilerin “Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi” zorunludur. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> [Erişim Tarihi 24 Mayıs 2009])

¹⁵⁸ RG. 16.06.2004 tarih 25494, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi 21 Temmuz 2009).

kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir yasal düzenleme ve bunun işçi – işveren ilişkisinde nasıl uygulanacağına ilişkin görüş oluşturulmasına gereksinim duyulduğu açıktır. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı m.419 hükmü bu düşüncüyü doğrulamaktadır.

4. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı

İş Hukuku ve Veri Koruma Hukuku arasında etkileşimli bir ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Bu etkileşim, iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişmesiyle paralel olarak artmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan işyerinde gözetim faaliyetlerinde son yıllarda meydana gelen artış da dikkate alındığında, işveren uygulamalarının büyük bir bölümünde gün geçtikçe veri işleme yöntemleri daha da fazla kullanılır hale geldiği görülmektedir.

Nitekim işverenler, yasaların öngördüğü yükümlülöklere uymak, işçi seçiminde, eğitiminde ve terfi işlemlerinde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, kalite kontrol, müşteri ilişkileri, işyeri güvenliği, üretim ve iş süreçlerinin organizasyonu gibi amaçlarla mevcut işçilere ve işçi adaylarına ait kişisel verileri işlemektedirler¹⁵⁹.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, işverenin işçilere ait kişisel verileri işleme faaliyetleri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşın, bu konuda iş ilişkisinden kaynaklanan sorunların tamamı – işçiye ait kişisel verilerin işlenmesiyle bağlantılı olmakla birlikte -, salt veri koruma hukuku sorunu olarak değerlendirilmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Veri Koruma Hukuku alanındaki uluslararası ve ulusal pozitif düzenlemelerde belirlenmiş olan ilke ve kurallar iş ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulmakla beraber bu ilke ve kurallar, iş ilişkisinin kendine özgü karakteri göz önünde tutularak yorumlanmalıdır¹⁶⁰.

Veri Koruma Hukuku kurallarının iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesinde, başta Avrupa Birliği'nin –yukarıda değinilen - 95/46/EC sayılı Yönergesi olmak üzere diğer uluslararası belgeler ve Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısının (KVKK)

¹⁵⁹ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 121.

¹⁶⁰ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 122.

ilgili hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. 95/46/EC sayılı Yönerge hakkında yukarıda yapılan açıklamalarla yetinilerek aşağıda KVKK'nın çalışmamızı ilgilendiren hükümleri ve tasarıda kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun koyucu tarafından benimsenen ilke ve kurallar incelenecektir.

a. Kavramlar

Aşağıda yapılacak açıklamaların tam olarak anlaşılabilmesi için KVKK'da tanımlanan bazı kavramlara ilişkin bilgi verilmesinde yarar görülmüştür.

Kişisel Veri: Belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder. “Kimliği belirlenebilir kişi” ifadesinden, özellikle kimlik numarasına ya da fiziki, fizyolojik, düşünsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğine özgü bir ya da birkaç etmene başvurularak kimliği, doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen anlaşılmalıdır.

Özel Niteliği Olan / Duyarlı Kişisel Veri: Kişilerin ırk ve etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefi, dinî veya diğer inançları; sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları¹⁶¹ ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel verilerdir.

İlgili Kişi / Veri Öznesi: Verinin ilişkili olduğu ve hakkında kişisel veri işlenen gerçek kişidir¹⁶².

Kişisel Verilerin İşlenmesi: Otomatik araçlarla ya da bunlar kullanılmaksızın kişisel veri üzerinde yapılan işlem veya işlemler dizisidir. Bu kavrama, verinin toplanması, kaydedilmesi, sınıflandırılması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, üçüncü kişilere aktarılması, bloke edilmesi, silinmesi ve yok edilmesi gibi işlemler dâhildir.

Anonim Hale Getirme: Kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesidir.

¹⁶¹ KVKK m.7/1'de daha geniş kapsamlı bir kavram olan “özel yaşam” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁶² KVKK m.3/1-c'de “tüzel kişiler” de bu kavramın ve dolayısıyla tasarıda yer alan düzenlemelerin kapsamına alınmışlardır.

Veri Kütüğü Sistemi / Kişisel Veri Dosyalama Sistemi: Belirli bir kritere (örneğin, kişinin ismi) göre ulaşılabilen, kişisel verilerin muhafaza edildiği bir bütün olarak tasarlanmış sistemdir. Sistemin coğrafi veya işlevsel temelde merkezi ya da dağınık durumda olması veri kütüğü sistemi olarak kabulünde değişiklik yaratmaz. Kişisel veri tanımı da dikkate alındığında veri kütüğü sisteminin elle tutulan (manuel) dosyalardan da oluşabileceği sonucuna varılabilir.

Veri Kütüğü Sistemi Sahibi: Kişisel verileri kendi hesabına işleyen, yararlanan veya bu tür faaliyetler için üçüncü kişileri görevlendiren gerçek ya da tüzel kişilerdir.

İşleyici: Veri kütüğü sahibi adına kişisel verileri işleyen gerçek ya da tüzel kişidir.

İlgili Kişinin Rızası: Kişinin özgürce ve verinin işlenme amaç ve biçimine özgülenmiş, öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış irade açıklamasıyla kendine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine onay vermesi anlamına gelmektedir.

Denetim Makamı: Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin uygulanmasını denetlemek, düzenlemelerin nasıl uygulanması gerektiğine yönelik rehber niteliğinde belgeler oluşturmak, şikâyetleri değerlendirmek, düzenlemelere aykırı davranıldığının tespiti halinde bunu karara bağlamak ya da yargıya intikal ettirmek gibi görev ve yetkileri bulunan özerk kamu makamıdır¹⁶³.

b. KVKK'nın İşyerinde Gözetim Uygulamaları Bakımından Önem Taşıyan Hükümleri

Tasarıda ifade edildiği üzere kanun, kişisel verilerin işlenmesinde kişiliğin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kişisel verileri işleyen kişi ve kurumların uyacakları esas ve usulleri düzenlemektedir (Tasarı m.1). Kanun tasarısı, uygulama alanı itibarıyla, kişisel verileri işlenen kişiler ile bu verileri işleyen kamu kurum ve kuruluşlarından başka gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerini kapsamaktadır.

¹⁶³ KVKK m.26 vd. bu niteliklere sahip olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Tasarının hazırlanmasında esas alınan 95/46/EC sayılı Yönetmelikten farklı olarak gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilere ait verilerin de korunması öngörülmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler, (95/46/EC sayılı Yönerge'nin 6. maddesinde sayılan ilkelerle paralel biçimde) Tasarının 5. maddesinde sayılmıştır.

Buna göre kişisel veriler;

- Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak elde edilmeli ve işlenmelidir.
- Belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemelidir.
- Toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olmalıdır.
- Doğru olmalı ve gerektiğinde güncellenmelidir.
- İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçimde ve kaydedildikleri veya yeniden işlenecekleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmeleri zorunludur¹⁶⁴.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Tasarıda belirlenen işleme kriterleri, uluslararası düzenlemelerle uyum arz etmekle birlikte kişisel verilerin kural olarak işlenmesinin yasak olduğunun belirtilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir¹⁶⁵. Çünkü kişisel verilerin yukarıda sayılan kurallar dâhilinde işlenmesi ancak Tasarının 6. maddesinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenleri” nin varlığı halinde mümkün olabilecektir.

Tasarının 6. maddesinde ise kişisel verilerin işlenmesinin hangi hallerde hukuka uygun sayılabileceği ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Buna göre, kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için gereken koşullar şu şekilde sıralanabilecektir:

¹⁶⁴ Tasarıda yer alan bu ifadenin “*Kişisel verilerin, ancak toplandıkları amaç için gerekli olan süre kadar, kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçimde saklanması uygundur.*” şeklinde düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz.: **BAŞALP**, Nilgün; *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 111.

¹⁶⁵ **BAŞALP**; 111.

i. İlgili kişinin açık rızası

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; “95/46/EC sayılı Yönergenin 2. maddesinin (h) bendinde rızanın tanımı yapılmıştır. Buna göre rıza beyanı, “ İlgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesi fiilin, özgürce ve konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak verdiği ve sadece o işlemle sınırlı onay beyanıdır. Buna göre ilgili kişi, kendisine ait verilerin işlenmesini kabul etmektedir. Yine Yönerge’nin 7. maddesinin (a) bendine göre rıza, ilgili kişi tarafından ‘tereddüde yer bırakmayacak şekilde’ verilmiş olmalıdır”.

ii. Yasal yükümlülük bulunması

Veri kütüğü sistemi sahibinin bu konuda yasal yükümlülük altında bulunması halinde de veri işlemesi hukuka uygun sayılacaktır. İş ilişkisinde veri kütüğü sistemi sahibi konumunda olan işverendir. İş K m.75 uyarınca, işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenlemek ve bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. Örneğin, işçilere ait vergilerin ve SGK primlerinin ödenmesi konusundaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, işçilere ait kişisel verilerin ilgili kurumlara aktarılması bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

iii. İlgili kişinin (işçinin) yaşamının korunması

Tasarının 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi uyarınca, “*Kişisel verilerin, ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması halinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla işlenmesi*” hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Bu olasılık, iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemler konusunda söz konusu olabilecektir.

iv. Bir sözleşmenin kurulması ve edimlerinin yerine getirilmesi

Hukuka uygunluk hallerinden, iş ilişkisi bakımından uygulama alanı bulabilecek olanlardan biri de, verinin işlenmesinin ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gerekli olduğu durumlardır. İş sözleşmesinde işveren, iş sözleşmesinden doğan bazı edimlerini yerine

getirmek için işçiye ait kişisel verileri işleyecektir. Örneğin, işçiye ücret ödenebilmesi için işverenin, vergi kimlik numarası, sigorta numarası vb. verileri işleme zorunluluğu bulunmaktadır.

v. Herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi

Maddenin 3. fıkrasının (ç) alt bendi uyarınca, ilgili kişiye ait kişisel verilerin, “İlgili kişiler tarafından açıklanmış olması veya açık sicillerde mevcut bilgiler olması sebebiyle herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi” halinin hukuka aykırılık oluşturmayacağı düzenlenmektedir.

vi. Veri işlemenin zorunlu olması

Maddenin 3. fıkrasının (d) alt bendinde, “Veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işleminin zorunlu olması” da hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılmıştır.

Tasarının 11. maddesinde, veri kütüğü sahibinin (çalışmamızda işverenin), ilgili kişileri (işçileri) aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, veri kütüğü sahibi, ilgili kişilere, “veri kütüğü sahibi ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere aktarılacağı, veri toplamanın yöntemi, hukuki sebebi ve muhtemel sonuçları, kişisel verileri öğrenme hakkı, düzeltme hakkı” konularında bilgi vermekle yükümlüdür.

Tasarının 12. maddesinde ise ilgili kişinin (işçinin) “veri kütüğü sahibine başvurarak, kendisiyle ilgili kişisel veri kaydedilip kaydedilmediğini öğrenmek, kaydedilmişse bunları talep etmek, verinin muhtevasının eksik veya gerçeğe aykırı olması halinde bunların düzeltilmesini, hukuka aykırı olması halinde ise silinmesini, yok edilmesini veya aktarımının engellenmesini ve buna göre yapılacak işlemlerin verilerin açıklandığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme” hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İlgili kişinin (işçinin) bu talebi karşısında veri kütüğü sahibi (işveren) ise, veri kütüğündeki ilgili kişiye ait bilgilerin ve işlenen bilgi türlerinin tamamını bildirmek,

veri işlemenin hukuki dayanağını ve amacını bildirmek, hangi tür kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılabilceği ve aktarılacak kişilerin kimliklerini bildirmek, verinin muhtevasının eksik veya gerçeğe aykırı olması halinde düzeltmek, hukuka aykırı olması halinde silmek, yok etmek ve üçüncü kişilere aktarımını engellemek, uygulanması imkansız olmamak veya büyük güçlükler yaratmamak kaydıyla ilgili kişiye bildirdiği bilgileri üçüncü kişilere de bildirmekle yükümlüdür.

Tasarının devam maddelerinde ise yurtdışına veri aktarımı, veri kütüğü sicili, Kişisel Verileri Koruma Kurulu ve tasarıda öngörülen düzenlemelere aykırılık taşıyan eylem ve işlemlere ilişkin suç ve cezaların ayrıntılı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin çalışma konumuz ile ilgili olmakla birlikte kapsadıkları alanın geniş olması da dikkate alınarak bu çalışma kapsamında daha detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Veri Koruma Hukukundaki en önemli haklardan biri olan veriye ulaşma hakkı, işçinin süregelen gözetim uygulamasının iyi niyet kuralına ve hukuka uygunluğunu denetlemesi bakımından ayrıca öneme sahiptir¹⁶⁶. Bu şekilde işçi, kaydedilen iletişiminin özel yaşam hakkına saldırı oluşturacak bir nitelik alıp almadığı hususunda karar verebilme olanağına sahip olur.

¹⁶⁶ WP55, 16.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ İLİŞKİSİ KAPSAMINDA ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

§7. İŞÇİ – İŞVEREN İLİŞKİSİ BAKIMINDAN İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARI

I. ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMLILIK UNSURU VE İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE BORÇLARLA İLİŞKİSİ

Bu bölümde, işveren tarafından işyerinde gerçekleştirilmekte olan elektronik gözetim uygulamalarının, başta iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarla ilişkisi incelenecektir. Bu nedenle, incelememizde, iş sözleşmesinin tüm unsurları ve içerdiği tüm edimler yerine, işçinin kişilik hakları ve bu bağlamda özel hayatının gizliliğine ilişkin olanlar üzerinde durulacaktır.

Karşılıklı sözleşme niteliği taşıyan iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı değişime konu edimleri, işçinin işverenin işini görmesi ve işverenin de bunun karşılığında işçiye ücret ödemesidir. Ancak iş sözleşmesinde edimler bunlarla sınırlı değildir. Sözleşmenin, işçinin işverene kişisel bağımlılığını öngörmesi, bir takım başka hak ve borçları da beraberinde getirmektedir. Bunlar işçi için, iş görme, işverenin talimatlarına uyma (itaat), işini özenle yapma, işverene bağlılık (sadakət) borcu şeklinde görülmekte iken, işveren için, yönetim hakkı, eşit davranma ve işçiyi gözetme borcu şeklinde sıralanabilir¹⁶⁷.

Yukarıda sayılanlar arasında, çalışma konumuzu oluşturan işyerinde gözetim uygulamaları ile yakın ilişki içinde olanlar, işverenin yönetim hakkı ve karşısında

¹⁶⁷ İş ilişkisinde işçi ve işverenin karşılıklı borçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇELİK; 119 – 171; TUNÇOMAĞ / CENTEL; 91 – 142; MOLLAMAHMUTOĞLU, 349 – 448, SÜZEK, İş Hukuku, 265 vd., 312 vd..

işçinin talimatlara uyma borcu, işverenin eşit davranma borcu ve işçiyi gözetme borcu ile bunun karşılığında işçinin sadakat borcudur¹⁶⁸.

1. İşçinin İşverene Bağımlılığı

İşçi – işveren ilişkisinin temelinde yer alan unsurlarından biri “bağımlılık” unsurudur. Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini, konusu iş görmeye dayanan diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmeye yarayan temel unsurdur. İş sözleşmesinde bağımlılık, işçinin işini işverenin sevk ve idaresine bağlı bir biçimde, onun otoritesi ve denetimi altında yapması olarak tanımlanabilecektir¹⁶⁹. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinde de iş sözleşmesi, “ ... bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme ...” olarak tanımlanmaktadır.

Bir kişinin işçi olarak kabul edilebilmesi için, işverenle kişisel bağımlılık içinde bulunması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, işçi, işverenin talimatlarına uygun biçimde ve onun gözetim ve denetiminde işini yapmakla yükümlüdür¹⁷⁰. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, 1967 tarihli bir kararında, işçilik niteliğinin kazanılması konusunda bağımlılık unsurunun önemini, “*Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru 2. Ücret unsuru 3. Bağımlılık unsuru. Bu akdi iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin gözetimi ve denetimi altında yapar*” ifadesiyle ortaya koymuş bulunmaktadır¹⁷¹.

İşçi ve işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edebilmek için bağımlılık unsurunun var olması gerektiği kabul edilmekle beraber¹⁷², bunun ne tür bir

¹⁶⁸ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 80.

¹⁶⁹ ÇELİK, 77 vd.; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul 2009, 45; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 69.

¹⁷⁰ ÇELİK; 78 - 79; MOLLAMAHMUTOĞLU; 349 – 448; SÜZEK, İş Hukuku, 191.

¹⁷¹ AYM 26 – 27.09.1967, 1963/336 E., 1967/29 K., RG 19.10.1968 / 13031; Bkz.: http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=210&content= (Erişim Tarihi 20 Mayıs 2010).

¹⁷² ÇELİK, 77 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 191; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 69; MOLLAMAHMUTOĞLU, 213 vd.; GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Yayınları, Ankara 1997, 96, 97 (GÜZEL, İşçi Kavramı); BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukukunda İşverenin, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, 77.

bağımlılık olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun, ekonomik veya teknik bağımlılık olarak değil hukuki bağımlılık olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷³. Çünkü işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesinin özünde diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, bir otorite ilişkisi bulunmakta olup işveren, işçinin kişiliği üzerinde başka sözleşmelerde bulunmayan bazı hak ve yetkilere de sahip durumdadır. İşverenin otoritesine bağımlı olma, iş sözleşmesinin ayırıcı ve belirleyici özelliğidir¹⁷⁴.

