



anayasa yargısı

38(2)
2021

anayasa mahkemesi



ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice
38(2)

Altı Ayda Bir Yayınlanan Uluslararası Hakemli Dergidir
An International Peer-Reviewed Journal Published Semi-Annually



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-605-2378-70-0

Anayasa Yargısı - 38(2)

© 2021, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan yazı ve tebliğler üzerinde yayım kuralları ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. Opinions expressed in the articles and presentations belong to the authors and do not represent the Constitutional Court. The presentations made in the symposium may be subject to editorial revisions in line with the publication principles.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

e-posta : anayasayargisi@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Aralık, 2021

ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice



Sahibi / Owner
Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı



Editörler / General Editors
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi



Yardımcı Editör / Managing Editor
Dr. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü



Yayın Kurulu / Editorial Board
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Doç. Dr. Recai AKYEL
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Dr. Mücahit AYDIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Hilal YAZICI
Trabzon Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Dr. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü



Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager
Dr. Osman ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

DANIŐMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erdal ONAR
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimedenden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
6. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Kalın ve (bağlaçlar hariç) Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

7. Dipnotlar sayfa altında, kaynakça makalenin sonunda gösterilmelidir ve metin içerisindeki dipnot numaraları noktalama işaretinden önce kullanılmalıdır.
8. Dipnotta kaynak verilirken yazar soyadı sadece baş harfi büyük olacak şekilde yazıldıktan sonra virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

Örnek: Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. xx.

Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

Derleme Kitap:

Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.). (2012). *Demokratik Anayasa*. İstanbul: Metis Yay.

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

Hakyemez, Y. Ş. (2012). Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 270-297). İstanbul: Metis Yay.

9. Arada başka bir esere atıf yapılmaksızın aynı esere atıf yapıldığında “a.g.e.” yazıldıktan sonra sayfa numarası verilir ve nokta konulur. Aynı esere ikinci kez ve sonraki atıflarda yalnızca yazar soyadı, adının ilk harfi ve yayın yılı belirtildikten sonra sayfa numarasına yer verilir.

Örnek: a.g.e. s. xx.

Turhan, M. (2007). s. xx.

Onar, E. (2003). s. xx.

10. Mahkemenin bireysel başvuru kararlarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilk atıflar tam, sonraki atıflar kısaltılarak aşağıdaki şekilde yapılır:

Örnek: (İlk atıf AYM) *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41.

(Sonraki atıf AYM) *Nilgün Halloran*, § 41.

(İlk atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, B. No: 8919/80, 23/11/1983, §§ 32-34.

(Sonraki atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, §§ 32-34.

11. Mahkemenin norm denetiminde verdiği kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: AYM, E.2012/3, K.2013/25, 5/6/2013, (varsa) § 35.

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

Danıştay Beşinci Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

13. Yazıların kaynakça kısmında; yazarın tamamı büyük harfle soyadı ve yalnızca ilk harfi büyük olarak adı ardından yayın yılı şeklindeki düzene uyulmalı ve makale ve kitap bölümleri için sayfa aralıklarına yer verilmelidir.

Örnek: TURHAN, Mehmet (2007). “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

ONAR, Erdal (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

14. Çevirimiçi kaynaklara yapılan atflarda url adresinden sonra parantez içerisinde erişim tarihi verilir.

Örnek: <https://anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/genel-kurul/>
(Erişim Tarihi: 15/3/2020)

15. Yazılar, *Anayasa Yargısı* Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.
16. Yazarların; güncel unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini yayınlanmasını istedikleri yazıyla birlikte **anayasayargisi@anayasa.gov.tr** e-posta adresine göndermeleri zorunludur.
17. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda yazarlara bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
18. Yazıları yayınlanan yazarlara “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde telif ücreti ödenir.
19. Anayasa Mahkemesi yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın haklarına sahip olur.

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında taranmaktadır.

EDİTÖRLERDEN

Bilindiği üzere Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerinin 1984'ten bu yana düzenli olarak yayımlandığı bir yayın olarak doğmuştur. Anayasa Yargısı'nın yılda iki defa yayımlanan hakemli dergi formatına dönüşmesiyle birlikte dergimizin bir sayısı yalnızca hakemli makalelerden oluşurken bir sayısı hakemli makalelerin yanı sıra anılan sempozyumdaki bildirileri de içerecek şekilde yayımlanmaktadır. Bu yıl, COVID-19 salgını nedeniyle ulusal sempozyumumuzu kuruluş yıl dönümünde gerçekleştirmek mümkün olmamıştır. Bu nedenle ertelenen "Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı" konulu sempozyum haziran ayında düzenlenmiştir. Anılan sempozyumda sunulan bildirilere hakemli makalelerin ardından bu sayıda yer verilmiştir. Sayı, sempozyum konusuna ilişkin ulusal ve uluslararası hukuku farklı boyutlarıyla ve kapsamlı bir şekilde inceleyen makale ve bildirilerle literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu sayının ilk makalesinde Seracettin Göktaş özel hayatın korunmasını iş ilişkileri bağlamında ele almış ve işverenin yönetim hakkı karşısında işçinin özel hayatına saygı borcunun kapsamını uygulamadan örneklerle ortaya koymuştur. Takip eden makalede Şermin Birtane mesleki hayat konusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) özel hayata saygı hakkı içtihadı kapsamında incelemiştir. Hilal Yazıcı mesleki hayata yönelik müdahaleleri Anayasa Mahkemesinin özel hayata saygı hakkına ilişkin içtihadı çerçevesinde değerlendirmiştir. Fatih Alkan ise AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihadını kamu görevlilerinin mesleki hayatı bağlamında ve kamu görevinden çıkarma işlemleri özelinde ele almıştır.

Emre Akbulut, din ve inanç özgürlüğü bağlamında başı örten dinî giysiler konusunu uluslararası insan hakları hukuku boyutunda incelemiş ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ile AİHM'in din veya inancı açığa vurma özgürlüğüne ilişkin içtihatlarının birbirlerinden

niçin ve hangi yönlerden farklılaşmakta olduğu sorusuna cevap aramıştır.

Sayının son makalesinde Güneş Çap Alman anayasa hukukunda dikkat çeken çalışmalardan biri olan Robert Alexy'nin anayasal haklar teorisinin temel kabullerini mercek altına almış ve teorisinin normatif temelleri açısından başlangıç noktasını oluşturan ilkeler teorisini irdelemiştir.

Dergi, sempozyumda sunulan bildirilerin metinleri ve soru-cevap kısmı ile devam etmektedir.

İlgililere faydalı olması dileğiyle...

Prof. Dr. Engin YILDIRIM – Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

İÇİNDEKİLER

Dr. Seracettin GÖKTAŞ

Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu

The Employer's Obligation to Respect the Employee's

Private Life in the Turkish Labor Law 1-55

Dr. Şermin BİRTANE

Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma

Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi

The Right to Work and Professional Life in the Context of the Right to Respect for

Private Life (Article 8 of the European Convention on Human Rights)..... 57-97

Dr. Hilal YAZICI

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona

Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı

Termination of Labor Contract and the Right to Respect for Private

Life in Consideration of the Constitutional Court Judgments 99-141

Fatih ALKAN

Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı

Bağlamında Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

The Process of Dismissal from Public Services Under the Right to Respect

for Private Life and the Constitutional Court's Approach 143-175

Dr. Emre AKBULUT

Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints:

Inferences from Findings of the European Court of Human Rights

and the United Nations Human Rights Committee

Başın Dini Gerekçeyle Örtülmesine Yönelik Kısıtlamalar ve İki Farklı

Bakış Açısı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Birleşmiş Milletler

İnsan Hakları Komitesinin Kararlarından Çıkarımlar 177-220

Dr. iur. Güneş ÇAP

Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış

An Overview of the Principle Theory of Robert Alexy..... 221-245

"Mesleki Hayat Bağlamında Özele Hayata Saygı Hakkı" Konulu

Sempozyum Bildirileri247

Sempozyum Programı.....248

Anayasa Mahkemesi Başkanı Dr. Zühtü ARSLAN'ın Mesleki Hayat

Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı Sempozyumu Açış Konuşması251

I. OTURUM

Dr. Seracettin GÖKTAŞ

Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu261

Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ

Özel Hayata Saygı Hakkının Özel Hukuk İş İlişkilerine Uygulanabilirliği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir İnceleme..... 263-272

Dr. Hilal YAZICI

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona

Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı.....273

II. OTURUM

Fethi ASLAN

FETÖ/PDY İle İrtibat ve İltisaklı Olduklarından Bahisle Meslekten

İhraç Edilen Hâkim ve Savcıların Dosyalarında Aile ve Özel Hayata

Saygı Hakkı Bakımından Danıştay Beşinci Dairesinin Değerlendirmesi..... 287-291

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Kamu Görevlileri Açısından Özel Hayata Saygı Hakkı ve

Kamudan İhraçlar 293-306

İçindekiler

Fatih ALKAN

*Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı Bağlamında
Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı307*



TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA SAYGI BORCU

The Employer's Obligation to Respect the Employee's Private Life in the Turkish Labor Law

Dr. Seracettin GÖKTAŞ*

ÖZ

İş sözleşmesi, bağımlılık unsuru ve kişisel ilişki kuran özelliğinden dolayı işçinin özel yaşam alanını ihlal riskini içeren bir potansiyele sahiptir. İşçinin özel yaşamı, iş ilişkisini doğrudan ve olumsuz olarak etkilemediği sürece sınırlandırılmaz. Türk iş hukukunda işçinin kişilik hakkını koruyan genel hükümlerin yanında, iş sözleşmesinin özellikleri ve tarafların niteliği göz önünde bulundurularak bazı özel hükümlere de yer verilmiştir. Bu çalışmada işverenin yönetim hakkı karşısında işçinin özel yaşamına saygı borcunun kapsamı ve özel yaşama dâhil hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin hukuka uygunluk sebep ve kuralları ele alınmıştır. İşçinin özel yaşamını sınırlandıran uygulamaların hukuka uygunluğu için Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerden birisinin varlığı tek başına yeterli değildir. İşçinin özel yaşamına yapılan müdahale ölçülülük, eşitlik, şeffaflık ve dürüstlük gibi temel ilkeler açısından da denetime tabidir.

Anahtar Kelimeler: İşverenin yönetim hakkı, işverenin koruma borcu, kişilik hakkı, işçinin özel yaşamı, hukuka uygunluk sebepleri.

* Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı, seracettingoktas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5103-9947.

ABSTRACT

The labor contract has the potential to include the risk of violating the private life of the employee due to its character of dependency and personal relationship. The private life of the employee cannot be restricted as long as it does not directly and negatively affect the working relationship. In addition to the general provisions that protect the personal rights of the employee in the Turkish labor law, some special provisions are also included, taking into account the characteristics of the labor contract and the nature of the parties. In this study, the scope of the employer's obligation to respect the private life of the employee against the management right and the grounds and rules for a legitimate interference with the rights and freedoms including private life are discussed. The existence of one of the reasons specified in the second paragraph of the article 24 of the Turkish Civil Code is not sufficient for the legality of the practices that limit the private life of the employee. Interference with the private life of the employee is also subject to review in terms of basic principles such as proportionality, equality, transparency and good faith.

Keywords: Employer's right to manage, employer's obligation to protect the employee, right to personality, employee's private life, reasons for legality.

GİRİŞ

İşçi iş sözleşmesi ile işverenin emir ve talimatları altında iş görmek üzere sürekli bir borç ilişkisi içine girer. Bu ilişkide işveren, yönetim ve disiplin yetkisine sahiptir. İşveren, işin görülmesi ve işçinin iş yerindeki davranışlarına yönelik düzenleme yapabilir ve talimatlar verebilir. İş yeri düzenine ve işçinin davranışlarına yönelik talimatlara uymayan işçi hakkında disiplin cezası uygulanabilir. İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ve işverenin sözü edilen yetkileri, işçinin kişilik değerlerini ciddi bir risk altına sokmaktadır. İş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar geçen süre içinde işçinin kişilik hakkı kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerini ne şekilde kullanacağı da ayrı bir sorundur. İşçinin gizli kalması, saklanması veya kendisine iade edilmesi gereken bilgi ve belgelerinin işveren tarafından kötü amaçlarla kullanılabilme ihtimali, işverene işçilerin özel yaşamına müdahale imkânı veren ve bu bağlamda da kişilik hakkına saldırıya elverişli ortam hazırlayan teknik araçların mevcudiyeti sorunu daha da önemli hâle getirmektedir.

Türk hukukunda işçinin kişilik hakları, başta Anayasa olmak üzere; Türk Medeni Kanunu (TMK), Türk Borçlar Kanunu (TBK), Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) genel nitelikteki düzenlemeleri ile korunmaktadır. Ancak iş sözleşmesi tarafları arasında sosyal ve ekonomik güç dengesizliği işçinin kişilik değerlerinin özel olarak korunmasını gerektirmiştir. Söz konusu ihtiyacı karşılamak üzere Türk Borçlar Kanunu'nda, İş Kanunu'nda ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 399'uncu maddesine göre "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışları ile ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uyumak zorundadırlar". Bu hüküm işverenin yönetim hakkının kanuni dayanağını oluşturmaktadır. Ancak sınırsız bir yönetim hakkı söz konusu olamaz. Her şeyden önce çalışma koşullarını belirleyen iş hukuku kaynakları (anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, yönetmelik, iş yeri uygulamaları) yönetim hakkını sınırlar. Yönetim hakkı, kendi üzerindeki iş hukuku kaynaklarına, ölçülülük ve dürüstlük ilkelerine aykırı olacak şekilde kullanılamaz.

Yönetim hakkını sınırlandıran diğer bir husus da işverenin işçiyi koruma borcudur. İşçinin korunması, işçinin maddi ve manevi değerlerini, kişiliğini, sağlığını ve beden bütünlüğünü korumayı kapsar. İşverenin verdiği talimatların işçinin kişilik haklarına müdahale niteliğinde olması hâlinde yönetim hakkı ile işçinin kişilik hakkının çatışması kaçınılmaz olacaktır. Genel ilke olarak kişilik hakkına dokunulamaz. Bu nedenle kural olarak anayasal ve kanuni düzenlemelere konu olan kişilik hakkı yönetim hakkına tercih edilir. Bununla birlikte, işverenin mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü, iş yerinde düzenin ve güvenliğin sağlanması, iş yerindeki hırsızlıkların önlenmesi ve işverenin ticari sırlarının korunması gibi nedenlerle işçinin özel yaşam alanına belli ölçüde müdahalede bulunması gerekebilir. Ancak iş ilişkisinin sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi ve çalışma barışının sağlanması açısından çatışan iki menfaat arasında adil bir denge, işçinin özel yaşamına müdahalede belirli ilke ve kuralların göz önünde bulundurulması suretiyle kurulabilir.

Bu çalışmada öncelikle Türk iş hukukunda genel olarak kişilik hakları ele alınacak, ardından işçinin özel yaşam hakkına saygı borcunun kapsamı ve korunmasına ilişkin temel ilke ve kurallara yer verilecek, daha sonra işçinin özel yaşamına müdahalede hukuka uygunluk sebepleri Yargıtay uygulaması ile birlikte değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI

A. KAVRAM

Hukuki anlamda kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eder¹. Hangi varlıkların haklara ve borçlara sahip olabileceğini kanun belirler. Türk Medeni Kanunu'na göre hak ve fiil ehliyetine sahip, gerçek ve tüzel olmak üzere iki tür kişi vardır. Bu kişilerin hukuk düzeni tarafından korunan maddi ve manevi değerleri ile menfaatleri ve bunlar üzerinde bazı hakları söz konusudur².

¹ Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hüükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 229, 230; Ayan, M., Ayan, N. (2020). *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 27. Kişi ve kişilik kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 1 vd.; Dural, M., Öğüz, T. (2013). *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, C. II, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 5 vd.; Helvacı, S. (2016). *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, s.19 vd.; Erdoğan, C. (2017). *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 27 vd. Öğretide kişi kavramı hakkında "hak ehliyetine sahip varlıklar" (Dural M., Öğüz, T. (2013) s. 5.) ve "hak sahibi varlıklar" (Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 2) şeklinde tanımlar da yapılmıştır.

² Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 232.

Kişilik kavramı hakkında, “gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar, tüzel kişilerin ise hak ehliyetlerini kazandıkları andan sona ermelerine kadar kişi olmaları nedeniyle ayrılmaz bir biçimde sahip oldukları, hukuken korunan değerlerin bütünü³”, “kişinin, hukukun korumaya değer bulduğu, hukuki, manevi nitelikteki varlıkların tümü⁴”, “hukuk süjesinin bir kişi olması dolayısıyla sahip bulunduğu hak ve fiil ehliyetlerinin, bir hak süjesi olması itibarıyla sıfatına bağlı maddi ve manevi varlıklarının ve kişisel durumlarının tümü⁵” şeklinde tanımlar yapılmıştır. Bir görüşe göre kişilik, dar anlamda kişiyi, geniş anlamda ise hak ve fiil ehliyeti ile hukuken değer taşıyan maddi ve manevi varlıkları da içine alan bir kavramdır. Öğretide kişiliğin, kişinin ehliyetlerini, kişisel durumlarını, maddi, manevi ve iktisadi varlıklarını içerdigi kabul edilmektedir⁶.

Kişilik değerleri, kişilik hakkı ile korunur⁷. Türk hukukunda kişilik hakkını tanımlayan kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide “kişilik hakkı” kavramı hakkında da “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı⁸”, “kişisel varlıklar üzerinde söz konusu ona şahsa bağlı mutlak bir hak⁹”, “kişinin kişiliğini oluşturan, insanı insan yapan değerlere ilişkin hakkı¹⁰” ve “kişinin hak süjesi olarak herkes tarafından tanınmasını istemek ve bu sıfatla itibar görmek konusundaki menfaat ve yetkileri¹¹” şeklinde tanımlar yapılmıştır. Kişilik hakkı, tüm kişilik değerlerini kapsayan tek ve genel bir haktır. Başka bir anlatımla, kişilik hakkı kişilik değerlerinin üzerindeki hakların tamamından oluşturur¹².

Türk hukukunda kişilik hakkının temeli Anayasa'nın 12'nci maddesi hükmüdür. Maddeye göre "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." Kişilik hakları mutlaklardır. Herkese karşı ileri sürülebilir. Herkes bu hakkı ihlal

³ Helvacı, S. (2016). s. 22.

⁴ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 9.

⁵ Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 233.

⁶ Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 340 vd.; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 28.

⁷ Sevimli, K. A. (2013), “Türk Borçlar Kanunu m.17 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Çalışma ve Toplum*, S. 1, 107-148, s. 112.

⁸ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 100.

⁹ Kılıçoğlu, A. M. (2016). *Medeni Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 301.

¹⁰ Serozan, R. (2015), *Medeni Hukuku, Genel Bölümler, Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitabevi, s. 454.

¹¹ Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 341-342.

¹² Aydın, S. (1997). *Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Koruma*, Ankara: Adil Yay., s. 13.

etmemekle yükümlüdür. Kişilik hakkının zamanlaşımı ya da hak düşürücü süreye tabi olması söz konusu olmaz. Parayla ölçülememesi nedeniyle, mal varlığı haklarından değildir. Şahıs varlığı hakkı olduğundan, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Bu hak, kişilik hakkının ihlalinden doğan mal varlığı hakkı hariç, başkasında devir ve temlik edilemez ve bu haktan önceden feragat edilemez¹³.

Kişiler hukukunda üç temel ilke geçerlidir. Bunlardan ilki, eşitlik ilkesidir. Bu husus, Türk Medeni Kanunu'nun 8'inci maddesinde "... bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler." şeklinde belirtilmiştir. İkincisi, Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesinin "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz" şeklinde ifade ettiği özgürlük ilkesidir. Üçüncü ise yine Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24'üncü maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddeleri ile koruma altına alınan "kişiliğe saygı ve kişiliğin korunması ilkesi"dir¹⁴.

B. KİŞİLİK HAKKININ KAPSAMI

Kişilik hakkı hep aynı kalan, durağan bir kavram değildir. Aksine ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak değişen bir içeriğe sahiptir. Bu özelliği nedeniyle kanunlarda kişilik haklarına dâhil değerlerin sayılması yoluna gidilmemiştir¹⁵. Nitekim Türk Medeni Kanunu, çerçeve hüküm niteliğinde bir düzenleme ile genel bir kişilik hakkının varlığını kabul etmiştir. Böylece kişilik hakkının kapsamı teknolojik, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara göre hâkim tarafından takdir edilecektir¹⁶. Bununla birlikte, kişilik hakkının konusunu kişisel değerler oluşturduğu için öğretilerde kişilik hakkının kapsamına giren değerler niteliklerine göre sınıflandırılmıştır. Bir ayrıma göre kişilik hakkının kapsamına dâhil olan değerler, maddi ve manevi değerler olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi

¹³ Kişilik haklarının nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 134-135; Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 319 vd.; Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 347 vd.; Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 103 vd.; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 94-95.

¹⁴ Kişiler hukukunun temel ilkeleri hakkında geniş bilgi için bkz. Helvacı, S. (2016). s. 22 vd.; Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 11 vd.; Aydın, S. (1997). s. 16-17; Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 7; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 29 vd.

¹⁵ Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 135; Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 301; Helvacı, S. (2016). s. 101; Aksoy, H. C. (2010). *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Çakmak Yay., s. 42; Sevimli, K. A. (2013). s. 111.

¹⁶ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 302; Helvacı, S. (2016). s. 101; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 97.

değerler vücut bütünlüğü, yaşam ve sağlıktan oluşmaktadır. Manevi değerler ise şeref ve haysiyet, özel yaşam, özgürlükler, fotoğraf ve sestir¹⁷. Bir diğer ayrıma göre ise kişilik hakkını oluşturan değerler; yaşam ve sağlık, vücut bütünlüğü, yaşam alanı, şeref ve haysiyet, resim ve ses, ad ve diğer kişisel değerlerden (kişinin ekonomik geleceği, iş yerindeki konumu ve düşünce özgürlüğü gibi) oluşmaktadır¹⁸.

Yargıtay bir kararında¹⁹ kişilik hakkı kapsamına “kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve bütünlüğünü oluşturan, yaşam, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü”nün girdiğini belirtmiştir.

C. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI

Türk özel hukukunda kişiliği koruyan genel hükümler Türk Medeni Kanunu'nun 23, 24 ve 25 ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27, 49, 56 ve 58'inci maddelerinde düzenlenmişlerdir. Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesi kişinin rızası ile yapılan hukuki işlemlere karşı, 24'üncü maddesi ise üçüncü kişilerin hukuka aykırı fiilleri ile gerçekleşen saldırılara karşı kişilik hakkını korumaktadır²⁰.

Türk Medeni Kanunu'nun “vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı” başlığını taşıyan maddesine göre;

“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.”

¹⁷ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 303 vd.; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 91 vd.; Erdoğan, C. (2017). s. 33 vd.

¹⁸ Helvacı, S. (2016). s. 105 vd. Ayrıca kişisel değerler hakkında geniş bilgi için bkz. Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 136 vd.; Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 104 vd.; Akipek, J., Akıntürk, T., Ateş, D. (2013). s. 346; Sevimli, K. A. (2013). s. 112; Sırabaşı, V. (2017). *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 27 vd.

¹⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10/4/2008 tarihli ve 9966-5096 sayılı kararı.

²⁰ Helvacı, S. (2016). s. 137 vd.; Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 144-145.

Maddede hukuki işlemlerle kişilik haklarına yönelik saldırılara karşı temel kural öngörülmüştür. Düzenlemeye göre hiç kimse kısmen veya bütünüyle hak ve fiil ehliyetinden önceden vazgeçemez. Buna karşılık, doğmuş bir hakkın kullanılmayacağına taahhüt edilmesi ya da ondan feragat edilmesi mümkündür. Çünkü bu durumda hak ehliyetinden feragat değil bir hakkın kullanılmasından vazgeçme söz konusudur²¹.

Maddenin ikinci fıkrasına göre özgürlüklerden vazgeçilmesi mümkün değildir. Buna karşılık özgürlükler, hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak şekilde sınırlandırılabilir. Belirtmek gerekir ki her sözleşme kişi özgürlüğünü belli bir ölçüde sınırlar. Sınırlama hukuka ve ahlaka aykırı değilse geçerlidir²². Öğretide kişiyi her yönden bağlayan, ölçülemez derecede rizikolara sokacak şekilde ekonomik geleceğini tehlikeye sokan sözleşmelerin hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir²³.

Türk Medeni Kanunu'nun 23.maddesi metninde sadece ehliyet ve özgürlüklerden söz edilmiş ise de bunlar da dâhil olmak üzere tüm kişilik değerleri Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrasının güvencesi altındadır²⁴. Sözü edilen hükme göre kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Gerek Türk Medeni Kanunu'nun 23/2 gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 27/1 hükmü, sözleşme serbestisini kişilik hakları ile sınırlandırmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin birinci fıkrası ise üçüncü kişilerin haksız fiilleri ile kişiliğin saldırıya uğramasına karşı korumayı düzenlemiştir. Buna göre *"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir"*. Kişiliğe müdahale hukuka aykırı değilse kişilik hakkına saldırıdan söz edilemeyecektir. Maddenin ikinci fıkrası hukuka uygunluk sebeplerini düzenlemektedir. Anılan hüküm, *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik hakkına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

Kişilik hakkına müdahale edilenin rızasının hukuka ve ahlâka uygun olması hâlinde hukuka aykırılık ortadan kaldırabilir. Bu nedenle TMK

²¹ Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 146; Helvacı, S. (2016). s. 138-139.

²² Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 105

²³ Helvacı, S. (2016). 139-140 vd.

²⁴ Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 145-146; Helvacı, S. (2016). s. 141.

mad. 23 hükmünün de burada göz önünde bulundurulması gerekir. Başka bir anlatımla, TMK mad. 23'e aykırı olan bir rıza kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun hâle getiremez²⁵. Diğer yandan, rıza serbest irade ürünü olmalıdır. Ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlık gibi sebeplerle hükümsüz olan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıramaz. Ayrıca rızaya ilişkin iradenin açığa vurulmuş olması, rıza verenin rıza gösterdiği konuda aydınlatılması ve rızanın ahlâka aykırı olmaması gerekir²⁶.

Üstün özel yarar, kişilik hakkına müdahale edilen kişiye, saldırıda bulunana veya üçüncü bir kişiye ait olabilir. Bir görüşe göre üstün özel yarar kime ait olursa olsun mutlaka kişilik hakkı ile ilgili olmalıdır. Kişilik hakkı dışındaki hakların daha üstün bir yarar teşkil etmesi mümkün değildir²⁷. Üstünlüğün belirlenmesinde kişilik hakkına müdahale edilenin yararı ile yine kişilik hakkından kaynaklanan başka bir yarar karşılaştırılmalıdır²⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 24/II maddesi uyarınca kamu yararı da kişilik hakkında yapılan saldırıyı hukuka uygun hâle getirmektedir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hak ve özgürlükler, kamu yararının korunması amacı ile sınırlandırılabilir. Maddenin öngördüğü sınırlama sebepleri tüm temel hak ve özgürlükler açısından geçerlidir²⁹. Anayasa'nın 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı ile sınırlandırılabilmesi öngörüldüğünden, kamu yararı gerekçesi ile temel hak ve özgürlüklerde sınırlandırma yapabilme yetkisi sadece kanun koyucuya aittir³⁰. Kamu yararının hukuka uygunluk sebebi olarak göz önünde bulundurulduğu en yaygın alan kitle iletişim araçlarıdır. Üstün nitelikteki kamu yararının bulunup bulunmadığının takdiri hâkime ait bir yetkidir³¹.

²⁵ Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 155; Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 355; Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 150; Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 119. Öğretide bir görüşe göre, TMK.m.24/II hükmü uyarınca rızanın kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmesi, aynı Kanun'un 23'üncü maddesi ile çelişmektedir. Bkz. Helvacı, S. (2016). s. 144.

²⁶ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 355; Helvacı, S. (2016). s. 144.

²⁷ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 151.

²⁸ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 151; Helvacı, S. (2016). s. 148.

²⁹ Helvacı, S. (2016). s. 149.

³⁰ Kişilik hakkına kamu yararı gerekçesiyle getirilmiş sınırlamalara örnekler için bkz. Ayan, M., Ayan, N. (2020). s. 120.

³¹ Kitle iletişim araçları yoluyla kişilik hakkına yönelik saldırıda kamu yararının tespitinde göz önünde bulundurulacak ölçütler hakkında geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, A. (1990). "Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırılar Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, 371-400, s. 379 vd.; Sırabaşı, V. (2017). s. 17 vd.; Canbolat, F., Gönül Koşar, G. (2020)., "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi",

Kanunun verdiği yetkinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için yetkinin kullanılmasına ilişkin maddi ve şekli unsurların kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olması ve yetkinin buna uygun olarak kullanılması gerekir³².

Kişilik haklarına saldırı hâlinde açılacak davalar, Türk Medeni Kanunu'nun 25'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kişilik hakkı hukuka ve ahlaka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, saldırının durdurulmasını, önlenmesini, hukuka aykırılığın tespitini, maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Ayrıca vekaletsiz iş görmeden doğan davalar açabilir³³.

II. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAM ALANININ KORUNMASI

A. ÖZEL YAŞAM VE ÖZEL YAŞAM HAKKI KAVRAMI

Kişilik değerleri içinde yer alan yaşam alanı, kamuya açık yaşam alanı, gizli yaşam alanı ve özel yaşam alanı olmak üzere üçe ayrılır. Buna "üç alan" teorisi denilmektedir³⁴. Kamuya açık yaşam, herkese açık, aleniyet kazandırılmasında bir sakınca olmayan olay ve hareketlerden oluşur³⁵. Burada belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilere açık alan söz konusudur³⁶. Olayın kim tarafından aleniyete kavuşturulduğu önemli değildir. Bununla birlikte, kamuya açık yaşam alanına dâhil olan her olay "ifşa edilebilir" değildir³⁷.

Gizli yaşam, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olay ve hareketleri ihtiva eder³⁸. Bir bilgi veya olayın hukuki korumadan yararlanabilecek gizli yaşam alanından sayılabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki koşulun varlığı aranmaktadır³⁹. Objektif koşul, bilgi veya olayın herkes tarafından izlenebilir veya bilinebilir olmamasıdır. Sübjektif koşul ise kişide bu bilgi ve olayın gizli tutma iradesinin mevcut olmasıdır. Kişinin gizli yaşam alanına giren bilgi ve olayları, başkaları ile paylaşılmamak şartıyla,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 151, 259-302, s. 275 vd. Helvacı, S. (2016). s. 150 vd.

³² Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 151-152; Helvacı, S. (2016). s. 153 vd.

³³ Kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı saldırılara karşı açılacak davalar hakkında geniş açıklamalar için bkz. Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 152 vd.; Helvacı, S. (2016). s. 155 vd.

³⁴ Helvacı, S. (2016). s. 119; Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 135.

³⁵ Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 135.

³⁶ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 308.

³⁷ Helvacı, S. (2016). s. 119.

³⁸ Dural, M., Ögüz, T. (2013). s. 136; Helvacı, S. (2016). s. 119.

³⁹ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 310 vd.; Kılıçoğlu, A. (1990). s. 86; Sırabaşı, V. (2017). s. 39.

güvendiği sınırlı sayıda şahıs ile paylaşması, bilgi ve olayın gizli yaşam alanından çıkarıldığı anlamına gelmez. Bir sırrın başkalarına açıklanabilir olması hukuki korumadan yararlanmasına engel değildir. Kişinin rızasıyla Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesi sınırları içinde açıklanmadığı sürece, gizli yaşam alanına giren her olay hukuki korumadan yararlanır⁴⁰.

Özel yaşam ise kişinin gizli yaşamı haricinde kalan, sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerce (ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi) bilinen olayları ve hareketleri kapsar⁴¹. Buna göre özel yaşam, sayı ve kişi bakımından belirsiz kişilere açık olmayan aksine kişiye yakından bağlı olan kişilerle paylaşılan olaylarda söz konusudur⁴². Başka bir anlatımla, kişinin özel yaşamına dâhil bilgi ve olaylar belli kişiler açısından alenidir. Başkaları açısından ise gizlidir. Bu bilgilerin başkalarıyla paylaşılması kişilik hakkının ihlalini gündeme getirir.

"Üç alan teorisi" ile yapılan bu ayırımın önemi, kişinin özel ve gizli yaşam alanlarının korunmaya değer kişisel varlıklar olarak kabul edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin düzenlediği koruma bu iki yaşam alanına özgüdür⁴³. Bu alanların kamuya açık olmamaları itibarıyla nitelik olarak aynı oldukları söylenebilir. Bununla birlikte, kişinin kendine ait bilgi ve olayların üçüncü kişilerce bilinip bilinmemesine göre iki alan arasında nicelik bakımından farklılık bulunduğu ileri sürülmektedir⁴⁴. Buna göre özel yaşam alanı, gizli yaşam alanını da kapsayacak genişliktedir⁴⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki kişinin sosyal yaşamı, iş/mesleki yaşamı ve ticari faaliyetleri de özel alanına dâhildir⁴⁶.

Söz konusu iki alana yapılan müdahale kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Kural olarak kamuya açık alan hukuki koruma altında değildir. Ancak kamuya açık alanda meydana gelen olayların şeref ve haysiyeti zedeleyebilecek şekilde açıklanması hâlinde de kişilik hakkına saldırıdan söz edilebilir⁴⁷.

⁴⁰ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 310.

⁴¹ Helvacı, S. (2016). s. 119; Sevimli, K. A. (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yay., s. 8.

⁴² Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 308.

⁴³ Helvacı, S. (2016). s. 119.

⁴⁴ Sevimli, K. A. (2006). s. 9.

⁴⁵ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 136; Sevimli, K. A. (2006). s. 9

⁴⁶ Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 24.

⁴⁷ Dural, M., Öğüz, T. (2013). s. 136.

Üç farklı yaşam alanının varlığı kabul edilmekle birlikte, çoğu kez bunları birbirinden ayırt etmek oldukça zordur. Öğretide söz konusu alanlar arasındaki çizginin gizlilik seviyesi ile belirlenmesinin objektif bir kriter olacağı belirtilmektedir⁴⁸. Bu bağlamda, kişinin bulunduğu yere, mesleğine ve zamana bağlı olarak özel yaşam alanında değişiklik söz konusu olabilecektir⁴⁹. Örneğin oyuncu, sporcu, politikacı gibi kişilerin özel yaşam alanları diğer kişilere göre daha az korunmayı gerektirir⁵⁰.

Özel yaşam alanı sosyal ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak giderek genişlemektedir. Bu durum, özel yaşam kavramı için tüm yönleriyle kapsayıcı bir tanım yapılmasını ve muhtevasına giren kişisel değerlerin sınırlı bir şekilde belirtilmesini güçleştirmektedir⁵¹. Kavramın dinamikliği dolayısıyla tanım yapmanın yerini içeriğine giren hukuki menfaatleri saptama arayışlarının aldığı söylenebilir⁵².

Özel ve gizli yaşam alanlarına ait bilgileri edinmek için kullanılan hukuka aykırı yöntemin bizzat kendisi kişilik hakkına saldırı teşkil edebilir. Örneğin telefonun dinlenmesi, eşyaların aranması, postanın açılması, kamera ile gözetleme, fotoğraf ve ses kaydı gibi yollarla kişilik hakkı ihlalleri söz konusu olabilir⁵³.

Özel yaşam hakkı, öncelikle bireyin özel yaşam alanının gizli ve hangi odaktan gelirse gelsin meşru olmayan müdahaleden uzak tutulması noktasında, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülen bir yararın varlığının tanınmasıdır. Kısaca özel yaşam hakkı, özel yaşam değerlerine dokunulmamasını talep hakkıdır⁵⁴. Özel hukukta özel yaşam hakkı, kişilik hakkı çerçevesinde ele alınır.

Temel hakların kullanılması bakımından iş ve özel yaşam alanlarının birbirinden ayrılması gerekir. Aksi hâlde temel hakların hangi alanda kullanılabileceğini belirlemek imkânsız hâlde gelir. Kural olarak işçinin özel yaşamı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaz. Ancak işçinin özel yaşamının iş ilişkisine doğrudan bir etkisinin ortaya çıkabileceği

⁴⁸ Sevimli, K. A. (2006). s. 9.

⁴⁹ Helvacı, S. (2016). s. 123; Sırabaşı, V. (2017). s. 41.

⁵⁰ Helvacı, S. (2016). s. 123; Sevimli, K. A. (2006). s. 9.

⁵¹ Sevimli, K. A. (2006). s. 7;

⁵² Arslan Öncü, G. (2019). s. 24.

⁵³ Helvacı, S. (2016). s. 120-121.

⁵⁴ Sevimli, K. A. (2006). s. 18.

durumlarda, işçinin özel yaşamı sınırlandırılabilir⁵⁵. Bununla birlikte, işçinin özel yaşamına müdahale, istisnai olmalıdır⁵⁶.

B. İŞVERENİN İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINI KORUMA BORCU

1. Hukuki Dayanakları

İşçinin kişiliğine saygı, esas itibarıyla insan haysiyetine dayanan bir yükümlülüktür. Haysiyet, her insanın insan olarak başkasından saygı duymasını gerektiren bir yüksek değerdir. İşçinin kişilik değerlerine saldırı niteliğindeki söz ve davranış gibi haksız ve iş ortamını alçaltan her türlü tutum, bu yükümlülüğün ihlaline yol açar. Bu nedenle işçinin kişiliğine açık bir saldırı niteliğinde olmasa da onu iş yerinde dışlayan ve diğer çalışanlarla insani ilişki kurmasını engellemeye yönelik her türlü işveren davranışı ve işlemi, kişilik hakkına saygısızlık olarak değerlendirilmelidir⁵⁷.

İş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında kurduğu kişisel ilişki niteliği, işçi yönünden işverenin işi ve iş yeri ile ilgili çıkarlarını korumak, bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak, buna karşılık işveren açısından işçiyi korumak ve gözetmek biçiminde kendisini gösterir. Bu açıdan işçinin özel yaşamını koruma borcunun hukuki dayanaklarından biri, işverene koruma borcu yükleyen iş sözleşmesidir.

İşverenin işçiyi koruma borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturur. İşverenin işçiyi koruma borcu, genellikle, işçinin gördüğü iş dolayısıyla maruz kalabileceği zararlara karşı gereken önlemleri almak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak şeklinde yükümlülüklerden oluşan bir borç olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Buna göre koruma borcu, işverenin işçisine karşı diğer borçlarını kapsayan ve anlamlandıran ve objektif iyi niyet kurallarına göre tezahür eden davranış yükümlülükleri toplamından oluşan, somut sınırları bulunmayan, geniş kapsamlı bir borç niteliğindedir⁵⁹. Bu nedenle işverenin koruma borcunun kapsamına hangi hususların girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Çünkü koruma borcunun kapsamını mevzuat hükümleri ve dürüstlük kuralları belirler ve sınırlarını çizer.

⁵⁵ Ertürk, Ş. (2002). *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara: Seçkin Yay., s. 125.

⁵⁶ a.g.e. s. 127.

⁵⁷ Mollamahmutoğlu H., Astarlı M., Baysal, U. (2014). *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 707-708.

⁵⁸ a.g.e. s. 705.

⁵⁹ a.g.e. s. 705-706.

Koruma borcunun sınırlarının tespitinde dürüstlük kurallarının esas alındığı göz önünde bulundurulduğunda her şeyden önce işçiyi koruma borcunun dürüstlük kurallarından doğduğu söylenebilir. Bununla birlikte kişilik hakkını güvence altına alan ulusal veya uluslararası pek çok pozitif düzenleme bulunmaktadır.

İşçinin iş görme borcunu işverene bağımlı olarak ifa etmesi, temel hak ve özgürlüklerinden mahrum kalacağı; hak ve özgürlüklerini iş yeri kapısından içeri sokamayacağı anlamında yorumlanamaz⁶⁰. Bu bağlamda işçinin kişilik hakkı ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri işverenin yönetim hakkını sınırlandırır. İşveren yönetim hakkını kullanırken işçinin kişiliğine ve kişilik değerlerine saygı göstermek zorundadır⁶¹.

Türk iş hukukunda işçinin korunması anayasa, kanun ve yönetmelik gibi pozitif düzenlemelerle sağlanmaktadır. Anayasa'nın 49'uncu maddesine göre "... devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek... için gerekli tedbirleri alır."

İşçinin kişiliğini koruma borcu, Anayasa'da işveren bakımından bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Anayasanın herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu öngören 12'nci, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğunu düzenleyen 17'nci, herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğunu belirten 19'uncu, özel yaşamın gizliliği ve korunmasını öngören 20, 21 ve 22'nci, vicdan, din, inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğünü hükme bağlayan 24 ve 25'inci maddeleri kişilik haklarını güvence altına alan ilke ve kurallardır.

Diğer yandan İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda doğrudan işçinin kişilik haklarını koruyan düzenlemelerin yanı sıra başta Anayasa olmak üzere, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kişilik haklarını koruyan genel nitelikte düzenlemeler de bulunmaktadır.

İşçinin kişiliğini doğrudan korumayı amaçlayan tek hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 417'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarıdır. Maddenin birinci fıkrasına göre "*İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini*

⁶⁰ Ugan Çatalkaya, D. (2019). *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yay., s. 124.

⁶¹ Dursun Ateş, S. (2019). *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yay., s. 463 vd.

korumak ve saygı göstermek⁶² ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Fıkra da yer alan “dürüstlük ilkelerine uygun” ibaresinin maddenin gerekçesinde belirtildiği şekilde ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328’inci maddesinin birinci fıkrasında yer aldığı gibi “ahlaka uygun” olarak anlaşılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁶³.

Türk Borçlar Kanunu’nun 417’nci maddesinin ikinci fıkrasında ise işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcuna yer verilmiştir. Buna göre “İşveren, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.”

Türk Borçlar Kanunu’nun 419’uncu maddesinde de işçinin kişiliğinin kişisel veriler özelinde korunmasına ilişkin olarak “İşveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nun sözü edilen düzenlemeleri, tüm iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde uygulanır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun “İşçinin özlük dosyası” başlıklı 75’inci maddesine göre “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. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür⁶⁴.”

⁶² Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre saygı, “değeri, üstünlüğü, yaşlılığı, yararlılığı, kutsallığı dolayısıyla bir kimseye, bir şeye karşı dikkatli, özenli, ölçülü davranmaya sebep olan sevgi duygusu, hürmet, ihtiram”, “başkalarını rahatsız etmekten çekinme duygusu”; saygı göstermek ise, “saymak, değer vermek” anlamındadır. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 5/9/2021).

⁶³ Süzek, S. (2020). s. 399; TBK mad. 417’nin gerekçesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir: “Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin iş yerinde “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.”

⁶⁴ Türk Borçlar Kanunu’nun 419 ve İş Kanunu’nun 75’inci maddeleri ile sadece verilerin

Özel yaşamın kapsamına giren kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin usul ve esaslar, 24/3/2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenmiştir⁶⁵. Kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi, 6698 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde ve bu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca çıkarılmış olan 1/1/2018 tarihinde Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'te belirtilmiştir. Aynı kanuna dayanılarak 1/1/2018 tarihinde Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, 26/04/2018 tarihinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu Teşkilat Yönetmeliği ve 21/6/2019 tarihinde Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da kişilerin eşit muamele görmesi, her türlü ayrımcılığın önlenmesi, işkence ve kötü muameleye karşı mücadele etmek amacıyla önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un 4'üncü maddesinde ayrımcılık türleri arasında kişilik hakkını doğrudan ilgilendiren, taciz ve iş yerinde yıldırma gibi davranışlar sayılmıştır.

İşverenin işçinin kişisel verilerini koruma yükümlülüğü yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelerden başka ayrıca koruma borcundan da kaynaklanır⁶⁶. Başka bir anlatımla, kişisel verilerin korunması hakkında kanuni düzenleme bulunmaması, işverenin işçinin kişisel verilerini koruma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İşçilerin kişisel verileri üzerinde hukuken korunma hakkı bulunmaktadır.

2. İşçinin Özel Yaşamını Koruma Borcunun Kapsamı

İş hukukunda başlangıçta işverenin koruma borcunun kapsamı zamanla işçi lehine genişletilmiştir. Başlangıçta işçiyi, yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik tehlikelere karşı koruma düşüncesi ile hareket edilirken sonraları kişiliğinin ve manevi çıkarlarının korunması ihtiyacı da bu çerçevede düşünölmeye başlanmıştır⁶⁷. Bu nedenle koruma borcu denilince genel olarak işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin

kullanılmasının düzenlendiği, verilerin elde edilmesinden başlayarak bu verilerle ilgili tüm işlemleri kapsayan "kişisel verilerin işlenmesi" kavramını tam karşılamadıkları, bu sebeple anayasa hükmü karşısında yetersiz kaldıkları haklı olarak ileri sürölmüştür. Bkz. Süzek, S. (2020). *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yay., s. 403.

⁶⁵ RG: 7/4/2016, S. 29677.

⁶⁶ Manav, A. E. (2015). "İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, 2015, S. 2, 95-136, s. 111.

⁶⁷ Aydın, U. (2002). *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yay., s. 54.

yükümlülükleri akla gelse de bu borcun kapsamına işçinin kişiliğine saygı göstermek ve korumak, işçinin iş yerine getirdiği eşyasını korumak, çalışma belgesi vermek, hastalık ve kaza hâlinde ücret ödemek gibi yükümlülükler de girmektedir⁶⁸.

Genellikle anayasalarda çalışma hakkı, toplu iş sözleşmesi ve sendika hakları yer almaktadır. Ancak kişilik haklarının farklı bir anlamı bulunmaktadır. İşçinin kişilik hakları, onun onurunu koruyan, kişiliğini geliştirmesine imkân tanıyan haklardır. Vücut bütünlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü, özel yaşam ve aile yaşamının korunması gibi konuları ifade eden bu haklar, işçinin özel alanını oluşturmaktadır⁶⁹.

Sadece özel yaşama ilişkin bilgiler değil aynı zamanda kişilerin bu alandaki özgürlükler de özel yaşam hakkı ile korunmaktadır⁷⁰. Anayasa'da "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığı altında 20, 21 ve 22'nci maddelerde özel yaşam, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği düzenlenmiştir. Buna göre aile yaşamı, konut ve haberleşme özel yaşamın kapsamında düşünülmesi gereken kişilik değerleri olduğundan yukarıda kişilik hakları ile ilgili belirtilen ilke ve kurallar bunlar için de geçerlidir⁷¹. Bununla birlikte, özel yaşam yalnızca Anayasa'nın söz konusu maddelerinde düzenlenen değerlerden ibaret değildir. Kişiliği oluşturan değerler arasında sıkı bir bağ bulunduğu dikkate alınarak onur ve saygınlık, ad, görüntü ve ses, yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık gibi kişisel değerler de özel yaşam çerçevesinde ele alınmaktadır⁷².

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20'nci maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel yaşamına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel yaşamın ve aile

⁶⁸ Mollamahmutoğlu H., Astarlı M., Baysal, U. (2014). s. 706.

⁶⁹ Aydın, U. (2002). s. 3-4.

⁷⁰ Birben, E. (2016). İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, içinde CENTEL, T. (Der.), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (ss.135-169). İstanbul: On İki Levha Yay., s. 135.

⁷¹ Sevimli, K. A. (2006). s. 11. Bir görüşe göre, kişisel verilerin korunması özel yaşamın gizliliğiyle bağdaştırılmamaktadır. Çünkü kişisel verilerin özel yaşamın gizliliği kapsamında korunduğunun kabul edilmesi hâlinde, kişilerin sadece sır alanına ve özel yaşamına ilişkin bilgilerin korunması söz konusu olacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlığını taşıyan 20. maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükme yer verilmiş olsa da kişisel verilerin korunması ayrı bir hak kişilik hakkı olarak nitelendirilmelidir. bkz. Belge, A. M. (2017). "Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlâli ve Korunması Yolları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan - Özel Sayı, s. 1030, dn. 10.

⁷² Sevimli, K. A. (2006). s. 29 vd.

yaşamının gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da kişinin üstü, özel kâğıtları ve eşyası özel yaşam kapsamında değerlendirilmiş ve bunlara müdahalenin koşul ve kurallarına yer verilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise kişisel veriler de özel yaşam alanında bir kişilik değeri olarak düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verilere hukuka aykırı müdahale özel yaşamın gizliliği ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Anayasa'nın 21'inci maddesinde özel yaşamın gizliliği ve korunması çerçevesinde "Kimsenin konutuna dokunulamaz." şeklinde temel bir ilke belirtildikten sonra, kişinin konutuna girilmesi, arama yapılması ve buradaki eşyaya el konulmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Anayasa'nın "Haberleşme hürriyeti" başlıklı 22'nci maddesi özel yaşamın gizliliği kapsamında haberleşme özgürlüğünü düzenlemiştir. Buna göre "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." Maddenin ikinci fıkrasında da haberleşme özgürlüğünün hangi hâllerde sınırlanabileceğine ilişkin kurallar öngörülmüştür. Burada belirtilen koşullar gerçekleşmeden haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.

İnsanlar tarafından karşılıklı ve toplu şekilde mektup, telgraf, telefon, faks, internet, e-posta ve benzeri araçlar ile sözlü, yazılı ve görsel olarak yapılan iletişimler, haberleşme kavramına dâhildir⁷³. Söz konusu kavramın teknolojik gelişmelere bağlı olarak değişen tüm iletişim araçlarını kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir⁷⁴. Özel yaşam kapsamında değerlendirilmesi için haberleşmenin nedeni ve içeriği önemli değildir⁷⁵.

Haberleşme içeriğinin muhatap tarafından açıklanması hâlinde gönderenin özel yaşamına saldırı yapılmış olur. Muhabata ulaşmayan ya da ulaştıktan sonra elde edilen ve açıklanan haberleşme içeriğinden hem gönderenin hem de muhabatın özel yaşamına saldırı söz konusu olacaktır⁷⁶.

Özel yaşam alanı kişinin iş yaşamında da söz konusudur. İş yaşamı, işveren ve çalışma arkadaşlarına açık olmakla birlikte, işin niteliğine bağlı olarak kısmen veya tamamen kamuya açık olmayabilir. İş yaşamının

⁷³ Günay Dağ ve diğerleri, B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 115.

⁷⁴ Sevimli, K. A. (2006). s. 13; Dursun Ateş, S. (2019). s. 629.

⁷⁵ Sevimli, K. A. (2006). s. 13; Arslan Öncü, G. (2019). s. 135.

⁷⁶ Sevimli, K. A. (2006). s. 13.

kamuya açık olmayan kısmı özel yaşama dâhildir. Bu bağlamda, işçinin iş çevresiyle paylaşmadığı yaşam alanı (aile yaşamı, konutu, iş yerindeki odası, kendisine tahsis edilen dolap vb. eşya gibi) ve iş yerinde yaptığı haberleşme, özel yaşam alanına girer⁷⁷.

Tüm bireylerin ve bu arada işçilerin kişisel verileri kişilik hakları kapsamındadır⁷⁸. İşveren koruma borcu gereği işçinin kişiliğini korumak, onun kişilik haklarına saygı göstermek zorundadır. İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının korunmasını içerir.

İşçinin sözleşme dışı alandaki davranışları ve yaşam tarzı, edimin ifasını etkilemediği veya iş yerinde olumsuzluklara sebep olmadığı sürece, işverenin müdahale sahasına girmez. Başka bir anlatımla, işçinin iş yeri dışındaki davranışlarına ve yaşam tarzına ilişkin kural tesis etme yetkisi yönetim hakkı kapsamında değildir⁷⁹. İşveren, işçinin iş yeri dışındaki davranışlarına yönelik talimatlar veremez. Örneğin işçinin mesai dışında başkalarıyla görüşmesini yasaklayan⁸⁰, işle ilgili olmayan yemek veya organizasyonlara katılmayı zorunlu tutan⁸¹, alkol almayı yasaklamak gibi işverence belirlenen ahlaki değerlere uygun biçimde davranmaya zorlayan talimatlar özel yaşam hakkına haksız müdahale niteliğindedir⁸². Buna göre işçinin iş yeri dışında ve işle ilgili olmayan davranışları ile yaşam tarzı, işverenin talimatlarına aykırı olsa bile iş yerinde olumsuzluklara yol açmadığı sürece, fesih sebebi olarak kabul edilemez⁸³. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 7'nci maddesinde istisnai bir hükme yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre "Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere

⁷⁷ a.g.e. s. 14.

⁷⁸ Süzek, S. (2020). s. 404; Erdoğan, C. (2017). s. 71.

⁷⁹ Birben, E. (2016). s. 138; Ugan Çatalkaya, D. (2019). s. 131-132.

⁸⁰ Taşkent, S. (1981). *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: Met-er Matbaası, s. 107-108; Dursun Ateş, S. (2019). s. 629.

⁸¹ Sevimli, K. A. (2006). s. 242-243.

⁸² Ertürk, Ş. (2002). s. 127-128.

⁸³ Birben, E. (2016). s. 138-139; Yargıtay kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: "İşçinin davranışı ancak iş yerinde olumsuzluklara yol açması hâlinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu iş yerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz." Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 4/7/2019 tarihli ve 2016/18023-2019/15067 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21/4/2008 tarihli ve 11193-9563 sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 9/9/2013 tarihli ve 21018-18341 sayılı kararı.

sadece o dine mensup kişilerin istihdamı” ayrımcılık değildir. Söz konusu hüküm, kurumda çalışanların tamamını değil sadece din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretimi vermek üzere istihdam edilen çalışanları kapsamaktadır⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki işçi, sadakat borcu gereği işverenin haklı çıkarlarını koruma ve onlara zarar verebilecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. İşçinin iş yeri dışındaki davranışlarını da kapsayan bu yükümlülük için sözleşmede ayrıca bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Buna rağmen sözleşmede sadakat borcu kapsamında işçinin iş yeri dışındaki davranışlarına yönelik hükümlere yer verilmesi, olsa olsa hatırlatmadır⁸⁵. Bu nedenle hatırlatma niteliğini aşan sözleşme hükmü veya işverenin talimatları özel yaşam hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir.

İşçi ve işveren ilişkisinde kişisel veriler, dijital ortamda ya da işçinin iş yeri şahsi dosyasında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçi ile doğrudan ilgili olan ya da dolaylı da olsa ilişkilendirilebilecek bilgiler olarak anlaşılabilir⁸⁶. Buna göre işçilere ait kişisel veriler, işçinin kimlik bilgilerine, davranışlarına, alışkanlıklarına, sağlığına, inanç ve düşüncelerine ilişkin olabilir⁸⁷.

Özel yaşama müdahale, bu alandaki bilgi ve olayların öğrenilmesi, herhangi bir şekilde saklanması, kullanılması, başkalarına aktarılması veya kamuya açıklanması gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir⁸⁸. Gelişen teknoloji, özel yaşama müdahaleyi her geçen gün daha kolay hâle getirmektedir. İşverenler, ekonomik ve kişisel olarak bağımlılıkları

⁸⁴ Öğretide, “manevi amaç taşıyıcı” olarak ifade edilen bu kişiler, “işletmeyi kamuoyunda temsil eden ve manevi amacın gerçekleşmesinde büyük etki edebilecek yetki ve sorumlulukları içeren iş pozisyonlarında görev üstlenmiş ve manevi amaçlı işletmenin özelliikle aslı yönetim kademeleri olarak nitelendirilebilecek pozisyonlarında görev alan kimseler” olarak belirtilmiştir. Bkz. Birben, E. (2016). s. 146 vd.

⁸⁵ Birben, E. (2016). 142.

⁸⁶ Mollamahmutoğlu H., Astarlı M., Baysal, U. (2014). s. 718; Okur, Z. (2011). Türk İş Hukuku’nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, *Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan* (ss. 368-408), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay., s. 373; Manav, A. E. (2015). s. 99.

⁸⁷ İş ilişkisinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde işçinin kişisel verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Manav, A. E. (2015). s. 113 vd.; Belge, A. M. (2017). s. 1033 vd.

⁸⁸ Öktem Söğüt, S. (2011). İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerinde Bir Değerlendirme, içinde BAŞTERZİ, Süleyman (Der.), *Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan* (ss. 1057-1098), C. I, İstanbul, Beta Yay., s. 1064.

bulunan işçilerin kişisel bilgilerini kolaylıkla ele geçirebilirler⁸⁹. Kişinin özel yaşamına ilişkin olay ve bilgileri paylaştığı kişilerin, mesleki bir yasaklama olmasa dahi, bunları açık etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁰.

C. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAM ALANINA MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

1. İşçinin Rızası

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecek sebeplerden biri kişinin rızasıdır. İşçi-işveren ilişkisi bakımından işçinin özel yaşamına müdahale niteliği bulunan uygulamalara rızası konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre amacı ne olursa olsun özel yaşama yapılacak tüm müdahaleler için işçinin rızası alınmalıdır⁹¹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, güvenlik ve koruma sağlamak amacıyla yapılan müdahalelerde işçinin rızasına gerek yoktur. Çünkü bu durumda işverenin ya da iş yerindeki üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle bağlantılı "üstün yarar" ya da "kanunun verdiği yetkinin kullanılması" söz konusudur⁹².

Özel yaşama müdahale niteliğindeki uygulamaya işçiden rızasının alınması, bireysel veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle ya da sözleşme devam ederken yazılı biçimde yahut örtülü olarak alınabilir⁹³. Ancak rızanın örtülü olarak verildiğinden söz edilebilmesi için, müdahale niteliği bulunan uygulamadan işçinin haberdar edilmesi ve bu konuda bilgilendirilmesi gerekir⁹⁴. Öğretide, kural olarak, TMK mad. 23-24

⁸⁹ Belge, A. M. (2017). s. 1027.

⁹⁰ Tandoğan, H. (1963). "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 1-4, s. 27.

⁹¹ Ertürk, Ş. (2002). s. 129; Aydın, U. (2002). s. 130.

⁹² Taşkent, S. (1981). s. 107-112; Sevimli, K. A. (2006). s. 95.

⁹³ Şahlanan, F. (2016). İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih, *Karar İncelemeleri II* (ss. 103-108), Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul, s. 108; Taşkent, S. (1981). s. 110; Sevimli, K. A. (2006). s. 98, 100; Dursun Ateş, S. (2019). s. 555; Uncular, S. (2014). *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 145.

⁹⁴ Sevimli, K. A. (2006). s. 98. Rızanın serbest iradesine dayanıp dayanmadığını tespiti için işçiye rıza göstereceği kişisel veri işleme faaliyeti hakkında açıklama yapılması ve işçiye kişisel verilerinin işlenmesi teklifini kabul veya reddetme noktasında gerçek anlamda seçim hakkı sunulması gerektiği hakkında bkz. Gürsel, İ. (2016). *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yay., s. 199. Ayrıca genel işlem koşullarında belirtilen rızanın geçerlilik şartları hakkında bkz. Şahlanan, F. (2016). s. 107; Dursun, Y. (2021). *Kişisel Verilerin Korunması*

ve TBK mad. 27 hükümleri çerçevesinde alınan rızanın müdahaleyi hukuka uygun hâle getireceği kabul edilmekle birlikte, rızanın serbest irade ürünü olup olmadığı noktasında ekonomik ve kişisel bağımlıktan kaynaklanan kuşkudan dolayı özel yaşama müdahaleye rıza göstermenin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmesi ya da hakkın kötüye kullanılması söz konusu değilse işçinin rızasını geri alabileceği ileri sürülmüştür⁹⁵. Bu görüşe göre rıza geri alındıktan sonra özel yaşama yönelen uygulamadan vazgeçilmesi gerekir. Aksi hâlde özel yaşama hukuka aykırı saldırı söz konusu olacaktır⁹⁶. Serbest irade ürünü bir rızadan söz edebilmek için işçinin rıza göstermemesi ya da geri alması hâlinde herhangi bir olumsuzlukla karşılaşmayacağını söylenebilir⁹⁷.

Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlığını taşıyan 20’nci maddesine 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla eklenen üçüncü fıkraya göre “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 hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Avrupa Birliği mevzuatına uyum açısından Anayasanın sözü edilen hükmü doğrultusunda, 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır.

İşçi ve işveren ilişkisinde kişisel veriler, dijital ortamda ya da işçinin iş yeri şahsi dosyasında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçi ile doğrudan ilgili olan ya da dolaylı da olsa ilişkilendirilebilecek bilgiler olarak anlaşılabilir⁹⁸. Buna göre işçilere ait kişisel veriler, işçinin kimlik bilgilerine, mesleğine, internet yazışmalarına, davranışlarına, alışkanlıklarına, sağlığına, siyasal ve sendikal faaliyetlerine, cinsel tercih, etnik köken, inanç ve düşüncelerine ilişkin olabilir⁹⁹.

Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, Ankara: Seçkin Yay., s. 61 vd.

⁹⁵ Sevimli, K. A. (2006). s. 99-100.

⁹⁶ Sevimli, K. A. (2006). s. 99. Yazara göre, arama ya da beden sıvısı alınmasını gerektiren testler gibi uygulamalarda rıza kötü niyetle geri alınsa bile, işverenin zor kullanma yetkisinden söz edilemez.

⁹⁷ Sevimli, K. A. (2006). s. 101; Uncular, S. (2014). s. 143.

⁹⁸ Mollamahutoğlu H., Astarlı M., Baysal, U. (2014). s. 718; Okur, Zeki (2011). s. 373; Manav, A. E. (2015). s. 99; Dursun, Y. (2021). s. 30.

⁹⁹ İş ilişkisinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde işçinin kişisel verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Manav, A. E. (2015). s. 113 vd.; Belge, A.

6698 sayılı Kanunu'nun 3'üncü maddesinin d bendinde kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. Buna göre işçinin kimlik bilgileri, dini, mezhebi, etnik kökeni, cinsel yaşamı, siyasi düşünce ve faaliyetleri, dernek ve sendika üyelikleri, belirli gruplara aidiyetleri, adresi, mesleği, mahkûmiyeti, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları vb. bilgileri korunmaya değer olan kişisel veri kapsamındadır¹⁰⁰. 6698 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında ise özel nitelikli kişisel veriler öngörülmüştür. Sözü edilen fıkra göre "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik (yüz veya iris tanıma, parmak veya el izi kaydı gibi) ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir". Maddede sayılanlar dışında kalan, gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi özel niteliği olmayan kişisel veri sayılır.

İşçilerin görsel olarak gözetlenmeleri söz konusu olduğunda kişilik hakkı kapsamına giren resim ve ses üzerindeki hak gündeme gelmektedir. Bu durumda işçinin kişisel değerlerinin ve özel yaşamın gizliliğinin korunması ve işçiler arasında eşitlik ilkesine uygun davranılması gerekmektedir¹⁰¹. İşverenin kamera ile kaydettiği veriler, hassas veri niteliğindedir. KVKK mad. 6'e göre özel nitelikli kişisel veriler, açık rıza olmaksızın işlenemez. Bu verilerin işçinin açık rızası olmadan işlenebilmesi, kanunda buna yönelik bir düzenlemenin varlığına bağlıdır¹⁰².

Anayasa'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir". KVKK mad. 6/2'ye göre de, özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Sağlık ve cinsel yaşam dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel yaşama ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında

M. (2017). s. 1033 vd.

¹⁰⁰ Süzek, S. (2020). s. 406; Okur, Zeki (2011). s. 373; Aksoy, H. C. (2010). s. 1; Manav, A. E. (2015). s. 97.

¹⁰¹ Gürsel, İ. (2016). s. 368 vd.; Dursun Ateş, S. (2019). s. 615.

¹⁰² Küzeci, E. (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 400.

bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir (m. 6/3). Buna göre, tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, özel nitelikli kişisel veriler de şartları bulunduğunda sınırlandırılabilir¹⁰³.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5'inci maddesine göre "(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

- a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.
- b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.
- c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
- ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
- e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işleminin zorunlu olması.
- f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması."

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4'üncü maddesinde kanunun izin verdiği veya açık rızanın bulunması hâlinde dahi işverenin işçiye ilişkin kişisel verileri işleyebilmesinin hukuka uygun olması için maddede belirtilen ilkelerin de göz önünde bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Açık rızanın KVKK mad. 3/a'da belirtildiği üzere, "belirli bir konuya ilişkin", bilgilendirilmeye dayanan" ve "özgür iradeyle açıklanan" unsurlarını taşıması gerekir¹⁰⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçi aleyhine genel iş koşulundaki rızanın geçerliliği, genel iş koşulunun

¹⁰³ Oğuz, Ö. (2018). "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Çalışma Hayatına Yansımaları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 60, 1329-1350, s. 1344.

¹⁰⁴ Gürsel, İ. (2016). s. 194.

sözleşmenin eki hâline gelmesine bağlıdır. Bu nedenle, sözleşmenin yapılması sırasında genel iş koşulunda yer alan rızaya ilişkin hükmün içeriği ve sonuçları hakkında işçiye yeterli bilginin verilmesi ve işçinin bunu kabul etmesi gerekir¹⁰⁵.

Anayasa'nın 17'nci maddesine göre "kanunda yazılı hâller dışında vücut bütünlüğüne" dokunulamaz. Anayasa'nın 20'nci maddesinde ise, "kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranmayacağı" belirtilmiştir. Sözü edilen anayasal düzenlemelere rağmen, çalışma yaşamında işçilerin iş yerine giriş ve çıkışlarında üzerlerinin aranmasına sıkça rastlanmaktadır.

İşverenlerin işçilerin üstünü araması kanuni bir düzenlemeye dayandığında, işçilerin aramaya rıza gösterip göstermediği önem arz etmez. Öğretide kanuni bir düzenleme bulunmadığında işçinin üst aramasına rıza gösterebileceği ve bunun kişilik haklarını ihlal etmeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁶. Kanuna veya rızaya dayanılarak yapılan aramalarda belli kuralların göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre öncelikle eşitlik ilkesine dikkat edilmelidir. Diğer yandan, arama, işçileri tedirgin edecek ya da haysiyetlerini kıracak yahut gereğinden çok zaman alacak şekilde yapılmamalıdır¹⁰⁷.

İşçinin iş yerinde çalıştığı ofis, kullandığı çekmece ve dolabın mülkiyetinin işverene ait olması, ona bu alanlarda arama yetkisini vermez. Mülkiyeti işverene ait olsa bile gizlilik beklentisine yol açan bir durum söz konusu ise, işçinin ofisi, çekmece ve dolabı aranamaz¹⁰⁸. Kuşkusuz

¹⁰⁵ a.g.e. s. 201-202.

¹⁰⁶ Taşkent, S. (1981). s. 110; Ertürk, Ş. (2002). s. 126.

¹⁰⁷ Taşkent, S. (1981). s. 111.

¹⁰⁸ "Davacının istirahatli olduğu bir dönemde masasındaki çekmecelerinin aranması üzerinde de durulmalıdır. Genel olarak işçinin iş yerinde kullanımına özgülenen ofis, masa, dolap gibi alanların işveren tarafından aranması, işçinin özel yaşamına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu alanların aranması bir hukuka uygunluk sebebine dayanmalıdır...Somut olayda davalı işveren tarafından ibraz edilen Personel Yönetmeliğinin 5 'Çalışanların Sorumluluk ve Yükümlülükleri' başlıklı 5.2. maddesinin 'Görev ve Sorumluluklar' alt başlıklı 5.2.1. bölümünde aynen, 'Çalışanlara, DFHG tarafından tahsis edilen masa, dolap, etajer ve benzeri demirbaş üstünde/içinde sadece çalışma konuları ile ilgili dokümantasyon, kitap, dergi vb. muhafaza etmeleri; kendilerine ait şahsi eşyalarını hiç şekilde bu ortamda bulundurmamaları esastır. DFHG yönetimi söz konusu dolap, masa ve etajerleri gerekli görmesi hâlinde açtırma ve inceleme hakkına sahiptir' şeklinde düzenleme olduğu görülmüştür...iş yerinde uygulanmakta olan Personel Yönetmeliği uyarınca çekmecelerinin aranmaması noktasında davacı işçinin haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağı..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/1/2018 tarihli ve 2017/3017-2018/99 sayılı kararı.

işçinin rızası ile eşyasının aranması, özel yaşamına müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecektir. Ancak bu durumda aramanın işçinin huzurunda yapılması ve arama sırasında mümkün oldukça aramayı yapanın dışında işçinin belirleyebileceği bir kişinin hazır bulundurulması uygun düşer¹⁰⁹.

İşyerinin üstün yararı söz konusu olsa bile, kural olarak, işçinin üstü veya eşyası zor kullanılarak aranamaz¹¹⁰. İşçinin üst veya eşyasının zorla aranması TBK mad. 64/3'te belirtilen şartların bulunması hâlinde mümkün olabilir. Buna göre "Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa", zorla üstü aranabilir¹¹¹.

Yargıtay bir kararında parmak izi alınmasına rıza göstermeyen ve bu sebeple işe gelmeyen işçinin devamsızlığını fesih için geçerli neden kabul etmiştir¹¹². Kanımızca parmak izi, özel yaşam alanına giren önemli bir kişisel veridir. Bu verinin işlenmesini gerektiren haklı ve meşru sebepler ortaya konulmadan ve verinin muhafazası noktasında yeterli güvence verilmeden işçiden bu verinin istenmesi hukuka aykırıdır. İşçi iş görme edimini ifaya hazır olduğu hâlde iş yerine alınmaması işverenin temerrüdüne yol açar.

2. İşverenin Üstün Yararı veya Kamu Yararı

İşyerinde işçinin özel yaşam hakkına müdahaleyi gerektirecek üstün bir yararın varlığı ortaya çıkabilir. Bu durumda işçinin özel yaşam hakkı ile işverenin hak ve menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekir. Öğretide özel yaşam hakkına müdahaleyi gerektiren yararın da kişilik hakkı ile ilişkili olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹³. Bu nedenle, diğer işçilerin ve müşterilerin de yaşam hakkını ilgilendiren, iş yerinin korunması ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirleri alma ihtiyacı üstün bir yarar olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda işçinin rızasının alınması gerekmez¹¹⁴.

¹⁰⁹ Dursun Ateş, S. (2019). s. 560.

¹¹⁰ Sevimli, K. A. (2006). s. 221

¹¹¹ Aydın, U. (2002). s. 131.

¹¹² Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5/11/2014 tarihli ve 29315-30381 sayılı kararı.

¹¹³ Sevimli, K. A. (2006). s. 103.

¹¹⁴ Taşkent, S. (1981). s. 111-112 Sevimli, K. A. (2006). s. 218-219; Dursun Ateş, S. (2019). s. 553 vd.

Hırsızlığın önlenmesi, verimliliğin artırılması, üretim maliyetlerinin düşürülmesi gibi kişilik hakkı ile doğrudan ilintili olmayan yararların özel yaşam hakkı karşısında üstün bir yarar teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre ekonomik nitelikli menfaatler özel yaşam hakkına müdahaleyi gerektiren üstün bir yarar olarak kabul edilemez¹¹⁵. Ekonomik gerekçelerle iş yeri giriş ve çıkışlarının denetimi ve işçinin üst veya eşyasının aranması ancak işçinin rızası ile mümkün olabilir¹¹⁶. Diğer bir görüşe göre, kişilik hakkı ile ilişkili olmasa bile, her somut olayın özelliği çerçevesinde çatışan menfaatler arasında kurulacak bir denge kapsamında ekonomik yarar gereğiyle özel yaşama müdahale edilebilir¹¹⁷. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise bu durumda salt ekonomik nitelikli yarardan değil makul bir nedenin varlığı hâlinde sadakat borcu ve dürüstlük kuralı gereği işçiden özel yaşamına müdahale edilmesine rıza göstermesinin beklenip beklenilmeyeceğinin göz önünde bulundurulması gerekir¹¹⁸.

İşverenin üstün yararı veya kamu yararları gereğiyle işçinin özel yaşamına müdahale niteliğinde bazı uygulamalar aşağıda başlıklar hâlinde incelenecektir.

a. İşçinin Dış Görünümüne ve Kıyafetine Müdahale

İşçinin dış görünüşünü yansıtan giyim, sakal, bıyık, saç gibi fiziksel özellikleri kişilik hakkı ve özel yaşamı çerçevesinde kişisel özgürlükleri olarak değerlendirilmektedir¹¹⁹. Bununla birlikte, bazen işin niteliği sadece bazı şekillerdeki giysilerin kullanılmasını gerekli kılabilir. Başka bir anlatımla, işveren yönetim hakkı kapsamında işçinin dış görünümüne ve giyim tarzına yönelik kurallar getirebilir. Bu noktada işçinin kişilik hakları ile iş yeri menfaatlerinin çatışması söz konusu olmaktadır. Öğretide kabul edilen bir ölçüte göre yalnız iş için gerekli olan (işin doğruluk kuralına ve o işteki geleneklere uygun biçimde yürütülmesine ilişkin) önlemlerin alınması ve giysilerin kullanılmasına ilişkin talimatlar kişilik haklarına aykırı görülmez¹²⁰. İşçinin sağlığı, işin güven içinde yürütülmesi ve

¹¹⁵ Şahlanan, F. (2016), s. 107; Ertürk, Ş. (2002). s. 96-97; Dursun Ateş, S. (2019). s. 554; Erdoğan, C. (2017). s. 137.

¹¹⁶ Dursun Ateş, S. (2019). s. 554-555.

¹¹⁷ Gürsel, İ. (2016), s. 250.

¹¹⁸ Sevimli, K. A. (2006). s. 104.

¹¹⁹ Aydın, U. (2002). s. 111; Sevimli, K. A. (2006). s. 231.

¹²⁰ Taşkent, S. (1981). s. 92; Yargıtay şu kararı aynı yöndedir: "Davacı tanışınca da beyan edildiği üzere davalının davacının dini inancı gereği başını örtmesine uzun kollu giysi giymesine itirazı bulunmamaktadır. İtiraz noktası mağazada çalışan diğer personelin şirkete ait

hijyen gibi nedenler “iş için gerekli olan”ı karşılamaktadır. Özel kıyafetler, bot, maske, baret ve eldiven gibi koruyucu aletler, doğrudan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ile ilgili olduklarından bunlara ilişkin talimatlara uyulması zorunludur¹²¹. Sağlık, güvenlik ve hijyen dışında, havayolu hostesleri, otel personeli, restoran işçileri ve orkestra elemanları gibi çalışanların belli üniforma giymeleri kişilik hakları bakımından herhangi bir sakınca taşımamaktadır.

İş için gerekli olmadığı hâlde işverenin işçinin giyimine ve dış görünüşüne karışmaması gerekir. İşverenin, iş için gerekli olmayan giyim ve görünüşe ilişkin talimatları, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ve kişi özgürlüğüne saldırı niteliği taşır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmış olsa bile, bir kimsenin özgürlüklerinden feragat edemeyeceğini öngören TMK mad. 23/2 hükmü ve Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesi uyarınca kısmi butlan yaptırımını söz konusu olacaktır¹²².

b. İşçinin Din ve Vicdan Özgürlüğünün İhlali

Din ve vicdan özgürlüğü temel kişilik değerlerinden kabul edilmektedir¹²³. Anayasa’nın “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24’üncü maddesine göre “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14’üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz”. Türk iş hukukunda işçinin din ve vicdan özgürlüğü anayasanın belirtilen güvencesi altındadır. İş ilişkisinde işverenin emir ve talimatları ile işçinin din ve vicdan

markanın yazılı olduğu tişörtü giymesine rağmen davacının bunu giymemesidir. Gerçekten tüm personel söz konusu iş kıyafetini giyerken davacının bunu giymemesi, müşteriler açısından davacının mağaza çalışanı mı müşteri mi olduğu noktasında duraksamaya yol açabileceği gibi, diğer personel bunu yerine getirirken davacının buna aykırı hareket etmesi çalışanlar arasında uyumsuzluğa, çalışma barışının bozulmasına da yol açabilecektir. Davacının söz konusu davranışının iş yerinde olumsuzluğa yol açtığı iş yeri uygulaması hâline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna uyulmadığı açık olup fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Her ne kadar davalı taraf haklı feshe dayanmışsa da davacının söz konusu iş yeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında değerlendirilemeyeceğinden fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın bu nedenle reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalıdır...” Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2/3/2017 tarihli ve 2016/5475-2017/2968 sayılı kararı. Buna karşılık Yargıtay başka bir kararında işin niteliğine göre işçinin sakalını kesmemesini fesih için haklı neden kabul etmemiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 3/2/1984 tarihli ve 1984/343-1984/916 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/10/1987 tarihli ve 19878452-9106 sayılı kararı.

¹²¹ Taşkent, S. (1981). s. 92-93; Aydın, U. (2002). s. 112; Sevimli, K. A. (2006). s. 231-232; Dursun Ateş, S. (2019). s. 620-621.

¹²² Aydın, U. (2002). s. 117.

¹²³ Dursun Ateş, S. (2019). s. 630.

özgürlüğü kapsamındaki talep ve davranışlarının çatışması söz konusu olabilir. Belirtilmelidir ki, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne dayanarak kendisine verilen işi yerine getirmemesi için onun açısından gerçekten beklenemeyen bir durumun olması gerekir¹²⁴. Diğer yandan işçinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında işini aksatmadan ibadetlerini yerine getirebileceği; iş yeri sağlık ve güvenliğine zarar vermeden dini aksesuar ve kıyafetler giyebileceği kabul edilmektedir¹²⁵. İşveren, din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde istenen izinler konusunda yönetim hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranmalı, işçiyi koruma ve eşit davranma borcuna aykırı davranmamalıdır¹²⁶.

Türk iş hukukunda Anayasa'nın 24'üncü maddesi ile güvence altında bulunan din ve vicdan özgürlüğü kapsamında işçiye işe alınması sırasında dini inancı hakkında soru sorulamaz. Bununla birlikte, iş yeri bir din kurumu ya da din eğitimi veren bir kuruluş ise, işçi dini inancı ile ilgili sorulan sorulara doğru bir şekilde cevap vermek zorundadır¹²⁷.

İş Kanunu'nun 5'inci maddesine göre işçinin işe alınmasında, iş ilişkisinin düzenlenmesinde ve sözleşmenin sona ermesinde işçiler

¹²⁴ Taşkent, S. (1981). 112, 114; Ertürk, Ş. (2002). s. 138; Aydın, U. (2002). s. 141; Bayram, F. (2006). Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı* (ss. 11-48), Ankara: Plaka Matbaacılık, s. 34.

¹²⁵ Aydın, U. (2002). s. 142. "Cuma Namazı saatleri ile ilgili iş yerinde namaz saatlerinde davacı işçiye izin verildiği ve bunun 5 yılı aşkın bir süre devam ettiği, bir sorun yaşanmadığı, hatta öğlen arasının yaz-kış saat uygulamasına göre düzenlenerek buna imkân tanındığı dosya kapsamındaki taraf tanıklarının anlatımlarından anlaşılmaktadır. Davacı açısından bu tür çalışma şekli iş şartı hâline gelmiştir. İşverenin bu çalışma şeklini değiştirmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.maddesine aykırıdır. İşçi iş sözleşmesini iş şartlarındaki aleyhe değişikliği kabul etmeyerek iş yerini terk etmek sureti ile eylemli olarak feshetmiştir. Bu hâlde davacı kıdem tazminatına hak kazanır. Kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalıdır." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12/7/2011 tarihli ve 2009/13474-2011/23572 sayılı kararı. "Somut olayda dosya kapsamına ve özellikle davacı tanıklarının beyanlarına göre, davacının dava konusu otel iş yerinde kat görevlisi olarak çalıştığı, işveren vekilinin başörtülü olan davacı ve diğer kat görevlilerine başörtülerini çıkarmaları yönünde baskı yaptığı, başörtülerinden dolayı "bantlılar geliyor" şeklinde aşağılayıcı hitapta bulunduğu, görevleriyle ilgili bulunmadığı hâlde her hafta birisinin belli bir gazeteyi okuması ve özeti çıkarıp kendisine göndermesini istediği davacının bu sebeplerle iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere işçinin din ve inanç özgürlüğü, kişilik hakları kapsamında korunması gereken temel haklardır. Davalı işveren ayrımcılık yasağını ve davacı işçinin kişilik haklarını ihlal ettiği gibi, çalışma koşullarına da aykırı davranmıştır. Davacının bu nedenlerle yaptığı fesih haklıdır. Kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 7/10/2020 tarihli ve 3027-10966 sayılı kararı. Yargıtay başka bir kararında ise, işin akamasına yol açıp açmadığını değerlendirmeden, işverenin Cuma namazı için izin vermemesini, tüm çalışanlara eşit şekilde yapılan bir uygulama olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı bulmamıştır. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 31/1/2017 tarihli ve 2015/8730-2017/1000 sayılı kararı.

¹²⁶ Dursun Ateş, S. (2019). s. 639.

¹²⁷ Ertürk, Ş. (2002). s. 72.

arasında dini sebeplerle ayrımcılık yapılamaz. Öğretide bir görüşe göre dinsel gerekçeler devamsızlık için haklı mazeret olamaz. Ancak bunun aksinin sözleşmelerle kararlaştırılması mümkündür. İşçinin işini aksatmadan dinsel ibadetlerini yerine getirmesi (oruç, dua, namaz gibi) hijyen ve güvenliği zedelemeyen dinsel sembol ve takılar kullanması ya da görünümüne bürünmesi; ara dinlenmelerde ya da iş saatleri dışında ibadetlerini yerine getirmesi işveren bakımından haklı fesih nedeni olarak kabul edilemez¹²⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında rapor alarak hacca giden işçinin iş sözleşmesini haksız bulmuştur¹²⁹. Sözü edilen kararda şu gerekçeye yer verilmiştir: *“Davacı öğretmenin hacca gitme imkanını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle işgörme edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği dikkate alındığında, işçinin rapor alarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağıının kabulü mümkün görülmemektedir. İlk derece mahkemesince davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olmuştur.”*

c. İşçinin Düşünce ve İfade Özgürlüğünün İhlali

Düşünce ve ifade özgürlüğü, kişilik hakları içinde, manevi değerlere dâhil özgürlükler arasında yer almaktadır¹³⁰. Anayasa'nın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25'inci maddesine göre “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” Anayasa'nın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26'ncı maddesinde ise, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsar” hükmüne yer verilmiştir. İşçinin düşünce ve ifade özgürlüğü de kişilik değerleri arasındadır. İşçi bu özgürlüğünü iş yerinde de kullanma hakkına sahiptir¹³¹. Bununla birlikte, işçinin sahip olduğu ifade

¹²⁸ Aydın, U. (2002). s. 142.

¹²⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26/10/2017 tarihli ve 26242-16679 sayılı kararı.

¹³⁰ Kılıçoğlu, A. M. (2016). s. 317; Aydın, U. (2002). s. 142.

¹³¹ Okur, Z. (2006). “İş Hukukunda Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-İş Dergisi*, C. 8, S. 4, s. 41.