Öte yandan, bilim ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler, üretim ve pazarlama yöntemlerindeki değişimler, ekonomik krizler ve küreselleşme gibi kavramlar iş hukuku alanını da etkilemektedir. Bu gelişmelerin İş Hukukuna bir yansıması olarak başta klasik istihdam modelleri azalmakta, gün geçtikçe atipik istihdam modelleri ortaya çıkmaktadır. Klasik istihdam modellerinde işin işyerinde yapılması esas geçerli iken, evde çalışma, uzaktan (tele) çalışma, internet üzerinden çalışma gibi atipik istihdam modellerinde işin, işyeri dışında hemen her yerde yapılması mümkün hale gelmektedir. İşverenlerin atipik istihdam modellerine yönelmesinin başlıca nedenlerinden biri de, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde hissedilen, iş ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan mali yüklerden kurtulma eğilimidir. Bu istihdam modellerinde temel anlayış, istihdamın iş hukuku kapsamı dışına çıkarılmasıdır¹⁷⁵.

İstihdam modellerinde meydana gelen gelişim karşısında, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru esas alınarak iş ve sosyal güvenlik hukukunun kapsamına alınıp alınmayacağı belirlenen kişiler için yine aynı unsurdan hareket edilecektir. Nitekim, atipik istihdam modellerinde de işçinin, işverence kendisine verilen işi, yine işverenin belirlediği talimatlara göre yerine getirmesi söz konusu olmaktadır. Başka bir anlatımla atipik istihdam modellerinde de bağımlılık unsurunun varlığından söz edilebilecektir.

¹⁷³ SÜZEK, 191; GÜZEL, İşçi Kavramı 103 – 108.

¹⁷⁴ GÜZEL, İşçi Kavramı, 106.

¹⁷⁵ GÜZEL, İşçi Kavramı, 87 – 88.

Ancak söz konusu yeni istihdam modelleri de dikkate alınarak bağımlılık unsurunun yeniden tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁶.

Örneğin, bağımlılık unsurunun batı hukuklarındaki düzenlemeler örnek alınarak “işçinin, işverene ait iş veya hizmet organizasyonu çerçevesinde, onun yararına bir iş yapması” şeklinde tanımlanması ve bu tanımın yeni istihdam türlerinde bağımlılık unsurunun ve dolayısıyla işçi niteliğinin belirlenmesinde yol gösterici olacağı ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Gerek ekonomik bağımlılık gerekse de hukuki bağımlılık, işçinin özel hayatının korunması bakımından tehlike yaratabilecek niteliktedir. İş Hukukunun amaçlarından biri de ekonomik bağımlılığın yarattığı olumsuz sonuçların önlenmesi ve ortadan kaldırılmasıdır. İş Hukuku, işçiyi ve bu bağlamda işçinin özel hayatının korunması hukuku olarak da algılanabilir¹⁷⁸. İş sözleşmesinin unsuru olan hukuki bağımlılıktan kaynaklanabilecek işçinin özel hayatına yönelebilecek tehlikeler, iş sözleşmesinin işçi ve işveren için öngördüğü bazı hak ve borçlar göz önüne alındığında daha belirgin hale gelmektedir. Aşağıda değinilecek olan hak ve borçlar bir yandan, hukuki bağımlılığın somutlaştırılmasında önemli rol oynamaktadırlar.

2. İşverenin Hak ve Borçları

a. Yönetim Hakkı

İş sözleşmelerinde işçinin yapacağı iş ve diğer çalışma koşulları genel olarak belirtilmekte; detaylar ise doldurulması gereken bir boşluk olarak kalmaktadır. Bu boşluğun doldurulmasında, işverenin yönetim hakkının ve bu hakka dayanarak vereceği talimatların önemli bir etken olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁹. İşverenin yönetim hakkına karşılık işçinin de işveren tarafından verilen talimatlara uyma (itaat) borcu yer almaktadır¹⁸⁰.

¹⁷⁶ GÜZEL, İşçi Kavramı, 86 – 87.

¹⁷⁷ GÜZEL, İşçi Kavramı, 126; ÇELİK; 79.

¹⁷⁸ GÜZEL, İşçi Kavramı, 104.

¹⁷⁹ SÜZEK, Sarper; “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS Yayınları, Ankara 1998, 225, 226 (SÜZEK; Yönetim Hakkı); ÇELİK; 104; MOLLAMAHMUTOĞLU; 62.

¹⁸⁰ ÇELİK; 122; MOLLAMAHMUTOĞLU; 357.

Yönetim hakkı, öncelikle işverenin işin yürütümüne yönelik talimatlarıyla somutlaşmaktadır. Bu tür talimatlar karşısında, işçinin talimatlara uyma borcu, iş görme borcuyla yakın ilişki içinde olup, onun tamamlayıcısı niteliğindedir¹⁸¹.

Bunun yanı sıra, işyeri düzeninin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik olmak kaydıyla, işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da söz konusu olabilecektir. İşyerine giriş ve çıkışlarda uyulması gereken kurallar, işveren tarafından işçilere tahsis edilen bilgisayar ve elektronik donanımlar ile internet erişimi ve kişisel e-posta hesabının kullanımına ilişkin kurallar, giyinme ve soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımı, kaza ve yangın durumunda yapılacak işler, işçilerin hastalanmaları halinde hastalık raporlarının alınması için izlenecek yollar, işyerinde sigara içilmemesini düzenleyen kurallar ve talimatlar bu niteliktedir. İşçinin talimatlara uyma borcu da bu aşamada iş görme borcundan bağımsız bir borç olarak değerlendirilir¹⁸².

Yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de beraberinde getirir. Öğretide, bu durumun, işverenin işçiyi denetim hakkı ve bunun karşılığında işçinin de denetime katılma borcu şeklinde ayrıca değerlendirildiği de görülmektedir¹⁸³. İşverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına ilişkin talimatları ve bu hususta işçiyi denetimi, yönetim hakkının işçinin özel hayatına saldırı niteliğinde değerlendirilmesi ihtimalini de taşımaktadır.

İşte bu noktada, işverenin, işçinin iş görme borcu dışındaki davranışlarına yönelik talimatlar verme ve denetlemesine ilişkin yönetim hakkının özel hayatın gizliliğine müdahale aşamasına gelmeden nasıl sınırlandırılabileceği hususu incelenmelidir.

¹⁸¹ MOLLAMAHMUTOĞLU; 357, 358.

¹⁸² TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İTÜ İşletme Mühendisliği Fakültesi, İstanbul 1981, 13, 68 – 69; SÜZEK; Yönetim Hakkı, 226 – 227.

¹⁸³ TUNÇOMAĞ / CENTEL, 100, 101.

Elbette ki işverenin yönetim hakkı sınırsız değildir¹⁸⁴. Yönetim hakkı, çalışma koşullarını düzenleyen kaynaklar arasında Anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinden sonra gelmektedir. Hiyerarşide üst basamakta bulunan bu kaynaklardaki işçinin özel yaşamını koruyucu hükümler, yönetim hakkını sınırlamaktadır.

Yönetim hakkı, iş sözleşmesinde düzenlenmiş olan hususlar bakımından sınırlanmış olacaktır. İş sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı düzenleme yapılırsa, yönetim hakkı da o ölçüde kısıtlanmış olacaktır¹⁸⁵. Öte yandan; iş sözleşmesi ile getirilen bir sınırlama olmayan hallerde ise hiyerarşide iş sözleşmesinden daha üst düzeydeki yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümleri sınırı oluşturacaktır.

Çalışmamızın kapsamında, yukarıda değinilen AY m.20 – 22, MK m.23, 24, BK m.19, 20 hükümleri, işverenin yönetim hakkına ilişkin yasal sınırlara somut örnek teşkil etmektedir. Bu hükümlere aykırılık oluşturan iş sözleşmesi düzenlemelerinin geçersiz sayılacağı kuşkusuzdur.

İş sözleşmesi hükümlerini geçersiz kılan bu hükümlerin, sözleşme hükümlerine göre daha alt düzeydeki yönetim hakkı üzerinde de aynı etkiyi göstermesi doğaldır¹⁸⁶. Öte yandan, yönetim hakkının da diğer haklar gibi MK m.2’de öngörülen dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekmektedir.

Bu konuda, BK Tasarısında yer alan “*Düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu*” başlıklı 309. maddede¹⁸⁷, işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği kabul edilmekle birlikte, maddenin devamında yer alan “*İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” şeklindeki hüküm ile işverene tanınan yönetim hakkının dürüstlük kuralları ile sınırlı olduğu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁸⁴ Yönetim hakkının sınırları konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: TAŞKENT, 82 vd.; SÜZEK; İş Hukuku, 67, 68.

¹⁸⁵ SÜZEK; Yönetim Hakkı, 230; TAŞKENT, 139.

¹⁸⁶ TAŞKENT, 123.

¹⁸⁷ Komisyon Raporu, s.453, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi 22 Mayıs 2010).

Yönetim hakkının, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle genişletilmesi de, bu sözleşmelere konulan hükümler ile mümkün olabilecektir. Bu noktada, işçinin özel hayatına müdahale niteliği taşıyan talimatlar bakımından bu tür bir düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni olarak öncelikle işçinin rızası akla gelecektir. Öte yandan, yönetim hakkını genişleten sözleşme hükümlerinin, özel hayatın gizliliği bakımından AY, MK ve BK'nın ilgili hükümleri ile çizilen sınırlar çerçevesinde hüküm ifade edeceği de tartışmasızdır.

b. Eşit İşlem Yapma Borcu

Eşit işlem yapma borcu (ayrımcılık yasağı), işverenin, bir işyerinde çalışan işçilere, haklı bir nedene dayanmaksızın farklı davranamayacağı şeklinde tanımlanabilir¹⁸⁸. Eşit işlem yapma borcunun temelinde Anayasadaki eşitlik ilkesinin bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu borcun İş K m.5, 12, 13 ve Sendikalar Kanunu m.31'de somut olarak düzenlendiği görülmektedir. İş Kanununun "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesi gereğince, "*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*".

Eşit işlem yapma borcu ile bir işyerinde çalışan işçiler arasında her alanda mutlak bir eşitlik sağlanması değil, gerçekten eşit durumda olan işçiler arasında ayırım yapılmasını engellemek amaçlanmaktadır¹⁸⁹. İşveren, ancak aynı işyerine mensup bir işçi topluluğuna dâhil ve iş sözleşmeleri hali hazırda devam etmekte olan işçilerine, onların tümünü ilgilendiren konularda eşit işlem yapma yükümlülüğü altındadır¹⁹⁰.

Eşit işlem yapma borcunun, işçinin özel hayatı bakımından önemi, işverenin, yönetim hakkı kapsamında işçinin davranışlarına ilişkin vereceği talimatlar ve yapacağı denetimler bakımından ortaya çıkar. İşveren, yönetim hakkını kullanırken de, eşit işlem yapma borcuna uygun şekilde davranmalıdır. Örneğin, sigara içme yasağı, işin dağıtımı, işyerine giriş ve çıkışta kapı kontrolleri ve üst aramasına ilişkin talimatlarında işverenin

¹⁸⁸ TUNÇOMAĞ / CENTEL, 134; MOLLAMAHMUTOĞLU, 429, 430.

¹⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, 429, 430; SÜZEK; İş Hukuku, 362 – 367.

¹⁹⁰ ÇELİK, 167 – 171; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 135; MOLLAMAHMUTOĞLU, 433; SÜZEK; İş Hukuku, 362 – 367.

işçiler arasında bir ayırım yapmaması gerekmektedir¹⁹¹. Bu itibarla, yönetim hakkının sınırlarından birinin de eşit işlem yapma borcu olduğu görülmektedir¹⁹².

Haklı bir nedene dayanmaksızın, işyerinde aynı durumda olan **bazı** işçilerin üstlerinin aranması ya da e-maillerinin izlenmesi gibi uygulamalar, eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturacaktır¹⁹³.

Öte yandan, özel hayata müdahaleyi gerektiren neden, işyerindeki işçilerin tamamını ilgilendirmiyorsa, söz konusu nedenle ilişki içinde bulunan işçiler için eşit işlem yapma yükümlülüğü devam ederken, diğerlerinin özel hayatlarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü ortaya çıkacaktır¹⁹⁴. Örnek vermek gerekirse; yolcu taşımacılığı hizmetleri verilen bir kuruluşta araçları kullanan işçilerin tamamına alkol ve psiko - teknik testler uygulanması ancak diğer işçiler için bu testlerden kaçınılması mümkündür.

Eşit işlem yapma borcu ile özel hayatın gizliliği arasındaki diğer bir ilişki ise işverenin, işçinin özel hayatına ilişkin bilgileri elde etmek için dayanacağı bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı durumlarda ortaya çıkacaktır.

Bu bilgilerin elde edilmesi özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğini taşımakla birlikte söz konusu bilgilere dayanılarak işçi aleyhine alınan kararlar, çoğu zaman eşit işlem yapma borcuna da aykırılık oluşturacaktır. Diğer bir anlatımla; işçinin özel hayatının gizliliğinin hukuk sistemi tarafından korunması sayesinde işverenin ayrımcılık yasağına aykırı şekilde davranmasına dayanak oluşturacak bilgilere ulaşılması da engellenmiş olacaktır. Yani işveren, işçinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi ve dini inançları hakkında bilgi sahibi olmadığı takdirde bu nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapamayacaktır¹⁹⁵.

¹⁹¹ TAŞKENT, 84 vd.; ÇELİK, 180.

¹⁹² ÇELİK, 170; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 137; SÜZEK; İş Hukuku, 365.

¹⁹³ MIGNIN, Robert J. / Bart A., Lazar / Josh M., Friedman; "İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar : 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı", (Çev.K.Ahmet Sevimli), A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2006, 364. (Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül)

¹⁹⁴ TUNÇOMAĞ / CENTEL, 137; MOLLAMAHMUTOĞLU, 430.

¹⁹⁵ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 88.

c. İşçiyi Gözetme Borcu

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturur. İş sözleşmesinin, işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği¹⁹⁶, işçi yönünden işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak, bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak, buna karşılık işveren açısından işçiyi korumak ve gözetmek şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve işçinin çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde tanımlanabilecektir. Bu borcun kapsamına hangi hususların girdiği sınırlı olarak sayılamamakla birlikte, bunların başında işçinin kişiliği ve onun birer görünümü olan özel hayat, sağlık ve beden bütünlüğünün korunmasının geldiği söylenebilecektir. İşverenin işçiyi gözetme borcu karşısında işçi de işverene bağlılık (sadakat) gösterme yükümlülüğü altındadır¹⁹⁷.

İşverenin, işçiyi gözetme borcunun sadece işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumakla sınırlı olmadığı, kendisinden ekonomik ve entelektüel anlamda güçsüz konumda olan işçiye bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için makul çabayı göstermeyi de içerdiği ifade edilmektedir¹⁹⁸.

İşçinin sadakat borcu ise; işçinin, işverenin haklı çıkarlarını koruması ve bunlara zarar verecek davranışlardan kaçınması yükümlülüğü şeklinde tanımlanabilir. Burada işçiden beklenen, işverene zarar verebilecek durumlarda harekete geçmek, zararı engellemeye çalışmak ve durumu işverene haber vermek gibi davranışların yanı sıra işverene zarar verecek davranışlardan da kaçınmaktır¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: **GÜZEL**, Ali, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin ‘Intuitus Personae’ Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Prof. Dr. Halid Kemal Erbil’e Armağan, Beta Basım A.Ş., İstanbul 1996, 180 vd., (**GÜZEL**, Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği).

¹⁹⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 424, 425; **SÜZEK**; İş Hukuku, 312; **ULUSAN**, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1990, 1.

¹⁹⁸ **EKONOMİ**, Münir; İş Hukuku : Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları No:18, İstanbul 1987, 154.

¹⁹⁹ **ULUSAN**, 7, 8; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, 98; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 364.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun, BK m.332 ve İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı Beşinci Bölüm hükümleri (m.77 – 89) gibi²⁰⁰ yasadan kaynaklanan yükümlülükler esas alınarak kavranması, bu borcun içeriğinin salt, işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığının korunması şeklinde anlaşılmasına yol açabilecektir.

Bu noktada, BK m.332'de yer alan , "*İş sahibi, ... çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihazı ... mecburdur.*" ifadesinin işçinin özel hayatına yönelecek tehlikeleri de kapsayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁰¹.

İş sözleşmesi, sürekli ve işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir ilişki kurar. Bu tür sürekli ilişkilerde tarafların birbirlerine sadakat borcu içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Gözetme borcu ise özü bakımından, iş ilişkisinin beraberinde getirdiği karşılıklı sadakat yükümlülüğünün, sözleşmenin işveren tarafındaki görünümüdür²⁰². İşçinin sadakat borcunun kapsamı düşünüldüğünde, işverenin gözetme borcunun sadece iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında düşünülmesi karşılıklı edimler bakımından dengesizlik oluşturacaktır. Bu itibarla, gözetme borcunun, sadece iş sağlığı ve güvenliği alanında değil, MK m.2'de sözü edilen dürüstlük kuralı gibi, iş ilişkisinin tüm alanlarında etkili olduğunun kabul edilmesi gerekecektir²⁰³.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz Borçlar Kanunu Tasarısı m.417 hükmünde ise yalnız iş sağlığı ve güvenliği bakımından değil işverene işçinin bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık bir şekilde yüklenmektedir²⁰⁴. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında işverenin, iş ilişkisinde "*işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek(le)*", yükümlü olduğu açıkça düzenlenmektedir. Tasarının yasalaşması halinde yukarıda sözü edilen tartışmalar da büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.

²⁰⁰ İş K m.77, 78, 79, 80, 81, 85, 88 ve 89. madde hükümleri ile yapılan düzenlemeler ayrıca ilgili Bakanlıklar tarafından çıkarılan yönetmeliklerle de ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Çalışmamızın konusu itibarıyla ilgili yönetmelikler detaylı olarak incelenmemiştir.

²⁰¹ Yazara göre, "... BK 332 hükmü işçiyi somut tehlikeler karşısında koruduğu kadar, onun kişilik değerlerini de koruyan bir hükümdür ..." **KAPLAN**, Emine Tuncay, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi C.7, S.2, 2003, 4 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7211.pdf>) (Gözetme Borcu) (Erişim Tarihi 24 Mayıs 2010); **AYDIN**, 104.