özgürlüğünü dilediği şekilde kullanması mümkün değildir. Zira her hak gibi, düşünce ve ifade özgürlüğünün de bir sınırı vardır. İşin, işçinin ve iş yerinin nitelikleri, çalışma barışı, işin özenle ifası ve sadakat borcu, söz konusu özgürlüğün sınırlandırılmasını gerektirebilir¹³². İşçi düşüncelerini açıklarken işini kötü ifa etmemeli, sadakat borcuna riayet etmelidir¹³³. İşçi, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında işveren ve işletme hakkındaki olumsuzluklara ilişkin eleştiri niteliğinde açıklamalarda bulunabilir¹³⁴. Bununla birlikte, eleştiri hakkı, işverenin ekonomik varlığını tehdit edici, iş çevresindeki itibarını zedeleyici nitelikte kullanılamaz¹³⁵. Başka bir anlatımla, işverenin kişilik hakkına saldırı teşkil eden veya sadakat borcuna aykırı olan açıklamalar eleştiri hakkı kapsamında değerlendirilemez¹³⁶. Ayrıca gerçeğe aykırı veya haksız eleştiriler düşünce ve ifade özgürlüğü güvencesinden yararlanamaz¹³⁷. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde, "işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması" hâlinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhâl feshedebileceği düzenlenmiştir.

Twitter, Facebook, Instagram, Youtube, LinkedIn vb. sosyal medya araçları, sosyal ilişkilerin kurulduğu ve geliştirildiği, çoğunlukla kişisel veri niteliğindeki kişilik değerlerine ilişkin bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşıldığı, düşünce ve ifade özgürlüğünün kullanıldığı bir alandır¹³⁸. İşçinin bu alanda bilgi paylaşımında bulunması veya düşüncelerini ifade etmesi özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁹. Bu nedenle işverenin müdahalesi kural olarak hukuka aykırı kabul edilir. Bununla birlikte, işçinin sosyal medya üzerinden işveren veya işletme hakkındaki

¹³² Dursun Ateş, S. (2019). s. 644; Çelik, K. D. (2019). *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 37 vd.; Baybora, D. (2017). "Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 56, s. 1726.

¹³³ Okur, Z. (2006). s. 58; Dursun Ateş, S. (2019). s. 646.

¹³⁴ Öktem Songu, S. (2011). s. 1067; Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5/5/2016 tarihli ve 2015/8023-2016/13598 sayılı kararı.

¹³⁵ Çelik, K. D. (2019). s. 45.

¹³⁶ Ertürk, Ş. (2002). s. 120.

¹³⁷ Dursun Ateş, S. (2019). s. 647.

¹³⁸ Savaş Kutsal, F. B., Kolan, Ş. (2019). "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İş yeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 62, s. 495.

¹³⁹ Savaş Kutsal, F. B., Kolan, Ş. (2019). s. 495-496

bilgi ve çalışma koşulları ile ilgili yaptığı açıklamalar iş yerinin itibarına zarar verme ihtimali, sadakat borcuna aykırılık ve eleştiri boyutunda kalıp kalmadığına göre değerlendirilir¹⁴⁰.

İşçi ifade özgürlüğünü şikâyet hakkını kullanarak da gerçekleştirebilir. Anayasa'nın 40'ıncı maddesine göre "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir". Anayasa'da hak arama özgürlüğü yargısal başvuru yolu ve dilekçe hakkı olarak düzenlenmiştir. Yargısal başvurunun temelini teşkil eden Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlığını taşıyan Anayasa'nın 74'üncü maddesine göre ise, "Vatandaşlar ve karşılıklı esas gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir... Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir." Dilekçe hakkının nasıl kullanılacağı 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da düzenlenmiştir. İşçinin hak arama özgürlüğü kapsamında şikâyet hakkını kullanması, işveren açısından sözleşmenin feshi için haklı neden teşkil etmez¹⁴¹. Bununla birlikte şikâyet hakkının dürüstlük kurallarına uygun kullanılması gerekir¹⁴².

Türk iş hukukunda işçinin kişilik hakları içinde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü, sadece derhâl fesih sebepleri olarak ve dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁴³. İş Kanunu'nun 24/II-b hükmüne göre işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde

¹⁴⁰ Savaş Kutsal, F. B., Kolan, Ş. (2019). s. 507-508; Dursun Ateş, S. (2019). s. 651.

¹⁴¹ "857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.c maddesi uyarınca işçinin 'Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmasının' geçersiz fesih nedeni olarak düzenlenmesi karşısında davacının 'işverenin faaliyetleri hakkında BİMER'e şikâyet dilekçesi yazarak kendi durumu ile ilgili sıkıntıları ve firmanın davranışlarını ihbar etmesi, kendisinin firmadaki durumu ile firmanın yaptıklarını dile getirerek ilgili kamu otoritelerinden yardım isteme mahiyeti taşıması' nedeni ile idari açıdan hak aradığı, kullandığı ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı, feshin bu nedenle geçersiz olduğu anlaşılmakla..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26/10/2017 tarihli ve 2017/26242-2017/16679 sayılı kararı.

¹⁴² Çelik, K. D. (2019). s. 49-50.

¹⁴³ Aydın, U. (2002). s. 156.

sözler söylemesi, 24/II-c bendine göre işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunması, işçi bakımından haklı nedenle fesih sebebidir.

d. İşyerinde Haberleşme Araçlarının İzlenmesi

İşveren yönetim hakkı kapsamında iş yerindeki bilgisayar, internet ve e-postanın özel amaçlı olarak kullanılıp kullanılmayacağını ve kullanmaya ilişkin kuralları belirleyebilir¹⁴⁴. Ayrıca işveren, işçilerin iş yerinde internet kullanmalarını süre ve site itibariyle sınırlama yoluna gidebilir¹⁴⁵. İşveren bilgisayar, internet ve e-postanın özel amaçlı olarak kullanılabilmesine açıkça veya örtülü olarak izin verebilir¹⁴⁶. Bir görüşe göre sözleşmede işçinin iş yerindeki bilgisayarı, interneti ve telefon görüşmelerini iş saatleri içerisinde ya da dışında özel amaçlı olarak kullanıp kullanılmayacağı yönünde bir düzenleme yoksa, işçi özel kullanımda bulunamaz¹⁴⁷. Zira iş yerinde bilgisayar, internet ve telefon kural olarak işin görülmesi amacıyla bulundurulmaktadır. Buna rağmen özel kullanım nedeniyle iş sözleşmesinin feshi için, özel amaçlı kullanımın kesin olarak yasaklanmış olması, işçinin bu kullanım nedeni ile iş görme borcunu önemli ölçüde ihmal etmesi, önemli bir maliyet kaydının ortaya

¹⁴⁴ Şahlanan, F. (2016). s. 106; Okur, Z. (2005). "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi", *Kamu-İş Dergisi*, C. 8, S. 2, s. 52-53; Okur, Z. (2016). "Yeni Teknoloji ve İş Hukuku", *Çimento İşveren Dergisi*, C. 20, S. 3, s. 4-5; Bayram, F. (2014). "İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma-Cyberloafing)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan - Özel Sayı, s. 166; Öktem Songu, S. (2011). s. 1060; Küzeci, E. (2019). s. 395-396; Dönmez, U., Okutan, B. (2019). *Yargıtay Kararları İşçimde Sosyal Medya ve İş İlişkisi*, İstanbul: Legal Yay., s. 21; Özdemir, H. (2010). "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2, s. 237.

¹⁴⁵ Özdemir, E. (2008). "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkilerine Etkisi Üzerine", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.10, 13-24, s. 19-20; Okur, Z. (2016). s. 10; Gürsel, İ. (2016). s. 380-381; Dursun Ateş, S. (2019). s. 570 vd. Öğretide internetin mesai saatleri içinde özel amaçlı kullanımı "sanal kaytarma" ya da "siber kaytarma" olarak ifade edilmektedir. bkz. Özkalp, E., Aydın, U., Tekeli, S. (2013). "Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri", *Çimento İşveren Sendikası Dergisi*, C. 26, S. 2, s. 22; Dönmez, U., Okutan, B. (2019). s. 21; Bayram, F. (2014). s. 167.

¹⁴⁶ Keser, H. (2019). "İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi İle İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 62, 2019, 445-490, s. 464; Yiğit, Y. (2010). "İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, s. 180; Özdemir, H. (2010). s. 238; Gürsel, İ. (2016). s. 387. Nitekim Yargıtay da bir kararında, iş yerindeki bilgisayarın özel amaçlı kullanılmasını bilmesine rağmen en az altı ay boyunca ses çıkarmamasını, buna örtülü izin verildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17/3/2008 tarihli ve 2007/27583-2008/5294 sayılı kararı.

¹⁴⁷ Okur, Z. (2005). s. 53.

çıkması ve işçinin önceden uyarılmış olması gerekir¹⁴⁸. Diğer bir görüşe göre işveren tarafından açıkça yasaklanmamışsa iş görme borcunu aksatmamak kaydıyla, işçinin interneti özel amaçlı kullanması mümkün olmalıdır¹⁴⁹. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre iş yerinde bilgisayar ve internetin özel amaçlı kullanılması tamamen yasaklanamaz. Bu tür bir yasağın üretim ve verimliliği olumsuz etkilememek kaydıyla özel amaçlı kullanımı kapsamaması gerekir¹⁵⁰. Çalışma barışı açısından uygun olan, özel kullanım şartlarına ilişkin düzenlemelerin önceden hazırlanması ve işçiye bildirilmesidir¹⁵¹.

İşyerinde özel amaçlı internet kullanımına izin verilmesi işçiye sınırsız bir kullanım hakkı vermez. İşçi bu hakkı, iş görme borcunu aksatmadan kullanabilir¹⁵². İnternetin özel amaçlı kullanımı, işçinin iş görme borcunu gereği gibi ifa etmesine engel olacak boyuta varmışsa bu durum iş sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli neden teşkil edebilir¹⁵³. İşveren belirlediği kurallara uyulup uyulmadığını kontrol ederken verilerin korunmasına ve kişilik haklarına dikkat etmelidir. İşveren tarafından sağlanmış bulunan e-posta adresi üzerinden yapılan iletişimin denetiminde, öncelikle işçinin göndermiş olduğu ya da almış olduğu maillerin trafik verileri kontrol edilmelidir. Yapılan kontrolde iş için verilen e-postanın içerik denetimi de yapılabilir¹⁵⁴.

Facebook ya da Twitter gibi hesapların kontrolünde bunların açık hesap olup olmadıkları önem arz eder. Whatsapp gibi yalnızca bir arkadaş

¹⁴⁸ Okur, Z. (2005). s. 53; Keser, H. (2019). s. 463.

¹⁴⁹ Öktem Songu, S. (2011). s. 1061.

¹⁵⁰ Özdemir, E. (2008). s. 18; Uncular, S. (2014). s. 257; Dönmez, U., Okutan, B. (2019). s. 22. İşyerinde internet kullanımına ilişkin yasağın acil durumlarda özel amaçlı kullanımı kapsamadığı hakkındaki görüş için bkz. Okur, Z. (2016). s. 55.

¹⁵¹ Gürsel, İ. (2016). s. 382-383.

¹⁵² Öktem Songu, S. (2011). s. 1061; Dursun Ateş, S. (2019). s. 576.

¹⁵³ Bayram, F. (2014). s. 168. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 5/2/2007 tarihli ve 2006/30107-2007/2011 sayılı ve 4/5/2009 tarihli ve 2008/3630-2009/12393 sayılı kararları. Yargıtay başka bir kararında ise, iş yerinde internetin özel amaçlı kullanılmasına ilişkin açık yasağa rağmen, internetin özel amaçlı kullanılmasının iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17/3/2008 tarihli ve 2007/27583-20085294 sayılı kararı.

¹⁵⁴ Okur, Z. (2016). s. 9; Erdoğan, C. (2017). s. 90. "İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp işverene hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasanın 25 II-b maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13/12/2010 tarihli ve 2009/447-2010/37516 sayılı kararı.

grubu tarafından görülebilen paylaşımlar, özel yaşam kapsamındadır¹⁵⁵. Bu hesapların kontrol edilmesi ve bu suretle elde edilen delillerin kullanılması hukuka aykırıdır. Buna karşılık korumalı olmayan yani açık hesaplarda paylaşılan bilgiler, özel yaşama değil ortak alana dâhil olduklarından kontrol edilebilmesi ve buradan elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkündür¹⁵⁶.

e. İşçinin Gözetlenmesi

İş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin korunması veya çalışma düzeninin denetimiamacıyla kamera ile gözetleme yapılabilir¹⁵⁷. Kamera ile gözetleme, açık veya gizli şekilde yapılabilir. Açık gözetleme yönteminde, kamera iş yerinde herkes tarafından görülebilecek bir yere konulmaktadır. Kural olarak, bu yöntem de hukuka aykırı ise de, işçinin sadece belirli yerlerde gözetlenip diğer yerlerde gözetlenmediğini bilmesi nedeniyle yöntemin hukuka uygun olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁸. Diğer bir görüşe göre işçilere kişisel işlerini yapabilecekleri yer ve zaman ayrılmadan çalışma süresi boyunca kamera ile açık gözetleme yöntemi hukuka aykırıdır. İşçilerin ne kadar süre ile gözetlenebileceği, her olayda ulaşılmak istenen amaca uygun olmalıdır¹⁵⁹. Gizli gözetleme yönteminde, işveren kamerayı işçilerin göremeyeceği bir yere koymakta ve işçilerin bilgisi dışında gözetlenmeleri sağlanmaktadır. Gizli gözetleme kişilik

¹⁵⁵ "Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içerisinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve 3. kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Somut uyuşmazlıkta, Whatsapp konuşmaları gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğundan, salt nasıl temin edildiği anlaşılabilen bu yazışmalara dayanılarak iş akdinin feshi haksız olup, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10/1/2019 tarihli ve 2018/10718-2019/559 sayılı kararı.

¹⁵⁶ Erdoğan, C. (2017). s. 95. "Davalı alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye "... adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı hâlde ortak arkadaşların olması nedeniyle gördüğü resmini beğenmesi ve " çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte satışa niteliğinde olup olayın iş yerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10/3/2016 tarihli ve 2015/43589-2016/6048 sayılı kararı.

¹⁵⁷ Ertürk, Ş. (2002). s. 86; Gürsel, İ. (2016). s. 365.

¹⁵⁸ Dursun Ateş, S. (2019). s. 614.

¹⁵⁹ Aydın, U. (2002). s. 206; Okur, Z. (2011/2). *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme*, İstanbul: Legal Yay., s. 121-122; Manav, A. E. (2015). s. 124; Gürsel, İ. (2016). s. 372-373; Erdoğan, C. (2017). s. 113.

hakkına ağır müdahale teşkil etmektedir. Bir görüşe göre gizli kamera ile ses ve görüntü kaydının alınması hukuka aykırı bir amaca yönelik olmasa bile kişilik hakkı ihlali sayılmalıdır¹⁶⁰. Bu nedenle işverenler, işçilere karşı gizli gözetleme yöntemine başvurmamalıdır¹⁶¹.

İşveren üstün kamu yararından hareketle özel yaşam hakkına müdahale edebilir. Bununla birlikte, Anayasa'da belirtilen ve yalnızca kamu otoriteleri tarafından belirli koşullarda dikkate aldıkları kamu yararı ölçütü, işveren bakımından geçerli olmayabilir. Özellikle hâkim kararını veya yetkili merciin emrini gerektiren müdahalelerde bu durum daha belirgindir¹⁶².

3. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

İşçi-işveren ilişkisinde işçinin özel yaşamına müdahaleye yol açan uygulamaların çoğunlukla kanunun verdiği yetkiden kaynaklandığı söylenebilir. Bu noktada özel yaşama müdahalede hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza daha çok iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417.maddesinin ikinci fıkrasına göre *"İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü tedbirlere uymakla yükümlüdür."* hükmüne yer verilmiştir. Maddede işçinin iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan tedbirlere uymakla yükümlü tutulması karşısında, bu amaçla özel yaşamına yapılan müdahaleye işçinin rıza göstermemesinin bir önemi bulunmamaktadır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik koşullarının iyileştirilmesi için işveren bakımından yükümlülük ve sorumluluk öngörmekle birlikte, aynı zamanda yetki de vermektedir. Örneğin, Kanun'un 15'inci maddesi uyarınca işveren, çalışanların iş yerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar; işe girişlerinde ve iş değişikliğinde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır.

¹⁶⁰ Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2009). s. 145; Gürsel, İ. (2016). s. 373. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 26/10/2007 tarihli ve 2006/13723-2007/13089 sayılı kararı.

¹⁶¹ Şahlanan, F. (2016). s. 107; Özdemir, H. (2010). s. 244-245; Erdoğan, C. (2017). s. 113-114.

¹⁶² Sevimli, K. A. (2006). s. 105.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30'uncu maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çeşitli yönetmelikler çıkarılmıştır. Bu yönetmeliklerin pek çoğunda işverene iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işçinin özel yaşamına müdahaleye yol açan yetkiler verilmiştir. Örneğin, Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliğin¹⁶³ 12'nci maddesine göre tehlikeli kimyasal maddelere maruz kalan çalışanların sağlık durumları kontrol edilir ve sürekli sağlık gözetimi altında tutulur. Yine Tozla Mücadele Yönetmeliğinin¹⁶⁴ 10'uncu maddesine göre her çalışan için sağlık kaydı tutulur. Yönetmeliğin 12'nci maddesinde ise, bu yönetmelik kapsamına giren işyerlerinde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15'inci maddesinde öngörülen durumlarda ve iş yeri hekimince belirlenen sıklıkta çalışanların akciğer radyografilerinin çekileceği düzenlenmiştir.

İşverenin kanun ve yönetmelikler uyarınca görev ve yetkisi kapsamında aldığı tedbirlerin işçinin özel yaşamına müdahalesi, TMK mad. 24/2'de belirtilen "kanunun verdiği yetkinin kullanılması" çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirlerin alınması konusunda işverene bir yetki veren kanuni bir düzenleme söz konusu olmasa bile, diğer işçiler ve müşterilerin kişilik haklarının korunması bakımından üstün bir yarar söz konusu olduğundan, işverenin bu amaçla özel yaşama müdahalesini hukuka uygun kabul etmek gerekir¹⁶⁵.

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun¹⁶⁶'unun 3'üncü maddesi uyarınca işverenler, iş yerinin korunması amacıyla valilikten izin alarak kendileri özel güvenlik görevlisi çalıştırabilecekleri gibi, bu konuda özel güvenlik şirketlerinden hizmet satın alabilirler. İşyerindeki güvenlik hizmetlerinin özel güvenlik elemanları vasıtasıyla sağlanması isteğe bağlı olup, güvenlik hizmetleri ister doğrudan istihdam edilen güvenlik görevlileri eliyle ister alt işveren aracılığıyla gerçekleştirilsin, işçilerin üst ve eşyalarının aranması hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına bağlıdır. Başka bir anlatımla, iş yerinde güvenlik görevlisi bulundurulması tek başına özel yaşama müdahale yetkisini vermez¹⁶⁷.

¹⁶³ RG: 12/08/2013, S. 28733.

¹⁶⁴ RG: 05/11/2013, S. 28812.

¹⁶⁵ Aydın, U. (2002). s. 129; Sevimli, K. A. (2006). s. 107.

¹⁶⁶ RG: 26/06/2004, S. 25504.

¹⁶⁷ Sevimli, K. A. (2006). s. 224.

D. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMINA MÜDAHALEDE TEMEL İLKELER

Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerden herhangi birisinin mevcut olması, tek başına özel yaşam hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun hâle getiremeyebilir. Bu noktada müdahaleyi sınırlandıran bazı temel ilkelerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi hâlde özel yaşam hakkına hukuka aykırı müdahale söz konusu olur. Aşağıda özel yaşam hakkına müdahalede dikkate alınması gereken temel ilkeler ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

1. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektiren amaca ulaşmak için sınırlandırmanın ne ölçüde yapılması gerektiğini belirleyen temel bir araçtır¹⁶⁸. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında göz önünde bulundurulacak hususlardan biri olarak ölçülülük ilkesi, özel hukukta da uygulanır¹⁶⁹. Söz konusu ilke, hedeflenen amaç ile kullanılan araç arasında yapılan makul bir orantı bulunmasını ifade eder. Bu nedenle her somut olayda karşı karşıya gelen ve hukuki olarak korunan iki değer karşılaştırılması gerekir¹⁷⁰.

Özel yaşam hakkına yapılan müdahale de ölçülülük ilkesi kapsamında uygunluk, gereklilik ve orantılılık ilkeleri bakımından hukuka uygunluk denetimine tabidir¹⁷¹. Bu bağlamda, özel yaşam hakkına müdahale amacı ile uygulanan yöntem arasında makul ve kabul edilebilir bir orantı bulunmalıdır¹⁷². Ayrıca, özel yaşama müdahalede bulunmaksızın amaca ulaşmanın mümkün olup olmadığı belirlenmeli, daha sonra varsa birden fazla seçenek arasından özel yaşam hakkını en az düzeyde ihlal eden yöntemin seçilip seçilmediği ortaya konulmalıdır. Örneğin, detektör ve benzeri araçlarla arama yapma imkânı varken elle arama yapılmasında ölçülü davranıldığı söylenemez. İşçilerin üstlerinin elle aranması, en son

¹⁶⁸ Metin, Y. (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük ilkesi Evrensel Bir Anayasal ilke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, s. 4; Ugan Çataalkaya, D. (2019). s. 30-31.

¹⁶⁹ Alp, M. (1999). "Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukuku'nda Özellikle Hizmet Aksinin Feshinde Uygulanması", *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, Ocak 1999/12, C. 17, S. 205, s. 1519-1534; Okur, Z. (2011/2). s. 105-106; Ugan Çataalkaya, D. (2019). s. 54. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15/10/2007 tarihli ve 1615-30228 sayılı kararı.

¹⁷⁰ Yıldız, G. B. (2013). "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, s. 682.

¹⁷¹ Metin, Y. (2017). s. 60; Erdoğan, C. (2017). s. 144-145.

¹⁷² Öktem Songu, S. (2011). s. 1079.

başvurulacak yöntem olmalıdır¹⁷³. Mesainin takibi veya iş yeri güvenliği amacıyla giriş çıkışlarda manyetik kartla denetleme yerine biyometrik kontrol yönetimine başvurulması uygun düşmez¹⁷⁴. Kamera ile gözetleme uygulaması ile amaca ulaşmak mümkün olduğu hâlde, aynı zamanda ses kaydının da alınması uygun değildir¹⁷⁵. Bunun gibi, üst aramasının kendi cinsiyetinden biri tarafından yapılması da ölçülülük ilkesinin gereğidir¹⁷⁶.

Fransız yargı kararlarında örneğin “işçinin iş yerindeki dolabının ondan habersiz ve yokluğunda kontrol amaçlı açılmasının ancak iş sağlığı ve güvenliğinin zorunlu kıldığı durumlarda”, “tehlikeli makineleri kullanan veya tehlikeli malzemelerle çalışan işçilere alkol testi yapılmasının ancak disiplin amaçlı değil sağlık veya güvenlik amaçlı olması hâlinde”, “üst aramasının ancak iş yerinde eşya kaybı nedeniyle, işçinin onayı ve iş yerindeki işçilerin belli bir kısmının huzurunda gerçekleştirilmesi veya iş yerinde hırsızlık yapılabileceğine ilişkin özel riskler bulunmaktaysa dedektör aracılığıyla veya bir kişinin tanıklığında, üstü aranan işçinin onuru veya özel yaşamının gizliliğine zarar verilmeyecek şekilde yapıldığı takdirde” hak ihlali sayılmayacağı ölçülülük kriteri çerçevesinde kabul edilmiştir¹⁷⁷.

Haklı nedenlerin varlığı hâlinde işveren, iş yeri ve işçilerini video kamera ile gözetleyebilir. Ancak başka bir denetim yöntemine başvurulması mümkün ise, gözetleme yoluna gidilmemelidir. Başka bir anlatımla, işverenin ulaşmak istediği amaca başka bir yöntemlerle ulaşılması mümkün ise, video ile gözetleme yoluna başvurmak hukuka aykırı olacaktır¹⁷⁸. Kamera ile gözetlemenin gerekli olup olmadığı değerlendirilirken işçinin kişilik haklarına daha az müdahaleye yol açacak bir yöntemin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁷⁹. Diğer yandan, işçi bilgilendirilmiş olsa dahi, dinlenme alanları, giyinme ve soyunma, tuvalet ve yemekhane bölümlerinde işçilerin kamera ile gözetlenmesi özel yaşama haksız müdahale niteliğinde kabul edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷³ Sevimli, K. A. (2006). s. 110; Dursun Ateş, S. (2019). s. 556-557.

¹⁷⁴ Gürsel, İ. (2016). s. 262.

¹⁷⁵ Dursun, Y. (2021). s. 103.

¹⁷⁶ Bayram, F. (2006). s. 28.

¹⁷⁷ Bkz. Elbir, N. (2020). *Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Yetkin Yay., s. 241.

¹⁷⁸ Erdoğan, C. (2017). s. 118.

¹⁷⁹ Gürsel, İ. (2016). s. 367.

¹⁸⁰ Gürsel, İ. (2016). s. 371; Çil, Ş. (2021). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*, Ankara: Yetkin Yay., s. 1589.

Müdahalenin ulaşılmak istenen amaca yönelik olması ve bireysel nitelik taşıması da ölçülülük ilkesinin gereğidir. Özel yaşama müdahaleyi gerektiren neden, hangi işçileri ilgilendiriyorsa uygulamanın yalnızca onları hedef alması gerekir¹⁸¹. Bu açıdan, örneğin, bulaşıcı bir hastalığa yakalanan bir işçi ile teması bulunanların yanında teması bulunmayanların da karantinaya tabi kılınması hukuka aykırı bir müdahale niteliğinde olur. Bunun gibi, bulaşıcı bir hastalık için yapılan test, sadece o hastalığın tespiti amacıyla yapılmalı, genel bir sağlık taramasına dönüştürülmemelidir¹⁸². Çalışanlara uygulanan alkol ve uyuşturucu testleri, HIV testi, psikolojik ya da genetik testler değişik nedenlerle işçinin özel yaşamına müdahale olarak kabul edilebilmektedir. Nitekim testin yapılabilmesi için işçiden beden sıvısı örneği alınması, kişinin gizli kalmasını istediği sağlık verilerinin yapılacak test sonucunda ortaya çıkması gibi hususlar özel hayata müdahale oluşturmaktadır¹⁸³. Bu çerçevede de ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4'üncü maddesinde de kişisel verilerin ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda belirtilen yöntem ve kurallara uygun olarak işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olmalı, doğru ve gerektiğinde güncel olmalı, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalı ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir.

2. Eşitlik İlkesi

Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, yalnızca kamu hukukuna ilişkin bir kurum olmayıp, özel hukuk ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulan temel bir ilkedir¹⁸⁴. Anayasal eşitlik ilkesi, iş hukukunda "eşit davranma ilkesi" olarak uygulama alanı bulmaktadır¹⁸⁵. Eşit davranma ilkesi, "objektif ve haklı

¹⁸¹ Sevimli, K. A. (2006). s. 110.

¹⁸² a.g.e. s. 111.

¹⁸³ Çetin, E. (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On iki Levha Yay., s. 191-192.

¹⁸⁴ Ulucan, D. (2013). "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, s. 372; Yıldız, G. B. (2008). *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yay., s. 65.

¹⁸⁵ Tuncay, A. C. (1982). *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.,

nedenlerin ışığında işverene işçilerine karşı gerektiğinde eşit gerektiğinde farklı davranma borcu yükleyen kurallar bütünüdür¹⁸⁶.” Başka bir anlatımla, eşit davranma ilkesi, işverenin aynı niteliklere sahip, aynı ya da benzer işlerde çalışan işçiler arasında farklı davranmamasıdır¹⁸⁷. Eşit davranma borcunun fonksiyonlarından biri iş yerinde çalışanlar arasında adil çalışma koşullarının sağlanması ve böylece çalışma barışının tesisidir¹⁸⁸. Gerçekten, “Diğer işçiye oranla kendisine daha kötü davranıldığını sanmak veya bilmek kadar işçinin adalet duygusunu zedeleyen pek az şey vardır¹⁸⁹.”

İş Kanunu'nun 5'inci maddesine göre “İş ilişkisinde, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapamaz... İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ve dolaylı farklı işlem yapmaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” Buna göre, farklı davranmayı haklı kılan bir neden bulunmadıkça, iş ilişkisinin kurulmasında, sözleşmenin devamında ve sona ermesinde işçiler arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Özel yaşam hakkına müdahalede eşitlik ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu açıdan işverenin eşit davranma yükümlülüğü, işverenin sözleşme özgürlüğünü ve yönetim hakkını sınırlar¹⁹⁰.

Bir görüşe göre eşitlik ilkesine aykırı bir uygulamanın bulunması, aynı hakkın kullanılması noktasında kural olarak diğer işçi veya işçilere talep hakkı vermez. Örneğin, bir kısım işçilere cuma günü camiye gitme

s. 9; Ertürk, Ş. (2002). s. 96; Yuvalı, E. (2012). *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 36.

¹⁸⁶ Ertürk, Ş., Gürsel, İ. (2011). İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi, içinde Baştzeri, Süleyman (Der.), *Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan* (ss. 425-458), C. I, İstanbul: Beta Yay., s. 427.

¹⁸⁷ Yıldız, G. B. (2008). s. 65.

¹⁸⁸ Yuvalı, E. (2012). s. 39.

¹⁸⁹ Tuncay, A. C. (1982). s. 107. Yargıtay da bir kararında konu ile ilgili şu ifadelerle yer vermiştir: “İşveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekte de yükümlüdür.” Ayrıca bkz. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 14/5/2014 tarihli ve 5708-10806 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10/12/2018 tarihli ve 3767-22771 sayılı kararı.

¹⁹⁰ Ulucan, D. (2013). s. 373; Ertürk, Ş. (2002). s. 108; Yıldız, G. B. (2008). s. 168, 207 vd.

izni, diğer işçilere bu yönde izin talep hakkı vermez. İşçinin temel hakkı kapsamına giren ihtiyaçları ile birlikte işverenin işletmeden kaynaklanan durumu da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁹¹.

Eşit davranma ilkesi, yönetim hakkını sınırlandırır¹⁹². İşveren yönetim hakkını kullanırken farklı davranmayı haklı kılan bir neden olmadıkça işçilerine farklı davranmamalıdır. İşçilerin kişilik hakkı kapsamındaki görüntü ve ses üzerindeki haklarına müdahalede işçilere eşitlik ilkesine uygun davranılmalıdır¹⁹³. İşverenin, ayrımı haklı kılan bir neden olmamasına rağmen, kamera ile gözetleme uygulamalarında işçilere eşit davranmaması hâlinde eşitlik ilkesinin ihlali ve dolayısıyla işçinin özel yaşamına haksız bir müdahale söz konusu olur¹⁹⁴. Bunun gibi, haklı bir neden bulunmadığı hâlde, iş yerinde aynı durumda olan bir grup işçinin üst ve eşyalarının aranması eşit davranma ilkesine aykırıdır. İşyerinde ekonomik değeri yüksek malları korumak amacıyla yalnızca bu mallara erişim imkânı olan işçilerin giriş ve çıkışlarda denetime tabi tutulması, üst veya eşyalarının aranması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. Önemli olan denetim ve arama uygulamasına tabi tutulacak işçi grubu arasında ayırım yapılmamasıdır¹⁹⁵. Buna karşılık, sadece araç sürücülerine alkol testinin yapılmasında, farklı davranmayı haklı kılan bir neden söz konusu olduğundan, eşit davranma borcunun ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir¹⁹⁶.

3. Şeffaflık İlkesi

Şeffaflık ilkesi gereğince işçinin özel yaşamına yapılan her türlü müdahaleden önceden haberdar edilmesi, müdahalenin amacı, kapsamı ve yöntemi hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir¹⁹⁷. İşçinin özel yaşamına müdahale niteliğindeki uygulama süreçleri saydam bir şekilde yürütülmeli; gerekçesi ne olursa olsun gizli yapılmamalıdır¹⁹⁸.

¹⁹¹ Ertürk, Ş. (2002). s. 109.

¹⁹² Süzek, S. (2020). s. 83.

¹⁹³ Bayram, F. (2006). s. 27; Gürsel, İ. (2016). s. 368 vd.

¹⁹⁴ Dursun, Y. (2021). s. 104

¹⁹⁵ Sevimli, K. A. (2006). s. 219; Dursun Ateş, S. (2019). s. 557.

¹⁹⁶ Sevimli, K. A. (2006). s. 88.

¹⁹⁷ Özdemir, E. (2008). s. 21; Uncular, S. (2014). s. 133. Yargıtay da bir kararında, işçinin bilgisi olmadan işçinin bilgisayarına yerleştirilen klavye yakalayıcısı adı verilen bir program yoluyla kişisel verilerine ulaşılmasını ve bu verilerin iş sözleşmesinin feshinde sebep olarak belirtilmesini haklı bulmamıştır. Bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 7/5/2019 tarihli ve 2017/21857-2019/9884 sayılı kararı.

¹⁹⁸ Öktem Songu, S. (2011). s. 1076.

Ayrıca işçiye kendisi hakkında elde edilen bilgilere ulaşma ve itiraz hakkının tanınması gerekir¹⁹⁹.

Çalışanların iş yerinde izlenmesi ancak meşru bir amaca dayanıyorsa bu amacın gerekliliklerini aşmayacak biçimde uygulanması ve işçilerin bilgilendirilmesi hâlinde hukuka uygun kabul edilebilir. Kamera ile gözetleme ya da görüntünün yanı sıra konuşmaların kayda alınması hâlinde özel hayata ağır bir müdahaleden söz edilebilir²⁰⁰. Kamera ile gözetlemede bilgilendirme yükümlülüğünün²⁰¹ kapsamı, gözetleme faaliyetinin amacı, süresi, uygulanma şekli, denetleyen kişinin kimliği, elde edilen kayıtların kullanılma biçim ve şartları, kameraların yerleştirildiği alanlar, kamera sayısı ve kayıtlara erişim gibi bilgiler olmalıdır²⁰². Bu nedenle iş ilişkisinde işçilerin uyarı levhaları ile bilgilendirilmesi tek başına yeterli değildir²⁰³. İşçi yeterli bir bilgilendirme sayesinde kendisini hukuka aykırı müdahalelerden koruyabilir²⁰⁴.

İşçinin önceden bilgilendirilmesi, işçide gizlilik beklentisinin oluşmasına engel olur. İş sözleşmesinde e-posta ve bilişim teknolojilerinin kullanılmasına ilişkin kuralların belirtilmesi ya da bu kuralların işçilere tebliğ edilmesi hâlinde, gizlilik beklentisi oluştuğu ileri sürülemeyecektir. Belirtilmelidir ki, iş için verilen e-postanın işverence kontrol edilmesine karşı işçinin gizlilik beklentisi oluştuğuna yönelik iddiası dinlenemez. Çünkü iş için verilen e-postanın işveren tarafından kontrol edilebileceğini işçinin bildiği varsayılmaktadır²⁰⁵. Ancak elektronik posta adresi şirket

¹⁹⁹ Sevimli, K. A. (2006). s. 111.

²⁰⁰ Çetin, E. (2015), s. 220-221.

²⁰¹ Erbaş, C. G. (2017). "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Gözetlenmesi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, s. 106; Dursun, Y. (2021). s. 105.

²⁰² Gürsel, İ. (2016). s. 370.

²⁰³ Dursun, Y. (2021). s. 106.

²⁰⁴ Sevimli, K. A. (2006). s. 111; Erdoğan, C. (2017). s. 148.

²⁰⁵ Erdoğan, C. (2017). s. 89. "Somut uyuşmazlıkta, dosya kapsamına göre davacının görevi gereği işverenin işlerini yürütmesi için kendisine verilen bilgisayar ve e-mail adreslerini kullanarak iş akdi daha önce feshedilen S. A. ile işle ilgili olmayan elektronik yazışmalar yaptığı, bu yazışmalar sırasında işverenin şahsına yönelik hakaret niteliğinde sözler sarf ettiği iş yeri sırrı sayılabilecek konularda da yazışmalar yaptığı anlaşılmıştır. İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarda kullanıp işverene hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı Yasanın 25 II-b. maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13/12/2010 tarihli ve 2009/447-2010/37516 sayılı kararı. "Davacı ve diğer arkadaşlarının WhatsApp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir

uzantısı şeklinde oluşturulsa dahi hesap işçinin belirlediği şifre ile açılıyorsa özel yaşam alanına girer²⁰⁶.

İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü, iletişim araçlarının denetlenmesinde de söz konusudur²⁰⁷. İşçilere denetleme faaliyetinin amacı, süresi, uygulanma şekli, denetleyen kişinin kimliği, elde edilen kayıtların kullanılma şartları gibi konularda önceden bilgi verilmelidir²⁰⁸. Aynı şekilde bilgisayar, internet ve telefon gibi elektronik iletişimin kullanımı ile ilgili kuralların açık ve anlaşılır biçimde önceden işçilere bildirilmesi gerekir²⁰⁹.

İşverenlerin telekomünikasyon yoluyla işçilerin iletişimini dinlemeleri ve kayda almaları mümkün değildir²¹⁰. Aksi hâlde TCK mad. 132 uyarınca haberleşmenin gizliliği ihlal edilmiş olur. İşyeri telefonlarında yapılan görüşmelerin dinlenmesi konusunda, kural olarak işçilerin rızası gerekir. Ancak tarih, saat ve aranan numara gibi verilerin kontrol edilmesi hukuken korunabilir. Böyle bir durumda konuşmanın içeriği dinlenmediği için kişilik hakkına müdahaleden söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, işçi uyarılmamışsa iş yeri telefonundan yapılan görüşme, özel yaşam kavramı içinde değerlendirilebilir²¹¹. Bu durumda gizlilik beklentisinin oluştuğu söylenebilir.

İş için tahsis edilen ulaşım araçlarının kullanılma şartları ile ilgili de işçinin önceden bilgilendirilmesi gerekir. İş organizasyonu ve özel amaçlı

işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını ararak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerinin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve yanı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin iş yerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1/6/2017 tarihli ve 2016/14206-2017/9527 sayılı kararı. İş için verilen bilgisayar ile mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla giren işçinin iş sözleşmesinin feshini haklı bulan karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 4/5/2009 tarihli ve 2008/36305-2009/12393 sayılı kararı.

²⁰⁶ Küzeci, E. (2019). s. 396; Çil, Ş. (2021). s. 1591.

²⁰⁷ Erbaş, C. G. (2017). s. 106; Gürsel, İ. (2016). s. 386-387.

²⁰⁸ Gürsel, İ. (2016). s. 387; Dursun, Y. (2021). s. 113.

²⁰⁹ Okur, Z. (2011/2). s. 154; Keser, H. (2019). s. 463; Yiğit, Y. (2010). s. 177; Dönmez, U., Okutan, B. (2019). s. 22.

²¹⁰ Dursun Ateş, S. (2019). s. 595.

²¹¹ Arslan Öncü, G. (2019). s. 143.

kullanımın tespiti amacıyla işçinin GPS araçlarıyla izlenmesi mümkündür. Ancak işçiye özel amaçlı kullanım izni verilmişse işçinin iş saatleri dışında GPS araçlarıyla izlenmesi özel yaşamına müdahale niteliği taşır²¹².

4. Dürüstlük Kuralı

Özel yaşam hakkına müdahalede göz önünde bulundurulacak temel ilkelerden biri de dürüstlük kuralıdır²¹³. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesine göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

Her hakkın kullanımında olduğu gibi, işveren de yönetim hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanmak zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 399'uncu maddesine göre işçinin, işverenin işin görülmesi ve işçilerin iş yerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenleme ve özel talimatlarına uyma borcu, dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenebilecek olanla sınırlıdır²¹⁴. İş Kanunu'nun 75'inci maddesinin ikinci fıkrasında da "İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." kuralına yer verilmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının a bendi uyarınca kişisel verilerin dürüstlük kuralına uygun işlenmesi gerekir. İşveren özellikle iş ilişkisinin kurulması aşamasında olmak üzere işçi hakkında bazı bilgileri öğrenmek isteyebilir. İşverenin yönetim hakkı ile de bağlantısı bulunan bilgi edinme hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanması gerekir. İşçiden bilgi almak amacıyla sorulan soruların işle ilgili olması gerekir. Ayrıca bilgi istemi objektif nedenlere dayanmalıdır. İşle bağlantısı bulunmayan ve uygun olmayan sorular, kişilik haklarını ve ayrımcılık yasağını ihlal edebilir²¹⁵.

²¹² Okur, Z. (2011). s.141.

²¹³ Erdoğan, C. (2017). s. 145.

²¹⁴ Süzek, S. (2020). s. 83; Sümer, H. H. (2020), *İş Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay., s. 14. "İşveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez." Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10/12/2018 tarihli ve 3767-22771 sayılı kararı.

²¹⁵ Odaman, S. (2003). *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı*, Ankara: Kamu-İş Yayını, s. 88; İşçiye yöneltebilecek sorular ve sınırları hakkında geniş bilgi için bkz. Gürsel, İ. (2016). s. 289 vd.; Küzeci, E. (2019). s. 390 vd.;

Kapı kontrollerinde, üst veya eşya aramalarında keyfilik müdahaleyi hukuka aykırı hâle getirebilir. Özellikle bütün işçilerin üstlerinin aranmasının imkânsız veya çok zor olduğu durumlarda üstleri aranacak işçiler objektif kriterlere göre belirlenmelidir²¹⁶. Bunun gibi, işçinin üst aramasının gereğinden fazla uzatılması veya işçiden üzerindeki bazı giysileri çıkarmasının istenmesi gibi işçinin onur ve haysiyetini kırıcı uygulamalar dürüstlük kuralına aykırıdır²¹⁷.

E. ÖZEL YAŞAM HAKKINA HAKSIZ MÜDAHALENİN HUKUKİ YAPTIRIMI

İşçinin özel yaşamına hukuka aykırı olarak yapılan müdahale hem haksız fiil²¹⁸ niteliğinde hem de sözleşmeye aykırı bir davranıştır. Bu nedenle işçi, özel yaşamına haksız müdahalesi nedeniyle kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan zararlarını haksız fiil veya sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre isteyebilecektir²¹⁹. Kişilik hakları saldırıya uğrayan işçi, Türk Medeni Kanunu'nun 24/1 ve 25/1 hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müdahalenin hukuka aykırılığının tespitini, önlenmesini, durdurulmasını ve buna yönelik kararların üçüncü kişilere bildirilmesini ve yayımlanmasını isteyebilir. İşçi, Türk Medeni Kanunu'nun 25'inci maddesinin üçüncü fıkrası ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58'inci maddesi çerçevesinde manevi tazminat veya manevi tazminatın yerine diğer bir giderim biçimi ya da bunun tazminata eklenmesi talebinde bulunabilir²²⁰.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 11/ğ hükmüne göre işverenin işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı işlemesinden dolayı zarara uğrayan işçi zararın tazminini isteyebilir. Aynı Kanun'un 14/3 hükmünde ise kişilik hakları ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat haklarının saklı olduğu belirtilmiştir.

İşçinin kişilik haklarının ihlal edilmesi hâlinde işçi, İş Kanunu'nun 24/II, b, c ve d maddeleri uyarınca iş sözleşmesini derhâl feshedebilir²²¹.

Uncular, S. (2014). s. 190 vd.; Manav, A. E. (2015). s. 114; Dursun Ateş, S. (2019). s. 528-529.

²¹⁶ Bayram, F. (2006). s. 28.

²¹⁷ a.g.e. s. 28.

²¹⁸ Okur, Z. (2011). s. 393.

²¹⁹ a.g.e. s. 395; Dursun, Y. (2021). s. 119.

²²⁰ Süzek, S. (2020). s. 408; Okur, Z. (2011). s. 393 vd.; Erdoğan, C. (2017); Dursun, Y. (2021). s. 119 vd.

²²¹ Süzek, S. (2020). s. 408; Öktem Songu, S. (2011). s. 1091; Erdoğan, C. (2017). s. 163-164; Dursun, Y. (2021). s. 124.

Özel yaşama müdahale teşkil eden davranışın işveren vekili tarafından gerçekleşmiş olması, haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldırmaz²²². Bu durumda işçi, çalışma süresi en az bir yıl olmak kaydıyla kıdem tazminatına hak kazanır. Ayrıca İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tazminat isteğinde de bulunabilir. Farklı işlemde bulunma nedenine göre İş Kanunu'nun 5'inci maddesi gereğince ayrımcılık tazminatı ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesi uyarınca sendikal tazminat da dava konusu edilebilir²²³.

İş sözleşmesinin kişilik haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesine dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin tespitine yönelik talepte de bulunulabilir. Kişilik haklarına yönelik cezai yaptırımlar ise Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir²²⁴.

²²² Öktem Songu, S. (2011). s. 1091-1092.

²²³ Süzek, S. (2020). s. 408.

²²⁴ "Haberleşmenin gizliliğini ihlal

Madde 132- (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.)** İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde de aynı cezaya hükmolunur.

(4) **(Mülga: 2/7/2012-6352/79 md.)**

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması

Madde 133- (1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) **(Değişik: 2/7/2012-6352/80 md.)** Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hlinde de aynı cezaya hükmolunur.

Özel hayatın gizliliğini ihlal

Madde 134- (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) **(Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.)** Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde de aynı cezaya hükmolunur.

Kişisel verilerin kaydedilmesi

Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkraya uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.

III. SONUÇ

İş ilişkisinde işçi, iş görme edimini işverenin emir ve otoritesine bağlı olarak yerine getirir. Ancak bağımlılık unsuru, işçinin temel hak ve özgürlüklerini tamamen işverenin iradesine terk ettiği anlamında yorumlanamaz. Kişilik hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlılığı, mutlak, vazgeçilmez ve devredilmez niteliği iş sözleşmesinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde de geçerlidir. İşçinin kişilik hakkı ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri işverenin yönetim hakkını sınırlandırır. İşveren koruma borcu gereği, yönetim hakkını kullanırken işçinin kişiliğine ve kişilik değerlerine saygı göstermek zorundadır.

İşçinin özel yaşamına saygı, özel yaşamına ilişkin hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanılabilmesine imkân tanınmasını; haklı bir sebep bulunmadıkça kişilik değerlerine müdahale edilmemesini; müdahalenin sınırlı ve istisnai olmasını gerektirir. İşçinin özel yaşamına müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin mevcut olması ve ölçülülük, eşitlik, şeffaflık ve dürüstlük kuralı gibi temel ilkeler de göz önünde bulundurulmak kaydıyla, özel yaşama yapılan müdahale hukuka uygun görülebilir. Bu nedenle, işçilerle ilgili kişisel verilerin işlenmesi; işe girişte sorulan sorular, internet, e-posta gibi iletişimlerinin denetlenmesi, kapı denetimi, üst ve eşyalarının aranması; iş yeri içindeki davranışlarının görüntü ve ses alma araçlarıyla gözetilmesi gibi uygulamalara ancak hukukun tanıdığı imkân ve kurallar çerçevesinde başvurulabilmelidir.

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236'nı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.

Nitelikli haller

Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Verileri yok etmeme

Madde 138- (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır."

İşçi, özel yaşamına, hukuka, kanuna ve kişilik haklarına aykırı müdahale niteliğindeki talimatlara uymak zorunda değildir. İşverenin bu nitelikteki talimatlarına uymayan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde haksız fesih hükümleri söz konusu olacaktır. Özel yaşamına hukuka aykırı olarak müdahale edilen işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale, AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya (2013). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. I, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- AKSOY, Hüseyin Can (2010). *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Çakmak Yayınevi.
- ALP, Mustafa (1999). “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukuku’nda Özellikle Hizmet Aksinin Feshinde Uygulanması”, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, C. 17, S. 205, ss. 1519-1534.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını.
- AYAN, Mehmet, AYAN, Nurşen (2020). *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- AYDIN, Sevil (1997). *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Koruma*, Ankara: Adil Yayınevi.
- AYDIN, Ufuk (2002). *İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- BAYBORA, Dilek (2017). “Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 56, ss. 1705-1740.
- BAYRAM, Fuat (2006). Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yıl Armağanı* (ss. 11-48), Ankara: Plaka Matbaacılık.
- BAYRAM, Fuat (2014). “İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma-Cyberloafing)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan - Özel Sayı, ss. 163-174.
- BELGE, Ayşe Merve (2017). “Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan - Özel Sayı, ss. 1025-1051.

- BİRBEN, Erhan (2016). İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, içinde CENTEL, Tankut, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II* (ss. 135-169). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- CANBOLAT, Ferhat, GÖNÜL KOŞAR, Günhan (2020). “Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, ss. 259-302.
- ÇELİK, Kübra Deniz (2019). *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ÇETİN, Evra (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ÇİL, Şahin (2021). *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- DÖNMEZ, Utku, OKUTAN, Bilge (2019). *Yargıtay Kararları Işığında Sosyal Medya ve İş İlişkisi*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan (2013). *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- DURŞUN ATEŞ, Sevgi (2019). *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DURŞUN, Yonca (2021). *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ELBİR, Nazlı (2020). *Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERBAŞ, C. Gökhan (2017). “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Gözetlenmesi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1. ss. 97-108.
- ERDOĞAN, Canan (2017). *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERTÜRK, Şükran (2002). *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERTÜRK, Şükran, GÜRSEL, İlke (2011). İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi, içinde BAŞTERZİ, Süleyman (Der.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan* (ss. 425-458), C. I, İstanbul: Beta Yayınları.

- HELVACI, Serap (2016). *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- GÜRSEL, İlke (2016). *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KESER, Hakan (2019). "İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 62, 445-490.
- KILIÇOĞLU, Ahmet (2016). *Medeni Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- KILIÇOĞLU, Ahmet (1990). "Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıların Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, ss. 371-400.
- KÜZECİ, Elif (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- MANAV, A. Eda (2015). "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 2, ss. 95-136.
- METİN, Yüksel (2017). "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, ss. 1-74.
- ODAMAN, Serkan (2003). *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı*, Ankara: Kamu-İş Yayını.
- OĞUZ, Özgür (2018). "Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Çalışma Hayatına Yansımaları", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 60, ss. 1329-1350.
- OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe (2009). *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- OKUR, Zeki (2006). "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", *Kamu-İş Dergisi*, C. 8, S. 4, ss. 1-47.
- OKUR, Zeki (2005). "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi", *Kamu-İş Dergisi*, C. 8, S. 2, ss. 97-108.
- OKUR, Zeki (2011). *Türk İş Hukuku'nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (ss. 368-408), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

- OKUR, Zeki (2011). *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme*, İstanbul: Legal Yayınları.
- OKUR, Zeki (2016). "Yeni Teknoloji ve İş Hukuku", *Çimento İşveren Dergisi*, C. 20, S. 3, ss. 4-19.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi (2011). İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerinde Bir Değerlendirme, içinde BAŞTERZİ, Süleyman (Der.), *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan* (ss. 1057-1098), C. I, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÖZDEMİR, Erdem (2008). "İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkilerine Etkisi Üzerine", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 10, ss. 13-24.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa (2010). "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2, ss. 231-270.
- ÖZKALP, Enver, AYDIN, Ufuk, TEKELİ, Seda (2013). "Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri", *Çimento İşveren Sendikası Dergisi*, C. 26, S. 2, ss. 18-33.
- SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu, KOLAN, Şelen (2019). "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 62, ss. 491-562.
- SEROZAN, Rona (2015). *Medeni Hukuku, Genel Bölümler, Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- SEVİMLİ, Kâmil Ahmet (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- SEVİMLİ, Kâmil Ahmet (2013). "Türk Borçlar Kanunu m.17 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", *Çalışma ve Toplum*, S. 1, ss. 107-148.
- SIRABAŞI, Volkan (2007). *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları.
- SÜMER, Halûk Hâdi (2020). *İş Hukuku*, 25. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SÜZEK, Sarper (2020). *İş Hukuku*, 19. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

- ŞAHLANAN, Fevzi (2016). İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şeklinde Kullanma-Haklı Fesih - *Karar İncelemeleri II* (ss. 103-108), İstanbul: Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını.
- TANDOĞAN, Halûk (1963). “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S. 1-4, ss. 1-36.
- TUNCAY, A. Can (1982). *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz (2019). *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ULUCAN, Devrim (2013). “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, ss. 369-383.
- UNCULAR, Selen (2014). *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILDIZ, Gaye Burcu (2008). *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- YILDIZ, Gaye Burcu (2013). “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, ss. 681-707.
- YİĞİT, Yusuf (2010). “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, ss. 161-214.
- YUVALI, Ertuğrul (2012). *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1984/343-1984/916, 3/2/1984.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1987/8452-9106, 15/10/1987.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1615-30228, 15/10/2007.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2006/13723-2007/13089, 26/10/2007.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2007/27583-2008/5294, 17/3/2008.

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11193-9563, 21/4/2008.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2009/447-2010/37516, 13/12/2010.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2009/13474-2011/23572, 12/7/2011.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 21018-18341, 9/9/2013.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 5708-10806, 14/5/2014.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2015/43589-2016/6048, 10/3/2016.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2015/8023-2016/13598, 5/5/2016.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2015/8730-2017/1000, 31/1/2017.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2016/5475-2017/2968, 2/3/2017.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 26242-16679, 26/10/2017.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 3767-22771, 10/12/2018.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2018/10718-2019/559, 10/1/2019.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2017/21857-2019/9884, 7/5/2019.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 2016/18023-2019/15067, 4/7/2019.



ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI (AİHS 8. MADDE) BAĞLAMINDA ÇALIŞMA HAKKI VE MESLEKİ HAYAT İLİŞKİSİ

*The Right to Work and Professional Life in the Context of the Right to Respect
for Private Life (Article 8 of the European Convention on Human Rights)*

Dr. Şermin BİRTANE*

ÖZ

Ekonomik ve sosyal haklardan olan çalışma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan haklardan değildir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili şikâyetlerin Sözleşme'de korunan diğer hakları ilgilendirmesi durumunda ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir. Çalışma hakkıyla ve mesleki hayatla ilgili pek çok konu Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayata saygı hakkının kapsamına girebilmektedir. AİHM içtihadına göre özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı gündeme gelecektir. Bu kapsamda mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları özel hayata yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır. Bu durumlarda Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan güvenceler devreye girecektir. AİHM kararlarında çalışma hakkı bakımından en önemli kriter bireylerin dış dünyayla ve başka bireylerle ilişki kurması bakımından mesleki yaşamın, mesleki faaliyetlerin bir araç olarak görülmesi ve bu sayede mesleki yaşamın özel yaşamın ayrılmaz bir unsuru olarak kabul edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Özel hayata saygı hakkı, çalışma hakkı, mesleki hayat, işe son verme, meslekten çıkarma.

* Anayasa Mahkemesi Raportör/Hâkim, sermin.birtane@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-2856-2369.

ABSTRACT

The right to work, which is one of the economic and social rights, is not one of the rights protected in the European Convention on Human Rights. However, the European Court of Human Rights can examine certain issues that may be considered under the right to work if they are related to other relevant rights protected by the Convention. Many issues relating to the right to work and professional life may fall within the scope of the right to respect for private life under Article 8 of the Convention. According to the case-law of the ECtHR, the right to respect for private life is applicable if measures related to one's profession affect the employee's private life. In this context, interrogation of individuals about their private life within the framework of their professional life and their administrative consequences, as well as dismissal on the basis of their behavior and attitudes, constitute an interference with the right to respect for private life. In such cases, the safeguards provided in Article 8 of the Convention will be applicable. In the case-law of the ECHR, economic, social and cultural rights are protected by two methods under the Convention. The first method is to consider economic, social and cultural rights as protected elements within the scope of the relevant right laid down in the Convention. In this way, it is argued that the ECHR provides 'direct' protection for economic, social and cultural rights. The second method is the use of economic, social and cultural rights as a measure of limitation of the rights regulated in the Convention. In this case, it is argued that 'indirect' protection of economic, social and cultural rights is provided. Although economic, social and cultural rights have been consciously excluded from the Convention, the Court is able to protect some of these rights within the scope of the rights regulated by the Convention through its dynamic interpretation method. However, as economic, social and cultural rights come to life within the limited resources of states in practice, the margin of appreciation of these rights is wide. Therefore, although these rights are provided with an assurance by including them in terms of the elements related to the rights of the Convention, such assurance is limited. This is because the protection provided by the ECHR is limited due to the legitimate objective criterion considered in the examination of whether there has been a violation and the extent of the margin of appreciation that has been taken into account in the determination of the positive obligations of states regarding social and economic rights.

Keywords: The right to respect for private life, the right to work, professional life, termination of employment, dismissal.

GİRİŞ

Özel hayata saygı hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) en geniş yorumlanan maddelerinden biri olan 8. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede "herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu" belirtilmiştir. Bu madde uyarınca özel hayata saygı hakkı başlığı altında korunan dört temel hakkın (özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme) düzenlendiği anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu haklar da bünyesinde çok sayıda alt kategori hakları barındırmaktadır¹.

Özel hayata saygı hakkı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş kapsamlı bir temel haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen kararlarda özel hayata saygı hakkına ilişkin tanım yapılmasından ziyade Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğu vurgulanarak insan haklarının aktif ve etkili şekilde korunması amacıyla özel hayata saygı hakkının kapsamı sürekli olarak genişletilmektedir. Bu yüzden özel hayata saygı hakkının tanımlanması yerine kapsamının belirlenmesi suretiyle anlamlandırılması daha doğru bir yöntem olmaktadır.

Çalışma hakkı kural olarak Sözleşme'de güvence altına alınan bir hak değildir zira ikinci kuşak haklar veya sosyal ve ekonomik haklar olarak adlandırılan haklar Sözleşme'nin kapsamı dışında tutulmuştur. Bununla birlikte Sözleşme'nin dinamik ve günün koşullarına uygun şekilde yorumlanması yaklaşımı sayesinde sosyal ve ekonomik haklar arasında kabul edilen çalışma hakkı AİHM içtihadında özel hayata saygı hakkı ile yakından bağlantılı şekilde ele alınmaktadır.

Bununla birlikte çalışma hakkı da tıpkı özel hayata saygı hakkı gibi eksiksiz bir tanımı bulunmayan ancak içerisinde çalışma hayatının birçok yönüne bakan çok çeşitli hakları barındıran üst kategori bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu makalenin amacı mesleki hayatla ve dolayısıyla çalışma hakkıyla ilgili konuların hangi durumlarda özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınacağını ortaya koymaktır. Makalede özel hayata saygı hakkının

¹ Sözleşme'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:
"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

sürekli genişleyen çerçevesi içinde çalışma hakkı ile özel hayata saygı hakkının kesişen alanları araştırılacaktır.

Özel hayata saygı hakkının kapsamı büyük ölçüde AİHM kararlarıyla belirlenmekte olduğundan makalede referans alınacak asıl kaynak da AİHM içtihadı olacaktır.

Buna göre makalede öncelikle özel hayata saygı hakkı kısaca tanıtılacaktır. Bundan sonra ekonomik, sosyal ve kültürel haklara AİHM'in yaklaşımı konusunda bilgi verilecektir. Daha sonra bu haklardan çalışma hakkı kısaca incelenecek ve bu hakkın özel hayata saygı hakkı ile kesişen unsurları AİHM kararları ışığında ortaya konulacaktır.

I. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

AİHM içtihadında “*özel hayatın*” eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğu belirtilmektedir². Özel hayata saygı hakkı esas olarak devletin kişisel haklara saygı göstermesi yükümlülüğünü düzenlemektedir. Söz konusu kişisel haklar deyiminden kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden tüm haklar anlaşılmalıdır. AİHM içtihadına göre ‘*bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi*’ ve ‘*kişisel bağımsızlık*’ kavramlarının³ özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır.

AİHM, sürekli olarak Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu vurgulamakta ve değişen hukuki, sosyal ve teknolojik şartların ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir⁴. Özel hayata saygı hakkı AİHM'in günün değişen koşullarına uygun ve dinamik yorumu ışığında kapsamı sürekli genişlemeye müsait bir haktır. Hakkın bu şekildeki geniş çerçevesi dikkate alınarak makalemizde bu geniş çerçeveyi ifade etmek üzere üst başlık olarak ‘*özel hayata saygı hakkı*’ ifadesi tercih edilmiştir.

Özel hayata saygı hakkı, birbiriyle bağlantılı, zaman zaman birbiriyle örtüşen dört ana hak (özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti) içerisinde yer alan çok çeşitli konuları güvence altına almaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasının devreye girebilmesi için şikâyetin özel hayata saygı hakkının güvence altına aldığı bu dört boyutundan birine girmesi gerekir. Ancak bu dört ana hakkın eksiksiz bir tanımı bulunmamaktadır ve anlamları açık olmadığı gibi AİHM bu kavramlara her somut olayın özelliğini de dikkate alarak

özerk anlamlar yüklemektedir. Bu durum içtihadın güncel, sosyal ve teknik gelişmeler doğrultusunda ilerlemesine imkân sağlamakla birlikte özel hayata saygı hakkının akademik ve teorik olarak anlaşılmasını zorlaştırmaktadır⁵.

Yine de konunun daha iyi anlaşılması için AİHM kararlarını esas alarak bu hakkın hangi hukuki menfaatleri koruduğunu örnekler aracılığıyla ortaya koymak faydalı olabilir. Buna göre özel hayata saygı hakkı, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, ismi, cinsel kimliği, cinsel yaşamı, kişisel verilerinin korunması, kişisel itibarının korunması, aile hayatı, haberleşmesi, konut dokunulmazlığı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve bunlar gibi daha sayamayacağımız pek çok hukuki menfaati korumaktadır.

Bu kadar geniş bir alanı içeren özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde bazı anahtar kavramlar bulunmaktadır. Bu anahtar kavramlardan ilk ikisi '*bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi*' ve '*kişisel bağımsızlık*' kavramlarıdır⁶.

Özel hayata saygı hakkı öncelikle herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda -özel alan- yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir. Ancak bu hak sadece yalnız bırakılma veya mahremiyet hakkı olarak anlaşılabilir. Özel hayata saygı hakkı sadece mahremiyet hakkından çok daha geniş bir anlam ve kapsama sahiptir ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuki menfaati de içermektedir.

Bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi bağlamında özel hayata saygı hakkı, dış dünyayla ve diğer insanlarla ilişki kurma hakkını, dolayısıyla sosyalleşme hakkını da içerir⁷. AİHM; özel hayat kavramını, sadece bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir '*iç alan*'la (özel alan) kısıtlayarak bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmanın aşırı sınırlayıcı bir yaklaşım olduğuna karar vermiştir⁸. Dolayısıyla hakkın kapsamının belirlenmesinde temel alınacak

⁵ Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. ve Buckley, C. (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford: Oxford University Press, s. 368.

⁶ *Sidabras and Džiautas /Litvanya*, B. No: 55480/00 ve 59330/00, 27/7/2004, § 43; *K.A. ve A.D./Belçika*, B. No: 42758/98, 45558/99, 17/2/2005, § 83; *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 61; *Christine Goodwin/Birleşik Krallık [BD]*, B. No: 28957/95, 11/7/2002, § 90.

⁷ Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. ve Buckley, C. (2018). s. 368-369.

⁸ *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; *Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; *Stjerna/Finlandiya*, B. No: 18131/91, 25/11/1994, § 37.

ikinci kavram ise bireyin dış dünyayla ve diğer insanlarla ilişki kurma hakkı yani sosyalleşme hakkıdır.

Özel hayata saygı hakkının temel amacı bireyin kamu makamlarının keyfi muamelelerine karşı korunmasıdır. Kamu makamlarının özel hayata saygı hakkına keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi devletin negatif yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır ve bu hakkın kapsamının belirlenmesinde de üçüncü anahtar kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM devletin özel hayata saygı hakkı kapsamında bulunan bir menfaate müdahale ettiğini tespit ettiğinde, 8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen koşulları incelemektedir. Buna göre kamu makamlarının müdahalesinin yasal bir dayanağı olup olmadığı, anılan fıkrada yer alan meşru amaçlara dayalı olup olmadığı, demokratik bir toplumda gerekli ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı⁹ araştırılmaktadır.

Ayrıca özel hayata saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak 'özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması' bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında dahi özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar¹⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki AİHM'i bir başvurunun özel hayata saygının kapsamına girdiğine ikna etmek kural olarak başvuruçunun görevidir. Zira özel hayata saygı hakkı her bireyin kendine özgü, özel ve eşsiz yaşamının ve kişilik değerlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Kamu makamlarının bir müdahalesinin bu yaşamı ve kişilik değerlerini hangi yönlerden ve nasıl etkilediğini ortaya koymak ve açıklamak ancak bireyin kendisinin yapabileceği bir iştir. AİHM'in özel hayata saygı hakkına ilişkin içtihadının bu kadar genişlemesinde Mahkemenin açık görüşlü olmasının yanı sıra başvuruçuların şikâyetlerinde ortaya koydukları fikirleri de etkili olmuştur. Başvuruçular, örneğin ötenazi ile ilgili bir konunun kişisel özerklik kavramıyla ilgili olduğuna¹¹, evlat

⁹ *Dudgeon /Birleşik Krallık*, § 43; *Olsson/İsveç (no.1)*, B. No: 10465/83, 24/3/1988, § 59; *Souza Ribeiro/Fransa*, B. No: 22689/07,13/12/2012, § 77.

¹⁰ *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 32; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55.

¹¹ *Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/04/2002, § 66.

edinme hakkı Sözleşme’de güvence altına alınan bir hak olmamasına karşın eşcinsel kişinin evlat edinme isteminin reddedilmesinin ayrımcılık yasağıyla birlikte 8. madde kapsamında incelenmesine¹², aynı şekilde çevre hakkının da Sözleşme’de düzenlenmiş bir hak olmamasına rağmen gürültü, koku ve kirlilik gibi çevresel faktörlerin bireyin fiziksel bütünlüğünü etkilediği ölçüde özel hayata saygı hakkının kapsamına gireceği¹³ konusunda Mahkemeyi başarıyla ikna etmişlerdir.

II. AİHM’İN EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

Sözleşme esas olarak medeni ve siyasi hakları güvence altına alan bir belgedir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kural olarak Sözleşme dışında bırakılmıştır. Üstelik bu dışarda bırakma hâli Sözleşme’yi imzalayanların bilinçli tercihidir¹⁴.

Bununla birlikte AİHM benimsediği dinamik yorum yöntemi sayesinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında olan bazı hakların Sözleşme’de korunan temel haklarla ilişkili olması durumunda ilgili haklarla bağlantı kurarak inceleme yapmaktadır.

Doktrinde insan hakları hukukunun bütünselliği ilkesinden bahisle “bütüncül/bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımı” fikri savunulmaktadır. Bu fikre göre hakları birbirinden ayırmak, özellikle medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ayırıştırmak mümkün değildir. Zira birinci kuşak haklar olarak adlandırılan medeni ve siyasi hakların etkin şekilde kullanımı çoğu zaman ikinci kuşak olarak isimlendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tanınmasıyla olanaklı olmaktadır. Örnek olarak birinci kuşak haklardan olan yaşam hakkı, özellikle korunması özellik arz eden ve mağdur edilebilir

¹² Frette/Fransa, B. No:36515/97, 26/02/2002, § 32.

¹³ Lopez Ostra/İspanya, B. No:16798/90, 9/12/1994, § 51.

¹⁴ Koch, I. E. (2009). *Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*, 1st Edition, The Netherlands: Martinus Nijhoff, s. 211. Sözleşme’nin imzalandığı dönemde hükümetlerin kısa sürede kabul edebilecekleri, tartışmalı olmayan, üzerinde anlaşılmış hakları konu edinen bir metnin kabulüne ihtiyaç duyulmuştur. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların içeriği üzerinde hükümetler arasında uzlaşma bulunmaması ve tartışmalar olması nedeniyle bu haklar Sözleşme dışında bırakılmıştır. Bkz. Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. ve Buckley, C. (2018). s. 3 Avrupa Konseyi bünyesinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması yönünden ise 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı hakkında detaylı bilgi için bkz. Harris, D., Darcy, J. (2001). *The European Social Charter*, 2nd Edition, New York: Transnational Publishers.

kategoriler olarak adlandırılan “*çocuk, kadın, mülteci, mahpus*” gibi gruplar söz konusu olduğunda sosyal haklardan olan yeterli şekilde beslenme ve sağlık hakkı olmaksızın etkili şekilde güvence altına alınamaz¹⁵.

Bu anlayış, Birleşmiş Milletlerin bazı kararlarında da görülmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 4/12/1950 tarihli ve 421 (V) sayılı kararında medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanımının “*birbirlerine bağımlı ve karşılıklı olarak ilişkili*”¹⁶ olduğu belirtilmiştir.

AİHM’in Sözleşme’de yer alan medeni ve siyasi hakların kapsamını yorum yoluyla genişleterek ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bazı unsurlarını da bu haklar çerçevesinde korumaya alması söz konusu anlayışla aynı yöndedir. Nitekim AİHM pek çok kararında, sosyal ve ekonomik haklar ile Sözleşme’de korunan haklar arasında su geçirmez, kesin sınırlar olmadığını belirtmektedir¹⁷.

AİHM içtihadında ekonomik, sosyal ve kültürel haklara Sözleşme çerçevesinde iki yöntemle koruma sağlanmaktadır. İlki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların Sözleşme’de düzenlenen ilgili hakkın kapsamı içinde korunan bir unsur olarak ele alınmasıdır. Bu şekilde AİHM’in ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ‘*doğrudan*’ koruma getirdiği ileri sürülmüştür. İkinci yöntem ise Sözleşme’de düzenlenen hakların sınırlandırılmasında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların sınırlandırma ölçütü olarak kullanılmasıdır. Bu durumda ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ‘*dolaylı*’ koruma sağlandığı görüşü savunulmuştur¹⁸.

AİHM’in ekonomik, sosyal ve kültürel hakları Sözleşme’de düzenlenen hakların bir unsuru kabul ederek koruma sağladığı öncü kararlardan ilki *Airey/İrlanda* kararıdır. Bu karara konu olayda başvuru, yargı harcının yüksekliği ve adli yardıma ulaşamaması nedeniyle boşanma davası açamadığından şikâyet etmiştir. Bilindiği üzere devletin adli yardım sağlaması sosyal haklar içerisinde değerlendirilmektedir.

¹⁵ Bkz. Scheinin, M. (2001). Economic and Social Rights as Legal Rigts, in Asbjorn, E., Krause, C., Rosas A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* (ss. 29-54), 2nd Revised Edition, London: Martinus Nijhoff Publishers.

¹⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 4/12/1950 tarihli ve 421 (V) sayılı kararı; Öncü, G. A. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yay., s. 286.

¹⁷ *Sidabras and Džiautas/Litvanya*, B. No: 55480/00 ve 59330/00, 27/07/2004, § 47; *Stec ve diğerleri/ Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 65731/01,65900/01, 6/7/2005, § 52; *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 26.

¹⁸ Scheinin, M. (2001), s. 38-40.

İrlanda Hükûmeti; sadece ceza davaları yönünden ve belirli durumlarda adli yardım sağlama yükümlülüğünün olduğunu, Sözleşme'nin devletlere ekonomik ve sosyal haklara ilişkin ödevler yükleyecek şekilde yorumlanamayacağını ileri sürmüştür¹⁹. AİHM, öncelikle Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini vurgulamış ve demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını da içerdiğini belirtmiştir. AİHM'e göre Sözleşme bireylerin temel haklarını pratikte de etkili şekilde kullanabilmeleri için düzenlenmiştir. Sözleşme'nin esas olarak medeni ve siyasi hakları koruduğunu ancak söz konusu hakların birçoğunun ekonomik ve sosyal unsurlarının bulunduğunu vurgulamıştır. Mahkeme sosyal ve ekonomik haklar ile Sözleşme'de korunan haklar arasında su geçirmez, kesin sınırlar bulunmadığını ifade etmiştir²⁰.

AİHM'in sosyal güvenlik ödenekleri, sağlık yardımı, emeklilik hakları, işsizlik ödeneği, yeterli yaşam standardı gibi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamındaki konuları, ilgisine göre adil yargılanma, yaşam hakkı, ayrımcılık yasağı, mülkiyet hakkı ve özel hayata saygı hakkı ile ilişkili görerek incelediği pek çok kararı mevcuttur²¹.

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM'in ekonomik, sosyal ve kültürel haklara koruma sağladığı ikinci yöntem ise Sözleşme'de düzenlenen hakların sınırlandırılmasında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların özellikle meşru amaç bakımından sınırlandırma ölçütü olarak kullanılmasıdır. Bu duruma örnek olan ilk kararlardan biri *James ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararıdır. Bu karara konu olayda başvurucular, sahibi oldukları ve eskiden tarım arazisi olan bir arazi üzerinde konutlar inşa ederek bunları kiraya vermişlerdir. Kiracılara belli koşullar altında

¹⁹ *Airey/İrlanda*, § 26.

²⁰ *Airey/İrlanda*, § 26.

²¹ Örneğin *Francine Von Volsem/Belçika* (k.k.) kararında, psikolojik sorunları nedeniyle düzenli bir işte çalışamayan, bekar ve çocuklu bir anne olan başvurucunun borcundan dolayı elektriğinin kesilmesi dolayısıyla evini ısıtamaması hakkındaki başvurusunu AİHM Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan insanlık dışı muamele çerçevesinde değerlendirmiştir. AİHM başvuruda 3. maddede aranan asgari eşiğin aşılmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. B. No: 14641/89, 9/5/1990.

Ayrıca AİHM'in sosyal güvenlik ödenekleriyle ilgili olarak adil yargılanma hakkı çerçevesinde inceleme yaptığı yerleşik içtihadı söz konusudur. Bkz. *Feldbrugge/Hollanda* [BD], B. No: 8562/79, 29/5/1986; *Janssen/Almanya*, B. No: 23959/94, 20/11/2001; *Božić/Hırvatistan*, B. No: 22457/02, 29/7/2006; *Letinčić/Hırvatistan*, B. No: 7183/11, 3/05/2016.

Bunun yanı sıra işsizlik ödeneği ve ayrımcılık yasağı konusunda *Gaygusuz/Avusturya*, B. No: 17371/90, 16/9/1996; sosyal güvenlik primlerine ilişkin *Stec ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 65731/01, 65900/01, 12/04/2006.

oturdukları konutları satın alma konusunda ön alım hakkı tanıyan bir kanun doğrultusunda başvuru bu arazideki bazı gayrimenkullerini kaybettiklerinden şikâyetçi olmuşlar ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir²². AİHM bu kararda konut edinme hakkını başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkının sınırı olarak belirtmiştir. Mahkemeye göre modern toplumlarda konut ihtiyacı sosyal bir ihtiyaçtır ve devletin kamu yararı gözeterek konut ihtiyacı alanında sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan yasa çıkarması takdir yetkisi içerisindedir²³.

Aynı yönde bir başka karar ise *Mellacher ve diğerleri/Avusturya* kararıdır. Bu olayda başvuru sahipleri kira bedellerini düşüren bir mevzuatın mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM; sosyal hak olan konut hakkını, mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından meşru bir amaç olarak görmüş ve devletin kira bedelleri arasındaki aşırı ve haksız farklılıkları engellemek meşru amacı doğrultusunda ilgili mevzuatı uyguladığını kabul etmiştir²⁴.

Čapský ve Jeschkeová/Çek Cumhuriyeti kararı ve *Edwards/Malta* kararında AİHM, modern toplumlarda konut ihtiyacının sosyal ve ekonomik politikaların belirlenmesinde önemli yeri olduğunu belirtmiş ve devletlerin takdir yetkileri çerçevesinde konut ihtiyacı konusunda düzenlemeler yaparak mülkiyet hakkına sınırlandırma getirebileceğini belirtmiştir²⁵.

Buraya kadar yapılan incelemeden çıkardığımız sonuçları özetlemek gerekirse ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bilinçli şekilde Sözleşme dışında tutulmuş olmasına karşın AİHM, dinamik yorum yöntemi sayesinde bu hakların bazı unsurlarını Sözleşme’de düzenlenen hakların kapsamında görerek bu haklara koruma sağlayabilmektedir. Bununla beraber ekonomik, sosyal ve kültürel haklar pratikte devletlerin sınırlı kaynakları ölçüsünde hayat bulduklarından bu haklara ilişkin olarak devletlerin takdir alanı geniştir. Dolayısıyla söz konusu haklara Sözleşme hakları ile ilişkili bulunan unsurları yönünden bu hakların kapsamına sokulmak suretiyle bir güvence sağlansa da söz konusu güvence sınırlı olmaktadır. Zira AİHM tarafından ihlal olup olmadığı incelemesi

²² *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/02/1986, § 35.

²³ *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 46.

²⁴ *Mellacher ve diğerleri/Avusturya*, B. No: 10522/83, 11011/84, 11070/84, 19/12/1989, § 47.

²⁵ *Čapský ve Jeschkeová/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 25784/09, 36002/09, 9/2/2017, § 40; *Edwards/Malta*, B. No: 17647/04, 24/10/2006, §§ 65, 66.

sırasında dikkate alınan meşru amaç kriteri ve devletlerin sosyal ve ekonomik haklara dair pozitif yükümlülüklerinin belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulacak takdir marjının genişliği ilkesi sebebiyle sağlanan koruma kısıtlı olmaktadır.

III. ÇALIŞMA HAKKI

Ekonomik ve sosyal haklardan olan çalışma hakkı Sözleşme ve protokollerinde korunan haklardan değildir. AİHM de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme’de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir. AİHM, Sözleşme’yi imzalayan devletlerin bilerek bu hakkı Sözleşme’ye dâhil etmediklerini, nitekim 4 ve 7 No’lu Protokoller hazırlanırken de çalışma hakkına özellikle ve bilerek yer verilmediğini belirtmektedir²⁶. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere AİHM, çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili şikâyetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir²⁷. Örnek olarak İsviçre’de ilköğretim öğretmeni olan kişinin başörtülü olarak çalışması uygun görülmemekle görevine son verilmesini Sözleşme’nin 9. maddesinde düzenlenen din ve vicdan hürriyeti kapsamında ele almıştır²⁸. Aynı şekilde siyasi faaliyetleri dolayısıyla kamu görevine son verilen kişinin başvurusu Sözleşme’nin 10. maddesinde yer alan ifade hürriyeti yönünden incelenmiştir²⁹. Ayrıca çalışma hakkıyla ve mesleki hayatla ilgili pek çok konu Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamına girebilmektedir.

Çalışma hakkını tüm boyutlarıyla incelemek bu makalenin konusu değildir. Ancak çalışma hakkının bazı unsurları özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde ele alınacağından çalışma hakkı konusunda da bilgi verilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Çalışma hakkı, bireylerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları sağlayan sosyal ve ekonomik haklar arasında ilk aklı

²⁶ *Glaserapp/Almanya*, B. No: 9228/80, 28/8/1986, §48; *Kosiek/Almanya*, B. No: 9704/82, 28/8/1986, §34; *Vogt/Almanya*, B. No:17851/91, 26/7/1995, §§ 43-44; *Thlimmenos/Yunanistan*, B. No: 34369/97, 6/4/2000, §41; *Emel Boyraz/Türkiye*, B. No: 61960/08, 2/12/2014, § 41.

²⁷ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, §§ 46, 67; *Dahlab/İsviçre* (k.k.), B. No: 42393/98, 15/2/2001, *Thlimmenos/Yunanistan*, B. No: 34369/97, 6/4/2000, § 42; *Emel Boyraz/Türkiye*, § 42.

²⁸ *Dahlab/İsviçre*.

²⁹ *Kosiek/Almanya*, § 35.

gelen haktır³⁰ ve birçok uluslararası sözleşme ve anayasada temel insan hakkı olarak düzenlenmiştir³¹.

Çalışma hakkı geleneksel olarak geçim sağlama ve emek kavramlarıyla bağlantılıdır. Ancak 20. ve 21. yüzyıllarda meydana gelen gelişmeler ve ulaşılan fikir düzeyi, sanayileşme ve sosyal devlet anlayışının yerleşmesi sayesinde bu kavramların da ötesinde anlamlar kazanmış, bir insan değeri, sosyal bir ihtiyaç ve bireyin kişiliğini gerçekleştirmesinin ve geliştirmesinin bir aracı olarak görülmeye başlanmıştır³².

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Anayasası olarak adlandırılan belgede, çalışma hakkı sosyal adaletin ve evrensel barışın sağlanmasının adeta altın anahtarı olarak vurgulanmıştır. Bu belgede, evrensel ve kalıcı bir barışın ancak sosyal adalet temeline dayalı olduğu belirtilmiştir. Adaletsizliğin, sefaletin ve yoksulluğun bulunduğu çalışma koşullarının dünya barışı ve ahengini tehlikeye düşürecek bir hoşnutsuzluğa yol açtığı vurgulanmıştır. Çalışma saatlerinin düzenlenmesi, işsizlikle mücadele, işçilerin genel ve mesleki hastalıklara ve iş sırasında meydana gelen kazalara karşı korunması, çocukların, gençlerin ve kadınların korunması, yaşlılık ve maluliyet aylıklarının bağlanması, eşit işe eşit ücret ilkesinin tanınması, sendikal özgürlük ilkesinin sağlanması gibi çalışma koşullarına dair konularda acil önlem alınması gerektiği ifade edilmiştir³³.

Çalışma hakkı devletin mutlaka herkese istihdam sağlaması zorunluluğunu içermemektedir. Ancak sosyal devlet anlayışı, devletin

³⁰ Çalışma hakkının detaylı şekilde incelendiği akademik çalışmalar arasından bkz. Krzysztof D. (2001). *The Right To Work and Rights In Work*, in Asbjorn, E., Krause, C., Rosas A. (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, (ss. 223-243), 2nd Revised Edition, London: Martinus Nijhoff Publishers; Mantouvalou, V. (Ed.) (2015). *The Right To Work, Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford: Hart Publishing; Vandenhoe, W. (2016). *Human Rights in a Globalising Economy: Is the Right To Social Protection Qualified by A Duty To Work?*, in Parmentier, S., Werdmölder, H. ve Merrigan, M. (Eds.), *Between Rights and Responsibilities: A Fundamental Debate* (ss. 85-112), Cambridge: Intersentia Publishing; O'Connell, R. (2012). "The Right to Work in the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, N. 2, s. 176-190.

³¹ Çalışma hakkı 6/4/1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen ve 27/5/1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 23. maddesinde ve 4/6/2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6., 7., 8. ve 9. maddelerinde temel hak olarak düzenlenmiştir.

³² Drzewicki, K. (2001), s. 223.

³³ 1919 tarihli ILO Anayasası Başlangıç bölümü. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf (Erişim Tarihi: 5/9/2021).

mümkün olduğu kadar fazla sayıda kişinin istihdam edilmesi için uygun koşulları ve ortamı sağlama yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Ayrıca çalışma hakkı mutlak bir hak olmayıp belirli durumlarda sınırlanabilir³⁴.

Çalışma hakkı aslında içerisinde birçok hakkı barındıran geniş bir kavramdır. Çalışma hakkı; bireyin işini serbestçe seçme özgürlüğü, kölelik ve kulluk yasağı, zorla çalıştırma yasağı, ayrımcılık yasağı, emek karşılığı ücret hakkı ve devletin adil ücret sağlama ödevi, dinlenme, sendikal haklar, toplu iş sözleşmesi ve grev, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları gibi pek çok hak ve özgürlüğü içermektedir. Bu nedenle çalışma hakkı denildiğinde istihdamla ilgili pek çok hakkı içine alan torba bir kavram anlaşılmalıdır. Sınıflandırma yapmak bakımından çalışma hakkının bireysel ve kolektif hakları içerdiği kabul edilmiştir³⁵.