²⁰² **ULUSAN**, 7.

²⁰³ Gözetme borcunun işçinin sadakat borcuna oranla daha kapsamlı olduğu yönündeki görüş için Bkz.: **ULUSAN**, 8.

²⁰⁴ Bkz. yukarıda s. 50 – 52, Bu konuda yukarıda yaptığımız açıklamaları tekrardan kaçınmak amacıyla söz konusu bölüme atıf yapmakla yetinilmiştir.

3. İşçinin Borçları

a. İş Görme Borcu

İş sözleşmesinde işçi, işverene belirli veya belirsiz bir zaman diliminde hizmet vermeyi taahhüt eder. İş sözleşmesinin kişisel niteliğinin bir sonucu olarak, işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gereklidir (BK m.319). İşçinin iş görme borcunu bizzat kendisinin yerine getirmek zorunda olmasına ilişkin hükmün tamamlayıcı bir kural olduğu ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir²⁰⁵.

İşçinin iş görme borcunun kapsamı kanun ve sözleşme (toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi) ile belirlenir. İşveren, işçiden kanuna ve ahlaka aykırı bir işi yapmasını isteyemez (BK m.319).

İşçinin yapacağı işin, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde tüm ayrıntıları ile belirlenmemesi nedeniyle, iş görme borcunun kapsamı, işverenin yönetim hakkı ve bu kapsamda vereceği talimatlar ile işyeri iç düzenlemeleri ile çizilmektedir. Bu durumda, işçinin yapacağı işi belirlerken iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinde ilgili hükümler yorumlanırken, dürüstlük kuralına, çalışma hayatındaki geleneklere ve işyeri uygulamasına uygun bir yorum yöntemi uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁰⁶.

İşveren, işçiden kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte işler yapmasını isteyemez. İşçinin iş görme borcu kapsamındaki işler, kişilik hakları ve bazı kişisel değerlerinden fedakarlık yapmayı gerektirebilir. Ancak kişilik hakkının özüne müdahale anlamına gelebilecek düzeyde bir iş görme borcunun iş sözleşmeleri ile belirlenmesi mümkün olmamalıdır²⁰⁷.

b. İşverenin Talimatına Uyma Borcu

İşverenin yönetim hakkının karşısında olan bu borç, işçinin işverene bağımlı bir biçimde iş görme edimini yerine getirmesinin sonucudur²⁰⁸. İşverenin talimatına uyma borcu, işverenin yönetim hakkı karşısında yer alması dolayısıyla yönetim

²⁰⁵ ÇELİK, 127; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 93; ŞAKAR, 104.

²⁰⁶ TUNÇOMAĞ / CENTEL, 95.

²⁰⁷ BAYRAM, 102.

²⁰⁸ ÇELİK, 130; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 102; SÜZEK, İş Hukuku, 274.

hakkının tabi olduğu sınırlara tabidir. Başka bir anlatımla, işverenin yönetim hakkının sınırları işçinin talimatlara uyma borcunun da çerçevesini çizmektedir. İşçi, bu çerçevenin dışına çıkan emir ve talimatları yerine getirmekle yükümlü olmayacaktır.

Öte yandan, işverenin yönetim hakkının sınırlarını çizen kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve dürüstlük kuralı, işverenin talimatına uyma borcunun da sınırlarını teşkil etmektedir.

İşveren, başta kişilik hakkının anayasal dayanakları (kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği vb.) olmak üzere, MK m.23'te düzenlenen kimsenin hak ve fiil ehliyetleri ile özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğine ilişkin hüküm ile toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesindeki sınırlayıcı hükümlere ve dürüstlük kurallarına aykırı biçimde talimatlar veremeyecektir. İşçinin talimatlara uyma borcu da bu kapsamda değerlendirilerek sınırları belirlenebilecektir.

c. Özen Borcu

İş Kanununda özen borcuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından²⁰⁹, BK m.321'de yer alan “işçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” hükmünü İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerine de uygulamak mümkündür. Özen borcu, işçinin iş sözleşmesi ile yapma borcu altına girdiği işi, özenle yapması anlamına gelmektedir. Özen borcu, iş sözleşmesinin işçi açısından asıl edim niteliği taşıyan iş görme borcunun tam ve doğru bir biçimde yerine getirilmesi amacını sağlayacak her türlü dikkat, itina ve irade gücünün kullanılmasını gerektirmektedir.

Özen borcu, ifanın her aşamasında (hazırlık, ifaya başlama, ifayı sürdürme, ifayı tamamlama ve sonucu elde etme) gözetilecek ve yerine getirilecek bir borçtur. Bu aşamalardan her birinde özen borcunun bulunduğuna yönelik iş sözleşmesinde hüküm bulunmasına gerek yoktur²¹⁰. Öte yandan, işçinin göstermek zorunda bulunduğu özenin

²⁰⁹ İş Kanununda işçinin özen borcu terimine yer verilmemiş, sadece buna aykırılık oluşturan bazı fiiller (örneğin İş K. m.25 / II – g, h ve ı) haklı nedenle fesih için yeterli sayılmıştır.

²¹⁰ BAYRAM, 105.

derecesi, eğer sözleşmede bu konuda bir hüküm yoksa hal ve duruma göre belirlenmelidir²¹¹.

Özellikle iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işçinin, işverene kendi kişisel nitelikleri ve yapılacak işe olan yeterliliği konusunda istenen bilgileri verme yükümlülüğü, özen borcu kapsamında değerlendirilebilecektir. İşçinin, bu bilgilerden hangilerini vermek zorunda olduğu hususu özel hayatın gizliliği anlamında önem taşımaktadır. Başka bir anlatımla, işverenin bu bilgilerden hangisini öğrenme hakkı olduğu tartışılırken özel hayatın gizliliği hakkı dikkate alınmalıdır.

Bazı işlerin özel niteliği, işçinin özel hayat alanındaki bazı bilgileri iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işverene vermeyi gerekli ve haklı kılacaktır. Burada ölçü, kanun ve o işle ilgili çalışma hayatındaki değer yargıları ve dürüstlük kuralı olmalıdır.

d. Sadakat Borcu

Sadakat borcu, iş sözleşmesinin, maddi boyutunun yanı sıra taraflar arasındaki kişisel ilişkileri de kapsayan manevi bir boyuta sahip olmasının önemli göstergelerinden biridir. Bu borç kapsamında işçi, işverenin işi ve işyeri ile menfaatlerini korumak ve yine işverenin menfaatlerine zarar verebilecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür²¹².

İş K m.25/II. bendinin (b), (d) ve (e) alt bentlerinde, bu borcun olumsuz yanı ile ilgili örnekler verilmiş ve özellikle (e) alt bendinde bunun esasları ortaya konulmuştur. Söz konusu hükümde, sadece sadakat borcuna aykırı bazı haller gösterilmiş ve “gibi” denilerek bunlara benzer hallerin de bu borca aykırılık yaratacağı kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edildiği üzere; işçinin, işverene zarar verecek davranışları, zarara yol açmasa da, doğruluk ve bağlılığa aykırı sayılır ve Ceza Hukuku açısından suç oluşturmaması bu hukuki sonucu değiştirmez²¹³.

²¹¹ TUNÇOMAĞ / CENTEL, 98.

²¹² ÇELİK, 132 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, 276; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 100.

²¹³ Yargıtay 9. HD., 04.04.2000, 2000/2465 E., 2000/4716 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Yukarıda belirtilen sadakat borcuna aykırılık hallerine örnek olarak, işçinin işyerinde işi bırakıp gazete okuması, uyuması, internette oyun, bahis vb. sitelerde vakit geçirmesi, raporlu iken başka işyerinde çalışması, normal ölçüleri aşan hediyeler alması gibi haller gösterilebilir.

İşçinin sadakat borcu kapsamındaki bir diğer yükümlülüğü de işverene ait sırları saklama yükümlülüğüdür. İşçi, herhangi bir şekilde öğrendiği, saklanması zorunlu bilgileri üçüncü kişilere açıklamamak zorundadır. Saklanması gereken sırlar, üretim yöntemleri, satış organizasyonu, müşteri sırları, dönemsel satış raporları gibi her türlü ticari bilgilere veya işverenin mali durumuna ilişkin olabilir.

Sadakat borcu sadece bir yapmama borcu değildir. Söz konusu borç, işçiyi olumlu bir davranışta bulunmakla da yükümlü kılabilir. Bu kapsamda, işyerini ve işi tehdit eden tehlikelerin (hammadenin azalması, makine ve aletlerin arızalanması, işyerindeki diğer işçilerin zarar doğurucu eylem ve işlemleri vb.) bildirilmesi yükümü bu duruma örnek gösterilebilir.

Sadakat borcu ile işçinin kişilik hakları ve bu kapsamda özel hayatının gizliliği yakın ilişki içinde olan kavramlardır. Bu aşamada, işçinin sadakat borcunun sınırının yine işçinin kişilik hakkı olduğu söylenebilecektir. Sadakat borcunun ölçüsü ve sınırı, işçinin maddi ve manevi durumuna göre yapabileceği ve işverenin kanun ve sözleşme çerçevesinde ve de ahlak ve iyi niyet kurallarını gözeterek isteyebileceği davranışlardır denilebilir²¹⁴.

II. İŞ İLİŞKİSİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM

UYGULAMALARININ DAYANDIĞI HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1. İşçinin Özel Hayatına Müdahale Edilmesine Rıza Göstermesi

İşçinin özel yaşamına müdahale bakımından üzerinde durulan ve en çok işlenmiş olan uygulama, işyerine giriş ve çıkışlarda işçinin üstünün aranmasıdır. Kişinin üstünün aranması özel hayata ve kişilik hakkına yapılan ağır saldırılardan biridir. İşte bu

²¹⁴ BAYRAM, 119.

noktada, öğretilerde savunulan bir görüşe göre, işveren tarafından yapılan uygulamanın, işyerinin güvenliği ve korunması gibi işverenin ya da işyerindeki üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle sıkı bağlantı içinde olan bir nedene dayanması halinde işçinin rızasının alınmasına gerek yoktur; diğer uygulamalar bakımından ise, işçinin açık ya da örtülü rızasının bulunması gerektiği savunulmaktadır²¹⁵. Diğer görüşe göre ise, uygulamanın dayandığı neden ne olursa olsun işçinin rızası alınmalıdır²¹⁶.

Kural olarak, işçinin rızasının, MK m.23, 24 ve BK m.19 sınırları içinde kalan müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmelidir. MK m.24/II hükmünün geçerli şekilde verilmiş rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi karşısında, işçinin özel yaşamının korunmasına yönelik, işveren karşısındaki konumunu dikkate alan, özel yasal düzenlemenin bulunmayışı, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu tür bir düzenlemenin ilk örneklerinden birini, yasalaşması halinde Borçlar Kanunu Tasarısının 417. maddesi oluşturacaktır. Maddenin yasalaşması halinde, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi boyutuyla işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği veya iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmadıkça işçinin rızası, hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacaktır. Maddenin ortaya koyduğu kriterler, işçiden sadakat borcu kapsamında rıza göstermesini beklenebilir kılan çerçeveyi ortaya koymaktadır.

Öte yandan, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde iş güvencesi kapsamında olan işçiler (İş K m.18 – 22, 116; Basın İş K m.6) bakımından, özel yaşama müdahale niteliğindeki işveren uygulamalarına verilen rızanın, MK m.23 sınırlarını aşmayan türde bir iradeyle verilmiş olduğuna ikna olmak daha kolaydır²¹⁷.

İşçinin rızası üzerindeki kuşkunun tamamen ortadan kaldırılması için işçinin rıza göstermemesi ya da rızasını geri alması halinde hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağına taahhüt edilebildiği ölçüde, işçinin irade açıklamasının, “rıza beyanı” olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir²¹⁸.

²¹⁵ SÜZEK; Yönetim Hakkı, 275; TAŞKENT, 107 – 112.

²¹⁶ OĞUZMAN; Arama, 533 – 536, AYDIN, 130, TUNÇOMAĞ / CENTEL, 100.

²¹⁷ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 101.

²¹⁸ WP 48, 23.

Avrupa ülkeleri bakımından, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde yapılan rıza tanımından²¹⁹ yola çıkılarak ortaya konan ve kabul gören bu görüş, iş ilişkisinde işçinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak tümünden reddetmemekle birlikte, uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

2. İşverenin Dayanacağı Üstün Özel Yarar

İş ilişkisi kapsamında işçilerin işyerine girerken özel hayatlarını kapıda bırakmaları düşünülemeyecek olsa da sözü edilen ilişkinin bir gereği olarak işçinin özel hayatı ile işverenin hak ve çıkarlarının dengelenmesi gereği ortadadır. Örneğin, işverenin işçilerinin davranışları nedeniyle, işverenin sorumluluğuna gidilebilecek durumlar (BK m.55, 100) ya da işçilerin davranışları ile işverene verebilecekleri zararlar düşünüldüğünde belirtilen dengenin kurulması gerekliliği daha iyi anlaşılacaktır.

İşyerinde güvenliğin sağlanmasına yönelik, işçinin özel hayatına müdahale içeren uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği savunulurken, özel hayatının gizliliği hakkı karşısında üstün tutulan yararın, diğer işçiler ve müşterilerin yaşam hakkından kaynaklanan yarar olduğu kabul edilmektedir²²⁰.

Öte yandan, işverenin sadece ekonomik nitelikli yararının, işçinin özel hayat hakkı karşısında nasıl değerlendirileceği de tartışma konusudur. Özel hayatın gizliliğine müdahale içeren uygulamaların meşru bir temele oturtulması bakımından sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesi, işçinin eylemleri nedeniyle işverenin (istihdam eden sıfatıyla) olası sorumluluğu, verimliliğin arttırılması ve üretim maliyetlerinin düşürülmesi gibi işverenin özel yararı bulunduğu ifade edilen nedenlere dayanıldığı görülmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkının temel bir insan hakkı oluşunun yanında İş Hukukunun işçiyi koruma karakterli ilkeleri dikkate alındığında, işverenin ekonomik temele dayanan özel yararının özel hayatın gizliliği karşısında doğrudan üstün tutulması yerine; sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işçiden özel hayatının gizliliğine

²¹⁹ 95/46/EC sayılı Yönerge m.2(h) hükmü uyarınca rıza, kişinin özgürce ve verinin işlenme amaç ve biçimine özgü, öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine dair olurluğunu bildirmesidir.

²²⁰ TAŞKENT, 111, 112.

müdahale içeren uygulamalara rıza göstermesinin, somut olayın özelliklerine göre beklenip beklenemeyeceği ölçütünün kullanılması önerilmektedir²²¹.

3. İş İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

İş K m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve denetlemekle; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerde de işverenin bu yükümlülükleri ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik²²² m.7 uyarınca işveren, işçilerin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliği için tehlikeli patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde güvenli çalışma şartlarını sağlamak ve çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımları gözetim altında tutmakla yükümlüdür. Yer altı ve Yer üstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği²²³ ek m.4.1.2, 8.7, 9.2 hükümleri ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek riskli alanlarda içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmak yasaklanmıştır.

Öte yandan, bazı işler ve işçiler için işverenlerin işçilerden sağlık raporu istemek ve bu raporları saklamak zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği²²⁴ m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporun belirli aralıklarla tekrarlanması zorunludur.

Yukarıda örnek mahiyetinde belirtilen kanun ve yönetmelik hükümlerinin tümünde işçinin özel hayatına müdahaleyi gerektiren düzenlemeler yer almaktadır. Bazı hükümler, işçilerin gözetim altında tutulmasını, bazıları ise verilerin toplanması ve saklanmasını öngörmektedir.

²²¹ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 96, 104; EKONOMİ, 128.

²²² RG. 26.12.2003, 25328.

²²³ RG. 21.02.2004, 25380.

²²⁴ RG. 16.06.2004, 25494.

İşverenin, bu düzenlemeler kapsamında işçinin özel hayatına müdahale niteliğindeki işlem ve eylemleri, MK m.24/II uyarınca “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” olarak değerlendirilecek ve hukuka uygun kabul edilecektir²²⁵.

III. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİMİN KOŞULLARI, KAPSAMI VE UYGULANMA YÖNTEMLERİ

İşyerinde işçilerin e-mail iletişimlerinin, internet bağlantılarının ve ziyaret ettikleri internet sitelerinin denetlenmesi, iş hayatında sıkça karşılaşılan gözetim (monitoring and surveillance) uygulamalarıdır.

Bu tür uygulamalar, çeşitli açılardan işçilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale oluşturmaktadır. İşyerinde elektronik yolla iletişimin izlenmesi söz konusu olduğunda, özel hayatın gizliliği hakkının haberleşme özgürlüğünü de kapsadığı unutulmamalıdır. Bu uygulamaların başka bir sonucu da gözetim yoluyla işçiler hakkındaki kişisel verilere ulaşıyor olmasıdır. Özel hayatın gizliliği hakkı, iletişim özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki, AB Temel Haklar Şartı ve Avrupa Anayasasında açık şekilde tanımlanmış bulunmaktadır. AB Temel Haklar Şartı m.8 (Avrupa Anayasası m.II-68) kişisel verilerin korunmasını düzenlemekte olup, özellikle e-mail iletişiminin izlenmesi bakımından, 7. madde (Avrupa Anayasası m.II-67) hükmünde iletişim için getirilen korumayı da tamamlayan bir düzenlemedir.

Gözetim uygulamalarının hemen hepsi, izlenen kişi (işçi) hakkında kişisel verilerin toplandığı anlamına gelmekte olup, bu nedenle Veri Koruma Hukuku kuralları bu tür uygulamaların söz konusu olduğu durumlarda gözetilmek zorundadır. Nitekim, işçilerin e-maillerinin ve internet bağlantılarının gözetimi, 95/46/EC sayılı Yönergenin kuralları kapsamında değerlendirilecektir.