Bu tasnife göre çalışma hakkının kolektif yönünü örgütlenme, toplu sözleşme ve grev gibi haklar oluşturmaktadır.

Çalışma hakkının bireysel yönü içerisinde ise üç grup hak bulunmaktadır³⁶:

- a) İstihdama ilişkin haklar; kölelik ve kulluk yasağı ile zorla çalıştırılma yasağı, çalışma özgürlüğü, bireyin işini serbestçe seçme özgürlüğü bu kısımda sayılabilir. Aynı şekilde bireyin iş bulmak için eğitime, bilgiye ve rehberliğe ücretsiz olarak ulaşma hakkı da bu başlık altındadır.
- b) İstihdamdan kaynaklanan haklar; çalışma saatleri, izin ve dinlenme, güvenli ve sağlıklı ortamda çalışma, adil ücret gibi bir iş ilişkisinden kaynaklanmakta olan haklar bu gruba girmektedir.
- c) İstihdamda muamele eşitliği ve ayrımcılık yasağı; aslında ayrı bir grup olarak sayılmış olmasına karşın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri çalışma hakkının tüm boyutları yönünden geçerli olan ilkeleri ifade etmektedir. Bu ilkeler uyarınca çalışanlara dil, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcı muamelede bulunulamaz. Bu çerçevede belirtilmesi gereken bir diğer konu da kadınların çalışma

³⁴ Drzewicki, K. (2001), s. 235, 236.

³⁵ a.g.e. s. 227.

³⁶ a.g.e. s. 227-239.

hayatında korunması, analık hâlinde özel düzenlemeler getirilmesi, ayrıca çocukların çalıştırılmasının yasaklanması gibi hâllerdir.

Yukarıda belirtildiği üzere Sözleşme’de çalışma hakkı tek başına temel hak olarak tanınmamıştır. Ancak çalışma hakkının unsurlarından olan kölelik yasağı ve zorla çalıştırma yasağı Sözleşme’nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca Sözleşme’nin 14. maddesinde çalışma hakkı bakımından oldukça önemli yeri bulunan ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Çalışma hakkının kolektif boyutuna ilişkin haklar ise Sözleşme’nin 11. maddesi çerçevesinde güvence altına alınmıştır.

Çalışma hakkının daha çok bireysel boyutu özel hayata saygı hakkı ile ilişkili olduğundan bireysel çalışma hakları ile sınırlı olarak inceleme yapılacaktır.

IV. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI KAPSAMINDA ÇALIŞMA HAKKI

AİHM kararlarında çalışma hakkı bakımından en önemli kriter bireylerin dış dünyayla ve başka bireylerle ilişki kurması bakımından mesleki hayatın, mesleki faaliyetlerin bir araç olarak görülmesi ve bu sayede mesleki hayatın özel hayatın ayrılmaz bir unsuru olarak kabul edilmesidir. Bu çerçevede AİHM’e göre mesleki hayat, “özel hayat” kavramı dışında tutulamaz. AİHM’in içtihadında sürekli olarak belirttiği gibi insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde ederler. Bu nedenle özel hayat unsurları gerekçe gösterilerek mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini etkilediği ölçüde Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir³⁷. AİHM birçok kararında kamu görevinden çıkarılmanın özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir³⁸. Mesleki hayatın özel hayata saygı hakkı kapsamında koruma bulan yönleri, AİHM kararlarından örnekleme yapılması yoluyla özel hayata saygı hakkının negatif, pozitif ve usul boyutları bakımından detaylı olarak ayrı başlıklar hâlinde incelenmektedir.

³⁷ Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45.

³⁸ Oleksandr Volkov/Ukrayna, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165-167.

A. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ NEGATİF YÜKÜMLÜLÜKLER BOYUTU VE ÇALIŞMA HAKKI

Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca taraf devletler hak ve özgürlükleri güvence altına almayı taahhüt etmişlerdir. Taraf devletlerin ilk yükümlülüğü Sözleşme'deki haklara keyfi müdahaleden kaçınmaktır. Bu yükümlülük negatif yükümlülük olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra devletlerin temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak için gerekli adımları atması da zorunludur. Devletin pozitif yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülük insan haklarının korunması için devletin önlem alma, harekete geçme ödevini içerir.

Özel hayata saygı hakkı bakımından devletin keyfi müdahalelerden kaçınma yani negatif yükümlülüğünün yanı sıra bu hakkın etkili şekilde korunmasını sağlamak için pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Devletin özel hayata saygı hakkının güvenceye alınması için alacakları tedbirler ve seçecekleri yöntemler konusunda takdir yetkileri bulunmaktadır.

AİHM, özel hayata saygı hakkını ilgilendiren başvurularda negatif veya pozitif yükümlülükler bakımından yapılacak inceleme yönünden çok büyük bir fark olmadığını belirtmektedir. Zira AİHM'e göre özel hayata saygı hakkı yönünden bu iki yükümlülük tipini her zaman birbirinden kesin şekilde ayırmak mümkün değildir ve ayrıca her ikisi yönünden aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre her iki durumda da a) Bireyin hukuki menfaati ile çatışan kamu menfaati arasında adil denge gözetilmelidir. b) Bu dengenin sağlanmasında alınacak tedbirlerin seçiminde devletin belirli bir takdir alanı/yetkisi bulunmaktadır. c) Pozitif yükümlülük söz konusu olduğunda dahi adil dengenin kurulmasında 8. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırlama ölçütleri dikkate alınmalıdır³⁹.

Kamu makamlarının işlem ve eylemleriyle bireylerin mesleki hayatına getirilen sınırlamalar özel hayata saygı hakkı bakımından devletin negatif yükümlülüğü kapsamında keyfilikten uzak olmak zorundadır. AİHM kararlarında çalışma hakkı bakımından en önemli kriter bireylerin dış dünyayla ve başka bireylerle ilişki kurması bakımından mesleki yaşamın, mesleki faaliyetlerin bir araç olarak görülmesi ve bu sayede mesleki

³⁹ *Rees/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 9532/81, 17/10/1986, § 37; *Powell ve Rayner/Birleşik Krallık* B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 41; *Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 36022/97, 8/07/2003, § 98; *Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/06/2004, § 57; *Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B. No: 34503/97, 12/11/2008, § 111; *Mertinas ve Mertinienė/Litvanya*, B. No: 43579/09, 8/11/2016, § 47.

yaşamın özel yaşamın ayrılmaz bir unsuru olarak kabul edilmesidir. Bu çerçevede AİHM'e göre mesleki hayat, "özel hayat" kavramı dışında tutulamaz. AİHM'in içtihadında sürekli olarak belirttiği gibi insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatlarında elde ederler⁴⁰.

AİHM kişinin mesleğini etkileyen başvuruların özel hayata saygı hakkı kapsamına girip girmediğini incelerken iki yöntem uygulamaktadır:

- 1) Sebebe dayalı yaklaşım
- 2) Sonuca dayalı yaklaşım

1. Sebebe Dayalı Yaklaşım ve Bu Yaklaşım Çerçevesinde Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Görülen İş veya Meslekten Çıkarma Uyuşmazlıkları

Özel hayata ilişkin unsurların mesleğin icrası bakımından aranılan nitelik ve yeterlilik koşulları bakımından gözetilmiş veya kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmış olduğu durumlardan kaynaklanan başvurular sebebe dayalı yaklaşım çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde değerlendirilir⁴¹.

Cinsel kimlik, cinsel yönelim, gayrimeşru bir ilişki veya nikâhsız birlikte yaşama gibi doğrudan özel hayat alanındaki davranışlara bağlı olarak kişinin işten çıkarıldığı durumlarda meslekten çıkarma, iş sözleşmesinin feshi veya birtakım disiplin yaptırımları uygulanması işlemlerinin kaynağında yatan sebepler doğrudan kişilerin özel hayatıyla ilgilidir. Bu örneklerdeki gibi durumları içeren başvurular sebebe dayalı yaklaşım gereğince özel hayata saygı hakkı kapsamı içinde kalmaktadır.

AİHM sebebe dayalı yaklaşımın Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanmasını gerekli kılmadığı durumlarda, söz konusu tedbirin sonuçlarının özel hayatın üzerindeki etkilerine ilişkin bir inceleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla beraber AİHM, ilgili tedbirin altında yatan sebepleri ve tedbirin sonuçlarını incelerken her iki yaklaşımı birlikte uygulamasına engel teşkil etmediğini de belirtmektedir⁴².

⁴⁰ *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45.

⁴¹ *Denisov/Ukrayna* [BD], B. No: 2011/76639, 25/9/2018, §§ 100-103.

⁴² *Denisov/Ukrayna*, § 109.

Sebebe dayalı yaklaşım kavramı içinde AİHM uygulamasında karşılaşılan başvuru türleri aşağıda detaylı olarak ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

a) Meslek Seçiminde Geniş Alanı Kapsayan Yasaklar Getirilmesi

Özel hayat unsurları gerekçe gösterilerek mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini ve kişiliğini geliştirmesini etkilediği ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir.

Konuyla ilgili *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*⁴³ kararına konu olayda, eskiden Sovyet istihbaratında (KGB) çalışmış olan başvurucuların kamu görevlerinde ve özel sektörde pek çok alanda çalışmaları kanunla yasaklanmıştır. Başvurucular eski KGB çalışanı oldukları için söz konusu kanun dolayısıyla iş bulma imkânlarının kısıtlandığından şikâyet etmişlerdir. Ayrıca eski KGB ajanlarına yönelik kanunun kendilerine uygulanması nedeniyle sürekli olarak ifşa edildiklerini ve utandırıldıklarını ileri sürmüşlerdir. AİHM, söz konusu kararda öncelikle Sözleşme'nin kamu görevlerine girme hakkını garanti etmediğini hatırlatmıştır. Ancak hemen ardından Avrupa Sosyal Şartı ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı Sözleşmesi'ne atıfla özel sektörde işe girme hususundaki kapsamlı yasağın özel hayatı etkileyeceğini vurgulamıştır. Ayrıca sosyal ve ekonomik haklar ile Sözleşme'de korunan haklar arasında su geçirmez, kesin sınırlar olmadığının da altını çizmiştir⁴⁴.

AİHM'e göre başvurucuların kamu ve özel sektörde bazı meslekleri yapmalarının yasaklanması, geçimlerini sağlama konusunda ciddi zorluklar doğurmuştur. Ayrıca başvurucular, toplum nazarında önceki baskıcı Sovyet rejimiyle ilişkilendirilerek sürekli olarak damgalanmışlardır. Dolayısıyla söz konusu yasağın, başvurucuların şeref ve itibarlarının yanı sıra mesleki ve diğer alanlarda dış dünya ile ilişki kurmalarını da önemli derecede etkilemiştir. Bu nedenle başvuru, özel hayata saygı hakkının kapsamına girmektedir⁴⁵.

b) Belirli Bir Mesleğe Girişin Engellenmesi

Çalışma hakkının unsurlarından olan "belirli bir mesleğe girme/belirli bir işi seçme" hakkı yönünden AİHM, bu hakkın Sözleşme'de güvence

⁴³ *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, B. No: 55480/00, 27/07/2004.

⁴⁴ *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, §§ 46, 47.

⁴⁵ *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, § 49.

altına alınan haklardan olmadığını pek çok kararında belirtmektedir. Bununla birlikte AİHM'in "belirli bir mesleğe girme" hakkını özel hayata saygı hakkı kapsamında incelediği kararları da bulunmaktadır. AİHM'in konuyla ilgili yaklaşımını anlamak, hangi durumda söz konusu hakkı özel hayata saygı hakkı ile bağdaştırdığını ortaya koyabilmek için söz konusu kararların incelenmesi gerekir.

Bu alandaki ilgi çekici kararlardan biri *Bigaeva/Yunanistan* kararıdır. Bu karara konu olayda Rus vatandaşı olan başvurucu, Yunanistan'a göç etmiş ve bu ülkede oturma ve çalışma izni almıştır. Başvurucu, Atina'da hukuk fakültesinde eğitim görmüş ve buradan mezun olduktan sonra yüksek lisans eğitimini de tamamlamıştır. Başvurucu, Atina Barosuna avukatlık stajı için kabul edilmiş ve on sekiz ay süreyle staj görmüştür. Başvurucu bundan sonra avukatlık sınavı için Atina Barosuna başvurmuş, başvurusu Yunanistan vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. İç hukuka göre Yunan vatandaşlığına geçen kişilerin avukatlığa atanması ancak vatandaşlığa kabulden beş yıl geçtikten sonra mümkündür. Başvurucu, iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvurmuş ve Rus vatandaşı olması nedeniyle avukatlık sınavına kabul edilmemesinin özel hayata saygı hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Yunan Hükûmeti ise başvurunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girmediğini zira Sözleşme'nin belirli bir mesleğe girmeyi garanti etmediğini savunmuştur⁴⁶.

AİHM, başvurucunun avukatlık sınavına kabul edilmemesinin özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Baro, başvurucuyu avukatlık stajına alarak avukat olarak atanacağı beklentisini oluşturmuştur zira avukat olabilmek için söz konusu stajı tamamlamış olmak, olmazsa olmaz koşuldur. Staja kabulde başvurucunun Yunan vatandaşı olmaması öne sürülmemiş, stajı tamamlayıp sınava gireceği sırada engel olarak çıkarılmıştır. Bu ana kadar başvurucu zamanını ve kariyer planlarını avukatlık stajına adanmıştır, aradan on sekiz ay geçtikten sonra vatandaşlığı ileri sürülerek avukatlık mesleğine girmesinin engellenmesi başvurucunun çalışma hayatını önemli şekilde etkilemiştir. Kamu makamlarının tutarsız davranışları yüzünden aslında iç hukukta yer alan vatandaşlık kuralı nedeniyle avukatlık yapamayacağı açık olan kişinin mesleki hayatının on sekiz ayını staja harcamasına

⁴⁶ *Bigaeva/Yunanistan*, B. No: 26713/05, 28/05/2009, §§ 18, 19.

sebebiyet verilmiştir. Dolayısıyla kamu makamları başvurusunun özel hayatına saygı gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir⁴⁷. AİHM, başvurusunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ve başvurucuya tazminat ödenmesine karar vermiştir. Öte yandan AİHM, avukatlık mesleği yönünden vatandaşlık şartı aranmasının devletin takdir yetkisi içerisinde olduğunu belirtmiş ve bu durumu ayrımcılık olarak görmemiştir⁴⁸.

Söz konusu karar gerekçesinden AİHM'in, meşru beklenti kavramını açıkça telaffuz etmese de baro yönetiminin iyi idare eksikliği ve tutarsız kararları nedeniyle başvurucuda staja kabul edildiğine göre avukatlık mesleğine de kabul edileceği yönünde beklenti oluşmasına önem atfettiği anlaşılmaktadır.

Bir diğer önemli karar ise *Şahin Kuş/Türkiye* kararıdır. Olayda, Türk başvuru, Şam Üniversitesinin Arap Dili ve Edebiyatı Bölümünden mezun olmuştur. 1993 yılında başvurucuya denklik belgesi verilmiştir. Başvuru söz konusu diplomasına ve denklik belgesine dayanarak bir üniversitede yüksek lisans bitirmiştir. Bundan sonra pedagojik eğitim diploması almış ve öğretmen adayı olarak bir ilkokulda staja başlamıştır. Aradan dört yıl geçtikten sonra 1997 yılında, başvurusunun mezun olduğu üniversitenin eğitim standartlarının uygun olmadığı gerekçesiyle diploma denklik belgesi iptal edilmiştir. Bu karardan iki ay sonra idare tekrar kararını değiştirmiş ve başvurusunun diplomasına denklik vermiş ancak bu diploma ile öğretmenlik mesleği yapılamayacağını belirtmiştir. Söz konusu kararlar sonrasında başvurusunun stajyer öğretmen ataması iptal edilmiştir⁴⁹. AİHM, *Sidabras ve Dziantas/Litvanya* ve *Bigaeva/Yunanistan* kararlarına atıfta bulunarak belirli bir mesleğe erişimin kamu makamlarınca engellenmesinin özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturabileceğini belirtmiştir⁵⁰. Mahkeme özellikle idarenin sürekli karar değişikliğine gitmek suretiyle tutarlı olmayan uygulama yaptığını, bunun sonucunda başvurusunun yöneldiği ve akademik çalışmalar ve staj programları üzerinden yıllarını verdiği mesleki tercihinin ve dolayısıyla özel hayatının önemli ölçüde etkilendiğini vurgulamıştır. AİHM, kamu makamlarının kararının başvurusunun mesleki anlamda

⁴⁷ *Bigaeva/Yunanistan*, §§ 31-36.

⁴⁸ *Bigaeva/Yunanistan*, § 40.

⁴⁹ *Şahin Kuş/Türkiye*, B. No: 33160/04, 7/6/2016, §§ 6-13.

⁵⁰ *Şahin Kuş/Türkiye*, § 34.

dış dünyayla ve diğer insanlarla ilişki kurmasını etkilediğini belirtmiştir. Ayrıca müdahale nedeniyle başvuruçunun ve yakın çevresinin mali geçim imkânından da yoksun kaldığına dikkat çekmiştir. Sonuç olarak kamu makamlarının tutarsız kararları nedeniyle başvuruçunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine⁵¹ karar vermiştir.

Belirtilen karar oy çokluğuyla alınmıştır. Karara muhalif kalan üye Işıl Karakaş'ın gerekçeleri, AİHM'in belirli bir mesleğe girme hakkıyla ilgili değişen yaklaşımını anlamak bakımından önemlidir. Muhalefet görüşünde mevcut davanın memuriyet görevine son verme değil belirli bir kamu görevine atanma isteğine ilişkin olduğuna dikkat çekilmiş ve AİHM'in bu iki konuya yönelik içtihadının farklı olduğuna vurgu yapılmıştır. *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* kararının olgularının mevcut davadan çok farklı olduğu belirtilmiştir. *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* kararında başvuruçuların hem kamu hem de özel sektörde oldukça geniş alanda iş bulmalarının engellenmiş olduğu, ayrıca sürekli olarak eski ajan olmaktan dolayı kamunun negatif ilgisine maruz kaldıkları ve utandırıldıkları oysa mevcut olayda başvuruçunun geniş bir alanda değil sadece öğretmenlik mesleği yönünden bir engelle karşılaştığı, bunun dışında özel veya kamu sektöründe iş bulmasının engellenmediği belirtilmiştir⁵².

Konuyla ilgili bir başka ilginç karar ise *Mateescu/Romanya* kararıdır. Başvuruçucu, uzun yıllar görev yapmış bir tıp doktorudur. Tıp alanında doktora tamamlamıştır ve tıp fakültesinde ders vermektedir, ayrıca kendi muayenehanesi vardır. Bununla beraber başvuruçucu hukuk fakültesinden mezun olmuş, baro sınavlarını kazanmış ve iki yıllık zorunlu avukatlık stajına başlamış, ayrıca özel bir hukuk şirketinde stajyer avukat olarak çalışmak üzere sözleşme imzalamıştır. Başvuruçucu, stajyer avukat olarak çalışırken aynı zamanda doktor muayenehanesindeki çalışmasını da sürdürmesine izin verilmesini barodan talep etmiştir. Başvuruçucu iç hukuk uyarınca tıp doktorluğunun avukatlık mesleğiyle uyuşmayan bir meslek olmadığını ileri sürmüştür. Baro tarafından başvuruçunun sadece bir mesleği seçerek yürütmesi gerektiği gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Başvuruçucu iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra AİHM'e başvurmuştur. Başvuruçucu tıp alanındaki tecrübesinin tıbbi

⁵¹ *Şahin Kuş/Türkiye*, §§ 35, 51, 52.

⁵² *Şahin Kuş/Türkiye*, Üye Işıl Karakaş'ın azlık oyu.

ihmal davalarında uzmanlaşmış bir avukat olarak kariyerini etkili şekilde tamamlayacağını belirtmiştir⁵³.

AİHM; avukatlık, noterlik gibi kariyer mesleklere girişin engellenmesinin bireylerin dış dünya ve başka bireylerle ilişki geliştirmesini belli ölçüde kısıtlaması nedeniyle özel hayata saygı hakkının kapsamına girdiğini belirtmiştir. AİHM'e göre başvurusunun avukatlık yapabilmesi için tıp mesleğinden feragat etmesinin öne sürülmesi özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir. Mahkeme, müdahaleyi tespit ettikten sonra kanunilik ilkesi yönünden inceleme yapmış; avukatlık mesleğiyle bağdaşmayan mesleklerle ilgili kanuni düzenlemenin ve somut olayda yargı makamlarınca bu mevzuata getirilen yorumun öngörülemez ve belirsiz olduğuna, sonuç olarak başvurusunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁴.

Tüm bu kararlar ışığında AİHM'in belirli bir mesleğe girme/belirli bir işi seçme hakkının Sözleşme'de güvence altına alınan haklardan olmadığı yolundaki içtihadını oldukça esnettiğini söylemek mümkündür. AİHM, özel hayata saygı hakkının temel amacının bireyleri kamu makamlarının keyfî müdahalelerinden korumak olduğunu sürekli vurgulamaktadır. Belirli mesleğe girme konusunda da özel hayata saygının gereği olarak kamu makamlarının kararlarında tutarlı olmaları, keyfî sayılabilecek davranışlardan kaçınmaları, bireyden beklenen koşulların öngörülebilir ve belirli olması gerekmektedir. Özellikle bireylerin staj yapması gibi uzunca sayılabilecek süre eğitim görmeleri, akademik hazırlık yapmaları, sınavları geçmeleri gibi ön koşulları gerektiren bir mesleğe giriş söz konusu ise bireyin bu hazırlık ve koşulları yerine getirmek suretiyle bir süre "*kendisini ve hayatını bu yöne adanmış*" söyleyebiliriz. Bu durumda bu şekildeki hazırlık ve koşullar sağlandıktan sonra kamu makamlarının tavrı değişikliği sonucu bir mesleğe girişin engellenmesi söz konusu ise bu alana yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamlarınca özellikle ciddi ve önemli gerekçelerin gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

c) Belirli Bir Mesleğe veya Göreve Son Verilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere özel hayata saygı hakkı, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da

⁵³ *Mateescu/Romanya*, B. No: 1944/10, 14/01/2014, §§ 6-13, 23.

⁵⁴ *Mateescu/Romanya*, §§ 20, 31-32.

içermektedir. Kişilerin mesleki hayatı özel hayatlarıyla sıkı bir irtibat içindedir. Özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı gündeme gelecektir. AİHM, kişinin özel yaşamına ilişkin unsurlar nedeniyle mesleki faaliyete/göreve son verilmesi durumunda, mesleki alanda dış dünyayla ilişki kurma hakkına müdahale edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin devreye gireceğine istikrarlı şekilde karar vermektedir⁵⁵.

Bu alandaki önemli kararlardan biri *Özpınar/Türkiye* kararıdır. Bu karara konu olayda başvuru disiplin soruşturması neticesinde hâkimlik mesleğinden çıkarılmıştır. Disiplin soruşturması sürecinde başvuru kişinin yakın ilişkileri, kısa etek giymesi, makyaj yapması, annesinden ayrı yaşaması gibi özellikle özel hayatına ilişkin unsurlar esas alınmıştır. Soruşturma raporunda başvurucuya uygunsuz davranış ve ilişkileri dolayısıyla mesleğin saygınlığına ve onuruna zarar vermek ve kişisel onur ve itibarını kaybetmek, abartılı makyaj yaparak ve uygunsuz kıyafetler giyerek mesleğine saygı göstermemek, mazeret göstermeden iş yerine geç gelmeyi, işten erken ayrılmayı ve birçok kez işe gelmemeyi alışkanlık hâline getirmek isnatları yöneltmiştir⁵⁶.

AİHM, mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri “özel hayat” kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını vurgulamıştır. AİHM'e göre kişilerin mesleki hayatı özel hayatlarıyla sıkı bir irtibat içindedir. Özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı devreye girecektir.⁵⁷ AİHM; başvuru hakkındaki disiplin soruşturmasının yalnızca görevi kapsamındaki faaliyetleri kapsamadığını, söz konusu soruşturmanın temelinde özel hayatına ilişkin unsurlar bulunduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır. AİHM, *Özpınar/Türkiye* kararında disiplin soruşturması ve hâkimlik mesleğinden çıkarma sürecinde başvurucuya adil savunma yapabilmesi için asgari

⁵⁵ *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; *Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 29; *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165, 166.

⁵⁶ *Özpınar/Türkiye*, §§ 14-22.

⁵⁷ *Özpınar/Türkiye*, §§ 45-48.

güvencelerin sağlanmadığını da vurgulamış; kamu makamlarının keyfî tutumu nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁸.

d) Özel Hayata İlişkin Unsurlar Nedeniyle Mesleki Yaptırımlar Uygulanması

Özel hayat unsurları gerekçe gösterilerek mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini etkilediği ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Dolayısıyla çalışanlar hakkında uygulanan yer değiştirme, nakil, sicil, disiplin gibi konuların da özel hayata saygı hakkının alanını ilgilendirmesi mümkündür.

Sodan/Türkiye kararına konu olayda, Ankara'da vali yardımcısı olan başvuru aynı unvanla Gaziantep'e atanmıştır. Atama işlemine dayanak alınan disiplin soruşturması raporunda, dinî görüşü ve eşinin türbanlı olmasının "sosyal ilişkilerini" olumsuz yönde etkilediği, başvuru kendisine verilen işleri yerine getirdiği fakat girişimci olmadığı belirtilmiştir⁵⁹. AİHM kararda, "mesleki hayat" çerçevesinde yürütülen faaliyetleri "özel hayat" kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını belirtmiştir. AİHM'e göre özellikle özel hayatla ilgili unsurlar belirli bir meslek için niteleyici bir koşul olarak görüldüğünde meslek hayatı genellikle özel hayat ile iç içedir. Kısacası meslek hayatı, kamusal bağlamda da birey ve "özel hayatı" ilgilendiren başka kişiler arasındaki etkileşim alanının bir parçasıdır⁶⁰. AİHM, devlet memurunun yer değişikliğinin özellikle de daha az prestijli bir göreve atama söz konusuysa meslek hayatı üzerinde olumsuz etkileri olabileceğini ancak bu durumun tek başına Sözleşme güvencelerini harekete geçirecek nitelikte olmadığını belirtmiş ve atamanın gerekçelerinin belirlenmesi ve Sözleşme hükümleriyle uygunluğunun denetlenmesinin önemli olduğunu vurgulamıştır⁶¹. Mahkeme, olayda başvuru özel hayatı ve inançları ile görev yerinin değiştirilmesi arasında açık bir nedensellik bağı olduğunu belirtmiştir. Başvuru yerinin değiştirilmesinin bir çeşit "üstü kapalı yaptırım" olduğu, yaşam şekli, inançları ve eşinin kılık kıyafetine dayanılarak yaptırım uygulandığı sonucuna varmıştır. Bu

⁵⁸ *Özpmar/Türkiye*, § 79.

⁵⁹ *Sodan/Türkiye*, B. No:18650/05, 2/2/2016, § 10.

⁶⁰ *Sodan/Türkiye*, § 37.

⁶¹ *Sodan/Türkiye*, § 43.

nedenlerle başvuruçunun görev yerinin değiştirilmesinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁶².

2. Sonuca Dayalı Yaklaşım ve Bu Yaklaşım Çerçevesinde Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Görülen İş veya Meslekten Çıkarma Uyuşmazlıkları

Kişinin meslek hayatını etkileyen bir işlemin sebebinin kişilerin özel hayatına ilişkin olmadığı ancak söz konusu işlemin kişinin özel hayatına yönelik ciddi olumsuz etkilerinin bulunduğu veya bulunma ihtimalinin olduğu durumların konu edildiği başvurular sonuca dayalı yaklaşım bağlamında Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamı içinde incelenebilmektedir. AİHM *Denisov ve diğerleri/Ukrayna* kararında sonuca dayalı yaklaşımın kriterlerini detaylı şekilde açıklamıştır. Bu bağlamda söz konusu olumsuz etkilere ilişkin değerlendirmede AİHM, kişinin yakın çevresi üzerindeki, özellikle de maddi bakımdan ortaya çıkan sonuçları, diğerleri ile ilişki kurma ve geliştirme olanakları ile kişinin şeref ve itibarı üzerindeki olumsuzlukları dikkate almaktadır. Ancak hemen vurgulanmalıdır ki özel hayat unsurlarından kaynaklanmayan mesleki yaptırımlar bakımından sonuca dayalı yaklaşım çerçevesinde özel hayata saygı hakkı bakımından inceleme yapılabilmesi çok sıkı şartlara bağlıdır. Bu bağlamda AİHM a) özellikle ciddi boyutta esaslı sonuçların mevcut olduğu durumlarda, kişinin “iç alanı” üzerindeki etki b) kişinin “diğerleri ile ilişki kurma ve geliştirme” olanakları ve c) kişinin şeref ve itibarı üzerindeki etki bağlamındaki olumsuz sonuçları dikkate almaktadır. AİHM, sonuca dayalı yaklaşım uyarınca inceleme yapılabilmesi için söz konusu meslekle ilgili tasarrufun özel hayat üzerinde doğurduğu etkilerin belirli önem ve ciddiyette olmasını aramakta, asgari *ağırlık seviyesine* ulaşmış olması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM, sadece bu sonuçların çok ağır olduğu ve kişinin özel hayatını önemli derecede etkilediği durumlarda Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir⁶³.

AİHM, sonuca dayalı yaklaşımı uyguladığı başvurularda iddia edilen ihlallerin ağırlık ve ciddiyet derecesini değerlendirmeye yönelik kıstaslar oluşturmuştur. Bu kapsamda başvuruçunun söz konusu tedbir öncesi ve sonrasındaki yaşamı kıyaslanarak maruz kaldığı olumsuz etki

⁶² *Sodan/Türkiye*, §§ 49, 50, 59.

⁶³ *Denisov/Ukrayna* [BD], B. No: 2011/76639, 25/9/2018, §§ 113, 116.

değerlendirilmektedir. Ayrıca sonuçların ciddiyetinin belirlenmesinde, başvurucunun iddia ettiği öznel algıların somut başvuruda mevcut nesnel koşullarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yapılacak incelemenin uygulanan işlemin hem maddi hem de manevi etkilerini kapsamı gerekmektedir. AİHM, başvurucuların şikâyet edilen tasarrufun özel hayatları üzerindeki olumsuz sonuçlarını somut verilere dayalı olarak uygun şekilde ispatlamakla yükümlü olduklarını ifade etmektedir. Ayrıca başvurucular söz konusu şikâyetlerini ulusal merciler önünde de uygun şekilde dile getirmiş olmalıdırlar⁶⁴.

Sonuca dayalı yaklaşımın söz konusu olduğu durumlarda, yukarıda sayılan yönlerin tümü bağlamında ağırlık eşiği çok önem arz etmektedir. Başvurusunda söz konusu eşiğe ulaşıldığını ikna edici şekilde ortaya koyma yükümlülüğü başvurucuya aittir. Başvurucu, başvuru konusu işlemin sonuçlarını destekleyen delilleri ibraz etmelidir. AİHM, sadece bu sonuçların çok ağır olduğu ve kişinin özel hayatını önemli derecede etkilediği durumlarda 8. maddenin uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir⁶⁵.

AİHM, *Ermenyi/Macaristan* kararında yüksek mahkeme başkan yardımcılığını yürüten kişinin başkan yardımcılığı görevinden alınarak Yüksek Mahkemede yargıç olarak (Yüksek Mahkemenin özel hukuk davalarına bakan bölümlerinden birinin başkanı olarak) göreve devam etmesi hakkındaki uyuşmazlığı incelemiştir. Bu karara konu olayda başvurucu, Yüksek Mahkemenin organizasyonu ve görevleri yönünden kanunla yapılan yapısal değişiklikler nedeniyle yüksek mahkeme başkan yardımcılığı görevinden alınmıştır. Başvurucu; AİHM önünde başkan yardımcılığı görevinden alınmasının kariyerini ve mesleki itibarını yok ettiğini, sosyal ve mesleki ilişkilerine zarar verdiğini belirterek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, sebebe dayalı veya sonuca dayalı yaklaşımlardan hangisini uyguladığını belirtmemiş olsa da bu başvuru sonuca dayalı yaklaşımın bir örneğini teşkil etmektedir. Zira başvurucunun başkan vekilliği görevinden alınmasının sebebi Yüksek Mahkemenin yeniden organize edilmesi olup başvurucunun özel hayatına dayalı bir sebepten söz etmek mümkün değildir. AİHM bu başvuruda başkan vekilliği görevinden alınmasının başvurucunun kariyeri ve itibarı bakımından özel hayatını ciddi ölçüde etkilediğini kabul etmiştir. Bu nedenle AİHM, başvurucunun yüksek

⁶⁴ *Denisov/Ukrayna*, §§ 113-117.

⁶⁵ *Denisov/Ukrayna*, § 114.

mahkeme başkan vekili olarak yürüttüğü idari görevinden alınmasının, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiş; nihayetinde müdahalenin meşru amacı bulunmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁶⁶.

AİHM'in *Denisov* kararından sonra, sonuca dayalı yaklaşımı uyguladığını belirtmek suretiyle verdiği ilk kararlardan biri *J.B. ve diğerleri/Macaristan* kararıdır. Söz konusu karara konu olayda başvuruçular yargıçtır. Macaristan kanunlarına göre genel emeklilik yaşı 65 olarak belirlenmiş ve yargıçların isterlerse 70 yaşına kadar çalışmaya devam edecekleri düzenlenmiştir. Ancak daha sonra 2012 yılında yürürlüğe giren yeni bir kanunla genel emeklilik yaşına yani 65 yaşa ulaşmış olan yargıçların artık zorunlu olarak emekli edilecekleri düzenlenmiştir. Başvuruçulara da bu kanun uygulandığı için başvuruçuların görevlerine son verilmiştir. AİHM; bu kararında göreve son vermenin özel hayata ilişkin bir sebepten kaynaklanmadığını, dolayısıyla sebebe dayalı yaklaşımın uygulanamayacağını, sonuca dayalı yaklaşım çerçevesinde inceleme yapılacağını belirtmiştir⁶⁷. AİHM olayda, müdahalenin doğurduğu etkilerin başvuruçuların özel hayatını önemli derecede etkilemediği, bu nedenle asgari ağırlık eşliğine ulaşmadığı ve başvurunun Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle AİHM konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir⁶⁸.

Sonuca dayalı yaklaşım çerçevesinde *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna* kararında da *Denisov* kararında geliştirilen ilkelere atıf yapılmıştır. Ukrayna'da 21 Kasım 2013 tarihinde hükûmetin Avrupa Birliği Ortaklık Anlaşması'nı imzalamayı reddetmesi üzerine başlayan protesto hareketi üzerine Cumhurbaşkanı Viktor Yanukovych'in görevden el çektilmesinin ardından yeni hükûmet ve parlamento, farklı memur sınıflarının kamudan ihracını öngören ve 16 Ekim 2014 tarihinde yürürlüğe giren Arındırma Kanunu'nu çıkartmıştır. Bu Kanun; 25 Şubat 2010'dan 22 Şubat 2014'e kadar olan sürede en azından bir yıl boyunca kamu hizmetinde çalışanların, ayrıca 1991'den önce Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti Komünist Partisinde belirli görevlerde çalışanların ve Kanun'un öngördüğü aklanma beyannamesini doldurmayan kişilerin

⁶⁶ *Ermenyi/Macaristan*, B. No: 22254/14, 22/11/2016, §§ 30-40.

⁶⁷ *J.B. ve diğerleri/Macaristan*, B. No: 45434/12, 45438/12, 375/13, 27/11/2018, §§ 130-131.

⁶⁸ *J.B. ve diğerleri/Macaristan*, §§ 137-138.

kamu görevlerinden çıkarılmalarını düzenlemiştir. Buna göre bu kişilerin on yıl boyunca kamu hizmetinden ve diğer bazı işlerden yasaklanmaları; ayrıca isimlerinin Adalet Bakanlığınca tutulan ve kamuya açık çevrim içi bir veri tabanı olan Arındırma Kütüğü'nde yayımlanması öngörülmüştür. Başvurucular söz konusu Kanun çerçevesinde kamu görevlerinden çıkarılmışlardır. AİHM sonuç temelli yaklaşım söz konusu olduğunda "asgari ağırlık eşiği"nin hayati önemde olduğunu vurgulamıştır. Meslekten çıkarılma, alt bir göreve atanma, bir mesleğe kabul edilmeme veya benzer diğer bir olumsuz tedbirden kaynaklanan sonuçların çok ciddi olduğuna ve özel hayatlarını çok önemli bir derecede etkilediğine dair başvurucular tarafından kanıtlar sunulduğu takdirde 8. madde kapsamında inceleme yapılabileceğini belirtmiştir⁶⁹. AİHM; sonuç temelli yaklaşım çerçevesinde yaptığı incelemede arındırma kanunu uyarınca somut olayda başvurucuların kamu hizmetinden ihraç edilmeleri, kamu hizmetinde bir görev almaktan on yıl süreyle yasaklanmaları ve isimlerinin kamunun erişimine açık Arındırma Kütüğü'ne yazılmasını dikkate alarak bu tedbirlerin birleşiminin başvurucuların diğer kişilerle ilişki kurma ve geliştirme yetenekleri ile sosyal ve mesleki saygınlıkları üzerinde çok ciddi sonuçlara yol açtığını, onları çok önemli derecede etkilediğini kabul etmiştir. Bu nedenle olayda 8. maddenin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir⁷⁰.

Bağirov/Azərbaycan kararı sonuca dayalı yaklaşım çerçevesinde verilmiştir. Başvurucu bir avukat ve polis şiddetini ve bir yargıcı hedef alan sözleri nedeniyle barodan ihraç edilmiştir. AİHM, olayda 8. maddenin uygulanabilirliğini incelerken avukatların adaletin idaresi ve temel hakların korunmasında merkezî bir role sahip olduklarını vurgulamış ve barodan ihraç cezasının bir avukatın mesleki yaşamında geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurması bakımından avukatlık mesleğindeki en ağır disiplin cezasını oluşturduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle AİHM müdahalenin başvurunun özel hayatı üzerinde oluşturduğu negatif etkiler bakımından asgari ağırlık eşiğini aştığını kabul ederek olayda 8. maddenin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir⁷¹.

Pişkin/Türkiye kararına konu olayda, Ankara Kalkınma Ajansında uzman olarak çalışan başvurunun iş akdi 15 Temmuz 2016 tarihli

⁶⁹ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 58812/15, 53217/16, 59099/16...,17/10/2019, § 206.

⁷⁰ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, §§ 209, 211.

⁷¹ *Bağirov/Azərbaycan*, B. No: 81024/12 28198/15, 25/06/2020, § 87.

darbe girişimi sonrasında millî güvenliğe tehdit oluşturan yapılara üye, bu yapılarla irtibatlı ya da iltisaklı olduğu gerekçesiyle 667 sayılı OHAL KHK'sı kapsamında feshedilmiştir. AİHM'e göre iş akdinin sona erdirilmesinin sebebi olan terör örgütü ile bağlantılı olduğu iddiası başvuruçunun mesleki ve sosyal saygınlığı üzerinde ciddi sonuçlara yol açmıştır ve bu sonuçların ağırlığı Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanmasını gerektirmiştir⁷².

AİHM esasa ilişkin incelemesinde, başvuruçunun yasa dışı bir örgüt ile var olduğu iddia edilen bağlantısına dayanarak iş akdinin sona erdirilmesini özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiş; bu müdahalenin ulusal güvenlik ve düzenin korunması ile suçun önlenmesi meşru amaçlarına yönelik olduğunu dikkate almıştır.

AİHM, ilgili müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini incelerken iki hususa dikkat çekmiştir: i) başvuruçunun iş akdinin sona erdirilmesi ile sonuçlanan karar alma sürecinin keyfiliğe karşı güvenceler ile desteklenip desteklenmediği, ii) başvuruçunun usule ilişkin güvencelerden yararlanıp yararlanmadığı, özellikle yeterli yargısal incelemeye erişiminin olup olmadığı, yetkili makamların özenli bir biçimde ve zamanında harekete geçip geçmediği⁷³.

Birinci kriter yönünden AİHM 15 Temmuz darbe girişimi sonrası ortaya çıkan olağanüstü koşullar altında 667 sayılı KHK uyarınca oluşturulan memurların ve diğer kamu hizmeti çalışanlarının işten çıkarılmasında uygulanan basitleştirilmiş usulün, olağanüstü hâl sırasında alınan tedbirlerin yargı denetimine tabi tutulmuş olması dikkate alınarak makul görülebileceğini belirtmiştir. İkinci kriter yönünden ise somut olayda yerel mahkeme kararlarının, başvuruçuya yöneltilen suçlamaların mahiyetinin belirlenmesine ilişkin bir açıklık getirmediğini vurgulamıştır. AİHM'e göre yerel mahkemeler, söz konusu tedbirin başvuruçunun özel hayatına saygı hakkı üzerinde doğurduğu ciddi sonuçlara rağmen ilgili tedbiri etraflıca incelemeyen ve yalnızca işverenin değerlendirmesine dayalı olarak karar vermiştir. AİHM'e göre ulusal güvenlik söz konusu olsa dahi demokratik bir devlette hukukilik ve hukukun üstünlüğü kavramları, temel insan haklarını etkileyen tedbirlerin kararın gerekçelerini ve ilgili delilleri denetlemeye

⁷² *Pişkin/Türkiye*, B. No: 33399/18, 15/12/2020, §§ 179-188.