İletişim alanında özel hayatın gizliliği hakkı, iletişim olanaklarına serbestçe ulaşmayı ve bunlardan, müdahale olmaksızın yararlanmayı anlatır. İletişim olanağının sınırlanması ya da ortadan kaldırılması, AY m.22/II ve AİHS m.8'e aykırılık teşkil etmekte ve kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi de TCK m.124 (1) uyarınca suç oluşturmaktadır.

²²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, 359.

Belirtilen nedenlerle, işyerinde işçiye hiçbir şekilde özel iletişim olanağı tanınmamasının, özel hayatın gizliliği hakkına hukuka aykırı biçimde müdahale niteliğinde olduğu açıktır. Hatta bu yöndeki kısıtlamaların işçinin diğer bazı haklarının ihlali olarak da yorumlanabileceği ifade edilmektedir. Örneğin, ABD Ulusal Endüstri İlişkileri Kurulu, şirket e-mail sisteminin kişisel kullanıma tamamen kapatılmasını, örgütlenme hakkının ihlali olarak yorumlamıştır. Karara konu olayda, işçilerden biri, işverenin yeni izin politikasını, şirketin e-mail sistemini kullanarak eleştirmiştir. Kurul, işçinin bu davranışının örgütlenme hakkı bakımından koruma altında olan bir davranış olduğunu ve iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturmayacağını belirtmiştir²²⁶.

Özel hayatın gizliliğine gerekli saygının gösterildiğinden söz edebilmek için iletişim özgürlüğünün engellenmemesi yetmez. Aynı zamanda gizliliğe de saygı gösterilmesi gerekmektedir. Kullanılan iletişim araçlarının mülkiyetinin işverende olması, bir temel hak olan haberleşmenin gizliliğine saygının ortadan kalkma sebebi olamaz. Özel hayatın gizliliğine saygı, iş hayatının sürdürüldüğü mekanlarda da belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsamaktadır²²⁷. Yapılan iletişimin içeriğinin gizli ya da özel olup olmaması, diğer bir anlatımla kişinin özel hayatına ilişkin olup olmaması burada önem taşımayacaktır. Özel hayatın gizliliği hakkının iletişim alanındaki yansımaları, içeriğine bakılmaksızın tüm haberleşmenin korumadan yararlanmasını gerektirir.

AİHS m.8 hükmünde yer alan “correspondence” kelimesi aslen yazışma, mektuplaşma anlamına gelmektedir. Ancak AİHM kararlarında, bu kelimenin tüm haberleşme araç ve türlerini kapsayacak şekilde yorumlandığı görülmektedir. AB Temel Haklar Şartı ve dolayısıyla Avrupa Anayasasında da yazışma yerine “iletişim” kavramı tercih edilerek, hakkın kapsamı bakımından aynı yaklaşım sergilenmiştir. Çalışmamızda, e-mail için yapılan açıklamalar, tüm iletişim şekilleri için geçerli kabul edilebilecektir. Şekilleri farklı da olsa tüm iletişim araçlarının, aynı amaca yönelik

²²⁶ Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül, 376.

²²⁷ Niemietz v. Almanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (N° 13710/88), 16 Aralık 1992.

olması ve işveren tarafından işin yürütümünde kullanıldıkları gerçeği bu sonuca varılmasını sağlamaktadır²²⁸.

1. Hukuka Uygun Gözetim Uygulamasının Koşulları

İşveren, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan her uygulamada olduğu gibi gözetim uygulamalarını da bir hukuka uygunluk nedenine dayandırmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinden, üstün özel yarar söz konusu olduğunda, gözetimle sağlanacak yararlar, bu uygulamanın işçinin özel hayatının gizliliği üzerinde yaratacağı etki hassasiyetle değerlendirilmelidir. İşverenin dayanacağı üstün yarar için, işe ve işyerine ilişkin gizli bilgilerin rakiplere sızdırılmasının önlenmesi başlıca örneklerden biri olarak gösterilebilir. Bu durumda işverenin salt ekonomik yararı korunmak isteniyorsa, hukuka uygunluk nedeni olarak üstün yarardan çok, işçinin sadakat borcunun, izleme uygulamasına rıza göstermesini gerekli kıldığı kabulü daha yerinde olacaktır. Buna karşın, sızdırılan bilgiyle işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkının görünümünden birinin zedelenmesi de söz konusu olabilecekse, üstün özel yarardan söz edilebilir. Örneğin, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin kişisel verilerine ulaşım ve bunları aktarabilme olanağı bulunan bir işçinin elektronik iletişiminin izlenmesinde, bu kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunması noktasında üstün özel yararlarının bulunduğu söz edilebilir. Gözetim uygulaması, makul bir nedene dayanmadığı halde işçinin izlemeye rıza göstermesi de söz konusu olabilecektir.

Ayrıca, gözetim, dayanılan nedenin haklı kıldığı amaca ulaşmaya özgü kullanılmalıdır. Örneğin, virüs vb. programların neden olabileceği ağır ekonomik kayıplar düşünüldüğünde, iletişim ve bilgisayar sisteminin korunması amacıyla yapılmak istenen gözetim uygulamasına işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir gereği olarak algılanabilir. Ancak bu durumda, izlemeyle elde edilen veriler, koruma amacı dışında işçinin davranış ve yaşam tarzının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılamaz. Bu kuralın istisnası, sistem güvenliği için yapılan izlemede elde edilen ve güvenlik amacıyla ilgisi olmayan verinin, işçinin çıkarına olması ya da ağır nitelikte

²²⁸ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 199.

doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın veya suç oluşturan bir hareketin ortaya çıkarılmasıdır²²⁹.

2. Gözetimin Gerekli Olması

İşyerinde gözetim uygulamalarına geçilmeden önce, işverence bu uygulamaların gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Geleneksel yönetim teknikleriyle elde edilecek bir amaca ulaşmak için gözetim yapılması, özel hayatın gizliliğine en az zarar verecek yöntemin seçilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır. İşçinin e-maillerinin izlenmesinin, hangi hallerde gerekli olduğuna örnek olarak, işçinin çeşitli nedenlerle işyerinde bulunmadığı zamanlarda işle ilgili iletişiminin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olamaması gösterilebilir²³⁰. Bu durumda e-mail hesabının izlenmesi ve açılması için işçinin önceden bilgilendirilmiş olması da önemlidir.

Diğer bir gereklilik dayanağı ise, iletişim için kullanılan sistemin, virüs vb. tehlikelere karşı korunması olabilir²³¹. Bu durumda da, sisteme zarar verecek programların girişinin bloke edilmesi olanağı baştan araştırılmalıdır. Öte yandan, bu durum, gözetim yoluyla elde edilen işçiye ilişkin kişisel verilerin gizliliğinin korunması ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin işveren sorumluluğunun da bir gereğidir²³².

3. Gözetim Uygulamalarının Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale Düzeyi

Kural olarak, e-mail iletilerinin izlenmesi, iletinin tarafları, başlığı ve gönderilme zamanı gibi “trafik verileri” ile²³³ sınırlı kalmalı, içeriğine girilmemelidir²³⁴. Benzer şekilde, özellikle faturalama amacıyla, telefon görüşmelerinin zamanı, süresi ve görüşülen numarayla sınırlı şekilde izlenmesi kabul edilebilir. Esasen, gelişen teknolojik olanaklar, içeriğine girilmeksizin e-mail kullanımının değerlendirilmesi için uygun ortamı sağlamaktadır. Örneğin, işçinin aldığı ve gönderdiği ileti sayısının, gönderildiği

²²⁹ Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül; 368, SEVİMLİ; Özel Yaşam, 200.

²³⁰ WP 55; 14; Ayrıca Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, 225,226.

²³¹ WP 55; 14, 18.

²³² WP 55; 19.

²³³ 2002/58/EC sayılı Yönerge’de, “trafik verisi” bir elektronik iletişim ağında iletinin nakli ve ücretlendirilmesi için işlenen veri olarak tanımlanmaktadır (2002/58/EC m.2/b). Bu tür verilere örnek olarak, gönderici ve alıcının e-mail adresleri, gönderilme ve /veya alınma zamanı gösterilebilir.

²³⁴ WP 55; 21.

adreslerin ve iletilerdeki “ek” lerin niteliğinin denetlenmesiyle, işverenin iletişim sistemini virüs vb. tehlikelere ya da iş ve işyerine zarar verici davranışlara karşı koruması mümkündür. Bu durum, internetin haberleşme dışı amaçlarla kullanımı bakımından da geçerlidir²³⁵.

İşverenin trafik verileri ile hukuka uygun amacına ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda ise, e-mailin işçi dışındaki tarafının özel hayat hakkı da hesaba katılmalıdır. İşçinin özel hayatına müdahaleyi haklı kılan neden, e-mail yazışmasının diğer tarafı için aynı etkiyi göstermeyecektir. Örneğin, bu kişinin rızasının alınması çok güçtür. Dolayısıyla, işyeri dışındakilerin, iletilere eklenecek bir uyarıyla işyerinden yapılan iletişimin izlendiğinden haberdar edilmesi önerilmektedir²³⁶. Öte yandan bu tür bir uyarının bile işyeri dışındaki kişinin özel hayatının gizliliğine müdahaleyi hukuka uygun kılmasının tartışmalı olduğu ifade edilmektedir²³⁷. Bu konudaki diğer bir öneri ise, işçilere özel e-maillerine “kişiye özel” şeklinde uyarılar eklemeleri veya mesajlarını şifrelemeleri ve iletişimde oldukları özel çevrelerini de bu yönde davranışlarını korumaları konusunda uyarılarının istenmesidir²³⁸.

E-mail iletişiminin içeriğine girilerek işçinin özel hayatının gizliliğine müdahalenin yaratacağı sorunların ortadan kaldırılması için, yapılan önerilerden bir diğeri ise, işçiye özel kullanım ve işle ilgili kullanım için iki ayrı e-mail hesabı sağlanması ya da işçinin özel (işveren tarafından sağlanmamış) e-mail hesabına internet üzerinden ulaşımına izin verilmesidir. İşçiye böyle bir imkanın sağlanmış olması, işveren için çoğu durumda ek maliyet de yaratmayacaktır. Aksine, bunun maliyetlere olumlu etki edebileceği de belirtilmektedir. İşçinin günün şartlarına uygun şekilde işyerinde kişisel işlerini halletmesini yasaklamak uzun vadede verimin düşmesine neden olabilir. Örneğin, bir işveren, internet aracılığıyla yapılan tüm kişisel kullanımı yasakladığında, alışverişlerini internet üzerinden yapan işçiler alışverişlerini yapmak için işyerlerini terk etmek zorunda kalabilirler. Bu nedenle, bazı yazarlar internet ve e-

²³⁵ WP 55; 24,25.

²³⁶ WP 55; 17, 18.

²³⁷ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 202; Öğretide, pazarlama, kamuoyu yoklaması veya telefonla danışmanlık hizmetleri için kullanılan iletişim araçları bakımından işyeri dışındaki 3. şahısların, bir uyarıyla işyerinden yapılan iletişimin izlendiğinden haberdar edilmesinin yeterli olacağı; ancak, diğer iletişim araçlarının izlenmesinin, iki tarafın da rızasıyla gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.: Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül; 380.

²³⁸ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 202.

mail üzerindeki geniş kısıtlamaların, verimi arttırmak yerine azaltacağını iddia etmektedir. İşyerinde internet ve e-mail iletişimini kısıtlamanın işçiler üzerindeki etkilerini gözlemleyen kimi işverenlerin, yeni politikalar benimseyerek işyerinde “internet cafe”ler kurdukları, işçilerin kendi masalarında olmasa da işyerlerinde bu olanaklardan yararlanmaya devam etmelerini sağladıkları ifade edilmektedir²³⁹. Ancak bu konuda önemle belirtilmelidir ki, işçinin özel kullanımına ayrılan (ya da işçinin kendisine ait) özel e-mail hesabından yapılan iletişim, virüs taraması dışında, işveren tarafından denetlenmeyecektir. Buna karşılık, işçinin suç oluşturan davranışlarından işverenin de sorumlu tutulacağı ya da işverenin bizzat işçi tarafından işlenen suçtan zarar görmesi gibi haller söz konusu ise bu gibi durumlarda bir gözetim yapılması mümkündür²⁴⁰.

Özel kullanım için e-mail hesabı sağlanması, işçinin yürütülen iş için kullanacağı hesap bakımından, gözetim uygulamalarının, Veri Koruma Hukukunun veri kütüğü sahibi konumundaki işveren için öngördüğü, verinin korunması ve işçiye veriye ulaşım hakkı sağlanması gibi diğer yükümlülüklerden sıyrıldığı anlamına gelmeyecektir²⁴¹.

Diğer yandan, işe özgülenmiş olan iletişim aracının izleneceği hakkında işçi yeterli şekilde bilgilendirilmedikçe bu aracın izlenmesi, yine özel hayatın gizliliğine hukuka aykırı müdahale olarak değerlendirilecektir.

4. Gözetimin Gizli Yapılması

Kural olarak gizli gözetim yapılamaz. İşverenler, gözetim konusunda işçileri bilgilendirmeli ve önceden haberdar etmelidir²⁴². İşyerinde gizli izlemeyle ilgili örnek mahiyetindeki kararlardan biri AİHM'nin Halford v. U.K. kararıdır²⁴³. Birleşik Krallık'ta polis memuru olarak görev yapan Bayan Halford, işvereni aleyhine cinsiyet

²³⁹ Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül; 376.

²⁴⁰ WP 55, 21.

²⁴¹ WP 55, 23.

²⁴² Avrupa Birliği'nin 90/270/EC sayılı “Ekranlı Araçlarla Yapılan İşlerde Asgari Güvenlik ve Sağlık Gereklere Hakkında” Yönergesi ekindeki “...işçinin haberi olmaksızın nitel ya da nicel hiçbir kontrol mekanizması kullanılamaz” (m.3/b) şeklindeki hüküm, gizli izlemeyi açıkça yasaklayan düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

²⁴³ AİHM 25.06.1997 tarih ve 73/1996/692/884 sayılı Halford v. UK kararı, http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof_nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/f2d1cbef01356586c1256640004c33e0?OpenDocument (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

ayrımcılığı davası açmıştır. Dava devam ederken görev yaptığı işyerinde biri özel kullanımına tahsis edilmiş iki telefon hattı bulunmaktadır. Bu telefonların kullanımı konusunda kendisine bir sınırlama getirilmediği gibi, şefi tarafından davanın takibi içinde kullanılacakları bildirilmiştir. Daha sonra telefon konuşmalarının dinlendiği ortaya çıkmıştır. Mahkemede, davalı (Birleşik Krallık), işveren tarafından sağlanan telefonların önceden bilgilendirme yapılmadan dinlenebileceğini iddia etmişse de karar oybirliğiyle, AİHS m.8/1 hükmünün ihlal edildiği yönünde çıkmıştır.

Bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuk sistemlerinde, işyerinde gizli gözetim yapılamamasına ilişkin bu kurala çok sınırlı istisnalar getirilmektedir. Örneğin, yukarıda değindiğimiz Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ait "İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması"na ilişkin kodun 6.14 maddesinin 2. ve 3. fıkralarında gizli izlemenin şartlarına değinilmiştir. Buna göre; işyerinde işçilerin gizli olarak izlenebilmeleri için ulusal düzenlemeler kapsamında bu izlemeye izin veriliyor olması veya suç teşkil eden ya da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışların varlığına ilişkin bir şüphe ile bu şüphenin geçerli bir nedene dayandığını gösteren olguların bulunması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, makul şüphe bulunmaksızın, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın her an meydana gelebileceği gibi bir gerekçe, gizli izlemeyi haklı kılmayacaktır²⁴⁴.

Gizli izleme, sıkı şekilde amaca yönelik olmalı, doğruluk ve bağlılığa uymadığı konusunda hakkında makul şüphe bulunan işçi dışındakileri kapsar şekilde yapılmamalıdır. Ayrıca izleme süresi de baştan belirlenmiş olmalıdır²⁴⁵. Burada önemle belirtilmelidir ki; uluslararası belgelerde kabul edilen bu ilkeler, ancak ulusal hukukun, özel hayatına bu şekilde müdahale edilen kişiye gerekli korumayı sağladığı ve özel düzenlemelerle işverene bu yetkiyi verdiği ya da ulusal hukukun bunun delil elde etmek için kaçınılmaz olduğunu kabul ettiği durumlar için geçerlidir²⁴⁶.

Türk Hukukunda ise mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında, hangi nedenle olursa olsun gizli gözetimin işveren tarafından yapılmasının mümkün olmaması

²⁴⁴ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 205.

²⁴⁵ ILO; "Code of Practice on Protection of Workers' Personal Data", 18, 19. <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

²⁴⁶ WP 55, 14, ILO, 19.

gerekmektedir. Kolluk kuvvetleri tarafından yapılacak dinlemeler için bile yargı kararının gerekli olduğu bir sistemde, işverene bu hakkı istisnai şekilde de olsa tanımak, onu kamu makamlarına bile tanınmayan bir yetkiyle donatmak anlamına gelecektir²⁴⁷.

CMK m.135/7 hükmündeki “Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz” ifadesi tartışmaya yer bırakmayacak kadar kesin olmakla birlikte TCK m.132/1 hükmünün kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlali, suç olarak düzenlediği de unutulmamalıdır.