⁷³ *Pişkin/Türkiye*, § 216.

yetkili bağımsız bir mahkeme önünde çelişmeli bir yargulamaya tabi olmasını gerektirir. Mevcut başvuruda AİHM yerel makamların başvuruçunun iş akdinin neden sonlandırıldığına ilişkin gerçek nedenlerini belirlemede başarısız olduğunu değerlendirmiş ve işten çıkarmanın yargısal denetimini yetersiz bulmuştur⁷⁴. Sonuç olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Convertito ve diğerleri/Romanya kararı da sonuca dayalı yaklaşımın bir başka örneğidir. İtalyan vatandaşı olan başvuruçular 2003 ve 2004 yıllarında Romanya'da dış hekimliği fakültesine kayıt olmuşlardır. Üniversite Rektörlüğü tarafından verilen kayıt belgesinde Eğitim Bakanlığından onay mektupları alınana kadar kayıtlarının "beklemede" olduğu ifadeleri belirtilmiştir. Başvuruçular altı yıl boyunca eğitim görmüşler, fakültenin sınavlarında başarılı olmuşlardır. Fakültenin son senesinde Eğitim Bakanlığı bir başvuruçuyu için onay mektubu vermemiştir, diğer başvuruçular için verilen onay mektupları ise birinci sınıfa kayıt yılını içermemektedir. Buna rağmen Dekanlığın önerisi üzerine Üniversite Senatosu başvuruçuların son sınıfta final sınavlarına girmesine izin vermiştir. Sınavları başarıyla geçen başvuruçular dış hekimliği diplomalarının İtalyan makamları tarafından denkliğinin tanınması için prosedür başlatmışlardır. Ancak 2011 yılında Romanya makamları dış hekimliği fakültesine kayıtlarına ilişkin olarak Eğitim Bakanlığı mektuplarının eksikliği nedeniyle başvuruçuların diplomalarını iptal etmiştir. AİHM, altı yıllık eğitim sonucu elde ettikleri diplomalarının iptalinin başvuruçuların hem başkalarıyla ilişki kurma ve sosyal kimliklerini oluşturma yönüyle hem de planladıkları kariyerlerine erişmeleri bakımından gerekli olan eğitim belgesinden yoksun bırakılmaları dolayısıyla profesyonel yaşamları üzerinde ağır sonuçlar doğurduğuna dikkat çekmiştir⁷⁵. Bu nedenle AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.

B. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER BOYUTU VE ÇALIŞMA HAKKI

Özel hayata saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek

⁷⁴ Pişkin/Türkiye, §§ 225-229.

⁷⁵ *Convertito ve diğerleri/Romanya*, B. No: 30547/14, 30549/14..., 3/3/2020, § 29.

olarak "özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması" bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir⁷⁶. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında dahi özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar⁷⁷. Dolayısıyla mesleki hayata ilişkin konuların özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alındığı durumlarda devletin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır.

AİHM devletin doğrudan müdahalesinden kaynaklanmasa da bu tür uyuşmazlıklarla ilgili olarak devletlerin sorumluluğunun devam edebileceğini, Sözleşme'deki haklara etkili şekilde koruma sağlanabilmesi için özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de makul ve uygun önlemler almak yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmektedir⁷⁸. Ancak hemen belirtilmelidir ki özel hayata saygı hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğü sınırsız değildir. Devletten beklenen önlem ile bireyin özel hayatı arasında doğrudan ve hazır bir bağ mevcut ise ancak pozitif yükümlülükten bahsedilebilir⁷⁹.

Pozitif yükümlülüğün söz konusu olduğu durumlarda AİHM'in incelemesinin temelinde "çatışan çıkarlar arasında adil denge" kavramı yer almaktadır. AİHM'e göre Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan haklara ilişkin olan özel hukuk uyuşmazlıklarında bireylerin çıkarlarıyla toplumun veya diğer bireylerin, örneğin işçi ve işverenin çatışan çıkarları arasında ulusal mahkemelerce adil bir denge kurulması gerekir. Ayrıca güvence altındaki söz konusu haklara özel hukuk iş ilişkisi kapsamında yapılan müdahalelerin meşru amaçla ölçülü olup olmadığı ile ulusal mahkemelerce verilen kararlarda sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir⁸⁰.

⁷⁶ Mowbray, A. (2004). *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, s. 129.

Aynı yönde AİHM kararları için bkz. *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No:13134/87, 25/03/1993, § 26; *Babylonova/Slovakya*, B. No: 69146/01, 20/06/2006, § 51. *Barbulescu /Romanya*, B. No:61496/08, 12/1/2016, § 52.

⁷⁷ *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 32; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55.

⁷⁸ *Sorensen ve Rasmussen/Danimarka* [BD], B. No: 52562/99, 52620/99, 11/1/2006, § 57; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya* [BD], B. No: 28955/06, 12/9/2011, § 59.

⁷⁹ *Botta /İtalya*, B. No:21439/93, 24/2/1998, §§ 34, 35; *Barbulescu /Romanya*, B. No:61496/08, 12/1/2016, § 35.

⁸⁰ *Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 5/10/2010; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya*, §§ 62, 63; *Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, 15/1/2013, § 84.

AİHM *Fernandez Martinez/İspanya* kararında bu konuyu vurgulamıştır. Olayda başvurucu bir rahiptir, 1984 yılında Vatikan'a başvurarak bekârlık yükümlülüğünden muaf tutulmasına karar verilmesini istemiş ancak o tarihte başvurusuna bir cevap verilmemiştir. Başvurucu evlenmiştir ve beş çocuğu olmuştur. Başvurucu, devlet tarafından işletilen bir ortaokulda Katolik din ve ahlak dersi öğretmeni olarak sözleşmeli şekilde çalışmaktadır. İspanya iç hukukuna göre din öğretmenleri Piskoposluğun önerdiği kişiler arasından okul yönetimince atanırlar. Bir yerel gazetede rahiplerin isteğe bağlı bekârlık hareketi hakkında bir yazı yayımlanmıştır. Yazı içeriğinde başvurusunun evli rahiplerden olduğu ve kilisenin zorunlu bekârlık kuralını eleştiren hareket içinde yer aldığı ifadeleri geçmiştir. Bunun üzerine Vatikan aradan on üç yıl geçtikten sonra başvurusunun bekârlık kuralından muafiyetine ve kilise çalışanı statüsünün sona erdirilmesine, kamu kurumlarında Katolik din öğretmenliği yapmaktan men edilmesine karar vermiştir. Bundan sonra çalıştığı okul yönetimi de başvurusunun evlilik durumunu ve bu konudaki görüşlerinin gazetede yayımlanmasını skandal olarak nitelendirerek sözleşmeli öğretmenlik görevini sonlandırmıştır⁸¹.

AİHM; başvurunun Sözleşme'de korunan özel hayata saygı hakkı, din ve ifade özgürlüğü olmak üzere birden çok hakkı ilgilendirdiğini belirtmekle birlikte mevcut davanın koşullarında kişinin özel hayatını nasıl yaşadığı ile mesleki yaşamı arasında doğrudan bir bağlantı olduğunu vurgulayarak 8. maddeden inceleme yapmaya karar vermiştir. Ayrıca başvurusunun devlet memuru olmadığını ancak uzun süreden beri sözleşmeli olarak çalıştığını ve sözleşme hukukuna göre kurallara riayet ettiği sürece sözleşmesinin yenileneceği konusunda haklı bir beklentisi olduğunu belirtmiştir⁸². Mahkeme; başvurusunun özel ve aile yaşamı ile dinî bir örgütün çıkarlarının çatıştığını, devletin her iki hakkı güvence altına alma ödevi olduğunu, bu haklardan birinin korunmasının diğerine müdahaleyi gerektirmesi hâlinde, bu müdahalenin gözetilen meşru amaçla orantılı olmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir⁸³. AİHM, iş sözleşmesini imzalarken başvurusunun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını belli bir dereceye kadar sınırlayan Katolik kilisesine karşı sadakat yükümlülüğü altına girdiğini kabul etmiştir. İşverenin, başvurusunun

⁸¹ *Fernandez Martinez/İspanya* [B.D.], B. No: 56030/07, 12/6/2014, §§ 12-17.

⁸² *Fernandez Martinez/İspanya* § 112.

⁸³ *Fernandez Martinez/İspanya* § 123.

Katolik inancıyla çatışan fikirlerinin medyada yer bulmasının bu sadakat yükümlülüğüne zarar verdiğini kabul edebileceğini belirtmiştir. Neticede başvurusunun bu sadakat yükümlülüğüne rağmen evliliğini ve Katolik inancıyla çelişen fikirlerini kendi eliyle kamunun bilgisine açtığını vurgulamıştır. Ayrıca başvurusunun Katolik kilisesi doktrininin bir parçası olan bilgi ile kendi kişisel görüşüne karşılık gelen bilgiyi birbirinden ayırmak için henüz yeterli olgunlukta olmayan öğrencileri eğittiğine dikkat çekmiştir. Sonuç olarak AİHM, başvurusunun sözleşmesinin yenilenmemesi işlemini orantılı bulmuş; özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸⁴.

Pozitif yükümlülüklerle ilgili *Barbulescu/Romanya* kararında AİHM, iş saatleri içerisinde kişisel elektronik posta gönderdiği ve kişisel yazışmalarda bulunduğu gerekçesiyle işten çıkarılan çalışanın başvurusunu incelemiştir. Başvurusunun işe girerken imzaladığı sözleşmede iş yerindeki bilgisayar, telefon gibi araçları kişisel amaçlarla kullanmanın kesinlikle yasak olduğu belirtilmiştir. Ancak işveren tarafından başvurucuya müşterileriyle görüşmesi için verilen elektronik posta hesabından kişisel yazışmalar yaptığı tespit edilmiş ve bu nedenle başvurusunun iş akdi sona erdirilmiştir. Başvurucu işverenin "özel hayatın gizliliğini ihlal ederek yazışmalarını okuduğu" şikâyetiyle yerel mahkemeye başvurmuştur. Yerel mahkeme işverenin daha önce çalışma saatlerinde şahsi amaçlara yönelik kullanım yapılmaması için yazışmaların kontrol edildiğini tüm çalışanlarına bildirdiğini, başvurusunun da bu hususu bildiğinin tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Ayrıca işveren tarafından sağlanan internetin şahsi amaçla kullanılıp kullanılmadığını denetleme konusunda işverenin öncelikli yetkisi olduğu vurgulanmıştır⁸⁵. AİHM; olayda kamu makamlarının doğrudan bir müdahalesi bulunmadığını, konunun devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan olayda derece mahkemelerinin işçi ve işverenin çatışan menfaatleri arasında adil dengeyi sağlayıp sağlamadığını incelemiştir. AİHM; işveren tarafından elektronik posta hesabındaki yazışmaların incelenmesinin sınırlı ve orantılı şekilde yapıldığı, derece mahkemelerinin kararlarında adil dengeyi sağladıkları sonucuna varmıştır⁸⁶.

⁸⁴ *Fernandez Martinez/İspanya* §§ 141, 142, 146.

⁸⁵ *Barbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 12/1/2016, §§ 6-10.

⁸⁶ *Barbulescu/Romanya*, §§ 58-62.

C. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ USUL BOYUTU VE ÇALIŞMA HAKKI

Usul boyutu kavramı, bireyin Sözleşme’de korunan temel hakkına müdahale teşkil eden tedbiri doğuran karar alma sürecinin adil olması ve bu aşamada da bireyin haklarına saygı gösterilmesini ifade etmektedir⁸⁷. AİHM kararlarına göre Sözleşme’nin 8. maddesi açıkça usul şartları içermemekle birlikte anılan maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanılabilmesi için müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması gerekir. Bu şekildeki bir süreç başvurusunun 8. maddedeki haklarını -deliller ve kanıtlama konuları dâhil- adil şartlarda savunabileceği usule ilişkin etkili güvencelerden yararlandırılmasını gerektirir. AİHM’e göre bu şekildeki güvencelerin amacı 8. maddede yer alan haklara keyfi şekilde müdahalede bulunulmasını önlemek, müdahalenin gerekçelendirilmesini sağlamaktır⁸⁸.

Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından gözetilen usule ilişkin güvenceler özellikle aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde çocuğun korunmasıyla ilgili davalarda ve çevre kirliliğinin bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü etkilediği uyuşmazlıklarda söz konusu olmuştur. Aynı şekilde söz konusu güvenceler belirli bir mesleğe/göreve son verme uyuşmazlıklarında da aranmıştır. *Özpınar/Türkiye* kararında AİHM başvurusunun hâkimlik mesleğinden çıkarılmasına ilişkin disiplin sürecinde asgari güvencelerin hiçbirinden yararlandırılmadığına özellikle dikkat çekmiş ve bu durumu ihlal gerekçelerinden biri olarak belirtmiştir⁸⁹.

Usule dair güvencelere bir başka örnek *Leander/İsveç* kararıdır. Bu davada başvurusunun hakkındaki gizli polis sicilindeki kayıt nedeniyle askeri bir kurumda istihdamı engellenmiştir. AİHM, kişi hakkında güvenlik açısından riskli olduğunu gösteren bilgilerin tutulmasının ve kamu görevine alınmaması işleminde kullanılmasının özel hayata müdahale olduğunu belirtmekle beraber, bu bilgilerin kötüye

⁸⁷ *McMichael/Birleşik Krallık*, B. No: 16424/90, 24/2/1995, § 87; *Taşkın ve diğ.leri/Türkiye*, B. No: 46117/99, 10/11/2004, § 118.

⁸⁸ *Ciubotaru/Moldavya*, B. No: 27138/04, 27/4/2010, § 51; *T.P. ve K.M./Birleşik Krallık*, B. No: 28945/95, 10/5/2001, § 72.

⁸⁹ *Özpınar/Türkiye*, § 79.

kullanulmasına karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlanmış olduğundan bu şekildeki bir denetimin demokratik toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir⁹⁰.

AİHM'in söz konusu kararından nelerin etkili güvence kabul edildiği çıkartılabilir. Buna göre öncelikle güvenlik kaydı tutulmasına yol açabilecek suçların niteliğini, izlenecek kişi kategorisi, izleme sürelerinin sınırları, elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmalarına ilişkin esaslar, verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler ve elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşulların kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gereklidir.

Diğer bir karar ise *Smith ve Grady/Birleşik Krallık* kararıdır. Başvurucular Hava Kuvvetlerinde görevli personeldir ve eşcinsel olmaları nedeniyle görevlerine son verilmiştir. Başvurucular Hava Kuvvetleri polisi (istihbarata karşı koyma ve güvenliğin sağlanması konularında görevlidir) tarafından sorgulanmışlardır. AİHM demokratik toplumda gereklilik unsuru yönünden müdahale için gösterilen gerekçeleri incelediği sırada her iki başvuru yönünden sorgulama sürecini değerlendirmiştir. AİHM, başvurucuların özel hayatlarının en mahrem yönlerine, cinsel hayatlarına, aile ilişkilerine dair çok ayrıntılı sorular sorulan sorgulama sürecinin ve sorgulama tarzının son derece saldırgan ve müdahaleci olduğunu belirtmiş ve ihlal sonucuna ulaşmıştır⁹¹.

Yakın tarihli *Pişkin/Türkiye* kararı da usule ilişkin güvencelere dikkat çekilen bir örnektir. AİHM, *Pişkin/Türkiye* kararına konu olayda farklı derecelerdeki yargılama makamları önündeki yargılamanın hiçbir aşamasında, yerel mahkemelerin, başvurunun yasa dışı bir yapı ile varsayılan bağlantılar nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin davranışı veya diğer ilgili kanıt veya bilgilerle gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini dikkate almadıklarını belirtmiştir. AİHM; yerel mahkemelerin başvurunun iddialarını derinlemesine ve kapsamlı bir şekilde incelemediklerine, gerekçelerinde başvuru tarafından sunulan deliller yönünden bir değerlendirme yapmadıklarına ve başvurunun itirazlarının reddedilmesini geçerli bir şekilde gerekçelendirmediklerine⁹² karar vermiştir.

⁹⁰ *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26/3/1987, §§ 48, 67.

⁹¹ *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999, § 91.

⁹² *Pişkin/Türkiye*, §§ 225-229.

SONUÇ

Özel hayata saygı hakkının temelinde “bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve gerçekleştirmesi” ve “kişisel bağımsızlık” ilkesi yer almaktadır. Bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkından ayrı düşünülemez. Bu nedenle sosyalleşme hakkı yani diğer insanlarla ilişki kurmak ve geliştirmek hakkı özel hayata saygı hakkının en temel görünümünden biridir. Bu doğrultuda bireylerin dış dünya ile ilişki kurmaları ve sosyalleşmeleri yönünden en önemli araçlardan biri olan mesleki hayatın özel hayatla sıkı bir irtibat içinde olduğu görülmektedir.

AİHM, Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince devletlerin egemenlik alanı içerisindeki herkese temel hakların sağlanması ve güvence altına alınması yükümlülüğünden yola çıkarak Sözleşme'yi yaşayan bir belge olarak kabul etmiş ve günün koşullarına göre yorum yapmak suretiyle özel hayata saygı hakkının kapsamını sürekli olarak genişletmiştir. Ayrıca AİHM, Sözleşme'nin taraf devletlere negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de yüklediğini kabul etmiş; bu kapsamda özel hayata saygı hakkının etkili ve aktif şekilde uygulamaya geçirilmesini amaçlamıştır.

Günümüzde çalışma hakkı bir insan değeri, sosyal bir ihtiyaç ve bireyin kişiliğini gerçekleştirmesinin ve geliştirmesinin bir aracı olarak görülmektedir. Bu bakış açısı ve AİHM'in dinamik ve günün koşullarına uygun yorum yöntemi sayesinde aslında Sözleşme'de düzenlenen bir hak olmayan çalışma hakkının bazı unsurlarının, özel hayata saygı hakkı içerisine alınmak suretiyle koruma altına alınması sağlanmıştır.

Mesleki hayatın Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına alındığı durumlarda bireyin özel hayata saygı hakkı ile çatışan kamu menfaati veya üçüncü kişilerin hukuki menfaatleri arasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı denetlenmektedir.

AİHM içtihadına göre özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı gündeme gelecektir. Bu kapsamda, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları özel hayata yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır. Bu durumlarda Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan güvenceler devreye

girecektir. Bunun yanı sıra meslek seçiminde geniş alanı kapsayan yasaklar getirilmesi ya da belirli bir mesleğe girişin, erişimin engellenmesi hâllerinde de özel hayata saygı hakkını ilgilendiren durumlar söz konusu olabilir.

AİHM'in ilk dönemlerdeki *“belirli bir mesleğe girmel/belirli bir işi seçme”* hakkının Sözleşme’de güvence altına alınan haklardan olmadığı yolundaki içtihadını zaman içinde oldukça esnettiğini söylemek mümkündür. AİHM, özel hayata saygı hakkının temel amacının bireylerin kamu makamlarının keyfî müdahalelerinden korumak olduğunu sürekli vurgulamaktadır. Belirli mesleğe girme konusunda da özel hayata saygının gereği olarak kamu makamlarının kararlarında tutarlı olmaları, keyfî sayılabilecek davranışlardan kaçınmaları, bireyden beklenen koşulların öngörülebilir ve belirli olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ASBJORN, Eide, CATARİNA, Krause, ALLAN, Rosas (Eds.). (2001). *Economic, Social and Cultural Rights*, 2nd Revised Edition, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- BURBERGS, Maris (2013). How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born: article 8 ECHR in BREMS, Eva, GERARDS (Eds.), *Shaping Rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights* (ss. 315-329), Cambridge University Press.
- HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, ve BUCKLEY, Carla (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford: Oxford University Press.
- HARRIS, David, DARCY, John (2001). *The European Social Charter*, 2nd Edition, New York: Transnational Publishers.
- OLIVER, De Schutter (2013). Human rights in employment relationships: contracts as power, in DORSSEMONT, Filip, LÖRCHER, Klaus, SCHÖMANN, Isabelle (Eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (ss. 105-139), Oxford: Hart Publishing,
- DRZEWICKI, Krzysztof (2001). The Right To Work and Rights In Work, in EİDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina, ROSAS Allan (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* (ss. 223-243), 2nd Revised Edition, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- HENDRICKX, Frank (2013). Article 8 ECHR: judicial patterns of employment privacy protection, in DORSSEMONT, Filip, LÖRCHER, Klaus, SCHÖMANN, Isabelle (Eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (ss. 183-208), Oxford, Hart Publishing.
- KOCH, Ida Elisabeth (2009). *Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishing.
- LEIJTEN, Ingrid (2013). Defining the scope of economic and social guarantees in the case law of the ECtHR, içinde BREMS, Eva, GERARDS, Janneke (Eds.), *Shaping Rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights* (ss. 109-136), Cambridge: Cambridge University Press.

- LETSAS, George (2015). What Triggers the Applicability of Article 8 of ECHR? in CASADEVALL, Joseph (Ed.) *Melanges en l'honneur de Dean Spielmann, Essays in honour of Dean Spielmann* (ss. 343-348), The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- MANTOUVALOU, Virginia (2015). Ideological organisations and dismissal for private activities, in CASADEVALL, Joseph (Ed.) *Melanges en l'honneur de Dean Spielmann, Essays in honour of Dean Spielmann* (ss. 375-381), The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- MANTOUVALOU, Virginia (2013). "Labour rights in the European Convention on Human Rights an intellectual justification for an integrated approach to interpretation", *Human Rights Law Review*, V. 13., Is. 3, ss. 529-555.
- MANTOUVALOU, Virginia (Ed.) (2015). *The Right To Work, Legal and Philosophical Perspectives*, Oxford: Hart Publishing.
- MOWBRAY, Alastair (2004). *The development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
- NUSSBERGER, Angelika (2015). Job and private life: nothing but one and the same? Recent developments in the jurisprudence of the European Court of Human Rights on Article 8 ECHR, in CASADEVALL, Joseph (Ed.), *Melanges en l'honneur de Dean Spielmann, Essays in honour of Dean Spielmann* (ss. 437-443), The Netherlands: Wolf Legal Publishers.
- O'CONNELL, Rory (2012). "The Right to Work in the European Convention on Human Rights", *European Human Rights Law Review*, N. 2, ss. 176-190.
- OPDEBEEK, Ingrid (2015). "The legality of a combination of disciplinary and criminal penalties applied civil servants in the European legal sphere: an impermissible case of double jeopardy or a legitimate conjunction for tackling reprehensible behaviour of public officials?" *European Human Rights Law Review*, N. 5, ss. 474-487.
- ÖNCÜ, Gülay Arslan (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları.
- POPELIER, Patricia (2006). "Legitimate expectations and the law-maker in the case law of the European Court of Human Rights", *European Human Rights Law Review*, N. 1, ss. 10-24.

- REID, Karen (2015). *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 5th Edition, London: Sweet & Maxwell.
- SCHEININ, Martin (2001). Economic and Social Rights as Legal Rights, in EİDE, Asbjorn, KRAUSE, Catarina, ROSAS, Allan (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights* (ss. 29-54), 2nd Revised Edition, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- SHIVERS, Nonnie L. (2004). "Firing immoral public employees: if the Article 8 of the European Convention on Human Rights protects employee privacy rights, then why can't we?", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, ss. 621-661.
- VANDENHOLE, Wouter (2016). Human Rights in A Globalising Economy: Is the Right To Social Protection Qualified by A Duty To Work?, in PARMONTIER, Stephan, WERDMÖLDER, Hans, MERRIGAN, Michael (Eds.), *Between Rights and Responsibilities: A Fundamental Debate* (ss. 85-112), Cambridge: Intersentia Publishing.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Amann/İsviçre* [BD], B. No: 27798/95, 16/2/2000.
- Axel Springer AG/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012.
- Bagirov/Azerbaycan*, B. No: 81024/12 28198/15, 25/06/2020.
- Barbulescu/Romanya*, B. No:61496/08, 12/1/2016.
- Bigaeva/Yunanistan*, B. No: 26713/05, 28/05/2009.
- Brauer/Almanya*, B. No: 3545/04, 28/5/2009.
- Brincat ve diğerleri/Malta*, B. No: 60908/11, 24/7/2014.
- Bor/Macaristan*, B. No: 50474/08, 18/6/2013.
- Burghartz/İsviçre*, B. No. 16213/90, 22/2/1994.
- Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, B. No: 28957/95, 11/07/2002.
- Convertito ve diğerleri/Romanya*, B. No: 30547/14, 30549/14..., 3/3/2020.
- Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B. No: 34503/97, 12/11/2008.
- Denisov/Ukraine* [BD], B. No: 2011/76639, 25/9/2018.
- Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No. 7525/76, 22/10/1981.

- Fernandez Martinez/İspanya* [BD], B. No:56030/07, 12/6/2014.
- Gillow/Birleşik Krallık*, B. No: 9063/80, 24/11/1986.
- Hajduova/Slovakya*, B. No: 2660/03, 30/11/2010.
- Hatton ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 36022/97, 2/7/2003.
- I.B./Yunanistan*, B. No: 552/10 552/10, 03/10/2013.
- K.A. ve A.D./Belçika*, B. No: 42758/98, 45558/99, 17/02/2005.
- Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/9/1978.
- Kopp/İsviçre*, B. No: 23224/94, 25/3/1998.
- Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, B. No:21627/93, 21826/93, 21974/93, 19/02/1997.
- Leander/ İsviçre*, B. No: 9248/81, 26/3/1987.
- Lopez Ostra/İspanya*, B. No: 16798/90, 9/12/1994.
- Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984.
- Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979.
- Mateescu/Romanya*, B. No:1944/10, 14/01/2014.
- Mazurek/Fransa*, B. No: 34406/97, 1/2/2000.
- Mertinas ve Mertinienė/Litvanya*, B. No: 43579/09, 08/11/2016.
- Mitzinger/Almanya*, B. No:29762/10, 9/2/2017.
- Obst/Almanya*, B. No: 425/03, 23/09/2010.
- Oleksandr Volkov/Ukrayna*, B. No:21722/11, 9/1/2013.
- O'Rourke/Birleşik Krallık*, B. No: 39022/97, 26/06/2001.
- Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010.
- Petri Sallinen ve diğerleri/Finlandiya*, B. No: 50882/99, 27/09/2005.
- Pfeifer/Avusturya*, B. No: 12556/03, 15/11/2007.
- Pişkin/Türkiye*, B. No: 33399/18, 15/12/2020.
- Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 58812/15, 53217/16, 59099/16...,17/10/2019.
- Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, B. No: 9310/81, 21/2/1990.
- Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/04/2002.

Rees/Birleşik Krallık [BD], B. No: 9532/81, 17/10/1986.

Rotaru/Romanya [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000.

S. ve Marper/Birleşik Krallık, B. No: 30562/04 ve 30566/04, 4/12/2008.

Schüth/Almanya, B. No: 1620/03 1620/03, 23/09/2010.

Sidabras ve Džiautas/Litvanya, B. No: 55480/00 ve 59330/00, 27/07/2004.

Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72..., 25/3/1983.

S.L./Avusturya, B. No: 45330/99, 9/1/2003.

Smith ve Grady/Birleşik Krallık, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999.

Sodan/Türkiye, B. No:18650/05, 2/2/2016.

Şahin Kuş/Türkiye, B. No:33160/04, 7/6/2016.

Tyrer/Birleşik Krallık, B. No: 5856/72, 25/04/1978.

Ünal Tekeli/Türkiye, B. No. 29865/96, 16/11/2004.

X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985.

Vogt/Almanya [B.D.], B. No: 17851/91 17851/91, 26/09/1995.

Von Hannover/Almanya, B. No: 59320/00, 24/06/2004.



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİ VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

*Termination of Labor Contract and the Right to Respect for Private Life in
Consideration of the Constitutional Court Judgments*

Dr. Hilal YAZICI*

ÖZ

Çalışmada iş sözleşmelerine yönelik müdahalelerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla yansıyan yönleri çerçevesinde bir inceleme yapılmıştır. Bu bağlamda öncelikle çalışma hakkının konusu olan iş hayatının hangi durumlarda özel hayata saygı hakkının konusu içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu bireysel başvuru kararları ışığında incelenmiştir. Anayasa Mahkemesinin inceleme yönteminin, özel hukuktan kaynaklanan ilişkiler söz konusu olduğunda pozitif yükümlülükler çerçevesinde olduğu üzerinde durulmuştur. Bireysel başvuru kararlarına yansıyan şekli esas alınarak çalışma hayatına ilişkin olarak bireysel başvuru yoluyla gelen şikâyetlerin bazı başlıklar altında incelenmesi uygun görülmüştür. Buna göre iş sözleşmelerinin sonlandırılmasında çoğunlukla kişilerin ahlaki durumlarının gerekçe gösterildiği, kişilerin yazışmalarının incelenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin esas alınarak sözleşmelerin feshedilebildiği, güven ilişkisinin bozulması nedenine dayanıldığı, kişilerin psikolojik yöntemlerle iş sözleşmesini sonlandırmaya zorlandığı ve bu tür müdahalelerin ayrımcı bir tutumla gerçekleştirilebildiği görülmektedir. Bireysel başvuru kararları aracılığıyla Anayasa Mahkemesinin, iş sözleşmelerine yönelik bu tür müdahaleleri anayasal ilkeler çerçevesinde ve hangi yaklaşımla ele aldığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel hayata saygı hakkı, çalışma hakkı, işe son verme, pozitif yükümlülükler, bireysel başvuru.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, hilal.yazici@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0003-3069-9636.

ABSTRACT

In the study, within the frame of private law labor relationships, a review has been made regarding the interferences with the labor contracts, insofar as they have been argued through individual application to the Constitutional Court. First of all, the circumstances, under which the professional life that is the subject matter of the right to work may be considered to fall within the scope of the right to respect for private life, have been examined in the light of the individual application judgments. It has been emphasized that the review method adopted by the Constitutional Court falls within the scope of positive obligations when it comes to relations under private law. It has been found appropriate to examine complaints raised through individual applications in relation to professional life under headings as categorized in individual application judgments. Accordingly, it has been observed that the labour contracts are terminated generally by claiming a breach of trust relationship on the basis of the moral status of individuals and on the basis of data obtained through the monitoring of the individuals' correspondence, and that individuals are forced to terminate their labour contracts through psychological pressure and usually through discriminatory attitude. The Constitutional Court's approach in addressing this kind of interferences with labour contracts, within the scope of constitutional principles, through individual application judgments has been analysed.

Keywords: The right to respect for private life, the right to work, termination of employment, positive obligations, individual application.

GİRİŞ

Özel hayata saygı hakkının genişlemekte olan kapsamı çalışma hakkına ilişkin pek çok konunun da özel hayat kavramı içerisinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Özel hayata saygı hakkına ilişkin açık bir tanım getirmeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 1982 Anayasası'nın, özel hayata saygı hakkının çerçevesini de kesin olarak belirlemediği görülmektedir. Bunun nedeninin hak ve özgürlüklerin genel niteliği olduğu söylenebilir. Tıpkı diğer haklarda olduğu gibi özel hayata saygı hakkının da sürekli gelişen ve genişleyen bir değerler alanına sahip olduğu vurgulanmalıdır. Özel hayata saygı hakkının bu yönü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da belirgin şekilde görülmektedir. AİHM söz konusu hakka ilişkin bir tanım ortaya koymak yerine bireysel başvurulara ilişkin yaptığı inceleme yoluyla hakkın kapsamının belirlenmesi yöntemini benimsemiştir. Böylece hakka ilişkin değerlerin, somut uyumsuzluklara ilişkin yapılan tartışmalar neticesinde hayata geçirildiği söylenebilir.

AİHS'in doğrudan güvence altına almadığı sosyal ve ekonomik haklar kapsamında olan çalışma hakkının, bireyin maddi ve manevi varlığı ve sosyal çevresi ile birlikte bir bütün olarak hayatı üzerindeki önemli etkileri nedeniyle özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınması gerekli olabilmektedir. Sözleşme'nin dinamik ve günün koşullarına uygun şekilde yorumlanması, çalışma hakkına ilişkin bazı unsurların özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı şekilde ele alınmasını ve böylece bu hakka ilişkin güvencelerden faydalanmasını sağlamaktadır. İfade edilmelidir ki sosyal ve ekonomik haklar devletin kaynakları çerçevesinde hayata geçirilebildiğinden AİHM konuya ilişkin olarak devletlere bir takdir alanı bırakmaktadır¹.

İş sözleşmelerinin sonlandırılmasının kişilerin özel hayata saygı hakkını yakından ilgilendirdiğinin kabul edilmesi, bu hakka ilişkin güvencelerin çalışma hayatının özel hayata saygı hakkına temas ettiği pek çok noktayı kapsayacak şekilde hayata geçirilmesini gerektirmektedir. Özel hukuk ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda ise güvenceleri hayata geçirmekle yükümlü olan devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğu esas olarak kabul edilmelidir.

¹ Şirin, T. (2013). "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, s. 379.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla taşınan iş sözleşmelerinin sonlandırılmasına ilişkin konuların özel hayata saygı hakkı kapsamında ve devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Çalışmada bu şikâyet çerçevesindeki bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu yaklaşım irdelenmektedir.

I. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

Özel hayata saygı hakkı AİHS'in 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle özel hayata saygı hakkı başlığı altında esasen bazı alt kategori hakların güvence altına alındığı görülmektedir. Bu kapsamda özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme hakkı 8. maddenin açıkça güvence altına aldığı haklardır². 1982 Anayasası ise bahsi geçen hakları 17., 20., 21. ve 22. maddelerde düzenlemiştir. Bu maddelerde düzenlenen hakların, ana hakkın kapsamını genişletici nitelikte ve onunla ilgili alt bazı hakları da içerdiği söylenebilir.

Özel hayata saygı hakkının, herkesin belirli bir özel alana sahip olarak kamusal veya bireysel müdahalelerden uzak bir hayat sürebilmesi yanında diğer kişiler ve dış dünya ile ilişki kurma hakkını da kapsadığı kabul edilmektedir. Özel hayata saygı hakkının geniş bir kapsama sahip olması ve tüm yönleriyle tamamlanmış bir tanımının bulunmaması böyle bir yaklaşımı mümkün kılmaktadır. İnsan hak ve özgürlüklerinin dayanağını teşkil ettiği kabul edilen "*insan onuru*"³ ile birlikte kilit kavramlar olan "*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi*"⁴ ile "*kişisel özerklik*"⁵ kavramlarının⁶ özel hayata saygı hakkı açısından büyük bir önem taşıdığı, hakkın hem özel hayat alanının hem de sosyal alan açısından kapsamının belirlenmesinde kavramsal çerçeveye dayanak oluşturduğu söylenebilir⁷.

² Doğan, İ., Demirdal, B. (2015). Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, içinde Doğan, İ. (Der.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Astana Yay., s. 587.

³ Gözler, K. (2017), *İnsan Hakları Hukuku*, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, s. 162-163; Eren, A. (2014). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Özel Yayın, s. 181-182.

⁴ Doğan, İ., Demirdal, B. (2015). s. 597.

⁵ Doğru, O., Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. II, Ankara: Pozitif Matbaa, s. 2-3, 6-7.

⁶ Kavramlara ilişkin değerlendirme için bkz. Erdoğan, M. (2011). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Kit., s. 33-52.

⁷ Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında kişisel bağımsızlık ve herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme gibi ilkelerin özel hayata saygı hakkı açısından önemine işaret etmiştir. K.Ş., B. No: 2013/1614, 3/4/2014, § 31-36; *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 31, 34-35.

AİHM ve Anayasa Mahkemesinin özel hayata saygı hakkına ilişkin bir tanım getirmekten ziyade yöntem olarak kapsamının belirlenmesini tercih ettiği söylenebilir. AİHM özel hayatın eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğunu, özel hayata saygı hakkının esas olarak devletin kişisel haklara saygı göstermesi yükümlülüğünü düzenlediğini, kişisel haklar deyiminden anlaşılması gerekenin ise kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden tüm haklar olduğunu ifade etmektedir⁸. Anayasa Mahkemesi de bu yaklaşımı benimsemiş, özel hayat kavramının çerçeve bir kavram olduğunu, kavrama ilişkin kapsayıcı bir tanım getirmenin zor olduğunu ve içerdiği hukuki değerlerin genişliği nedeniyle “torba” bir hak olarak kabul edilebileceğini değerlendirmiştir. Buna göre Anayasa’nın 20. maddesi kişinin mahremiyeti, kişisel ve sosyal alanı, özerkliği, şeref ve itibarı, adı ve kimliğinin korunması, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, mesleki hayatı, kişisel verilerin korunması gibi birçok farklı kategoride güvenceler içermektedir⁹. Korunan bütün bu alt kategoriler kapsamındaki geniş çerçeve özel hayata saygı hakkı üst başlığı ile ifade bulmaktadır¹⁰.

II. ÇALIŞMA HAKKI VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI İLE İLİŞKİSİ

AİHS’te düzenlenmiş ve güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler kategorik olarak medeni ve siyasi haklar alanında yer almakta, ekonomik ve sosyal haklar bu alandan ayrılmaktadır¹¹. Öte yandan 19. yüzyılın ikinci yarısıyla birlikte özellikle işçi sınıfının iktisadi ve siyasi mücadelesi ile 20. yüzyılda, ikinci kuşak haklar olarak da ifade edilen sosyal ve ekonomik haklar uluslararası sözleşmeler ve anayasalarda yer almaya başlamış¹² ve insan haklarının bütünselliği ilkesi bu kategoride yer alan hakların bazı istisnai hallerde AİHS

⁸ Koch/Almanya, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51; Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45.

⁹ Alkan, F., Yıldız, F. (2021). Özel Hayata Saygı Hakkı, içinde Şen, M., Barın, T. (Der.), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetleri* (ss. 5-93), Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 7.

¹⁰ Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, §§ 29-33.

¹¹ Kılıçkaya, Z. (2016). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, s. 129.

¹² Gözler, K. (2017), s. 157; Eren, A. (2014), s. 186-187, 189-190. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bağgeci, H. (2019). “Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 153, s. 966-965.

kapsamında korunmasını gerekli kılmıştır. AİHM de medeni ve siyasi haklarla ekonomik ve sosyal hakların kesin bir ayrıma imkân vermeyen, birbirini tamamlayan haklar olduğunu ifade etmektedir¹³.

Çalışma hakkı klasik hak kategorisinde değerlendirilebilecek olan çalışma özgürlüğünün ötesinde bir anlama sahiptir¹⁴. Liberal devletin sosyal devlet anlayışı noktasındaki dönüşümü, çalışma hakkının ekonomik ve sosyal hak boyutlarıyla birlikte insan onuru, bireyin maddi ve manevi olarak gelişimi, sosyal adalet, sosyal barış gibi kavramlar çerçevesinde geniş bir perspektifle ele alınmasını gerekli kılmıştır¹⁵. Sosyal ve ekonomik temelli bir hak olarak ortaya çıkan çalışma hakkı gerek anayasalar gerekse uluslararası sözleşmelerde bu çerçevede temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir¹⁶.

Çalışma hakkına ilişkin konuların bazı şartlar altında özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekli olabilmektedir. Kişilerin hayatlarını idame ettirmelerinin bazen tek bazen de oldukça önemli bir aracı olan çalışma hayatı, kişinin kendi gelişimi ve çevresi ile hayatının çeşitli alanları üzerinde yoğun etkisinin olması nedeniyle pek çok noktada özel hayata saygı hakkının önemli bir unsuru olarak değerlendirilme ihtiyacını ortaya çıkarmıştır¹⁷. Çalışma hayatı bireyin kendisini gerçekleştirebilmesinin önemli bir aracı iken aynı zamanda bireylerin dış dünyayla ve başka bireylerle ilişki kurması, bu ilişkileri sürdürebilmesi açısından da oldukça önemlidir. Bu şekilde değerlendirildiğinde çalışma hayatına ilişkin konuların özel hayata saygı

¹³ *Sidabras ve Džiautas /Litvanya*, B. No: 55480/00, 27/07/2004, § 47.

¹⁴ Bağgeci, H. (2019). s. 970-971.

¹⁵ Mumcu, A., Küzeci, E. (2012). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri: Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları, Yenilenmiş* 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 136. Bu yaklaşım, sosyal devlet ilkesinin ve sosyal ve ekonomik hakların ilk kez düzenlendiği 1961 Anayasasının 41. maddesinde "İktisadî ve sosyal hayat, adâlete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir." ve 42 .maddesinde "Devlet, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal, iktisadî ve malî tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır." şeklinde ifadesini bulmuştur.

¹⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/1948 tarihli ve 217 (111) sayılı kararı ile kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23. maddesi, 27/9/2006 tarihinde onaylanan ve 9/4/2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3/5/1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının II. Bölümü, 4/6/2003 tarihinde onaylanan ve 11/8/2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 16/12/1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. 7., 8. ve 9. maddeleri.

¹⁷ Kılıçkaya, Z. (2016), s. 130.

hakkının kapsamını belirleyen kriterlerin alanına girdiği açıktır¹⁸.

Çalışma hakkının tüm unsurlarıyla birlikte kapsamı mevcut çalışmanın inceleme alanını oluşturmamaktadır. AİHM, çalışma hakkının konu edildiği şikâyetlerle ilgili incelemelerinde, Avrupa Sosyal Şartı'nın İkinci Bölümünün "Çalışma hakkı" kenar başlıklı 1. maddesinde yer verilen unsurlar çerçevesinde¹⁹ bir tanımlama yapmakta, ancak çalışma hakkının özel hayata ilişkin yönü olan unsurlarını özel hayata saygı hakkı kapsamında inceleme konusu etmektedir²⁰. Buna göre bireysel ve kolektif yönü olan çalışma hakkının oldukça geniş bir çerçevesinin olduğu, çok çeşitli alt hak kategorilerini barındırdığı söylenebilir. Örneğin genel itibarıyla AİHS'in 11. maddesi kapsamında korunan kolektif yönünün (örgütlenme, toplu sözleşme, grev gibi olmak üzere) söz konusu hakla ilgili olduğu ölçüde incelendiği, bireysel yönünün ise yine ilgili olduğu noktalar bağlamında özel hayata saygı hakkı kapsamında incelendiği görülmektedir. AİHM çalışma hakkının bireysel boyutuna ilişkin olarak ise özellikle çalışma hakkına erişim, iş sözleşmelerinin feshi ve bu kapsamda ayrımcılık yasağı yönünden bir inceleme yapmaktadır²¹. Çalışma hakkına erişim için iş bulma açısından ücretsiz hizmetlerin verilmesi, mesleki eğitim ve rehabilitasyon hizmetleri, mesleğe yönlendirme ve bu çerçevede bilgiye erişimin sağlanmasını gerektirmektedir. Çalışma özgürlüğü ve işin serbestçe seçilmesi özgürlüğü, kölelik ve kulluk yasağı ile zorla çalıştırılma yasağı da çalışma hakkı kapsamında ilgili olduğu ölçüde farklı hak kategorileri içerisinde veya özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilmektedir. Çalışma hakkının tamamlayıcısı olarak çalışma saatleri, izin ve dinlenme hakkı, sağlıklı ve güvenli iş yeri, adil ücret gibi alt kategoriler de özel hayata saygı hakkı bağlamında gündeme gelebilmektedir²².

¹⁸ Doğru, O., Nalbant, A. (2013). s. 4. Bkz. *Niemietz/Almanya*, § 29; *Özpinar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Oleksandr Volkov /Ukrayna*, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165-167.

¹⁹ "Âkit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; 1- Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; 2- Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; 3- Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; 4- Uygun mesleğe yönelme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler."

²⁰ Kılıçkaya, Z. (2016). s. 132.

²¹ a.g.e. s. 138-145.

²² a.g.e. s. 131-132.

Özel hayata saygı hakkının çalışma hakkı ile birlikte bu geniş çerçevesi, şikâyete konu olayın özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği noktasında ön bir inceleme yapmayı gerektirmektedir. Bu inceleme gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında uygulanabilirlik şeklinde ifade bulan yöntemle yapılmaktadır.

A. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN ŞİKÂyetLER YÖNÜNDEN UYGULANABİLİRLİĞİ

AİHM, kişilerin çalışma hakkına yönelik meydana gelen bir müdahalenin kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamında kabul edilebileceğini ifade etmektedir²³. AİHM'e göre özel hayatın kapsamı iç alan ile sınırlı olmayıp bazı durumlarda dış dünyayı da bu alanın bir parçası olarak düşünmek gerekir²⁴. Aşağıda ifade edileceği üzere AİHM, çalışma hayatının kişiliğin geliştirilmesi üzerindeki etkisine ilişkin bir tartışmadan sonra çalışma hakkına ilişkin sınırlamaların bireyin yakın çevresiyle ilişkilerini geliştirmesi ve sosyal kimliğini şekillendirmesi üzerinde etki doğuracağını ve bu bağlamdaki müdahalelerin 8. madde kapsamında kabul edilebileceğini değerlendirmektedir²⁵.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında kişilerin çalışma hayatlarının özel hayatlarıyla sıkı bir ilişki içinde olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, özel hayata saygı hakkının daha ziyade özel hayata ilişkin hususların kişinin çalışma hakkı ile ilgili tasarruflara esas alındığı durumlarda dikkate alındığına ilişkin değerlendirmelerde de bulunmuştur²⁶. Ancak çalışma hakkına ilişkin müdahalelerin, özel hayata ait nedenlerle yapılmadığı hâllerde de özel hayata saygı hakkı açısından sonuçlar doğurması mümkün olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi konuyu bu yönlerini de içine alacak şekilde ve bir inceleme yöntemini de benimseyerek ilk kez C.A. (3) [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020), *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020) ve *Ayla Demir İşat* [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020)

²³ *Sodan/Türkiye*, B. No: 18650/05, 2/2/2016, § 37.

²⁴ Doğru, O., Nalbant, A. (2013). s. 2; *Fernández Martínez/İspanya* [BD], B. No. 56030/07, 12/6/2014, § 109.

²⁵ C.A. (3) [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020, § 64.

²⁶ *K.Ş.*, § 36; *Serap Tortuk*, § 37; *Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 62; *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 31; *Ö.Ç.*, B. No: 2014/8203, 21/9/2016, § 50; *Haluk Öktem* [GK], B. No: 2014/13433, 13/10/2016, § 27; *E.G.* [GK], B. No: 2014/12428, 13/10/2016, § 34.

kararlarında ortaya koymuştur. Aşağıda Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları çerçevesinde çalışma hakkı ile bağlantılı olarak bireysel başvuruya konu edilen olayların hangi hâllerde özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul edilebileceği üzerinde durulacaktır.

Anayasa Mahkemesi AİHM içtihadı çerçevesinde geliştirdiği yaklaşımla konuyu nedene dayalı uygulanabilirlik ve sonuca dayalı uygulanabilirlik kavramsallaştırması çerçevesinde ele almıştır.

1. Nedene Dayalı Uygulanabilirlik

Nedene dayalı uygulanabilirlik, kişinin özel hayatı kapsamında kalan konuların çalışma hayatı ile ilgili tasarruflara esas alındığı durumlarda özel hayata saygı hakkının uygulanacağına ilişkin yaklaşımı ifade eder. Anayasa Mahkemesi AİHM'in özellikle *Denisov/Ukrayna* kararında açıkça ortaya koyduğu bu yöntemi benimsemiştir. Buna göre AİHM, "özel hayata ilişkin unsurların söz konusu görev için belirleyici kriter olarak kabul edildiği ve itiraz edilen tedbirin kişinin özel hayatına ilişkin tercihleriyle çakışan birtakım sebeplere dayandığı durumlarda ileri sürülen şikâyetlerin özel hayat kapsamına gireceğini" ifade etmektedir²⁷. AİHM'in yaptığı örnekleme ile kişilerin giyim tarzı, inancı, makyajı ya da cinsel tercihleri gibi özel hayatına ilişkin unsurlar dikkate alınarak mesleğiyle ilgili birtakım tedbirlere veya müdahalelere tabi tutulduğu durumlarda nedene dayalı inceleme yöntemiyle konunun ele alınması mümkün olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, çalışma hakkı üzerindeki tasarrufun özel hayata ilişkin nedenlere dayandığı veya özel hayata ilişkin unsurlar gerekçe gösterilerek kısıtlayıcı yönde tedbirler alındığı bu tür uyuşmazlıklarda özel hayata saygı hakkının evleviyetle uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir²⁸.

Buna göre, örneğin meslek seçiminde özel hayata ilişkin unsurları temel alan mesleğe giriş yasaklarının getirilmesi veya mesleğe girişin engellenmesi, özel hayata ilişkin nedenler esas alınarak iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi veya mesleğe son verilmesi gibi şikâyetlerin özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebileceğinin altı çizilmelidir. Hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM bu tür başvurular çerçevesinde kararlar vermiştir.

²⁷ C.A. (3), § 69; *Denisov/Ukrayna* [BD], B. No: 2011/76639, 25/9/2018, § 103.

²⁸ C.A. (3), §§ 91-92.

AIHM *Sidabras ve Džiautas/Litvanya* kararında, kamuda ve özel sektörde işe girmeye ilişkin geniş kapsamlı yasağın kişilerin hayatlarını idame ettirmelerini olumsuz etkilediğini, önceki rejimde ajan olmaları nedeniyle getirilen yasağın başvuruçuların şeref ve itibarı, mesleki hayatı üzerinde doğrudan sonuçlar doğurduğunu, dolayısıyla çalışma hakkı AIHS'te açıkça korunmasa bile bu yönleri itibarıyla özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir²⁹.

Özpinar/Türkiye kararında ise başvuruçunun özel hayatı kapsamı içerisinde kalan yaşam biçimine ilişkin bazı unsurlar disiplin soruşturmasına konu edilmiş ve bu süreç neticesinde başvuruçunun hâkimlik mesleğinden ihraç edilmiştir. AIHM bu başvuruda da özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir³⁰.

AIHM *Sodan/Türkiye* kararında ise vali yardımcısı olan başvuruçunun başka bir ile atanmasının, atamanın gerekçesi esas alındığında özel hayata ilişkin nedenlere dayalı bir işlem olduğunu, dolayısıyla özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir³¹.

Anayasa Mahkemesi C.A. (3) kararında, iş sözleşmesi sona erdirilen başvuruçunun OHAL döneminde kapatılan bir derneğin denetim kurulu üyesi olduğunu, âlim bir kişi olarak nitelendirdiği FETÖ/PDY liderinin kasetlerini izlediğini, iş sözleşmesinin de bu bulgular esas alınarak millî güvenliğine karşı faaliyette bulunan örgüt ile aidiyet, iltisak ve irtibat içinde olduğuna dayandırılarak feshedildiğini, derece mahkemelerince yapılan yargılamaya yansıyan bilgiler çerçevesinde tespit etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu başvuruda uygulanabilirlik konusunu tek başına nedene dayalı uygulanabilirlik yaklaşımıyla açıklığa kavuşturduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi burada nedene dayalı uygulanabilirlikle birlikte sonuca dayalı uygulanabilirlik için ortaya koyduğu bazı ilkeler kapsamında bir “eşik” değerlendirmesi de yapmıştır³². Anayasa Mahkemesinin bu yolu tercih etmesinin önemli bir nedeni, feshin özel hayata ilişkin nedenlere dayalı

²⁹ *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, § 46-49.

³⁰ *Özpinar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 30.

³¹ *Sodan/Türkiye*, B. No:18650/05, 2/2/2016, § 37 vd. Özellikle özel hayatla ilgili unsurlar katı manada belirli bir meslek için niteleyici bir kriter olarak görüldüğünde meslek hayatı genellikle özel hayat ile iç içedir. Kısacası meslek hayatı, kamusal bağlamda da birey ve “özel hayatı” ilgilendiren başka kişiler arasındaki etkileşim alanının bir parçasıdır.

³² C.A. (3), § 98.

olarak gerçekleştirildiğinin bir ölçüde tespit edilebilir olmakla birlikte, feshin sonuçları itibarıyla özel hayata saygı hakkı üzerindeki etkilerinin de ön plana çıkmış olmasıdır. Bu tercihin, çalışma hakkına müdahalenin özel hayata ilişkin bir nedenden kaynaklandığı noktasında kesin bir kanaate varılamadığı durumda bir eşik incelemesinin gerekli olabileceği düşüncesinden kaynaklandığı söylenebilir.

AİHM de inceleme yöntemi üzerinde benzer bir şekilde durmaktadır. Buna göre, nedene dayalı yaklaşımın AİHS'in 8. maddesinin uygulanmasını gerekli kılmadığı durumlarda, söz konusu tedbirin sonuçlarının özel hayat üzerindeki etkilerine ilişkin bir inceleme yapılması gerektiğini, dolayısıyla kademeli bir değerlendirmeye bu iki yaklaşımdan birinin tercih edilebileceğini ancak söz konusu bu ayırımın, ilgili tedbirin altında yatan sebepleri ve tedbirin sonuçlarını incelerken her iki yaklaşımın birlikte uygulamasına engel teşkil etmediğini ifade etmektedir³³.

Anayasa Mahkemesi de özel hayata ilişkin nedenin sözleşmenin feshine dayanak teşkil ettiğinin açık olduğu *H.Ç. ve Esra Ünlü* başvurularında ayrı bir uygulanabilirlik değerlendirmesi yapmaksızın nedene dayalı uygulanabilirlik yöntemini tercih etmiş, sonuca dayalı uygulanabilirlik yönünden herhangi bir inceleme yapmamıştır³⁴. Bu başvurularda başvurucuların özel hayatlarındaki ilişkilerinin iş sözleşmelerinin feshine dayanak teşkil ettiği görülmektedir.

2. Sonuca Dayalı Uygulanabilirlik

Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımı, AİHM'in *Polyakh ve Diğerleri/ Ukrayna*³⁵ kararını esas alarak oluşturmuş ve uygulamıştır. Bu kararda, özel hayatın; işten çıkarma, tenzil-i rütbe, mesleğe kabul edilmeme gibi olumsuz başkaca tedbirlerden etkilenebilecek bazı tipik yönleri olduğunu, başvurucunun yakın çevresi, başkalarıyla ilişkiler kurma ve geliştirme imkânı ve sosyal ve mesleki itibarı gibi yönleri olduğunu değerlendirmiş, bu yönler üzerinde doğacak sonuçların sonuca dayalı yaklaşımla özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebileceğini belirlemiştir. Mahkeme, sonuca dayalı yaklaşımın uygulanacağını tespitinden sonra bir eşik değerlendirmesinin yapılması gerektiğini ve

³³ *Denisov/Ukrayna*, § 109.

³⁴ *H.Ç.*, B. No: 2017/14907, 30/9/2020. Ayrıca bkz. *Esra Ünlü*, B. No: 2018/4144, 25/2/2021.

³⁵ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 58812/15, 53217/16 ..., 17/10/2019.

tedbirin, özel hayatın işaret edilen yönleri üzerindeki etkisinin belirli bir ciddiyet derecesine ulaşmış ve ulaşmadığının değerlendirileceğini vurgulamıştır. Mahkemenin altını çizdiği önemli bir nokta ise söz konusu ciddiyet derecesine ulaşıldığını ikna edici biçimde gösterme ödevinin başvurucaya ait olduğudur. Dolayısıyla tedbirin, özel hayatın anılan yönleri üzerinde meydana getirdiği/getireceği sonuçların ve bu sonuçların belli bir ağırlık eşliğine ulaştığının somut olarak ortaya konulması gerekir. Mahkeme ancak bu sonuçların çok ciddi olduğu ve başvurucaunun özel hayatını çok önemli derecede etkilediği durumlarda 8. maddenin uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir.

Sonuca dayalı yaklaşıma dayanak teşkil eden söz konusu başvuruda, başvurucaunun bazı yasal düzenlemelerle kamu hizmetinden ihraç edilme, on yıl boyunca kamu hizmetinde bir pozisyonda bulunmaktan men edilme, isimlerinin kamuya açık olan çevrim içi Temizleme Sicili'ne girilmesi şeklinde üç ayrı noktada etkilendiği tespit edilmiştir. AİHM bu tedbirlerin sonuçları itibarıyla ciddi olduğunu ve doğurduğu etkilerin ağırlık düzeyine ulaştığını belirterek başvuruyu özel hayata saygı hakkı yönünden incelemiştir³⁶. Mahkeme, bu tedbirlerin toplamının başvurucaunun başkalarıyla ilişki kurma ve geliştirme kapasiteleri ile sosyal ve mesleki itibarları üzerinde çok ciddi etkileri olduğunu ve başvurucaunun çok önemli derecede etkilediğini değerlendirmiştir. Buna göre başvurucaunun yalnızca askıya alınmış, alt seviyeye indirilmiş veya daha az sorumluluk gerektiren pozisyonlara nakledilmiş değildir, ayrıca kamu hizmetinden tamamen ihraç edilmiş ve hariç tutulmuşlardır³⁷.

Ancak AİHM sonuca dayalı yaklaşımı uyguladığı daha eski tarihli bir kararında ise müdahalenin, başvurucaunun özel hayatını etkilemekle birlikte bu etkinin asgari bir ağırlık derecesine ulaşmadığı ve başvurucaunun AİHS'in 8. maddesinin kapsamı dışında olduğu sonucuna ulaşmıştır³⁸. Bu başvuruda, emeklilik yaşına ilişkin kanunla getirilen yeni bir düzenleme nedeniyle 70 yaşına kadar çalışabilme noktasında takdir hakkına sahip olan yargıçların emeklilik yaşına ulaştıkları gerekçesiyle görevleri sona ermiştir. AİHM, özel sektörde iş bulması engellenmediği için, polis memuru olan başvurucaunun görevinden geçici şekilde

³⁶ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, §§ 203-211; C.A. (3), 73.

³⁷ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, § 209.

³⁸ *J.B. ve diğerleri/Macaristan*, B. No: 45434/12, 45438/12, 375/13, 27/11/2018, §§130-131.

uzaklaştırılması şeklindeki işleme ilişkin başvuruda da 8. maddenin uygulanamayacağını değerlendirmiştir³⁹.

Anayasa Mahkemesi de çalışma hakkına yönelik her müdahalenin ya da tedbirin doğrudan doğruya özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağını ifade etmektedir. O halde çalışma hakkına yönelik müdahalelerin ya da alınan tedbirlerin kişilerin sosyal yaşamlarına ve çevreleriyle kuracakları iletişime, dolayısıyla özel hayatlarına dolaylı da olsa bir etkisinin olacağı öngörülebilir olsa da bu kapsamda gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi muhtemel etkinin yanında, meselenin özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınmasını gerekli kılacak ölçüde ciddi ve asgari bir ağırlık düzeyinde olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi bu etkinin ağırlık eşiğine ulaştığının somut olarak ortaya konulması noktasında başvurucuyu yükümlü kılmaktadır⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi tedbirin sonuçlarının asgari ağırlık düzeyinde olup olmadığının değerlendirilmesinde şu noktaları özellikle göz önünde bulunduracağını ifade etmiştir:

- i. Kişinin iç dünyasında meydana gelen etkinin derecesi*
- ii. Kişinin sosyal çevresinde ve itibarında meydana gelen etkinin derecesi*
- iii. Kişinin mesleğine ilişkin nesnel nitelikleri dikkate alındığında muhatap olduğu müdahalenin ya da tedbirin neden olacağı etkinin veya zararın derecesi*
- iv. Etkinin ya da zararın ne derecede ikna edici açıklamalarla ortaya konulduğu ve delillendirildiği*
- v. Mesleki hayata yönelik müdahalelerin ya da tedbirlerin nedenleri⁴¹*

Anayasa Mahkemesi *Ayla Demir İşat ve Tamer Mahmutoğlu* kararında sonuca dayalı uygulanabilirlik kapsamında geliştirdiği yukarıda yer verilen ilkeleri uygulamış ve anılan kararlardaki müdahalenin sonuçlarının başvurucuların özel hayatları üzerinde belirli bir ağırlık seviyesine ulaştığını değerlendirmiştir.

³⁹ *Calmanovici/Romanya*, B. No: 42250/02, 1/10/2008.

⁴⁰ C.A. (3), 93; *Ayla Demir İşat*, § 102.

⁴¹ C.A. (3), 94; *Ayla Demir İşat*, § 103.

III. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Bir ihlal iddiasının özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilir olduğu değerlendirildikten sonra konunun pozitif veya negatif yükümlülüklerden hangisini ilgilendirir bir nitelik arz ettiğinin belirlenmesi gerekir. Özel hayata saygı hakkının negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülüklerle ilişkin güvenceleri de içerdiği, dolayısıyla somut bir ihlal iddiası açısından söz konusu yükümlülüklerin nasıl uygulanacağına açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

İnsan hakları hukukunda özellikle içtihadi alanda yaşanan gelişmenin de önemli etkisiyle⁴² özel hayata saygı hakkının da dahil olduğu klasik haklar olarak sınıflandırılan haklar açısından devletin negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerektiği kabul görmeye başlamıştır⁴³. Bu yaklaşım, pozitif ve negatif yükümlülüklerle ilişkin kesin bir ayırım yapmayı da zorlaştırmakta⁴⁴ daha uygun bir ifadeyle böyle kesin bir ayırımın gerekli olmadığına işaret etmektedir⁴⁵. Pozitif yükümlülükler hem klasik haklar hem de sosyal haklar açısından çok yönlü bir yükümlülük durumunu gündeme getirmiştir⁴⁶. Pozitif yükümlülüklerin ne olduğu ile ilgili çeşitli yaklaşımların temelinde de devletin hak ve özgürlükleri gerçekleştirme hareketine geçme yükümlülüğü altında olması yaklaşımı yer almaktadır⁴⁷. Bir hakkın korunmasını gerçek anlamda sağlayabilmek için gerekli, makul ve uygun önlemlerin alınması gerekmektedir⁴⁸. Bunlar hem maddi hem de usule ilişkin boyutlara sahiptir⁴⁹. Öte yandan haklara yönelik özel kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahalelerden dolayı devletin

⁴² Gümüş, A. T. (2016). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara: Adalet Yay., s. 25-27; Doğan, İ., Demirdal, B. (2015). s. 598.

⁴³ Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Kılçı, M. B., Karan, U. (Çev.), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., s. 485.

⁴⁴ Yüzer Eltimur, D. (2019). *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 102.

⁴⁵ Gözler, K. (2017). s., 162; Fredman, S. (2008). *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press, s. 11, 24. Ayrıca bkz. Şirin, T. (2015). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 230.

⁴⁶ Gümüş, A. T. (2016). s. 23.

⁴⁷ Yüzer Eltimur, D. (2019). s.114; Fredman, S. (2008). s. 77.

⁴⁸ Salihpaşaoğlu, Y. (2020). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargulamada Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yay., s. 69.

⁴⁹ Salihpaşaoğlu, Y. (2020). s. 70.

sorumluluğu yoluna gidilebileceği yaklaşımının pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olduğu söylenebilir⁵⁰. Ancak özel bir kişinin bir hakka yönelik müdahalesinin devlet açısından yükümlülükler bağlamında anlam ifade edebilmesi, kişinin müdahalesinin devletin başarısızlığından kaynaklanması, söz konusu müdahalenin hoş görülüyor olması, gerekli hukuki ve maddi müdahalelerde bulunulmaması nedeniyle müdahalenin önlenememesi ve sorumluluğu mümkün kılmaması halinde söz konusu olur⁵¹.

Klasik haklar kapsamında yer alan Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunan özel hayata saygı hakkının negatif yükümlülüklerle birlikte pozitif yükümlülükleri de gerektirdiği⁵² ifade edilmişti. O halde devletin söz konusu hak açısından tehdit etmeme, garanti altına alma, yasal çerçeve oluşturup bu haklardan yararlanmayı sağlama, özel kişilerin ihlallerine karşı koruma ve hakları kullanmak için gerçekçi koşullar oluşturma şeklinde çok yönlü yükümlülükleri bulunmaktadır⁵³. Zira özel hayata saygı, bu saygının etkili bir şekilde sağlanması ile birlikte anlamlı hale gelir⁵⁴. Etkili bir şekilde sağlama yükümlülüğü, özel hukuk ilişkileri söz konusu olduğunda da gündeme gelecektir. Ayrıca 8. madde açıkça usul şartları içermese de gerek negatif yükümlülükler gerekse pozitif yükümlülükler bakımından esasla birlikte usule ilişkin etkili güvencelerin sunulmasını da gerektirmektedir⁵⁵.

Özel hayata saygı hakkının korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin neler olduğu Sözleşme metninde ve çoğunlukla iç hukuk metinlerinde açıkça ifade edilememekle birlikte, 8. maddenin negatif yükümlülüklerle birlikte pozitif yükümlülükleri de içerdiği, bu noktada söz konusu hakka ilişkin pozitif yükümlülüklerin AİHM tarafından geliştirici bir seyirle belirlendiği söylenebilir⁵⁶. Bu iki yükümlülük alanının kesin çizgilerle ayrılmasının mümkün olmadığı,

⁵⁰ Yüzer Eltimur, D. (2019). s. 118. Gümüş, A. T. (2016). s. 102. Bu konuda önemli bir inceleme için bkz. Kanadoğlu, K. (2020). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: Beta Basım Yay.

⁵¹ Salihpaşaoğlu, Y. (2020). s. 73-74.

⁵² Bkz. Salihpaşaoğlu, Y. (2020). s. 68-73; Doğru, O., Nalbant, A. (2013). s. 1; Üzeltürk, S. (2004). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul: Beta Basım Yay., 161.

⁵³ Yüzer Eltimur, D. (2019). s. 118; Doğan, İ., Demirdal, B. (2015). s. 598-599.

⁵⁴ Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. (2018). s. 485.

⁵⁵ Doğru, O., Nalbant, A. (2013). s. 1.

⁵⁶ Yüzer Eltimur, D. (2019). s. 135-136.

esasen hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülükler noktasında birbirini tamamladığı söylenmelidir⁵⁷.

Özel hayata saygı hakkı yönünden yükümlülük alanının belirlenmesinde bazı güçlükler olsa da her iki yükümlülük açısından da tarafların menfaatleri arasında adil dengenin gözetilmesi asıl noktadır. AİHM adil dengenin kurulabilmesinde devletin belirli bir takdir alanının bulunduğunu kabul etmektedir. Öte yandan adil dengenin kurulmasında AİHS'in özel hayata saygı hakkına ilişkin sınırlama ölçütleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

AİHM iş ilişkilerine ilişkin olarak AİHS'in 8 ila 11. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen davalarda taraf devletlerin anılan maddelerdeki güvencelerden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemekte ve bu güvencelerinin ulusal mahkemelerce yeterli derecede korunup korunmadığını irdelemektedir⁵⁸. AİHM bu incelemeyi şu çerçevede yapmaktadır: 8 ila 11. maddelerde yer alan haklara ilişkin olan özel hukuk uyuşmazlıklarında çatışan çıkarlar arasında ulusal mahkemelerce adil bir denge kurulması gerekir⁵⁹, ayrıca müdahalenin meşru amaçla ölçülü olup olmadığı ile ulusal mahkemelerce verilen kararlarda sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir⁶⁰. Dolayısıyla özel hukuk ilişkileri kapsamında pozitif yükümlülüklerin odak noktası çatışan menfaatler arasında adil dengenin kurulup kurulmadığı çerçevesinde belirlenmektedir⁶¹.

Anayasa Mahkemesi özel hayata saygı hakkı kapsamında iş ilişkilerine ilişkin şikâyetler yönünden pozitif yükümlülüklerin iç hukuktaki kaynağını Anayasa'nın 11. maddesine dayandırmış, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının yanı sıra diğer kuruluş ve kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları

⁵⁷ Gümüş, A. T. (2016). s. 137.

⁵⁸ "Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya [BD], B. No: 28955/06, ..., 12/9/2011, § 61 (Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 52'den aynen alıntı).

⁵⁹ Köpke/Almanya, B. No: 420/07, 5/10/2010; Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, § 62; Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 48420/10, ..., 15/1/2013, § 84.

⁶⁰ Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, § 63 (Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 53'ten aynen alıntı).

⁶¹ Köküsarı, İ. (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yay., s. 424-440; Gümüş, A. T. (2016). s. 138; Oya Boyar, O. (2013). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*, içinde İnceoğlu, S. (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 53-80), İstanbul: Beta Yay., s. 61.

olduğuna işaret etmiştir. “Anayasa’nın 5. maddesinde sayılan devletin temel amaç ve görevlerinin kapsamı ile temel hak ve hürriyetlerin niteliklerine yönelik Anayasa’nın 12. maddesinde yer alan vurgu da bu koruma alanını pekiştirmektedir. Söz konusu hak ve özgürlüklerin etkili şekilde korunması amacıyla özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklardan dahi kaynaklansa kamusal makamlar belirli durumlarda pozitif yükümlülükler altına girebilir. Uyuşmazlıkların özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği durumlarda temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilip getirilmediği denetlenirken Anayasa’nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamayacağından taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir⁶².”

Buna göre özel hukuk kişilerinin birbirleri ile olan uyuşmazlıklarının çözümünde pozitif yükümlülüklerin çerçevesini ilgili yasal altyapının oluşturulması, söz konusu uyuşmazlıkların adil yargılama gereklerine uygun ve usul yönünden güvenceleri haiz bir yargılama kapsamında incelenmesi şeklinde belirlemiş ve bu yargılamalarda temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetilip gözetilmediğinin de inceleneceğini ifade etmiştir⁶³.

Bu çerçevede kamusal makamların yükümlülükleri⁶⁴, öncelikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerine üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Müdahalenin meydana gelmesi durumunda ise mahkemelerce etkili bir korunma sağlanması gerekir. Kamusal makamlarca gerekli yapısal önlemler alınmış olursa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkânı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelir⁶⁵. O hâlde, ilgili yargılama süreçlerinde söz konusu güvenceler gözetilerek işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, müdahalenin işverenin meşru amacıyla

⁶² Ömür Karar ve Onursal Özbek, § 46.

⁶³ Ömür Kara ve Onursal Özbek, §§ 47-48.

⁶⁴ Konuya ilişkin olarak yargı kararlarının niteliği bakımından bkz. Süzek, S. (2018). “İşe İade Davalarında Yargı Kararı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 40, s. 11-21.

⁶⁵ Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 49.

ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç açısından hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır⁶⁶. Tarafların menfaatlerinin dengelenmesi ve müdahalenin ölçülülüğü irdelenirken iş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği, hakka yönelik müdahaleye neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı, sözleşmenin feshinin makul ve orantılı bir tedbir olup olmadığı somut olayın koşullarına göre ele alınmalıdır⁶⁷.

Anayasa Mahkemesinin pozitif yükümlülükler yönünden nasıl bir inceleme yapacağına ilişkin ortaya koyduğu bu açık metodolojik yaklaşımın hukuka uygunluğun değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında AİHM'in yaklaşımından bir adım öteye geçtiği söylenebilir⁶⁸.

A. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİ KAPSAMINDAKİ ŞİKAYETLERE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN İNCELEME YÖNTEMİ VE YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, yukarıda da işaret edildiği üzere iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin şikâyetleri devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelemektedir. Bu çerçevede örneğin ahlaki nedenler gerekçe gösterilerek iş sözleşmeleri feshedilen başvurucuların⁶⁹, kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi neticesinde elde edilen bilgilere dayanılarak iş sözleşmeleri feshedilen başvurucuların⁷⁰, özel hayatla bağlantılı olarak sağlık sorunları gerekçe gösterilerek işten ayrılmaya zorlanan başvurucunun⁷¹, cinsiyet temelinde ayrımcı bir tutumla iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia eden başvurucunun⁷² ve iş yerinde maruz kaldıkları psikolojik taciz nedeniyle iş sözleşmeleri sona eren başvurucuların⁷³ şikâyetlerini pozitif yükümlülükler kapsamında incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, taşeron bir firma ile iş sözleşmesine bağlı olarak bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan başvurucuların

⁶⁶ Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 50.

⁶⁷ Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 51.

⁶⁸ Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. (2018). s. 487.

⁶⁹ H.Ç., B. No: 2017/14907, 30/9/2020; Esra Ünlü, B. No: 2018/4144, 25/2/2021.

⁷⁰ E.Ü. [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020; A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020; Celal Oraj Altunörgü, B. No: 2018/31036, 12/1/2021.

⁷¹ T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017.

⁷² Ayla (Şenses) Kara, B. No: 2013/7063, 5/11/2015.

⁷³ Ebru Bilgin [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018.

iş sözleşmelerinin feshine ilişkin şikâyetlerini negatif yükümlülükler kapsamında incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi de AİHM'in yöntemine benzer şekilde nedene ve sonuca dayalı uygulanabilirlik yoluyla yaptığı incelemede, mesleki hayata yönelen müdahalenin özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilir olup olmadığını öncelikle değerlendirmektedir.

Bu başlık altında, Anayasa Mahkemesinin ilgili konulara ilişkin yaklaşımının kuvvetlendiği ve sonrasında söz konusu yaklaşımın kural olarak yeknesak biçimde uygulandığı bireysel başvuru kararlarına yer verilecektir. İnceleme yapılan her başlık içerisinde konuya ilişkin olarak aynı içtihat çerçevesinde çok sayıda bireysel başvuru kararının verildiğinin altı çizilmelidir.

1. İş Sözleşmelerinin Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Hâller Gerekçe Gösterilerek Feshi

Anayasa Mahkemesi, çalışanların iş sözleşmelerinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller gerekçe gösterilerek feshedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddialarını H.Ç. kararında incelemiştir. Anayasa Mahkemesinin önceki tarihli bir kararında da benzer bir şikâyet incelenmiş olmakla birlikte H.Ç. kararının konuya ilişkin genel yaklaşımın ortaya konulduğu ilk kararlardan biri olduğu söylenebilir. H.Ç. kararna öncülük eden bu kararda yapılan incelemede işe iade davasında yapılan yargılama neticesinde özel hayata saygı hakkının pozitif yükümlülükler bağlamında güvencelerinin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi; başvurucular ile işveren arasında çatışan çıkarların dengelendiğini, işveren tarafından başvuruculara tahsis edilmiş kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi şeklindeki müdahalenin şirket içi düzenlemeler gereğince işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı hususunda değerlendirmelerin yapıldığını, sözleşmelerin feshinin başvurucuların eylemleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığının gözetildiğini ve tüm bu hususlara dayanılarak davaların reddine ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler sunulduğunu, ayrıca başvurucular arasındaki yazışmalara ait içeriklerin gerek yargılamaya ilişkin işlemlerde gerekse karar gerekçesinde alenileştirilmediğini değerlendirerek ihlale ulaşmamıştır⁷⁴.

⁷⁴ "...70. Başvuruya konu edilen yargılama süreçleri incelendiğinde öncelikle başvurucuların Derece Mahkemeleri önünde delillerini sundukları, iddiada bulunma ve savunma haklarını herhangi bir

H.Ç. kararına konu olayda başvurucunun iş sözleşmesinin fesih bildiriminde, başvurucu hakkında şirkete yapılan ihbar ve bu ihbara neden olan başvurucunun şirkette başka bir işçi ile ilişki yaşadığı, söz konusu ihbar ile birlikte gelişen süreçte üretim kaybı, korku gibi huzursuzluğun meydana geldiği, bütün bu olaylarda başvurucunun iş yerinde başka bir çalışan ile yaşadığı ilişkinin etkili olduğu belirtilmiştir. Başvurucunun işe iade istemli davası, feshin haklı ya da geçerli bir nedene dayandığının ispat külfetinin işverende olduğu, feshin nedenlerinin işveren tarafından şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanamadığı, başvurucunun savunmasının alınmadığı ve feshin son çare olması ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle kabul edilmiştir. Temyiz talebini inceleyen Yargıtay, iş yerinde yaşanan ilişkinin nihayetinde işin yürütülmesini bozucu nitelikte etkileri olduğunu değerlendirmiştir. Yargıtay'a göre bu durum haklı nedenle feshi gerekli kılmasa da iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyecektir ve feshin geçerli sebebe dayandığının kabulü gerekir⁷⁵.

engellemeyle karşı karşıya kalmadan kullandıkları görülmektedir. Ayrıca söz konusu yazışmaların çalışma saatleri içinde kişisel amaçlar doğrultusunda kullanıldığı, iş yeri düzenine ilişkin olarak belirlenen düzenlemeler hakkında başvurucuların bilgilendirildikleri ve uyarıldıkları, bu durumu ispat edecek şekilde imzalarının alındığı, sözleşmelere aykırı davranışların bulunduğu hususunda oluşan inanç doğrultusunda önceden belirlenmiş müdahale sınırlarına riayet edilerek işveren tarafından kurumsal e-posta hesaplarının denetlendiği, bunun dışında işveren tarafından başvuruculara ait diğer verilere ulaşıp inceleme yapıldığına dair herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yargılamalarda, başvuruculara ait hizmet cetveli ile iş yeri özlük dosyalarının Derece Mahkemeleri tarafından celp edilerek incelendiği, karar gerekçelerinde kurumsal e-posta yazışmalarının içeriklerine yer verilmediği, dava konusuyla sınırlı bir şekilde değerlendirme yapıldığı, başvurucuların doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan eylemleri nedeniyle iş yerinde olumsuzlukların yaşandığı ve bu durumun işveren açısından sözleşmelerin sürdürülmesi imkânını ortadan kaldırdığının kararlarda vurgulandığı, başvurucuların eylemlerinin 4857 sayılı Kanun'un yanı sıra iş sözleşmelerine ve iş yerinin iç düzenlemelerine aykırılıklar oluşturduğu, bu nedenlerle sözleşmelerin feshedilmesinde hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı şeklinde kararlar verilmiştir. Ayrıca ikinci başvurucunun eski eşinin tanık sıfatıyla alman ifadesinin işverenin iddialarının doğruluğunun anlaşılabilmesi amacıyla Mahkemece sorulan ve mahremiyet içermeyen sorulara verilen cevaplardan oluştuğu, yargılama süreçlerinde ve oluşturulan karar gerekçelerinde başvurucuların özel hayat alanlarını alenileştiren ve haberleşmelerinin gizliliğini ortadan kaldıran herhangi bir unsura yer verilmediği anlaşılmaktadır.

71. Derece Mahkemelerince verilen kararlarda, başvurucuların makul bir beklentisinin bulunmadığı hususunun dikkate alınarak başvurucular ile işveren arasında çatışan çıkarların dengelendiği, işveren tarafından başvuruculara tahsis edilmiş kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi şeklindeki müdahalenin Şirket içi düzenlemeler gereğince işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı hususunda değerlendirmelerin yapıldığı, sözleşmelerin feshinin başvurucuların eylemleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığının gözetildiği ve tüm bu hususlara dayanılarak davaların reddine ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler sunulduğu, ayrıca başvurucular arasındaki yazışmalara ait içeriklerin gerek yargılamaya ilişkin işlemlerde gerekse karar gerekçesinde alenileştirilmediği sonucuna ulaşılmıştır...’ Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016.

⁷⁵ H.Ç., §§ 7-18.

Anayasa Mahkemesi, sözleşmenin feshinin özel hayat kapsamında kalan nedenlere dayanması gerekçesiyle başvurunun özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilir olduğunu ve pozitif yükümlülükler bağlamında incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler kapsamında yapılan incelemenin ana eksenini, daha önce işaret edildiği üzere işveren ile çalışanın çıkarları arasında adil bir denge kuracak şekilde özenli bir yargılama yapıp yapılmadığı noktasında olmuştur.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak çalışanın hak ve özgürlüklerinin iş yerinde de korunması gerektiğini tespit ettikten sonra, işverenin işlerin etkin bir şekilde yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi haklı ve meşru görülebilecek nedenlerle bazı sınırlamalar ve kurallar getirmesinin kabulü gerektiğini değerlendirmiştir. Ancak haklı ve meşru amaçlarla getirilen kısıtlayıcı ve uyulması zorunlu iş yeri kurallarının çalışanların haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerekir. Buna göre iki çalışan arasındaki ilişkinin fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri olması ve iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından ortaya konulması gerekir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, salt bir ilişkinin varlığının fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceğini özellikle vurgulamıştır. Zira aksi takdirde işçinin, demokratik bir toplumda hak ve özgürlüklerine iş yerinde de saygı gösterileceği inancı zarar görebilir. Ayrıca işin işleyişine etkisi olmayan her ilişkinin fesih nedeni olacağına doğrudan kabul edilmesi, işverenin menfaatleri ile işçinin menfaatleri arasında pozitif yükümlülükler kapsamında devlet tarafından korunması gereken dengenin⁷⁶ işçi aleyhine bozulması sonucunu doğurur⁷⁷.

İfade edilmelidir ki oldukça subjektif bir anlama sahip olan dolayısıyla çalışan açısından aleyhe işletilme olasılığı yüksek olan ahlak ve iyi niyet kurallarına uyulmayan hâller nedeni bağlamında yapılan fesihte, feshin neden gerekli olduğunun mümkün olduğunca somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de söz konusu başvuruda özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşırken başvurucunun yaşadığı iddia edilen ilişkinin

⁷⁶ H. Ç., § 42. İşveren ve işçi açısından taraf menfaatlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdoğan, C. (2019). *İş Hukukunda Şüphe Feshi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 228-230.

⁷⁷ H. Ç., § 43.

iş yerinde olumsuzluklara neden olduğunun işveren tarafından ortaya konulamadığı tespitine dayanmıştır. Bunun yanında yargı mercilerinin eksik bir araştırma yapmış olması⁷⁸. somut olaya özgü koşulları değerlendirip yeterli ve ilgili gerekçe ile ortaya koymaması, işveren ile çalışanın çatışan çıkarları arasında adil denge gözetilmemiş olması yargılama sürecine ilişkin önemli eksiklikler olarak tespit edilmiştir⁷⁹.

Anayasa Mahkemesi, işçinin iş sözleşmesinin feshi sürecinde işveren tarafından gözetilmeyen güvencelerin büyük ölçüde yargılama sürecinde de gözetilmediğinin altını çizmiştir⁸⁰.

Netice olarak Anayasa Mahkemesi; yargılama sürecinde başvurunun başka bir işçiyle ilişkisinin olduğu, bu ilişkinin başvuru tarafından alenileştirildiği ve ilişkinin iş yerine olumsuz etkilerinin bulunduğu gibi hususların açıklığa kavuşturulmadığını, ayrıca oluşan olumsuzluklar nedeniyle iş sözleşmesinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceğinin işveren tarafından ortaya konulamadığını ve iddia edilen ilişkinin varlığına ve iş yerine yansımalarına ilişkin yeterli bir araştırmanın yapıp olaya özgü gerekçe ile ortaya konulamadığını değerlendirmiştir⁸¹.

Anayasa Mahkemesi benzer şikâyetleri içeren *Esra Ünlü* başvurusunda da H.Ç. Kararındaki yaklaşımla ihlal sonucuna ulaşmıştır⁸².

2. İş Sözleşmesinin Çalışanın Kurumsal E-posta Hesabının İncelenmesi Yoluyla Elde Edilen Bilgilere Dayalı Olarak Feshi

Anayasa Mahkemesi çalışanın kurumsal e-posta hesabındaki yazışmalarının incelenmesi sonucunda elde edilen bilgilere dayanarak

⁷⁸ H. Ç., § 44.