5. Bilgilendirme

AİHM'nin, Halford kararında özel hayata saygı hakkının (m.8) ihlal edildiğini tespit ederken kullandığı, “Aynı zamanda dâhili iletişim sisteminin kullanıcı konumunda olan Bayan Halford’a, bu sistem üzerinden yapılan telefon görüşmelerinin dinleneceğine ilişkin uyarıda bulunulduğuna ilişkin kanıt bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadesi, gözetim uygulamalarında işçilerin bilgilendirilmesinin bir önkoşul olması bakımından önemlidir. Bu ifadenin, çalışanın dinleme öncesinde konuşmalarının dinlenebileceğine ilişkin ayrıntılı şekilde uyarıldığı her durumda, işveren tarafından iletişimin izlenmesinin hak ihlali yaratmayacağını ima ettiği yolunda yorumlanamayacağı belirtilmektedir²⁴⁸. Karardaki bu anlatımın, gözetim uygulamaları öncesinde bilgilendirmenin, uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü için bir gereklilik olduğuna vurgu yaptığı; ancak, uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü için tek koşulun bu olmadığı, ayrıca bir hukuka uygunluk nedenine dayanılması gerektiği, şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır²⁴⁹.

Gözetim uygulamasının öncesinde işçinin bundan haberdar edilmesi halinde, işçinin bu uygulamaya, suskun kalarak, örtülü rıza gösterdiği ve böylece, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın kullanılabilmesi düşünülebilir. Ne var ki, işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiği yönündeki yaklaşımlar ve 95/46/EC sayılı Yönerge bakımından, işçinin rızasına verilen anlam anımsandığında, gözetim

²⁴⁷ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 205.

²⁴⁸ WP55, 8,9.

²⁴⁹ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 206.

uygulamalarının hukuka uygun olarak kabulü için, “üstün yarar” gibi başka bir hukuka uygunluk nedenine dayanılmasının daha yerinde olacağı da bir gerçektir²⁵⁰. İzleme nedeni en azından sadakat borcu çerçevesinde işçiden uygulamaya rıza göstermesini beklenebilir kılmalıdır ki, işçinin suskun kalması rıza olarak değerlendirilebilsin.

İşverenin yapacağı bilgilendirmede, işyerindeki hangi iletişim araçlarının ne şekilde özel amaçlarla kullanılabileceği ayrıntılı biçimde ortaya konulmalıdır²⁵¹. Gözetim yapılacaksa bunun nedenleri ve amaçları işçilere bildirilmelidir²⁵². İzledikleri, belirli aralıklarla işçilere anımsatılmalıdır²⁵³. İletişim araçlarının özel amaçlarla kullanımına izin verildiği sınırlar içinde kullanılması söz konusu olduğunda, gözetim, iletişim sistemine virüs vb. tehlikelere karşı güvenliğinin sağlanması gibi çok sınırlı nedenler ve amaçlarla uygulanabilir. Virüsün başka türlü temizlenmesinin ya da işle ilgili iletişimin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olmaması gibi, çok istisnai durumlarda, iletişimin içeriğine girilebilir. Bilgilendirmede bu istisnai durumların neler olabileceği ayrıntılı şekilde anlatılmalıdır²⁵⁴. Bilgilendirme, konulan kurallara uyulmadığının saptanması halinde uygulanacak yaptırıma yönelik sürecin işleyişini de içermelidir.

Bilgilendirme aşamasında özellikle, işçinin kural ihlali yaptığının nasıl ve ne zaman kendisine bildirileceği belirtilmeli; bu tür iddialar karşısında cevap hakkı tanınmalıdır. En uygun tavır, işçinin kural ihlali fark edildiği anda uyarılmasıdır; meğer ki, izlemenin devamını haklı kılan bir neden bulunsun. Bu, özellikle elektronik iletişim araçları bakımından, yazılım teknolojisinin geldiği düzey de göz önüne alındığında oldukça kolay olacaktır. Örneğin, işçiye gelen e-mailde kurallara aykırı istenmeyen bir “ek” bulunması ya da sisteme zarar verecek bir sitenin ziyaret edilmesi durumunda ekranda açılan bir pencere ile işçinin derhal uyarılması mümkündür²⁵⁵. Kural ihlalinin fark edildiği halde, uyarı yapılmaksızın, izlemeye devam edilmesini haklı kılacak

²⁵⁰ WP55, 21.

²⁵¹ OKUR, Zeki, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2006, 7; Ayrıca Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, 225,226.

²⁵² ILO; “Code of Practice on Protection of Workers’ Personal Data”, 18,

<http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).

²⁵³ Mignin / Lazar / Friedman; 11 Eylül; 378, 380.

²⁵⁴ WP55, 22.

²⁵⁵ Mignin / Lazar / Friedman; 11 Eylül; 379, WP55, 15.

nedenlerin, bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuklarda kabul gören gizli (covert monitoring) izlemeyi haklı kılan istisnai nitelikteki nedenler olduğu ileri sürülmektedir²⁵⁶.

Türk Hukuku açısından uyarma yükümlülüğünün bulup bulunmadığı, iyi niyet kuralı ve iş ilişkisindeki karşılıklı sadakatin bunu gerekli kılıp kılmadığına verilecek cevaba bağlıdır. İşçinin, kastı olmadan bu kurallara aykırı davranabileceği olasılığı göz önünde bulundurulduğunda, işverenin öncelikle işçisini uyarmasının iyi niyet kuralının bir gereği olduğunu iddia etmek mümkündür²⁵⁷. Önceden işçilerin haberdar edildiği bu tür izlemelerde, koyulan kurala aykırı davranışın belirlenmesi halinde, uyarı yapılmaksızın izlemeye devam edilmesi için bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuklarda gizli izleme için tanınan, ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın / işyerindeki suçun araştırılması gibi nedenlerin Türk Hukuku bakımından da uygulama bulabileceği kabul edilmektedir²⁵⁸. Bu düşüncenin kaynağında, izlemenin asıl olarak işçinin önceden haberdar edilerek yapılmaya başlanmış olması bulunmaktadır. Yoksa bu görüş, işverence gizli izleme yapılması olanağının bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

§8. İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. Hukuka Aykırı Gözetim Uygulamaları Bakımından

Bu bölümde, işyerinde gözetim uygulamalarının, işçinin özel hayatının gizliliğine müdahale anlamında hukuki sonuçları Türk Hukuku bakımından incelenmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası ve ulusalüstü düzenlemeler bakımından yukarıda yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir.

²⁵⁶ WP55, 15.

²⁵⁷ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 208.

²⁵⁸ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 208.

1. Genel Hükümler Kapsamında Koruma

İşveren tarafından işçinin özel hayatının gizliliğine müdahale söz konusu olduğunda, MK m.25’de düzenlenen tüm davaların, işverene karşı da açılacağı kabul edilmektedir²⁵⁹.

Bu davalar, iş ilişkisi devam ederken açılacak olup, işçinin iş sözleşmesi, sadece bu davaların açılmış olmasına dayanılarak feshedilemeyecektir. İş K m.18/III, (b) bendinde, işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurması veya bu hususta başlatılmış sürece katılmasının geçerli neden oluşturmayacağı, açık şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. Geçerli nedenler, haklı nedenlere göre işin ve işyerinin yürütümünü daha hafif şekilde olumsuz etkileyen nedenler olduğundan, geçerli neden olarak kabul görmeyen bir durumun, haklı neden oluşturması da mümkün değildir.

MK m.25’te düzenlenen davalar, sözleşme sona erdikten sonra da açılabilir. Bu davalardaki, “saldırı tehlikesinin önlenmesi”, “sürmekte olan saldırıya son verilmesi”, “etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti”, “tazminat ve elde edilen kazancın verilmesi” gibi taleplerin, ödenmeyen ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatları için açılan davalarda ayrıca gündeme getirilmesi yolunda da usul hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır.

İşe iade davası bakımından ise, davanın farklı bir yargılama usulüne tabi olduğu ve tespit davası niteliğinde olduğu göz önünde tutulduğunda, MK m.25’teki taleplerin bu davada ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir²⁶⁰.

Çoğu zaman işçinin özel hayatına müdahale niteliğindeki gözetim uygulamaları, bizzat işveren tarafından değil, işverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilir. İşçiye ait internet ve e-mail iletişiminin izlenmesi ve işçi hakkındaki kişisel verilerin işlenmesi gibi uygulamalar düşünüldüğünde bunların hemen

²⁵⁹ SÜZEK; İş Hukuku, 313; ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, 93.

²⁶⁰ ÖZEKES, Muhammet; “İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 485, 489, 493, 494; Aynı yazar, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları : Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul 2005, 138 – 142.

her zaman diğer işçiler aracılığıyla gerçekleştirildiği ortadadır. Kaldı ki, işverenin böyle bir talimatı olmaksızın bir işçinin işverenin işini görürken diğer bir işçinin özel hayatına müdahalesi söz konusu olabilir. Aşağıda, müdahalenin bu boyutları da dikkate alınarak MK m.25'te düzenlenen davaların, iş ilişkisinde nasıl uygulama alanı bulacağı incelenecektir.

aa) İşçinin Özel Hayatının Gizliliğine Karşı Müdahalelerden Koruyucu Davalar

İşverenin, işyerinde yürüttüğü gözetim faaliyetleri yoluyla işçinin özel hayatının gizliliğine hukuka aykırı müdahalesi söz konusu olduğunda MK m.25/II'de düzenlenen koruyucu davalara başvurulması mümkündür. İşverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen müdahale bakımından ise, yine koruyucu davaların işverene karşı açılması imkanı bulunmaktadır.

Müdahaleyi gerçekleştiren işçinin, işveren vekili sıfatını taşıyıp taşıyamaması, bu davaların işverene yöneltmesi bakımından önem taşımamaktadır. Bu davalar, bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilceği gibi, esasen saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda olana karşı da açılabilir ve bu şekilde dava ile güdülen amaca ulaşılması mümkün olur. İşçinin özel hayatına müdahale oluşturan uygulama, işverenin verdiği talimatın sınırları aşılarak yapıldığında, işverenin buna izin verdiği, hoş gördüğü ya da teşvik ettiğinden söz edilebiliyorsa, dava yine işverene karşı açılabilir. Bu davalar bakımından işverenin kusuru da aranmayacaktır. Bilmiyor dahi olsa, saldırının oluşmasında olumlu ya da olumsuz katkı yapan işverene karşı koruyucu davalar açılabilir²⁶¹. İşçilere ilişkin kayıtları tutmakla görevlendirilen başka bir işçi tarafından, işveren talep etmediği halde, duyarlı kişisel verilerin öğrenilerek işlenmesi ya da işveren tarafından verilen talimat, detektörle arama yapılması yönünde iken “elle yoklama” yoluyla arama yapılması gibi hukuka uygun müdahale sınırını aşan hallerde, saldırıdan haberi olmasa bile, durdurabilecek konumda olan yine işverendir. Bu tür durumlarda, işverenin, verdiği talimatların nasıl

²⁶¹ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 249.

uygulanmakta olduğunu denetlememekle, saldırının oluşmasına katkıda bulunduğu söylenebilecektir²⁶².

Bir hukuka uygunluk nedeni yokken, işçiye ilişkin kişisel verilerin işverenin elinde tutulmasında olduğu gibi saldırının devamlılık gösteren nitelikte olması ya da arama ve test uygulamalarındaki gibi saldırının tekrarlanan davranışlarla meydana gelmesi halinde “sürmekte olan saldırıya son verilmesi davası” açılabilir. İşverenin özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğindeki uygulamaları başlamadan önce bundan haberdar olunması halinde ise, “saldırı tehlikesinin önlenmesi davası” açılabilir.

MK m.25/I’de düzenlenen “etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti” davasının iş ilişkisinde uygulama alanı bulması da mümkündür. Örneğin, işçinin arkadaşları önünde sadece bir olaya özgü olarak soyularak aranması ya da işçinin ailevi hayatı ve sağlık durumu gibi duyarlı verileri içeren bir e-mail yazışmasının diğer işçilerle paylaşılması durumunda, özellikle, kararın yayınlanması istemiyle birlikte dava açıldığında, işçinin bu davayı açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda geçmişte meydana gelen ve etkileri devam eden bir saldırının varlığından söz etmek mümkündür. İşçinin, bunun hukuka aykırı olduğunu mahkeme kararıyla tespit ettirip, işyerinde ilanına karar verilmesini istemesi, hem iş arkadaşları önündeki saygınlığını geri kazanmasında, hem de işveren tarafından bu uygulamaların tekrarlanmaması bakımından etkili olacaktır.

bb) Tazminat ve Hukuka Aykırı Müdahale Sonucunda Elde Edilen Kazancın Verilmesi Davaları

İşçi, korunma davaları dışında MK m.25/III kapsamında maddi ve manevi tazminat davaları açabileceği gibi, işverenin, gözetim uygulamaları yoluyla özel hayatına müdahalesi sonucunda elde ettiği kazancın verilmesini de talep edebilecektir.

Maddi ve manevi tazminat açısından özel hayatın gizliliğine hukuka aykırı müdahale oluşturan eylem, bizzat işveren tarafından yapılmışsa, davanın koşullarından biri de işverenin kusurlu olmasıdır. İşverenin bu tür müdahalelerinde hemen her zaman, işverenin işçiyi gözetme borcuna da aykırılık söz konusu olacağından, işveren

²⁶² SEVİMLİ; Özel Yaşam, 249.

kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlü tutulacaktır. İşverenin talimatıyla diğer bir işçi tarafından eylemin gerçekleştirilmesi halinde ise, özellikle BK m.100 hükmünde düzenlenen kusursuz sorumluluk ön plana çıkabilecektir.

BK m.100 sorumluluğunun doğumu için aranan koşullardan biri de, borç ilişkisindeki edimlerin ifasının ve/veya bu ilişkiden doğan bir hakkın kullanımının, yardımcı bir kişiye bırakılmasıdır²⁶³. İşveren, bir işçisine diğer işçilerin özel hayatına müdahale emri içeren bir görev verdiğiğinde, iş ilişkisinden kaynaklanan yönetim hakkının bir boyutunu oluşturan denetim hakkının kullanımının yanı sıra, gözetme borcunun ifasının da, işveren tarafından görevlendirilen işçiye bırakıldığı kabul edilmelidir. Örneğin, kapıda diğer işçileri aramakla görevlendirilen bir işçi düşünüldüğünde, bu işçi, esasen işverenin denetim hakkını kullanmaktadır ve denetlemekte olduğu işçilerin özel hayatına hukuka aykırı müdahaleden kaçınma bakımından işverenin gözetme borcunun yerine getirilmesinde yükümlülük sahibidir. İşçilere ait kişisel verilerin işlenmesi görevini yürüten bir işçi için ise, denetim hakkını kullandığından söz edilemeyeceği iddia olursa bile gözetme borcunun ifasıyla yükümlü olduğu açıktır.

Gerek KVKK Tasarısı gerekse de 95/46/EC sayılı Yönergede işverenler, kişisel verileri işlemekle sorumlu işçilerinin, yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını sağlamakla yükümlü tutulmaktadır²⁶⁴. İşverene (veri kütüğü sahibi sıfatıyla), işçilere ait kişisel verilerin korunmasına yönelik tedbirler alınması bakımından yüklenen yükümlülükler de dikkate alındığında, diğer işçilerin özel hayatına müdahale içeren görevleri yerine getiren işçinin, hukuka uygunluk sınırını aşan müdahalelerinde işverenin, öncelikle BK m.100 kapsamında sorumlu tutulması düşünülebilecektir. İşveren tarafından görevlendirilen işçinin mutlaka İş K m.2/IV anlamında işveren vekili olması da gerekmeyecektir. Bu işçinin BK m.100 anlamında “yardımcı” niteliğini taşıması yeterli olacaktır.

²⁶³ Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla Altop; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi İstanbul 1993, 503 vd. (**TEKİNAY**; Borçlar).

²⁶⁴ Bkz.: KVKK Tasarısı m.15/1,3; 95/46/EC m.17.

İşveren tarafından yukarıda açıklanan şekilde görev verilmeyen işçinin de, diğer işçilerin özel hayatına müdahale etmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, işyerinde elektronik iletişim araçlarının güvenli biçimde çalışmasından sorumlu olan ve gerektiğinde bu araçlara müdahale ederek ortaya çıkan teknik arızaların giderilmesi ile görevlendirilmiş bir işçinin, işyerine ait elektronik haberleşme sistemine bulaşan virüs yazılımlarını zamanında fark etmeyerek diğer işçilerin elektronik haberleşmelerine üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmesine neden olması halinde, işveren açısından BK m.55 sorumluluğundan söz edilebilecektir.

BK m.100 ve 55'e ilişkin bu değerlendirmeler, işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına ilişkin bir işçisini görevlendirmesi ve bu işçinin ihmali nedeniyle diğer bir işçinin yaralanması halinde işverenin sorumluluğunun BK m.100, bu şekilde görevlendirilmemiş bir işçinin ihmali nedeniyle aynı zararın meydana gelmesi halinde ise BK m.55 hükümlerine dayandırılacağı yönündeki görüşlerden yola çıkılarak yapılmıştır²⁶⁵.

Diğer işçilerin özel hayatına müdahale eden işçi, bu eyleminde kasten hareket etmişse BK m.55 sorumluluğunun doğup doğmadığına karar verilirken, saldırıda bulunan işçinin göreviyle eylem arasında ilişki bulunup bulunmadığı araştırılacaktır²⁶⁶. Yukarıda verilen örnek üzerinden açıklamak gerekirse, diğer işçilere ait kişisel verileri, kazanç elde etmek amacıyla üçüncü kişilerle paylaşan işçinin, göreviyle eylem arasında ilişki mevcut olup, işverenin BK m.55 uyarınca sorumluluğu söz konusu olacaktır. Diğer yandan, işçinin aynı eylemi, diğer işçilere ait kişisel verileri kendi yöntemleriyle ve gizlice ele geçirerek gerçekleştirmesi durumunda işverenin, işçinin bu davranışı nedeniyle BK m.55 kapsamında sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak işveren, diğer işçilerin kişisel verilerinin çalınmasına karşı gerekli önlemleri almamışsa bu kez, gözetme borcuna aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulması da ihtimal dâhilindedir.

²⁶⁵ **KARAHASAN**, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku İkinci Kitap: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 1996, 1144-1145 (**KARAHASAN**; Sözleşmeden Doğan Sorumluluk); **OĞUZMAN**, M. Kemal / Turgut Öz; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, 592, 593 (**OĞUZMAN**, Borçlar).

²⁶⁶ **KARAHASAN**, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku Birinci Kitap: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İkinci Kitap: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 1995, 508 – 510 (**KARAHASAN**; Sözleşme Dışı Sorumluluk); **OĞUZMAN**; Borçlar, 596, **TEKİNAY**; Borçlar, 506,507.

Saldırıyı eylemli şekilde gerçekleştiren işçi, haksız fiil (BK m.41 vd.) hükümleri kapsamında sorumlu olacaktır²⁶⁷. Bu davaların, işveren ve eylemi gerçekleştiren işçiye karşı açılması da söz konusu olabilir. Eylem nedeniyle doğan zarardan sorumluluk bakımından eylemi gerçekleştiren işçi ve işveren arasında eksik teselsül (BK m.51) bulunur²⁶⁸. Bu itibarla, aralarında HUMK m.43 kapsamında, ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacağından tek davada her ikisinin de hasım gösterilmesi mümkündür²⁶⁹.

İşçinin özel hayatının gizliliğine hukuka aykırı müdahale dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın verilmesi talebi için ise işverenin kusurlu olması aranmayacaktır. Müdahale ile kimin mal varlığında artma olmuş ise talep ona yöneltilecektir. İster işveren tarafından bizzat, ister işverenin talimatı ile başka bir işçi tarafından gerçekleştirilsin, kazancı elde eden işveren ise dava da ona karşı açılmalıdır. Kişisel verilerin, pazarlama, reklam ve benzer birçok sektörde kullanılabileceği ve bu nedenle söz konusu verilere olan talebin de gün geçtikçe yükselmesi dikkate alındığında bu davanın işçi bakımından ne denli önemli olduğu da anlaşılacaktır. Bu davanın konusu ise, işçinin elde edemeyeceği bir kazancı, onun özel hayatına hukuka aykırı müdahale sonucunda işverenin elde etmiş olması durumunda işverenin eline geçen miktar oluşturur. Bu itibarla, talep konusu, özellikle maddi tazminat davasından bu bakımdan farklılık göstermektedir.

cc) Görevli ve Yetkili Mahkeme

İşçi tarafından MK m.25 kapsamında işverene karşı açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkeme, mevcut yasal düzenlemeler kapsamında farklılık gösterecektir.

İş Mahkemeleri Kanunu m.1/I gereğince, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle, işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesi veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemeler, İş Mahkemeleridir. Aynı kural, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa tabi gazeteci ve gemi adamları için de geçerlidir (Deniz İş K m.46; Basın İş K Ek m.4).

²⁶⁷ KARAHASAN; Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 1147, 1148; TEKİNAY; Borçlar, 901.

²⁶⁸ TEKİNAY; Borçlar, 325 – 327, 705 – 711; KARAHASAN; Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 1148 – 1152.

²⁶⁹ KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C.3, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, 3342 – 3345.

İş sözleşmesinin işverene yüklediği borçlardan birinin işçiyi gözetme borcu olduğu ve bu borcun kapsamına işveren tarafından, işçinin özel hayatına saygı gösterilmesinin ve korunmasının da gireceği göz önünde bulundurulduğunda, işçinin özel hayatının gizliliğine işveren tarafından saldırıda bulunulması nedeniyle MK m.25 uyarınca açılacak davalarda, saldırıyla iş ilişkisi arasında bağ kurulabildiği müddetçe, görevli mahkemenin İş Mahkemesi olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁰.

İşverenin, işçinin özel hayatına saldırı oluşturan eylemlerinin aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıdığı da bir gerçektir. Özel hayatın gizliliğine saldırılması halinde sorumluluk temeli bakımından, başta kusurun kanıtlanması ve zamanaşımı olmak üzere birçok bakımdan, borca aykırılık, işçiye hukuken daha elverişli bir konum kazandıracaktır. Bu düşünceden yola çıkıldığında da, bu davalarda görevli mahkemenin İş Mahkemesi olduğu sonucuna varılacaktır. İşverence, işçinin kişilik hakkının özel hayatın gizliliği dışındaki diğer görünümüne yapılan saldırılar nedeniyle açılan davalar için de Yargıtay, İş Mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmaktadır²⁷¹. Burada aranan ön koşul saldırı ile iş ilişkisi arasında bağ kurulabilmesidir.

İş Mahkemeleri Kanunu, yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda da hüküm içermektedir. İş MK m.5 gereğince, “İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz”. Görüleceği üzere, iş sözleşmesinden kaynaklanan davalar, davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülebileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de görülebilecektir. Davacının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan MK m.25/V hükmünün, İş MK m.5 düzenlemesi karşısında nasıl yorumlanması gerektiği ise tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş uyarınca, İş MK m.5 hükmü, kamu düzenine ilişkin ve emrediciliği mutlak karakterdedir ve maddede gösterilen yetkili mahkemelerin

²⁷⁰ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 253.

²⁷¹ Yargıtay 9. HD., 18.11.1999, 14676/17618, “... Davacının açmış olduğu hakaret nedeniyle manevi tazminat istemi hizmet akdinin uygulanması ile ilgili bulunmaktadır. Böyle olunca bu istemin mahkemece inceleme ve soruşturma yapılmak suretiyle karara bağlanması gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır”, GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, 118 (GÜNAY; İş Mahkemeleri).

yanı sıra başka mahkemelerin, sözleşme ile yetkili kılınması mümkün değildir²⁷². Bu görüşten yola çıkıldığında, seçimlik nitelikteki MK m.25/V hükmündeki yetki kuralının, işçi – işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan ve özel hayata saldırı nedeniyle açılan davalar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Buna karşı, Yargıtay'ın İş MK m.5 hükmünü yorumlayışı, bu yetki kuralının kamu düzeninden olmadığı yönündedir²⁷³. Bu düşüncenin doğal sonucu ise, işçinin açacağı davada MK m.25/V uyarınca kendi yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili görülmesi olacaktır.

Öte yandan, işçinin Borçlar Kanununa tabi bir işçi olması halinde, görevli mahkeme HUMK'ndaki genel görev kurallarına göre belirlenecektir²⁷⁴. Bu konumdaki işçinin açacağı davada yetkili mahkeme konusunda ise, MK m.25 ve genel yetki kuralları hakkında yukarıda yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

2. İş Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

a. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi

aa) İşveren tarafından ya da işverenin talimatı ile işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale bakımından

İşçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale söz konusu olduğunda, yapılan müdahaleye karşı, yukarıda açıklanan koruma yollarından yararlı olsa bile, iş ilişkisini sürdürmek işçiden beklenemez bir hal alabilir. Bu durumda, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedip edemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İş K m.24/II hükmünde, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği haller, somut ve açık şekilde sıralanmıştır. İşverenin müdahalesinin özellikle TCK m.132 vd. düzenlenen ve hapis cezasını gerektiren “Özel Hayata ve

²⁷² KURU; 551, 5632, 5633; GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Hukuku: Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, 201 (GÜNAY; İş Yasaları).

²⁷³ Yargıtay 9. HD., 14.06.2004, 5453 / 5801, “... Kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı söz konusu olduğu hallerde kendiliğinden (re'sen), kamu düzenine ilişkin yetki kuralının söz konusu olmadığı hallerde ise ilk itiraz olarak ileri sürüldüğü takdirde yetkisizlik kararı verilebilir. Sözlü yargılama usulü uygulanan iş mahkemesinde, ilk itirazlardan olan yetki itirazının H.U.M.K'nun 478. maddesi uyarınca en geç tayin olunan ilk oturumda esas davaya girilmezden önce bildirilmesi zorunludur. İtiraz edilmemesi halinde, mahkemenin yetkisi kabul edilmiş sayılır (Yargıtay HGK'nun 12.12.1962 gün ve E: 4/155, K: 108 Sayılı Kararı). Bu yönüyle dava konusu olayda, kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı olmadığına ve usulüne uygun yetki itirazı da bulunmadığına göre, mahkemenin kendiliğinden yetkisizlik kararı veremeyeceği ortadadır.”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.4, 2005/1, 3212, 322.

²⁷⁴ KURU; 163 vd.

Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”dan birini oluşturması halinde işçi açısından haklı nedenle derhal fesih olanağının ortaya çıkacağı tartışmasıdır. İş K m.24/II (c)’de işverenin, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi, açık şekilde, haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.

İş K m.24/II (b) uyarınca, işverenin, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya bu tür davranışlarda bulunması da işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Bu durumda, işverenin özel hayata müdahalesi, kendi cinsiyetinden olmayan kişilerce üst araması yapılması, işyerindeki duş ve soyunma odaları gibi mekanların kamerayla izlenmesi, işçinin özlük dosyasında bulunan onur kırıcı bilgilerin açık edilmesi gibi eylemler şeref ve namusa dokunacak türde eylemlerdir. Dolayısıyla bu davranışlar, İş K m.24/II (b) kapsamında haklı fesih nedeni oluşturacaktır.

Öte yandan, işverenin işçinin özel hayatına müdahalesi suç niteliği taşımadığı halde hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilmekteyse işçi açısından haklı fesih nedeninin bulunup bulunmadığı tartışma konusudur. Bu durumda, işçinin kişilik değerlerinden bir zedelenmektedir. Ancak, işçinin özel hayatına yönelik hukuka aykırı müdahalede bulunulması, İş K m.24/II’de sıralanan haller arasında sayılmamıştır. İşçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahalenin haklı fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için söz konusu madde hükmünde sıralanan nedenlerle bir benzerlik göstermesi gerekmektedir.

İş K m.24/II (c) hükmünde, işverenin işçiye ya da aile üyelerinden birine “sataşması”, işçi bakımından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu noktada, suç niteliği ya da şeref ve namusa dokunan bir hal almasa da, işverenin işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahalesinin “sataşma” kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilecektir²⁷⁵. İşçiye yönelen ve özellikle tazminat davasına konu olabilecek çoğu işveren eylemi “sataşma” olarak yorumlanabilecek olup, söz konusu işveren eylemlerinden birinin de işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale olduğu

²⁷⁵ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 259.

unutulmamalıdır. Nitekim, Yargıtay da “sataşma” kavramının kapsamını oldukça geniş kabul etmektedir²⁷⁶.

Özel hayata hukuka aykırı müdahale, işveren vekili tarafından ya da işverenin talimatı üzerine işveren vekili sıfatı bulunmayan bir işçi tarafından gerçekleştirildiğinde de işçi açısından haklı fesih nedeninin ortaya çıktığı söylenebilecektir.

bb) İşverenin başka bir işçisi tarafından ya da üçüncü kişiler tarafından işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale bakımından

İşverenin, üçüncü kişilerden gelen tehlikelere karşı işçinin kişiliğinin korunması bakımından gözetme borcuna aykırı davranışının işçiye haklı nedenle fesih imkanı verip vermediğinin de tartışılması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, işverenin bu yolda bir talimatı olmaksızın ya da verdiği talimat aşılılarak, işçinin özel hayatına diğer bir işçi ya da işyerindeki başka bir kişi tarafından hukuka aykırı şekilde müdahalede bulunulması halinde, mağdur işçi açısından haklı bir fesih nedeninin ortaya çıkıp çıkmadığı hususunda değerlendirme yapılmalıdır.

İşyerindeki – işveren vekili sıfatı taşımayan diğer işçiler de dâhil olmak üzere – üçüncü kişiler tarafından, işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahalede bulunulması, işçi açısından tek başına haklı fesih nedeni oluşturmayacaktır. Ancak, işverenin bundan haberdar olup, gerekli korumayı sağlamadığı hallerde gözetme borcuna aykırılık ve derhal fesih hakkının ortaya çıktığı kabul edilmektedir²⁷⁷.

Bununla birlikte, İş K m.24/II (d) hükmü gereğince, “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. İşverenin gözetme borcu, sadece cinsel tacize karşı değil, işçinin özel yaşamının da dâhil olduğu tüm kişilik değerlerine yönelen, işverenin kendisi dışındaki

²⁷⁶ Yargıtay 9. HD., 26.01.2001, E.1999/18248, K. 2000/44, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi 22 Mayıs 2010).

²⁷⁷ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 260.

odaklardan kaynaklanan saldırılara karşı koruma sağlamayı da gerektirir; yeter ki işveren müdahalede bulunan kişileri etkileyebilecek konumda bulunsun²⁷⁸.

cc) İşçinin fesih hakkı ve tazminat talebi

İş K m.26/II gereğince, derhal fesih hakkını kullanan taraf, diğer taraftan tazminat isteminde bulunabilecektir²⁷⁹. Ancak maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan, “ 24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. ... Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkroda öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.” şeklindeki hükümlerden, sözleşmeyi, maddede öngörülen hak düşürücü sürede feshetmeyen tarafın tazminat hakkının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, işçinin kişilik değerlerinden biri olan özel hayatına saldırı veya bunun yeterince korunmamasından doğan derhal fesih yetkisini kullanmaksızın, tazminat talebini gündeme getirmesi yolunda bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, işçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir.

İşverenin, diğer bir işçinin eylemlerinin yarattığı zarardan BK m.55 ve/veya m.100 uyarınca sorumlu tutulabilmesi ile bu eylemler karşısında hareketsiz kalması nedeniyle mağdur işçi için derhal fesih hakkının doğumu, birbirine karıştırılmaması gereken durumlardır. Gözetme borcuna aykırılık anlamında İş K m.24/II hükümlerine bakıldığında, işverenin en azından ihmal düzeyinde kusurlu sayılabilmesi gerekir ki, işçi açısından derhal fesih hakkının varlığından söz edilebilsin. Diğer bir anlatımla, işverenin, diğer işçiler dâhil üçüncü kişilerden mağdur işçiye yönelik saldırılarla karşı koruma sağlayabilecek konumda olması, durumu bilmesi ve buna rağmen kasten ya da ihmal sonucu koruma sağlamaması, mağdur işçi için derhal fesih hakkı doğuracaktır.

²⁷⁸ KAPLAN; Gözetme Borcu, 4; AYDIN, 109, 110.

²⁷⁹ ÇELİK, 254; SÜZEK; İş Hukuku, 528.

Oysa ki; özellikle diğer işçilerin saldırılarının yarattığı zararın karşılanması bakımından, ne BK m.55 ne de m.100 bakımından işverenin kusuru aranmaz ve durumu bilip bilmemesi de önem taşımaz. Saldırı durumundan haberdar olduğunda, gecikmeksizin, saldırının önlenmesi ya da saldırıya son verilmesi için harekete geçilmişse bu kez mağdur işçinin derhal fesih hakkından söz edilemeyecektir. Öte yandan, mağdur işçinin, işveren harekete geçene kadar saldırı nedeniyle meydana gelmiş olan zararı BK m.55 ve/veya m.100 kapsamında talep etmesi mümkündür.

b. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

İşçinin özel hayatının gizliliğine işveren tarafından yapılan müdahale, üstün yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması ya da işçinin rızası gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmadığı takdirde hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızasına gerek duyulduğu ve işçiden rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir olduğu hallerde dahi, işçinin rıza göstermemesi ve buna rağmen işverenin müdahaleye devam etmesi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan, üstün yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayansa bile, müdahalenin yöntem ve biçiminin de hukuka uygun olması gerekir. Örneğin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla yapılan aramada detektörle sonuç alınması mümkünken, elle yoklama yapılması ya da giysilerin çıkartılmasının istenmesi, eşit davranma borcuna aykırı şekilde arama yapılması, işçinin karşı cinsiyetten kişilerce aranması, işyerindeki işçilerin gizli şekilde izlenmesi ve gözetimi vb. durumlarda olduğu gibi, işverenin dayandığı neden hukuka uygun olsa bile müdahalede izlenen yöntem ve müdahale için seçilen araçlar, bunu hukuka aykırı hale getirebilecektir.

İşçinin, yukarıda örnek verilen durumlarda hukuka aykırı olarak nitelendirilecek müdahalelere karşı koyması halinde işverenin haklı ya da geçerli nedenle fesih yetkisi bulunmamakta olup, buna rağmen iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır.

Yukarıda örnek verilen durumda, iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe iade davası açma hakkı söz konusu olacaktır. İşçinin, işe iade davası açmayı tercih etmemesi ya da işe iade davası açılması için geçerli olan bir aylık hak düşümü süresini geçirmesi halinde, bu defa, ödenmemiş ise kıdem tazminatı ve fesih sırasında önel verilmemiş ya da önel süresine ilişkin ücret peşin ödenmemiş ise ihbar tazminatı talep etme hakları da mevcuttur²⁸⁰.

İş güvencesi kapsamı dışında ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ise fesih sırasında önel verilmemiş ya da önel süresine ilişkin ücreti de peşin olarak ödenmemiş ise ihbar tazminatı ve yine ödenmemiş ise kıdem tazminatı talepleri söz konusu olabilecektir²⁸¹. Öte yandan, örnek verdiğimiz durumda söz konusu fesih, çoğu zaman kötü niyetli şekilde yapılmış olacağından, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi tarafından İş K m.17/VI hükmü kapsamında ihbar tazminatının üç katı tutarında kötü niyet tazminatı da talep edilebilecektir²⁸².

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ise, bu durumda, şartları varsa kıdem tazminatı ve sözleşme süresinin sonuna kadar işleyecek olan bakiye ücretlerini talep edebileceklerdir²⁸³.

İş sözleşmesinin feshi nedeniyle doğan ve yukarıda belirtilen tazminat ve ödemelerle karşılanamayan zararın genel hükümler uyarınca ayrıca istenmesi bakımından engel bulunmamaktadır²⁸⁴. Bu tazminatın talep edilebilmesi bakımından işçinin iş güvencesi kapsamında olması ya da belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması gibi durumların fark yaratmayacağı ifade edilmektedir²⁸⁵. Bununla birlikte, bugüne kadar gelen Yargıtay kararları incelendiğinde iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle, ayrıca maddi ve manevi tazminat taleplerinin olumlu karşılandığı ihtilafların oldukça istisnai olduğu görülmektedir²⁸⁶.

²⁸⁰ SÜZEK, İş Hukuku, 480 vd.; ÇELİK, 196 vd., 225,243.

²⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, 413 – 418.; ÇELİK, 188 – 194; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 190 – 192.

²⁸² SÜZEK, İş Hukuku, 418 – 429.

²⁸³ ÇELİK, 245, 272; SÜZEK, İş Hukuku, 533 – 536; ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Mavi Matbaacılık Ltd.Şti., İstanbul 1998, 177 vd.

²⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, 417, 428.

²⁸⁵ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 275.

²⁸⁶ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 277, a.y. dn.107.

3. Ceza Kanunu Hükümleri Kapsamında Koruma

İşverenin işçinin özel hayatına hukuka aykırı şekilde yaptığı müdahale, özellikle, TCK m.132 vd. hükümleri ile düzenlenen “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*”dan birini oluşturabilir²⁸⁷. İşverenin, özel hayata müdahale içeren eylemlerinin ceza yaptırımını ile karşılaşacağını bilmesi ve öngörmesi, caydırıcı etki yapacak, bu sayede söz konusu hükümler, işçiye dolaylı bir koruma sağlayacaktır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmemeye ilişkin olan suçlar (TCK m.135 – 138) hariç, bu bölümdeki suçlar, şikayete bağlı suçlardır (TCK m.139). Diğer bir anlatımla, işverenin işçinin özel hayatına suç oluşturacak şekilde müdahalelerine karşı, işçinin Ceza Kanunuyla sağlanan korumadan yararlanması, veri korumaya ilişkin yukarıda belirtilen suçlar dışında şikayetçi olmasına bağlıdır.

Bu noktada, işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmasının geçerli fesih nedeni oluşturmayacağına yönelik İş K m.18/III, (c) hükmünün, Ceza Kanununda öngörülen şikayet ve suç duyurularını da kapsayacağı kabul edilmektedir²⁸⁸.

Yine bu aşamada belirtilmesi gerekir ki, işçinin şikayeti üzerine işverenin suçlu bulunması ve ilgili Ceza Kanunu hükümleri kapsamında cezalandırılması halinde, mahkumiyet kararı ve Ceza Mahkemesince belirlenen maddi olgular, işçinin işverene karşı İş Mahkemelerinde açacağı davalarda hâkimi bağlayacaktır (BK m.53).

“*Ceza sorumluluğunun şahsi olması*” kuralından yola çıkılarak, işveren adına hareket eden kişilerin, işveren vekili niteliği taşıyın ya da taşıyın, işçinin özel hayatına karşı suç işlemesi halinde, işverenin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Ancak, suç niteliğindeki, işçinin özel hayatına müdahale eyleminin, işverenin diğer bir işçisi aracılığıyla ve özellikle de işverenin talimatı ile gerçekleştirildiği durumlarda “suça iştirak” (TCK m.37 vd.) hükümleri uygulama alanı bulabilir.

²⁸⁷ OKUR, 13.

²⁸⁸ SEVİMLİ; Özel Yaşam, 256.

II. Hukuka Uygun Gözetim Uygulamaları Bakımından

Çalışmamızın bu başlığı altında, işverenin, işçinin özel hayatına müdahalesinin hukuka uygun nitelikte olması durumunda işçinin bu müdahaleye karşı koymasının işveren tarafından iş sözleşmesinin feshine yol açıp açamayacağına ilişkin inceleme yapılacaktır.

İşverenin müdahalesinin üstün yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayanması veya hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızasına gereksinim duyulduğunda, rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir olduğu halde, işçinin aksi şekilde davranması, kural olarak, işveren tarafından işçi hakkında olumsuz kararlar alınmasını meşru kılacaktır. Buna karşın, işverenin dayanabileceği bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemiyor ya da işçiden müdahaleye rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir değil ise aynı sonuca varmak mümkün değildir.

1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

a. “Üstün Yarar”a dayalı müdahalelerde

İşveren tarafından, işçinin özel hayatına yapılan müdahalenin “üstün yarar”a dayandığı hallerde, işçinin bu müdahaleye karşı koyması sonucunda işverenin iş sözleşmesini derhal feshetmesi söz konusu olabilecektir. İşçinin feshe neden olan davranışı, olayın özelliklerine göre, İş K m.25/II’de düzenlenen hallerden bazıları kapsamında değerlendirilebilir.

Özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından işyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelik uygulamalara karşı konulması halinde, “işçinin kendi isteği veya savaşamaya yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi”ni işveren açısından haklı fesih nedeni olarak sayan İş K m.25/II (1) bendi gündeme gelebilecektir²⁸⁹. İşçinin, patlayıcı ve parlayıcı maddelerin bulunduğu alanlara girişlerdeki aramaya karşı koyması ya da yangın riski bulunan alanlardaki tütün içme yasağına aykırı davranışı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde bulunan bir işçinin alkol veya uyuşturucu testini

²⁸⁹ OĞUZMAN, Arama, 537, 538; AYDIN, 129.

reddetmesi, güvenlik amacıyla yapılan görsel izlemenin engellenmesi, bu duruma örnek gösterilebilir.

İş K m.25/II (a) gereğince, “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması”, işveren bakımından haklı fesih nedeni yaratacaktır. Örneğin, işçinin, görülecek işle bağlantılı ve bu iş bakımından önem taşıyan bir sabıkasının olup olmadığı yönündeki bir soruyu gerçeğe uygun olmayan bir şekilde yanıtlaması ve daha sonra gerçeğin anlaşılması halinde işveren sözleşmeyi İş K m.25/II (a) hükmüne dayanarak derhal feshedebilecektir.

İş K m.25/II hükmünde, yukarıda sözü edilen bentlerin kapsamına girmese bile, işverenin kendisinin veya üçüncü kişilerin üstün yararına dayanması nedeniyle hukuka uygun olan müdahalelerine işçinin karşı koyması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak değerlendirilebilecektir²⁹⁰. İş K m.25/II (e) gereğince, “işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” işveren bakımından fesih için haklı neden oluşturur. Söz konusu hükümde, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar, sınırlı biçimde (numerus clausus) sayılmış değildir. Bu itibarla, işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkı görünümünden biri üzerinde şekillenen ve işçinin özel hayatının gizliliği karşısında üstün tutulabilecek yararlarının korunması amacına yönelik müdahaleye karşı koyması halinde de, işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışından ve işveren için derhal fesih hakkının doğduğundan söz edilebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu müdahale yapılmazsa, işveren ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkının zarar görmesi riski dikkate değer düzeyde olmalıdır²⁹¹. Örneğin, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin kişisel verilerine ulaşım ve bunları aktarabilme olanağı bulunan bir pozisyonda çalışan işçinin, işyerindeki e-mail iletişiminin trafik verilerin izlenmesine karşı koyması, doğruluk ve bağlılığa aykırı bir davranış olarak değerlendirilebilecektir.

²⁹⁰ OĞUZMAN, Arama, 537, 538.

²⁹¹ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 266.

b. “Kanunun verdiği yetkinin kullanılması”na dayanan müdahalelerde

İşçinin özel hayatına müdahale yetkisi, yasal düzenlemelerle de tanınmış olabilir. Bu hususta ilk akla gelen iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin yapılmasındaki öncelikli neden, işyerindeki kişilerin yaşam ve sağlığının korunmasıdır. Bu itibarla, işverenin üstün yararına dayanan müdahalelerine işçinin karşı koyması halinde iş sözleşmesinin feshi için yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

c. İşçinin rızasına dayanan müdahalelerde

İşçinin rızasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu durumlarda, müdahaleye işçinin rıza göstermesinin sadakat borcu çerçevesinde ondan beklenilebilir olup olmadığı bu noktada önem taşımaktadır.

Örneğin, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işe ve işyerine ilişkin gizli ancak işverenin kişilik haklarıyla bağlantı içinde olmayan bilgilerin rakiplere sızdırılmasının engellenmesi gibi nedenlerle yapılacak müdahalelere, işçinin sadakat borcu çerçevesinde rıza göstermesi beklenir. Bu durumda işçinin baştan rıza göstermemesi ya da rızasını daha sonra geri alması halinde sadakat borcuna uygun davranmadığı ve işveren bakımından İş K m.25/II (e) gereğince fesih hakkının ortaya çıktığı düşünülebilir. İşçinin bu davranışı, özellikle kendisinden kuşkulandırılması için makul nedenler varken söz konusu olursa, haklı fesih nedeninin varlığından bahsedilecektir.

Ancak, işçinin bu davranışıyla sadakat borcuna ne derece aykırı davrandığına bakılmaksızın, her zaman, işveren için haklı neden oluştuğunun kabul edilmesi de adil sonuçlar doğurmayabilir. Sadakat borcu çerçevesinde beklenilir olduğu halde, rızanın gösterilmemesi ya da geri alınması durumunda, işveren açısından doğacak fesih nedeninin haklı neden mi yoksa geçerli neden mi olduğu, olayın özelliklerine göre tartışılabilecektir. Öte yandan, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin bir çoğu sadakat borcuna aykırılık içermekte olup, bunların haklı değil de geçerli neden olarak değerlendirilmeleri, işçinin sözleşmeye aykırı davranışındaki aykırılığın düzeyi ile ilgilidir. Nitekim, İş K m.18 gerekçesinde, “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işyerinde iş

akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak” geçerli fesih nedenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Görüleceğe üzere, bu tür davranışlar da doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardır. Ancak bunların haklı fesih nedeni değil de geçerli neden oluşturmaları, söz konusu madde gerekçesinde “ *Özellikle Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. ... (G)eçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir.*” şeklinde açıklanmıştır²⁹².

Nitekim Yargıtay’ın bir kararında, yukarıda yapılan açıklamalardan yola çıkılarak, “... *Somut uyuşmazlıkta, her ne kadar davacıya tebliğ edilmediği ve davacının haberdar olmadığı kabul edilmiş ise de, emsal davada davalı işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili iş yeri iç düzenlemesi yapıldığı ve buna aykırı davranışın disiplin cezası gerektirdiğinin belirtildiği, bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen işçi olduğu ve bu fesihlerin davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce olduğu, davacının iş sözleşmesinde, işverenin yönetim hakkı kapsamında düzenleyeceği kurallara uymayı taahhüt ettiği, davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde birçok kez kişisel mailinde kullandığı ve elektronik ortamda yazılan bir takım yazıları işyerinde çalışan birçok arkadaşının mailine gönderdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi, mesai saatleri içinde işyeri bilgisayarını kullanarak iş görme edimini yeterince yerine getirmediği, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Esasen kabule göre geçerli neden mahkemenin de kabulindedir. Mahkeme davranışın doğru olmadığını, ancak önce uyarılması gerektiğini, feshin ağır bir sonuç olduğunu belirtmiştir. İş sözleşmesinin haksız feshedildiği değerlendirilmesi*

²⁹² <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> (Erişim Tarihi 02 Haziran 2010); Bkz.: SÜZEK, İş Hukuku, 435, 457 – 462; ÇELİK, 204 – 207.

yerinde olmakla birlikte, davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunduğunun kabul edilmesi gerekir.” şeklinde hüküm kurulmuştur²⁹³.

Yüksek Mahkeme, yine aynı yöndeki başka bir kararında da, “*Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. maddesinde, çalışanların "Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve "Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı" kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alış verişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.*” şeklinde bir sonuca ulaşmıştır²⁹⁴.

Duraksamaya yol açan somut durumlarda, bir temel hak ve kişilik hakkı görünümü olan işçinin özel hayatının gizliliği hakkına, işçinin sadakat borcu karşısında üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁵. Nitekim, Yargıtay’ın bir kararında da²⁹⁶ işyerinde hırsızlık yaptığı konusunda olay tarihinde ve daha önceki günlerde hakkında herhangi bir ihbar bulunmayan işçinin şüpheli bir hareketi de tespit edilmemişse, ilk defa vuku bulan özel çantasını aratmama davranışının haklı fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği, işçinin önce uyarılması ve daha hafif bir cezayla tecziye edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

²⁹³ Yargıtay 9. HD. 15.10.2007, 16405 / 30241, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010).

²⁹⁴ Yargıtay 9. HD. 04.05.2009, 36305 / 12393, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010).

²⁹⁵ **ERTÜRK**, 118.

²⁹⁶ Yargıtay 9. HD. 15.12.2004, 11687 / 27978, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010). **MOLLAMAHMUTOĞLU**, 360.

Örneğin, işverenin kişilik hakkıyla ilişki içinde olmayan ancak ekonomik bakımdan değerli olan sırlarına ulaşma ve bunları aktarma olanağına sahip olan bir işçinin e-mail trafik verilerinin izlenmesine karşı koyması, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturabilecekken, böyle bir konumda bulunmayan işçinin, e-mail iletişim sisteminin virüs vb. tehlikelerden korunması amacıyla yapılan aynı türdeki izlemeye karşı koyması, İş K m.18 gerekçesinde belirtilen “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak” örneğine benzer bir durum oluşturmasına bakılarak, geçerli fesih nedeni olarak algılanabilecektir²⁹⁷.

İşçinin rızasının iş sözleşmesinde bir hüküm şeklinde alınmış olması halinde, geri alınması halinde ne tür bir sonuçla karşılaşılacağı tartışmaya açıktır. Öğretide, özel hayatın gizliliği ya da başka bir temel hakkın kullanılmasının iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerle zarar vermediği ve işle bağlantısı bulunmadığı sürece haklı fesih sebebi oluşturmayacağı kabul edilmekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin işçinin bireysel anayasal konumu karşısında önceliğe sahip olduğu ileri sürülmektedir²⁹⁸. Bu görüşün mutlak şekilde algılanması halinde, sözleşmedeki işçinin özel hayatının gizliliğine ilişkin hükmün işle bağlantısının bulunmadığı ve bu hükme ilişkin rızanın geri alındığı durumlarda adil sonuçlarla karşılaşılacağı da ifade edilmektedir²⁹⁹. İşçinin rızasının gerek sözleşme hükmü ile alınması gerekse de örtülü şekilde verilmiş olması yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında rızaya bağlanan hukuki sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, iş sözleşmesindeki işçinin özel hayatına müdahaleye rıza gösterdiği hükme aykırı davranışının haklı neden olarak kabul edileceği yönündeki bir anlaşma da, rızanın geri alınmasından vazgeçme anlamına geleceğinden, öncelikle MK m.23 sınırlarını aşacak ve bu nedenle geçerli sayılmayacaktır³⁰⁰.

İşçinin özel hayatına müdahaleye rızası olmaksızın işin görülmesinin mümkün olmadığı durumlarda, işçinin müdahaleye karşı koyması halinde işveren açısından haklı fesih nedeninin doğduğundan söz edilebilecektir.

²⁹⁷ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 272.

²⁹⁸ ERTÜRK, 186, 187.

²⁹⁹ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 273.

³⁰⁰ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 273.

2. Delillerin Hukuka Uygunluğu

İşveren tarafından haklı ya da geçerli nedenle yapılan fesihlerde, fesih işlemine dayanak yapılan bulgulara, işçinin özel hayatına hukuka uygun müdahale ile ulaşılmış olması fesih işleminin de hukuka uygun olmasını sağlayacaktır. İşçiye, öncesinde yapılan bilgilendirmede ortaya konan amaç ve yöneme bağlı kalınarak yapılan gözetim sonucunda, müdahalenin amacı dışında olmakla birlikte, fesih nedeni oluşturabilecek başka olgulara rastlanması halinde de elde edilen bulguya hukuka uygun yoldan ulaşıldığı kabul edilmelidir³⁰¹. İşyerinde internet erişiminin dışarıdan yapılacak saldırılara karşı güvenli hale getirilmesi amacıyla işçilerin kullandıkları bilgisayarlara güvenlik yazılımı yüklenmesine yönelik yapılan bir çalışmada bazı çalışanların mesai saatleri içinde uzunca bir süre bahis, eğlence ve medya içerikli internet sitelerinde dolaştıklarının tespit edilmesi bu duruma örnek gösterilebilir.

Öte yandan, işveren, işçinin işyerinde yaptığı iletişimi gizlice izleyerek ya da işyerindeki davranışlarını elektronik ortamda gizlice gözetleyerek iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshine yol açabilecek bulgulara da ulaşabilir. Fesih nedeninin öğrenilmesi sonrasında, hayatın olağan akışına uygun olan, işverenin iş sözleşmesini feshetmesidir. Bu aşamada, gizli gözetim ile elde edilen kayıtların, işçi tarafından açılacak olası işe iade, kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı talepli davalarda savunma aracı olarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Bu soruyu, usul hukukunda hukuka aykırı delil kullanımının mümkün olup olmadığını inceleyerek cevaplamak mümkün olacaktır.

HUMK'nda, CMK'ndaki gibi delillerin hukuka uygun olması gerektiğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Hukuk Usulü öğretisinde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delili kullanmak isteyen tarafın yararı ile aleyhine bu delil kullanılacak olan tarafın yararının tartılması ve buna göre delilin kullanılıp kullanılmamasına karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yararlar arasındaki tartım yapılırken, kural olarak, Anayasal haklara ve özel hayatının gizliliğine hukuka aykırı müdahale ile elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği belirtilmekte ancak, bunun kesin bir yasak

³⁰¹ SEVİMLİ, Özel Yaşam, 277; Ayrıca Bkz. CMK m.138.

olarak algılanmaması, her somut olay için ayrı değerlendirme yapılması önerilmektedir³⁰².

Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda ise³⁰³ işyerinde santral operatörü olarak çalışan bir işçinin, geceleyin, kilitli olan santral oda kapısı güvenlik görevlileri tarafından kırılıp, davacı işçiye ait çekmece zorla açılmış, içindeki defter okunmuş, ertesi gün işletme müdürü bizzat kendisi gelerek deftere el koymuştur. İşçiye ait olan defterde işletme müdürüne ilişkin Cumhuriyet düşmanı ve irtica militanı olduğu yönünde isnatlar bulunmaktadır. İşçinin iş sözleşmesi, defterde bulunan bu anlatımlar nedeniyle 1475 sK m.17/II (b)³⁰⁴ hükmü uyarınca feshedilmiştir. Yargıtay, oy çokluğuyla, özel defterin yasal olmayan yollarla elde edildiği ve defterdeki kayıtlara dayanılarak iş sözleşmesinin feshedildiği ve davacı işçinin düşüncelerini herhangi bir yerde açıklamadığı ve dolayısıyla işveren hakkında asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmadığını kabul ederek feshin haksız olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Karardan çıkarılabilecek ilk sonuç, açıkça ifade edilmese de çekmece vb. mekanların işverene ait olmasının, işçinin özel hayatına müdahale için tek başına bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmediğidir. Aksi halde, feshe dayanak yapılan defterin yasal yollardan edilmediğinden söz edilmesinin anlamı kalmayacaktır. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere, AİHS sistemi içinde yer alan ve özel hayatın gizliliği hakkını temel hak olarak tanımış bulunan Türk Hukuku bakımından işyerinde işçiye özgülenen mekan ve eşyalar boyutuyla da özel hayata saygı gösterilmesi gereğinin bulunduğu açıktır.

Bu noktada çalışma konumuz kapsamında, işçinin kullanımına özgülenen çekmece, dolap vb. eşya ile bilgisayar arasında fark olup olmadığı da ortaya konmalıdır. Bilgisayar, birden çok işlevi olan bir araçtır. E-mail ve internet kullanımı düşünüldüğünde, işyerindeki telefon ve faks cihazları gibi bir iletişim aracıdır. Kişisel

³⁰² **YILDIRIM**, Kamil, Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, 240 – 246; **PEKCANITEZ**, Hakan / **ATALAY**, Oğuz / **ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 330, 331.

³⁰³ Yargıtay 9. HD., 30.10.2000, 10386 / 15096, **NARMANLIOĞLU**, Ünal, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2002, 55; **AYDIN**, 221, 222.

³⁰⁴ 4857 sayılı İş Kanununda karşılamanı madde 25/II (b)'dir.

eşyaların bulundurulması bakımından, dosya dolabı veya çekmeceyle arasındaki paralellik açıktır. Bilgisayardaki dosya ve programları bu bakımdan sanal kişisel eşyalara benzetmek de mümkündür. İşçinin işyerindeki çekmecesinde kendine ait eşyaları bulundurabildiği ölçüde, bilgisayarda da bu tür bilgiler bulunabilir. Bu itibarla Yargıtay'ın yukarıda özetlenen kararında varılan sonucun, işçinin bilgisayarına, internet erişimine ve e-mail hesabına yapılan hukuka aykırı müdahaleler sonucunda elde edilen deliller bakımından da geçerli olacağını söylemek mümkündür.

İşverenin, işçinin özel hayatına hukuka aykırı şekilde müdahale ederek elde ettiği delillere dayanmasına izin verilmemesi gereği ortada olmakla birlikte bu konuda Hukuk Usulünde yasaklayıcı bir kural da bulunmamaktadır. Bu noktada, Hukuk Usulü öğretisinde savunulan, her olayın özelliğine göre yararlar arası tartım yapıp, işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale ile elde edilen delillerin değerlendirmeye alınarak, işverenin feshinin haklılığının ya da geçerliliğinin belirlenmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşlerin hukuk düzeninde ciddi çelişkiler doğurabilecek sonuçlarında kaçınılması gerekmektedir. Örneğin, elde edilme yöntemi, TCK m.132 ve izleyen hükümlerindeki özel hayata karşı suçlardan birini oluşturması halinde bulgunun, delil olarak değer bulmasına olanak tanınmamalıdır. Bu durumda tarafların yararları arasında tartım yapmaya girişmek, hukuk düzeninde ciddi çelişki yaratacaktır. Diğer yandan, hukuka aykırı biçimde elde edilen delilin değerlendirildiği durumlarda bile, işverenin bu eylemi karşılıksız bırakılmamalıdır. Hatta, feshin haklılığının veya geçerliliğinin özel hayata hukuka aykırı müdahale ile elde edilen deliller aracılığıyla kanıtlanmasına izin verilen durumlarda dahi, işçinin bu müdahale nedeniyle maddi ve manevi tazminat taleplerinin gündeme gelebileceği kabul edilmelidir. Bu tazminat, feshin geçerli ya da haklı nedene dayanıp dayanmamasıyla ilgili olmayacaktır.

Son aşamada belirtmek gerekir ki, kullanılması hukuken sorunlu olan deliller elde edilme yönteminde hukuka aykırılık bulunanlardır. İşverenin hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak elde ettiği delilleri, işçi tarafından açılan bir davada gizli

olduğunu da belirtmek suretiyle mahkemeye sunmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı kabul edilmektedir³⁰⁵.

³⁰⁵ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 201; KURU, 149 vd., 1911 – 1912.

§9. SONUÇ

Gözetim kavramı, bilgisayar, internet, cep telefonu ve uydu gibi yeni iletişim ortamlarının yaygın kullanıldığı günümüzde, modernizmin başlangıç dönemindeki anlam ve önemini korumakla birlikte, etkisini çok daha fazla arttırmıştır. Panoptikon metaforu, “BBG Evi” ifadesine bürünerek günlük dilde de sıkça kullanılır hale gelmiştir. İletişim teknoloji ve ortamları üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakları, işverenin, bu teknoloji ve ortamları işçinin üzerinde bir baskı mekanizması olarak kullanmasını sağlamaktadır. Elektronik gözetim uygulamaları da bu baskı mekanizmasını oluşturan unsurlardan biridir.

İşçiler, işyeri araçlarından sayılan yeni teknolojik iletişim araçlarından sayılan bilgisayar, internet ve e-mail sistemini yalnızca iş yapmaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmede kullanmamakta, bunun yanında özel amaçlı olarak da kullanmaktadırlar. Öncelikle işveren, işyerindeki iş araçlarının sahibi olarak, yönetim hakkına dayanarak, işyerindeki araçların özel amaçlarla kullanılıp kullanılmayacağına ve özel amaçlı kullanım mümkünse, bu kullanımın kapsamını belirleme hakkına sahiptir. Ancak hukuken işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanabilecek bir takım sorunların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, işyerindeki yeni iletişim araçlarının özel amaçlı kullanımının, taraflar arasında yapılacak bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinde de düzenlenmesi önerilmektedir.

İşveren, özellikle şirket sırlarının korunması (şirket içi yazışmaların, e-maillerin üçüncü kişilerle paylaşılmasına ilişkin kurallar, sisteme giriş şifrelerinin paylaşımının yasak olması vb.), bilgilerin korunması (virüs koruması), ek masraflara yol açan ve çalışmayı engelleyen özel amaçlı bilgisayar ve internet kullanımının engellenmesi ve izinsiz özel amaçlı kullanıma ilişkin İş Hukuku çerçevesinde yaptırımların uygulanabilmesi için işçinin, işyerindeki bilgisayar, internet ve e-mail sistemini kullanımına ilişkin gözetim hakkına sahip olmalıdır.

Söz konusu gözetim faaliyeti, işçinin başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere birçok temel hak ve hürriyeti ile işverenin işletmesini etkin bir şekilde işletmek, işçilerinin çeşitli fiillerinden kaynaklanabilecek sorumluluk veya zararlardan kendisini

korumak, yönetim hakkı, disiplin hakkı gibi birtakım hak ve menfaatlerini karşı karşıya getirmekte ve sonuç olarak çatışan haklar arasında hassas bir dengenin sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası belgeler ile mukayeseli hukuka bakıldığında; Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütü ile İngiltere ve Fransa'da söz konusu menfaatler dengesini kurmaya yönelik konuyu açıkça ele alan düzenlemelerle karşılaşılmaktadır.

Türk Hukuku'nda ise; özel bir yasal düzenleme mevcut olmadığından Anayasa, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan genel düzenlemeler uyarınca işçi ile işverenin çatışan hakları arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Söz konusu yasal düzenlemeler; Anayasa'nın çeşitli maddelerinin yanı sıra Medeni Kanun'un 24 ve 25. maddeleri ile Borçlar Kanunu'nun 49. maddesidir.

Belirtilen yasal düzenlemelere uygun ve geçerli bir şekilde kurulmuş menfaatler dengesinin işçi tarafından ihlali halinde işverenin, somut şartlar dâhilinde, iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle feshetmesi, maddi veya manevi tazminat talep etmesi, işveren tarafından ihlali halinde ise işçinin, somut şartlar dâhilinde, maddi veya manevi tazminat talep etmesi, "koruyucu dava" olarak adlandırılan davaları açması, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi gündeme gelecektir.

Bununla birlikte Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bir üyesi olması nedeniyle, yukarıda değinilen kodda yer alan kriterlerin uygulamaya ışık tutacağı, Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu uluslararası antlaşmalar da iç hukukun bir kaynağını teşkil ettiğinden AIHS hükümlerinden ve AIHM'nin kararlarından yararlanılabileceği göz ardı edilmemeli ve fakat genel düzenlemelerden yararlanılmasının geçici bir çözüm yolu teşkil ettiği de unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Mavi Matbaacılık Ltd.Şti., İstanbul 1998.

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

BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

BAUMAN, Zygmunt, Yasa Koyucular ile Yorumcular, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996.

BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukukunda İşverenin, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

EKONOMİ, Münir, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları No:18, İstanbul 1987.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.

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

EYRENCİ, Öner / Savaş **TAŞKENT** / Devrim **ULUCAN**, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayıncılık San. ve Tic.Ltd.Şti, İstanbul 2006.

FOUCAULT, Michel, Deliliğin Tarihi, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay) İmge Yayınevi, Ankara 1995.

FOUCAULT, Michel, Hapishanenin Doğuşu, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006.

GIDDENS, Anthony, Ulus Devlet ve Şiddet, (Çev. Cumhur Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş 2008.

GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık Ankara 2005 (GÜNAY; İş Kanunu).

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku: Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (GÜNAY; İş Yasaları).

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2000 (GÜNAY; İş Mahkemeleri).

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

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku İkinci Kitap: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 1996 (KARAHASAN; Sözleşmeden Doğan Sorumluluk).

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku Birinci Kitap: Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İkinci Kitap: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 1995 (KARAHASAN; Sözleşme Dışı Sorumluluk).

KILIÇOĞLU, Mustafa / **ŞENOCAK**, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C.3, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001.

LYON, David, Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Çev.Dilek Hattatoğlu), Sarmal yayınevi, 1997.

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

OĞUZMAN, M.Kemal / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku : Gerçek ve Tüzel Kişiler, 78. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005(**OĞUZMAN**; Kişiler).

OĞUZMAN, M. Kemal / Turgut Öz; Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005 (**OĞUZMAN**, Borçlar).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ÖZLER, Zeynep/ Can Mindek, AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, İstanbul 2008.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

SEVİMLİ, K.Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006 (SEVİMLİ; Özel Yaşam).

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2006, (**SÜZEK**; İş Hukuku).

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

TANÖR, Bülent / Necmi **YÜZBAŞIOĞLU**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İTÜ İşletme Mühendisliği Fakültesi, İstanbul 1981.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi İstanbul 1993 (TEKİNAY; Borçlar).

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan / Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 5. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

ULUSAN, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1990.

WEBER, Max, Sosyoloji Yazıları, Çev:Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul 1998.

YENİSEY, Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007

YILDIRIM, Kamil, Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.

MAKALELER

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, Kasım 2005, 21 - 42.

BOTAN, Carl H., “Communication Work and Electronic Surveillance: A Model for Predicting Panoptic Effects”, Communication Monographs, 1996, 63(4).

BOZKURT, Veysel, “Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?”; Birikim Dergisi, S:136, 69 – 74.

EKMEKÇİ, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S.13, 19 – 28 (**EKMEKÇİ**; BK Tasarı).

EKMEKÇİ, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005 (**EKMEKÇİ**; Kişiliğin Korunması).

GESTEL, Marc Van, “Forwarding Confidential Information on the Internet: Technological Possibilities of Monitoring and Control”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, (Der: Roger Blanpain), Kluwer Law International, 2002, 17 – 28.

GÜLMEZ, Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54.

GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayınları, Ankara 1997, 83 – 126.

GÜZEL, Ali, “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin ‘Intuitus Personae’ Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Prof. Dr. Halid Kemal Erbil’e Armağan, Beta Basım A.Ş., İstanbul 1996, 167 – 195 (**GÜZEL**, Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği).

HENDRICKX, Frank, “Privacy and Employment Law : General Principles and Application to Electronic Monitoring”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 45 – 64 (**HENDRICKX, Privacy**).

HENDRICKX, Frank, “Belgian Law”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 65 – 94 (**HENDRICKX, Belgian Law**).

KAPLAN, Emine Tuncay, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, (**KAPLAN**; Hukuki Sorumluluk).

KAPLAN, Emine Tuncay, “İş Hukuku’nda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan, Ankara, Ocak – Aralık 1997, C.52, No:1-4, 367 - 386 (**KAPLAN**, Kişilik Hakları).

KAPLAN, Emine Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi C.7, S.2, 2003, 2 – 16 (**KAPLAN**, Gözetme Borcu).

KARAGÜLMEZ, Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54.

MIGNIN, Robert J. / Bart A., Lazar / Josh M., Friedman, İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar : 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı, (Çev.K.Ahmet Sevimli), A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2006, 361 - 383 (**Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül**).

MORRIS, Gillian, “English Law”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 125 – 148.

NARMANLIOĞLU, Ünal, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, Ankara 2002, 29 – 89.

OĞUZMAN, M.Kemal, “İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, S.11 – 1974, Kubalı’ya Armağan’dan ayrı basım, İstanbul 1975, 533 - 538 (**OĞUZMAN**; Arama).

OĞUZMAN, M. Kemal, “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan İşverenin Sorumluluğu” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.34, 322 – 342 (**OĞUZMAN**, Sorumluluk).

OKUR, Zeki, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2006, 4 – 19.

ÖZDEMİR, Erdem, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.10, 13 – 24 (Özdemir, İnternet ve İş Sözleşmesi).

ÖZEKES, Muhammet, “İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 479 – 514.

ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul 2005, 131 – 170.

ÖZOK, Özdemir, Önbildiri, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:76, Ankara 2005.

RAY, Jean Emmanuel / Jacques Rojot, “French Law”, On – line Rights for Employees in the Information Society / Use and Monitoring of Internet at Work, Der: Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2002, 149 – 170.

SAVAŞ, F.Burcu, “İş Hukukunda Siber Gözetim”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, DİSK / Birleşik Metal-İş, S.22, 97 – 132.

SOYER, Polat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 149 – 167.

SÜZEK, Sarper, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS Yayınları, Ankara 1998, 225 – 232 (**SÜZEK**; Yönetim Hakkı).

TUNÇOMAĞ, Kenan, “İş Kazasından Doğan İşverenin Sorumluluğunun Özellikleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C:61, S:4, 5, 6.

YILMAZ, Gözde, “Elektronik Performans İzleme Sistemlerinin Çalışanlar ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri”; İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:7 Bahar 2005/1, 1 – 19.

İNTERNET KAYNAKLARI*

ABRAHAMSE, Sven Rupert; Electronic Communications in the Workplace,

http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/300/1/AbrahamseS_2006.pdf.

AMA / ePolicy Institute Research, 2007 Electronic Monitoring & Surveillance Survey,

<http://www.plattgroupllc.com/jun08/2007ElectronicMonitoringSurveillanceSurvey.pdf>.

ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 11750/02/EN WP 89, “Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance” (Adopted on 11th February 2004) (**WP 89**).

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf.

ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 5401/01/EN/Final WP 55 “Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace” (Adopted on 29 May 2002) (**WP 55**).

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf.

ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 5062/01/EN/Final WP 48, “Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context” (Adopted on 13 September 2001) (**WP 48**).

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf.

BASSETT, Morgan J.; An Overview of E-Mail and Internet Monitoring in the Workplace”, www.fmew.com/archive/monitoring/.

DELBAR, Catherine/Mormont/Schotz, New technology and respect for privacy at the workplace,

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2003/07/study/tn0307101s.html>.

DOĞAN, Mehmet; Kişisel Verilerin Korunmasında AB Standartları ve Türkiye'nin Durumu,

http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/35_sayi/yeni/web/makaleler/Mehmet_DOGAN.htm.

ILO; “Code of Practice on Protection of Workers’ Personal Data”.

<http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf>.

RUSTAD, Michael L. / Paulsson, Sandra; 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.

SOYSAL, Tamer; Avrupa Birliği ve Türkiye’de Veri Korunması Hukuku Bakımından Elektronik Posta,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/BilisimveHukukDergisi/2006-1.pdf>.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, 9.

<http://www.privacynetwork.info/arresten/27.pdf>.

United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Michael A. Smyth v. The Pillsbury Company, C.A. No:95/5712, [http://www.loundy.com/CASES/Smyth v Pillsbury.html](http://www.loundy.com/CASES/Smyth_v_Pillsbury.html).

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:024:0001:0008:EN:PDF>.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:EN:PDF>.

www.ietf.org.

<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>, (4857 Sayılı İş Kanunu Gerekçesi)

Halford v. UK kararı,

<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/f2d1cbef01356586c1256640004c33e0?OpenDocument>.

Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), (Komisyon Raporu), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00002511----000-.html.

<http://www.bilgisayarnedir.com/bilgisayar-nedir.html>.

<http://www.po.metu.edu.tr/links/inf/css25/bolum1.html#1>.

http://www.bilisimterimleri.com/bilgisayar_bilgisi/bilgi/8.html.

* İnternet Kaynakları başlığı altında 2008 – 2010 yılları arasında yararlanılan internet siteleri ve çeşitli portalların giriş sayfalarının adresleri listelenmektedir.