⁷⁹ H. Ç., § 46.

⁸⁰ H. Ç., § 45.

⁸¹ H. Ç., § 46.

⁸² "...yargı makamlarının ayrıca bir araştırma yapmadan ve tartışmadan başvurunun yaşadığı iddia edilen ilişkinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğu yönündeki kabulünün işverenin tek taraflı beyanına dayandığı ancak bu iddianın doğruluğu ile anılan ilişkinin sonuçları nedeniyle iş akdinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususunun işveren tarafından ortaya konulamadığı anlaşılmıştır. Bu durumla birlikte açıklamalar bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde yargı makamlarının iddia edilen ilişkinin işyerine yansımalarına ilişkin yeterli bir araştırma yaptığı ve olaya özgü gerekçe sunduğu, iş akdinin feshinin işverenin amacına uygun ve orantılı olup olmadığı hususunda bir inceleme yaparak işveren ile çalışanın çıkarları arasında adil bir denge kuracak özenli bir yargılama yaptığı söylenemez.

44. Açıklanan gerekçelerle özel hukuk iş ilişkilerinden doğan uyumsuzlukları karara bağlayan derece mahkemelerince özel hayata saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvencelerin gözetildiği özenli bir yargılama yapılmadığı, dolayısıyla anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği..." *Esra Ünlü*, B. No: 2018/4144, 25/2/2021, §§ 43-44.

iş sözleşmesinin feshine ilişkin şikâyetler kapsamındaki temel ilkeleri ve konuya ilişkin genel yaklaşımı *Ömür Karar ve Onursal Özbek* kararında ortaya koymuştur. E.Ü. kararı, bu temelle birlikte benzer başvurularda uygulanacak kapsamlı ilkelerin belirlendiği bir Genel Kurul kararıdır. Söz konusu başvuruda Mahkeme, iş yerinde yaşanan sorunlar ile ilgili yürütülen disiplin soruşturması kapsamında işveren tarafından incelenen ve neticede iş sözleşmesi feshedilen başvurucunun özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlali iddialarını incelemiştir.

Başvuruya konu olayda iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen başvurucunun işe iade talebi ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay nihai kararında, başvurucunun davranışlarının haklı fesih kapsamında değerlendirilemeyeceğini, ancak iş yerinde huzursuzluğa yol açan ve çalışma barışını bozar nitelikte olduğunu, bu durumda feshin geçerli nedene dayandırıldığı kabul edilebileceğini değerlendirmiştir⁸³.

Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruya ilişkin incelemesinde AİHM'in *Bărbulescu/ Romanya* kararındaki yaklaşımını esas almıştır. Buna göre; çalışanların iş yerindeki mesleki nitelikte olmayan elektronik ortamdaki yazışmalarına yapılabilecek müdahalelere ilişkin düzenlemeler getirilmesinin gerekli olduğunu, ancak bu konuda devletlerin geniş takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte işverenin bu kapsamdaki müdahale yetkisini kötüye kullanmasını engelleyecek nitelikte yeterli güvenceleri sağlayacak tedbirlerin taraf devletlerce alınması gerekir⁸⁴. AİHM söz konusu kararında, işverenin denetleme yöntemleri hakkında çalışanı önceden açıkça bilgilendirip bilgilendirmediği, yapılan incelemenin kapsamı ile iletişimin denetlenmesi yoluyla çalışanın mahremiyetine ne ölçüde müdahale edildiği hususlarında inceleme yapacağını belirtmiştir. Ayrıca iletişim akışı ile iletişimin içeriğinin incelemesini ayırtmış, incelemenin süresi, inceleme sonucuna erişen kişi sayısı gibi konuyu çeşitli bakımlardan ele alacağını altını çizmiştir. AİHM'e göre iletişimin incelenmesini meşru ve haklı kılan gerekçelerin ortaya konulması, müdahale yöntemi olarak içerik incelemesinden daha hafif bir yöntem

⁸³ E.Ü., §§ 8-21.

⁸⁴ E.Ü., § 47.

yeterli olursa önce bu yolun işletilmesi⁸⁵. İnceleme sonucunda elde edilen verilerin hedeflenen amaç doğrultusunda kullanılması gerekir⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi anılan AİHM kararını da göz önünde bulundurarak derece mahkemelerinin önlerine gelen benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda, devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediği noktasında yapacakları incelemede yol gösterici bazı ilkelere işaret etmiştir⁸⁷.

Bu kapsamda Mahkemenin meşru amaç, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi kriterlerinin somut olaya özgü olarak nasıl uygulanacağını ayrıntılandırdığı ifade edilmelidir. Mahkemeye göre, işverenin iletişim araçlarının ve iletişim içeriklerinin incelenmesinin haklı olduğunu gösteren meşru gerekçeleri olup olmadığı denetlenmelidir. Bu incelemenin işin ve iş yerinin özellikleri de gözetilerek yapılması gerekir. Ancak iletişim akışı ile iletişim içeriklerinin incelenmesi arasında ayırım yapılarak içeriklerin incelenmesi yönünden daha ciddi gerekçeler aranmalıdır⁸⁸.

Demokratik toplumun gerekleri kriterine ilişkin olarak Mahkeme, iletişimin denetlenmesi ve kişisel verilerin işlenmesi sürecinin şeffaf olması ve bu konuda çalışanların bilgilendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme bilgilendirmenin kapsamı üzerinde durarak olayın özelliğine göre *“iletişimin denetlenmesi ile kişisel verilerin işlenmesinin hukuki dayanağı ve amaçları, denetlemenin ve veri işlemenin kapsamı, verilerin saklanacağı süre, veri sahibinin hakları, denetlemenin ve işlemenin sonuçları ile verilerin muhtemel yararlanıcıları hususlarını kapsamı gerekir. ... iletişim araçlarının kullanımına ilişkin...sınırlamalara da yer verilmelidir. Bilgilendirmenin...şeffaflığı sağlamak bakımından bireylere, kişisel verilerin işlenmesine ve iletişimin denetlenmesine ilişkin süreçten...haberdar olma imkânı sağlayan uygun bir yöntem...”* ile yapılması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁹.

⁸⁵ İşverenin hukuka uygun izleme ve takibinin koşullarına ilişkin değerlendirme için bkz. Erdoğan, C. (2017). *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetilmesi*, Ankara: Yetkin Yay., s. 129-148.

⁸⁶ *Bărbulescu/Romanya* [BD], B. No: 61496/08, 5/9/2017, §§ 112-123. Ayrıca bkz. E.Ü., § 47-48.

⁸⁷ E.Ü., §§ 67-69.

⁸⁸ E.Ü., § 70/i.

⁸⁹ E.Ü., § 70/ii.

Ölçülülük ilkesi açısından ise ilkenin alt unsurlarını başvuruya konu olay bağlamında somutlaştırmıştır. Buna göre müdahale elverişli⁹⁰, zorunlu⁹¹ ve orantılı⁹² olmalıdır. Anayasa Mahkemesi müdahalenin bir bütün olarak çalışan üzerindeki etkisi ve sonuçlarının göz önünde tutularak tarafların çatışan menfaatlerine ilişkin adil bir dengenin kurulması ve taraflardan birine ölçüsüz bir külfet yüklenmemesi gerektiğinin altını çizmiştir⁹³.

Somut olayda Anayasa Mahkemesi işverenin, başvurucunun kurumsal e-posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin izlenebileceği ve denetlenebileceği yönünde açık bir bilgilendirme yapılmamış olmasına karşın, başvurucunun iş sözleşmesini e-posta iletişim içeriklerini gerekçe göstererek feshettiğini, ancak işverenin yargılama sürecinde söz konusu müdahalenin hukuki dayanağı ve bilgilendirme yapıldığını ortaya koyamadığını, öte yandan böyle bir bilgilendirmenin yapılıp yapılmadığının -başvurucunun bu yönde iddiaları olmasına rağmen- derece mahkemelerince de tartışılmadığını tespit etmiştir⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi müdahalenin kapsam ve boyutu yönünden de önemli tespitler yapmış, buradaki tespitler ihlal sonucunu güçlendirmiştir. Buna göre işveren iletişimin içeriğine erişmeyi gerekli ve zorunlu kılan somut açıklamalarda bulunmamış, derece mahkemeleri tarafından da somut olay bu yönüyle tartışılmamıştır. Ayrıca işveren yazışma içeriklerine, başvurucu ve yazışma içeriklerine başvurucu dolayısıyla erişilen diğer kişilerin rızası hilafına erişmiş ve yazışmaları incelemiş, konu ile ilgili olup olmadığı belirsiz içeriklere dahi aynı

⁹⁰ “Çalışanın kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına ve haberleşme hürriyetine işveren tarafından yapılan müdahale, ulaşılmak istenen amaç ile ilgili ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Ayrıca inceleme faaliyetiyle elde edilen verilerin işveren tarafından hedeflenen amaç doğrultusunda kullanılması gerekir.” E.Ü., § 70/iii.

⁹¹ “İşveren tarafından çalışanın kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına ve haberleşme hürriyetine işveren tarafından yapılan müdahalenin gerekli kabul edilebilmesi için aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmaması mümkün olmamalı, müdahale ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmalıdır. Çalışanın iletişiminin içeriğine girilmesi yerine onun kişisel verilerine daha az müdahale eden yöntem ve tedbirlerin uygulanmasının mümkün olup olmadığı denetlenmelidir. Bu kapsamda işverenin ulaşmak istediği amaca çalışanın iletişimi incelenmeden de erişilme imkânı olup olmadığı her bir vakianın somut özellikleri ışığında değerlendirilmelidir.” E.Ü., § 70/iv.

⁹² “İşveren tarafından başvurucunun kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına ve haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin orantılı kabul edilebilmesi için ise iletişimin denetlenmesi ile işlenecek veya herhangi bir şekilde yararlanılacak veriler ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalı, bu amacı aşacak şekilde sınırlama ya da müdahaleye izin verilmemelidir.” E.Ü., § 70/v.

⁹³ E.Ü., § 70/vi.

⁹⁴ E.Ü., §§ 74-77.

şekilde müdahale etmiştir. Bu durumda başvurusunun kişisel verisi kapsamında olan e-postaları ile ilgili olarak trafik bilgisi ile yetinilmediği, içeriklere de kapsamı belirsiz şekilde erişildiği anlaşılmaktadır⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi E.Ü. kararındaki olayla bağlantılı A.A.Y. başvurusunda da benzer gerekçelerle ihlal sonucuna ulaşmıştır⁹⁶. Mahkeme *Celal Oraj Altunörgü* başvurusunda ise iş sözleşmesinde başvurucuya tahsis edilen kurumsal e-posta hesabının sadece iş amaçlı kullanılacağı ve bu hesabın banka yönetimi tarafından haber vermeksizin denetlenebileceği ve iş sözleşmesinde belirlenen yükümlülüklerle uyulmaması durumunda iş akdinin feshedilebileceği açıkça belirtildiğini değerlendirmiş, müdahalenin kapsamının sınırlı olduğunu ve amacına uygun kullanıldığını, derece mahkemelerinin usule ilişkin güvenceleri karşılar nitelikte bir yargılama ile karar verdiğini değerlendirmiş, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyeti yönünden ihlal sonucuna ulaşmamıştır⁹⁷.

3. Sağlık Nedenleri Gerekçe Gösterilerek İşten Ayrılmaya Zorlanma veya İş Sözleşmesinin Feshi

Anayasa Mahkemesi T.A.A. başvurusunda HIV pozitif olan işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, özel hayata saygı hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarını incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvurusunun ayrımcılık tazminatı verilmesi talebiyle açtığı davanın reddi nedeniyle anılan hakların ihlal edildiğine ilişkin iddia yönünden yaptığı incelemede başvurucuya negatif anlamda farklı bir muamele yapıldığını değerlendirmiştir. Mahkemeye göre başvurusunun çalıştırılmadığı dönemde ücretinin ve işten ayrıldığı sırada da yasal alacaklarının kendisine ödendiği dikkate alınarak söz konusu farklı muamelenin iş arkadaşlarından hiçbirine yapılmayan, daha elverişli hatta avantajlı bir muamele olduğu ileri sürülebilirse de öncelikle hayat boyu sürecek tedavisini karşılamak için sürekli ve düzenli gelire ihtiyaç duyan başvurusunun bu geliri elde ettiği işini, 4857 sayılı Kanun'da belirtilen hukuki sebeplerle değil HIV pozitif olması nedeniyle kaybetmesine işaret etmiştir⁹⁸.

⁹⁵ E.Ü., § 78.

⁹⁶ A.A.Y., B. No: 2016/13011, 29/9/2020.

⁹⁷ *Celal Oraj Altunörgü*, B. No: 2018/31036, 12/1/2021.

⁹⁸ T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017, §§ 92-93.

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri kararlarında hastalığın "bulaşıcı" olmasına odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için çözüm olarak başvurucunun iş yerinden uzaklaştırılmasının öngörüldüğünü ifade etmiştir. Mahkeme, yapılan yargılamada işverenin, iş yerinde başvurucunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması konusunda değerlendirme yapma yükümlülüğü olup olmadığını irdelemiştir. Buna kapsamda, başvurucunun başka bir pozisyonda çalıştırılabileceği doğrultusunda beyan, değerlendirme ve bilirkişi raporları bulunmasına rağmen işveren tarafından iş yerinde bu şekilde bir başka görev olup olmadığı, varsa başvurucunun niteliklerinin söz konusu görev bakımından yeterli olup olmadığı şeklinde hiçbir değerlendirme yapılmadığını ifade etmiştir. Ayrıca iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda derece mahkemelerince de değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı sonucuna ulaşmıştır⁹⁹. Anayasa Mahkemesinin de açıkça ifade ettiği gibi bütün bu hususların, pozitif yükümlülükler kapsamında derece mahkemelerince yapılan yargılamada göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Sonuçta ilk olarak başvurucunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının derece mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmış, başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesinin T.A.A. kararında ortaya koyduğu bu yaklaşımın, COVID-19 virüsü ile ilişkili olarak ortaya çıkacak iş hukuku uyuşmazlıklarının bireysel başvuru yoluna taşınması durumunda, yapılacak incelemede önemli ölçüde belirleyici olabileceği ifade edilmelidir. Buna göre, işveren tarafından uygun tedbirin uygulanıp uygulanmadığı, işveren ve çalışanın hukuki menfaatleri arasında adil bir

⁹⁹ T.A.A., §§ 98-99.

¹⁰⁰ T.A.A., §§ 100-101.

dengenin gözetilip gözetilmediği ve nihayetinde pozitif yükümlülüklerle ilişkin anayasal güvenceleri gözetir bir yargılamanın yapılıp yapılmadığı, bu tür uyuşmazlıklardaki incelemenin ana eksenini oluşturacağı söylenebilir.

4. İş Sözleşmesinin Feshinin Temelinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Bulunduğu İddiası

Anayasa Mahkemesi bu kapsamdaki incelemesini *Ayla (Şenses) Kara* başvurusunda yapmış, cinsiyet ayrımcılığı sonucu işten çıkarılma iddiasıyla açılan tazminat davasının reddi nedeniyle eşitlik ilkesi ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyetlerini değerlendirmiştir.

Söz konusu başvuruya konu olayda başvurunun işe iade davasının kabulüne karar verilmiştir. Ancak başvurunun daha sonra ayrımcılık tazminatı istemiyle açtığı davada ileri sürdüğü sırf kadın olduğu için işten çıkarıldığı, diğer çalışanın ise erkek olduğu için işten çıkarılmadığı iddiaları kapsamında yapılan incelemede, feshin geçersizliğine ve başvurunun işe iadesine karar verilmiş olması nedeniyle eşitsizlik doğuran işlemin ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla aynı olaya dayalı olarak tazminat verilemeyeceği gerekçesiyle davası reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu durumu göz önünde bulundurarak başvuruya konu olaya ilişkin yargı kararlarında başvurunun cinsiyet ayrımcılığı temelinde işten çıkarıldığının tespit edilememiş olduğunu, başvurunun ayrımcılık iddialarını kanıtlayacak herhangi bir delili yargılama aşamasında sunmadığını, bireysel başvurusu kapsamındaki açıklamalarının ve mevcut bilgilerin de ayrımcılığın değerlendirilmesi konusunda harekete geçmeyi gerektirecek yeterlilikte olmadığını değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi burada başvurunun şikâyetini esasa ilişkin inceleme yapmayı gerektirecek ölçüde temellendiremediğinin altını çizerek başvuru ile başvurunun üstü konumunda olduğu ifade edilen diğer çalışanın durumlarının ne derece aynı olduğu hususunun ve iş sözleşmesinin feshinin cinsiyetçi bir tutumu içerdiği yönündeki iddianın yeterli şekilde ortaya konulmadığını belirtmiştir¹⁰¹.

Ancak Mahkeme söz konusu başvuruda, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile birlikte eşitlik ilkesinin ihlal edildiği

¹⁰¹ *Ayla (Şenses) Kara*, § 7-14, 49-50. Ayrıca bkz. Kanadoğlu, K. (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 145-146.

yönündeki iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiş olsa da iş sözleşmesinin feshi bağlamında yukarıda işaret edilen pozitif yükümlülükler çerçevesinde, özellikle aynı durumdaki kişilere uygulanan farklı bir muamelenin meşru bir amaca dayanmaması hâlinde AİHS ve Anayasa'nın ortak koruma alanındaki haklar yönünden ihlal meydana getirebileceğine işaret etmiştir¹⁰². Mahkeme ayrıca ayrımcılığı kanıtlamanın kolay olmadığını, bu nedenle başvurucuların kendilerine farklı muamele yapıldığını hukuka uygun her türlü delille ispatlamalarının mümkün olacağını ifade etmiştir. Bu durumun ispatlanması hâlinde farklı muamelenin var olmadığını veya haklı sebeplere dayandığını ispat yükümlülüğünün muameleyi gerçekleştiren tarafa ait olacağı, farklı muamelenin gerekli olduğu ileri sürülüyorsa bu durumda ortaya konulan gerekçelerin makul bir temelinin olması ve kanıtlara dayandırılması gerekmektedir¹⁰³.

5. İşyerinde Psikolojik Taciz

Anayasa Mahkemesi, çalışma hayatında gerçekleşen psikolojik taciz iddialarına ilişkin de ayrıntılı bir inceleme yapma imkânı bulmuştur. Bu kapsamda ilkelerin ortaya çıktığı kararlara konu olaylar kamu hukuku ilişkisi içerisinde gelişmiş olsa da Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu ilkeler, özel hukuk çerçevesinde doğacak uyuşmazlıklar yönünden de uygulanabilir mahiyettedir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin temel yaklaşımını *Mehmet Bayrakçı* ve *Ebru Bilgin* kararlarında ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında psikolojik taciz iddiasına ilişkin olarak bir eşik değerlendirmesi yapacağını ifade etmiştir. Bu durumda her somut olayın kendi koşulları farklı değerlendirmeleri mümkün kılmakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu eşik incelemesi kriterlerine göre belirli bir ağırlık seviyesine ulaşmayan eylem, işlem veya ihmallerin maddi ve manevi varlığın korunması hakkı üzerinde bir ihlal meydana getirmeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi ILO ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yayın ve raporları da dikkate alarak muamelelerin psikolojik taciz olarak vasıflandırılabilmesi için şu şartlara işaret etmiştir;

¹⁰² Eşit davranma borcu için bkz. Erdoğan, C. (2019). s. 231-233.

¹⁰³ *Ayla (Şenses) Kara*, §§ 44-47; *Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 120-122.

- “i. İşyeri ile ilgili olarak iş yerindeki yöneticiler ve/veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi ya da bu tür müdahalelere göz yumulması,*
- ii. Süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması,*
- iii. Mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkaran ya da ciddi bir zarar tehlikesi içeren nitelikte olması gerekir¹⁰⁴.”*

Öte yandan Mahkeme, muamelenin sonuçları yönünden yapılacak değerlendirmede mağdurun konumu, muamelenin süresi, sıklığı, kim ya da kimler tarafından gerçekleştirildiği, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi somut olaya özgü koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğine de işaret etmiştir. Bununla birlikte mağdurun engelliler gibi Anayasa tarafından özel olarak pozitif ayrımcı bir tutumla ele alınan kişilerden olması halinde muamelenin olduğundan daha ağır etkiler doğurabileceği göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi pozitif yükümlülükler noktasında konuya ilişkin özel bir değerlendirme yaparak ortaya konulabilecek tutum ve alınabilecek tedbirler yönünden de bir perspektif ortaya koymuştur. Buna göre;

- “i. Çalışanlara yönelen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için önlemler alınması*
- ii. Şikâyetleri etkili şekilde inceleyecek denetim mekanizmalarının oluşturulması*
- iii. Pozitif ayrıcalıklar sunulması gereken çalışanların önündeki güçlüklerin kaldırılması ve kolaylaştırıcı imkânlardan yararlandırılmasının sağlanması*
- iv. Yıldırıcı ve kasıtlı tutumlara maruz kalanların uğradıkları maddi ve manevi zararlarının giderilmesi ya da ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yasal altyapının oluşturulması ve suç teşkil eden durumlarda sorumluların yasal çerçevede cezalandırılmalarının sağlanması*
- v. Oluşan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılan davalarda mağdurların haklarını adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılması ve yargulamalar sonucunda temel hakların içerdiği*

¹⁰⁴ Ebru Bilgin [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018, § 80; Mehmet Bayrakçı, B. No: 2014/8715, 5/4/2018, § 69.

¹⁰⁵ Mehmet Bayrakçı, § 70.

güvenceleri koruyacak şekilde mahkemelerce ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması¹⁰⁶."

Ebru Bilgin başvurusunda, yukarıda işaret edilen tutum ve tedbirlerin yanında kamusal makamların psikolojik tacize karşı etkili önlemleri hızla alması gerektiği de vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruya konu olayda başvuru hakkında sık sık soruşturma açılması, sürekli yazılı olarak uyarılması, kendisinden sıklıkla savunma istenmesi ve sağlık sorunları bilinmesine rağmen sunduğu belgelerin sorgulanması şeklindeki eylem ve işlemlerde açıkça keyfiliğe kaçan durumlar olduğunu değerlendirmiştir. Buna göre başvuru sahibinin şikâyetleri doğrultusunda idari bir soruşturma yapılmış ve psikolojik taciz uyguladığı öne sürülen kamu görevlisi hakkında dava açılmış ise de davranışların tekrarlanmaması için önlemler alınmasında idare tarafından gereken özen gösterilmemiştir¹⁰⁷. Mahkeme bu kapsamda söz konusu eylem ve işlemlerin sağlık sorunları bulunan başvuru sahibinin yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaştığını değerlendirmiştir. Derece mahkemelerince yapılan yargılamanın özellikle yeterli bir araştırma ve incelemeye dayanmaması noktasındaki eksiklikler de göz önünde bulundurulduğunda bir bütün olarak kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁸.

Mehmet Bayrakçı başvurusunda ise başvuru hakkında tesis edilen görev değişikliğine ilişkin işlemlerin bir kısmının hizmetin gerekleri doğrultusunda meşru bir amaçla, bir kısmının ise başvuru sahibinin talebi üzerine gerçekleştirildiği, idarenin anılan uygulamalarının keyfîlik içerdiği veya cezalandırma ve yıldırma amacı taşıdığı söylenemeyeceğini değerlendirmiştir. Söz konusu başvuruda Anayasa Mahkemesi başvuru sahibinin görevi esnasında hakarete maruz kaldığı iddiasının ceza soruşturması yoluyla aydınlatılmış olmasını yeterli görmüş, başvuru sahibinin idari işlem yapılması yönündeki talebinin

¹⁰⁶ *Ebru Bilgin*, § 82; *Mehmet Bayrakçı*, § 71.

¹⁰⁷ *Ebru Bilgin*, §§ 90-91. İş yerinde psikolojik taciz söz konusu olduğu durumda işverenin uygulayabileceği hukuki tedbirler yönünden değerlendirme için bkz. Ergin, H. (2010). *Oldukça Eski Fakat Yeni İfade Edilen Bir Olgu: İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, içinde Canpolat, T. (Der.), *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (ss. 245-265), İstanbul: Beta Basım Yay., s. 252-256.

¹⁰⁸ *Ebru Bilgin*, §§ 94-95.

karşılıksız kalmasını tek başına sorun olarak değerlendirmemiştir¹⁰⁹. Mahkeme, başvurucunun somut koşulları bağlamında maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin kişiliği, mesleği ve yaşamı üzerindeki etkisinin çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmadığını değerlendirmiş, konuya ilişkin derece mahkemeleri kararlarının pozitif yükümlülükleri gözetir nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹⁰.

6. Güven İlişkisinin Bozulduğu Gerekçesiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Anayasa Mahkemesinin bu başlık altında incelenen kararları 15 Temmuz 2016'da meydana gelen darbe teşebbüsünün ardından çıkarılan 667 sayılı KHK esas alınarak kamu kurumlarında iş sözleşmesi kapsamında çalışan başvurucuların, ilgili kurumların talebi üzerine bağlı oldukları firmalar tarafından iş sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkindir.

C.A. (3) başvurusunda bir belediyede temizlik işçisi olarak görev yapan başvurucunun, FETÖ/PDY'yle irtibat ve iltisaklı olduğu gerekçesiyle kapatılan bir dernekte de denetim kurulu üyesi olduğu tespit edilmiştir. Belediye disiplin kuruluna sevk edilen başvurucunun FETÖ/PDY ile iltisakı, irtibatı ve bu örgüte aidiyeti olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiş, başvurucunun işe iadesine karar verilmesi için açtığı dava reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun karara bağlandığı tarihte başvurucu hakkındaki ceza davasının temyiz incelemesi aşamasında olduğunu not etmiştir. Başvurucu, işveren ile arasındaki güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasını bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşımıştır¹¹¹.

Anayasa Mahkemesi söz konusu başvuruda öncelikle uygulanabilirlik yönünden bir değerlendirme yapmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere özel hayat kapsamında kalan nedenler gerekçe gösterilerek iş hayatına yönelik müdahalelerin özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenebilir olduğu değerlendirilmiş ve mevcut başvuruda hem nedene dayalı yaklaşım hem de sonuca dayalı yaklaşımla özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu başvuruda özel hayata ilişkin nedenlerle iş sözleşmesinin feshedildiği tespit edilebilir

¹⁰⁹ Mehmet Bayrakçı, § 78.

¹¹⁰ Mehmet Bayrakçı, §§ 79-80.

¹¹¹ Başvurucu hakkındaki sürece ilişkin ayrıntılı anlatım için bkz. C.A. (3), §§ 19-36.

olmakla birlikte feshin sonuçları itibarıyla da özel hayata saygı hakkı üzerinde açık etkiler doğurduğu, kararda sonuca dayalı yaklaşım doğrultusunda eşik incelemesi de yapıldığı, ancak bu yaklaşımın özel hayata saygı hakkının uygulanabilirliğini daralttığı ifade edilmelidir.

Karara ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise Mahkemenin iş sözleşmesi kapsamında bir ilişkinin olduğunu değerlendirmiş olmasına rağmen negatif yükümlülükler yönünden inceleme yapmış olmasıdır. Burada işçinin fiilen görev yaptığı yerin bir belediye olması, söz konusu kamu kurumunun kamu gücü kullanıyor olması ve başvuru hakkında yürütülen bazı işlemlerde kamu hukukundan kaynaklanan işlemler yapılmış olması kıstas alınmıştır. Ancak başvuru özel hukuk iş ilişkisi kapsamında bir çalışan olduğu, iş sözleşmesinin de bu kapsamda feshedildiği, dolayısıyla uyuşmazlığın özel hukuk iş ilişkileri kapsamında olduğu ve incelemenin bu ilişki biçimi göz önünde bulundurularak¹¹² pozitif yükümlülükler yönünden yapılması gerektiği ifade edilmelidir. Nitekim Mahkemenin negatif yükümlülükler yönünden yaptığı incelemenin de temelde pozitif yükümlülükler yönünden yaptığı değerlendirme noktaları üzerinden olduğu söylenebilir. Bu kapsamda aşağıda işaret edileceği üzere özellikle meşru amaç, hukuki menfaatler arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediği ve mahkemelerin somut olayla ilişkili ilgili ve yeterli bir gerekçe ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturup kavuşturmadığı üzerinden bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmıştır.

Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi ilk olarak iş sözleşmesi çerçevesinde istihdam edilmenin mutlak bir hak olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna göre işçilerin verimli şekilde iş görmeleri ve önceden saptanmış nesnel kurallara sadakat göstermeleri işveren açısından haklı bir beklenti olmanın yanında gereklilik de arz eder. İş sözleşmesinin, ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde işveren tarafından belirlenen kurallar kapsamında meşru nedenler ortaya çıktığında sonlandırılması mümkündür. Mahkeme bu doğrultuda, FETÖ/PDY örgütünün özellikle kamu kurum ve kuruluşları açısından yarattığı tehdide ilişkin yaptığı değerlendirmede, mevcut durumda artık somut bir tehlikeden söz edilebileceğini ve demokratik

¹¹² Konunun bu yönüyle incelendiği bir çalışma için bkz. Koç, M. (2016). "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 2, s. 65-90.

anayasal düzenin sürdürülmesi bakımından olağanüstü tedbirler alınmasının zorunlu hale geldiğinin kabul edilebileceğini, söz konusu örgütle irtibatlı ya da iltisaklı olmanın devlete sadakat bağının zayıflığını gösteren bir olgu olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹³. Söz konusu başvuruda, başvurucunun taşeron firma çalışanıyken kadroya alındığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi sadakat yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmesinde, işverenin kamu kurum ya da kuruluşlarından veya birtakım kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan özel hukuk tüzel kişilerinden olması hâlinde geniş yorumlanabileceğine işaret etmiş, kamu gücünü kullanan işverenlerin devlete sadakatsizliğini tespit ettikleri işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirebilmeleri açısından zorunlu bir durum oluştuğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği, dolayısıyla işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesine dayanılarak alınacak tedbirler bakımından basit bir şüphenin yeterli olmayacağını altını çizen Mahkeme, bu durumun somut olgularla desteklenerek hem işveren hem de yargı mercilerince açıklanan nedenlerin işveren ile işçi arasındaki güven ilişkisinin zedelendiğini ortaya koyacak yeterlilikte olması gerektiğinin altını çizmiştir¹¹⁴.

Devlete sadakat konusu, meşru anayasal düzene sadakat biçiminde anlaşılabilir ve Anayasa Mahkemesinin de ifade ettiği gibi kamunun bir şekilde taraf olduğu iş ilişkileri açısından bu noktadaki sadakat yükümlülüğünün geniş biçimde yorumlanması gerekli olabilir. Ancak özel hukuk tüzel kişisi olan bir taşeron firma bünyesinde kamu kurumunda hizmet veren bir işçinin, bu kapsamdaki bir sadakat yükümlülüğü nedeniyle o kurumda çalıştırılmaya devam edilememesi ile taşeron firma ile iş sözleşmesinin devam edebilmesi konusunun birbirinden farklı olduğu ve bu konuda farklı ölçütlerin geliştirilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Burada, taşeron firma ile kamu kurumu arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde de ayrı bir değerlendirme yapmanın gerekli olduğu ifade edilmelidir. Söz gelimi, başvurucunun belediye ile iş ilişkisinin sona ermesi yönünden ihlal sonucuna ulaşılmadığı durumda, bağlı olduğu taşeron firma ile iş sözleşmesinin feshi yönünden tedbirin gerekli olup olmadığı, işçinin sözleşmesinin sona erdirilmeyip farklı nitelikteki işlerde hizmet vermeye devam edebileceği konusu ve işçinin

¹¹³ C.A.(3), §§ 123-126.

¹¹⁴ C.A. (3), § 125.

yerine getirdiği hizmetin niteliği ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Tamer Mahmutoğlu kararında mesleğin istihdam boyutuyla ele alınarak kamuda istihdam edilmemenin somut olayın koşullarında yeterli olabileceğine de işaret etmiřtir¹¹⁵. Bu noktada çalışanın meşru anayasal düzene ve işverene yönelik sadakat yükümlülüğü yönünden özel bir değerlendirme yapılmalıdır. şüphesiz bu bağlamdaki bir uyuşmazlıkta işveren ve işçi arasındaki sadakat yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmenin daha esnek bir çerçeveye sahip olacağı vurgulanmalıdır¹¹⁶.

C.A. (3) başvurusunda ise başvurucunun, iltisaklı olduğu gerekçesiyle 667 sayılı KHK ile kapatılan bir derneğin aktif yesi olduğu ve denetim kurulu yesi olarak görev yaptığı, derneğin irtibatlı veya iltisaklı derneklerden olup olmadığı hususunda derece mahkemeleri önünde açıkça ileri sürdüğü bir itirazının olmadığı, disiplin soruşturmasında FETÖ/PDY ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu konusunda başvurucunun birçok yönden ikrarda bulunmasıyla da şüphenin ciddi, güçlü ve objektif bir şüphe olarak nitelendirilmeye uygun hâle geldiği tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, güven ilişkisini ortadan kaldırmaya elverişli olduğu konusunda başvurucudan duyulan şüphenin belirli olay ve olgulara dayandırıldığını ve iş sözleşmesinin feshedilmesi konusunda alınan tedbirin gerekliliğinin başvurucu özelinde bireyselleştirilmiş olduğunu, sadakat bağının zayıfladığı olgusunu işçi işveren arasındaki güven ilişkisini zedeleyen bir unsur olarak kabul eden idarenin ve yargı kararlarının, müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaç karşıladığı konusunda ikna edici nitelikte ilgili ve yeterli gerekçeleri içerdiğini deđerlendirmiřtir¹¹⁷.

Arındırma işleminin ise neden gerekli olduğu noktasında değerlendirmeler de yapan Mahkeme, söz konusu örgütün hiyerarşik yapılanmasının ve bunun kamu kurum ve kuruluşlarına yansiyiş şeklinin, nispeten daha az önem taşıyan bir unvan veya pozisyon için de somut olayın koşullarında gerekli olabileceğine işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi ihlal olmadığı sonucuna ulaşırken tüm bu noktaları göz önünde bulundurmuş, başvurucunun özel sektörde çalışmasını

¹¹⁵ Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, řř 115-117.

¹¹⁶ Ayrıca bkz. Evren, . C., Uçar, İ. (2020). *Kamu Görevlileri Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 1-119.

¹¹⁷ C.A. (3), řř 126-132.

engelleyen herhangi bir ilave kısıtlamaya tabi tutulmamış olması nedeniyle özel hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin öngörülen meşru amaçla ölçülü şekilde gerçekleştirildiğini ve kamunun menfaati ile başvuru kişinin kişisel menfaati arasında adil dengenin kurulduğu değerlendirmiştir¹¹⁸.

Mahkeme burada *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında ortaya koyduğu inceleme yöntemine uygun olarak, müdahalenin OHAL kapsamındaki işlemlere dayalı olarak gerçekleştirilmiş olduğunu tespit ettiği durumda öncelikle Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapacağını, burada ihlal tespiti yapılması hâlinde bu sefer 15. madde yönünden inceleme yapılacağını değerlendirmiştir¹¹⁹. Ancak somut başvuruda 13. madde yönünden ihlal sonucuna ulaşılmadığından 15. maddeye ilişkin bir inceleme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi *Ayla Demir İşat* kararında da benzer bir şikâyeti incelemiş, sonuca dayalı yaklaşımla özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğunu değerlendirdikten¹²⁰ sonra negatif yükümlülükler yönünden bir inceleme yapmıştır. Söz konusu başvuruda, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği bünyesinde işçi¹²¹ olarak görev yapan başvuru kişinin iş sözleşmesi, Yönetim Kurulu tarafından 667 sayılı KHK dikkate alınarak bildirimsiz ve tazminatsız feshedilmiştir. Başvuru kişinin işe iadesine karar verilmesi için açtığı dava reddedilmiştir¹²².

Somut olayda sözleşmenin fesih nedeni, FETÖ/PDY liderinin ve yöneticilerinin çağruları üzerine örgüt üyelerinin yatırdığı paralardan gelir elde ettiği, bu suretle örgüt faaliyetlerine mali yönden kaynak sağladığı ve örgütün finans merkezi olduğu daha önce yargı kararlarıyla tespit edilen bir bankada başvuru kişinin 2009 yılında açtığı hesabının olmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu olgu esas alınarak ortaya çıkan şüphe dolayısıyla gerçekleştirilen feshe ilişkin olarak, derece mahkemelerince yapılan yargılamada yer alan belgeleri incelemiş, başvuru kişinin

¹¹⁸ C.A. (3), §§ 133-134.

¹¹⁹ *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.

¹²⁰ *Ayla Demir İşat*, §§ 106-110.

¹²¹ Bazı kurumlarda çalışanların tartışmalı statülerinin değerlendirilmesi yönünden bkz. Karşı, M. R. (2016). *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı: Anayasa'nın 128. Maddesi Çerçevesinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 79 vd.

¹²² Olaylara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayla Demir İşat*, §§ 19-42.

bankadaki hesabında 2010 yılından itibaren gerçekleştirilen işlemlerin FETÖ/PDY ile irtibatlı ya da iltisaklı olduğu konusunda başvurucudan duyulan şüpheyi ortaya koyabilecek nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceğini değerlendirmiştir. Zira FETÖ/PDY liderinin söz konusu bankaya para yatırılması yönünde örgüt üyelerine vermiş olduğu talimattan önceki dönemde başvurucunun banka hesabında gerçekleştirilen işlemler ile talimattan sonra gerçekleştirilen işlemler benzer niteliktedir¹²³.

Bu kapsamda başvurucunun hesabında söz konusu talimattan sonra gerçekleştirilen işlemlerin hesaptaki paranın sürekli artışı şeklinde olmadığı, para miktarını azaltacak işlemlerin de yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi işlemlerin olağan olduğunu değerlendirirken muhatapları, başvurucunun düzenli gelir sahibi olması şeklindeki somut olguları da dikkate almıştır. Ancak gerek işveren gerekse derece mahkemelerinin, hesap hareketlerinin hangi gerekçelerle rutin hesap hareketleri olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymadığının altını çizmiştir¹²⁴.

Buna göre güven ilişkisinin bozulmasına dayalı fesihlerde müdahalenin kamu gücü kaynaklı olduğu kabul edilse bile yukarıda işaret edildiği üzere temelde pozitif ve negatif yükümlülüklerle ilişkin gerekliliklerin kesiştiği ortak noktalar üzerinde inceleme yapıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 15. madde yönünden yaptığı incelemede de takdir yetkisinin öngörülen sınırlar dâhilinde kullanılması ve nedenlerinin ikna edici şekilde ortaya konulmasının OHAL koşullarında da yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olduğunun altını çizerek başvurucudan duyulan şüphenin ciddi, güçlü ve objektif olduğu yönünde ikna edici şekilde ortaya konulmadığı, dolayısıyla alınan tedbirin söz konusu yükümlülüklerle uygun olmadığı, bu tedbirin OHAL döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygun olmadığı sonucuna varmıştır¹²⁵.

¹²³ *Ayla Demir İşat*, §§ 135-138.

¹²⁴ *Ayla Demir İşat*, §§ 138-142.

¹²⁵ *Ayla Demir İşat*, §§ 144-163

SONUÇ

Bireyin kendisini gerçekleştirebilmesinin önemli unsurlarından birisi olan çalışma hayatı Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanına doğrudan girmeyen çalışma hakkı kapsamında olsa da insan onuru, kişiliğin geliştirilmesi ve kişisel özerklik gibi değerlerin egemen olduğu ve sürekli genişleyen bir kapsama sahip olan özel hayata saygı hakkı ile çoğu noktada ilişkili olabilmektedir.

Çalışma hayatına ilişkin bir konunun doğrudan özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi mümkün olmasa da özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesini gerektirecek pek çok durum söz konusu olabilir. Anayasa Mahkemesi de hak ve özgürlükler alanında yaşanan gelişmeleri ve özellikle AİHM'in yaklaşımını göz önünde bulundurarak konuyu bu çerçevede ele almaktadır. Buna göre iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda konunun özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınıp alınamayacağına tespitinde, nedene dayalı uygulanabilirlik ve sonuca dayalı uygulanabilirlik yaklaşımı Anayasa Mahkemesince de belirgin bir şekilde uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu tür uyuşmazlıklarda esas itibarıyla devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında bir inceleme yapmaktadır. Bu kapsamda taraflar arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediği ve ilgili yargı mercilerince anayasal güvenceler çerçevesinde bir yargılama yapılarak somut uyuşmazlıkla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulup konulmadığı özem arz etmektedir. Ancak taraflar arasında özel hukuk iş ilişkisine dayalı bir ilişki olsa da Anayasa Mahkemesi, taraflardan birinin kamu gücü kullanan bir kurum olması hâlinde, iş sözleşmelerinin feshi şeklindeki müdahaleyi negatif yükümlülükler kapsamında inceleyebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, iş hukuku kapsamındaki uyuşmazlıkların bireysel başvuruya konu edilmesi neticesinde AİHM'in yaklaşımını da iç hukukta anlaşılabilir ve uygulanabilir hâle getirdiği ve bunun yanında oldukça önemli ilkeler geliştirdiği kararlar ortaya koymuştur. Özellikle iş sözleşmelerinin feshi kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda devletin pozitif yükümlülüklerinin neler olduğu ve ilgili yargı mercilerinin bu kapsamdaki yükümlülükleri söz konusu kararlar neticesinde büyük ölçüde açıklığa kavuşmuştur. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu bağlamda ortaya çıkan yaklaşımın somut uyuşmazlığın

tüm koşullarıyla değerlendirilerek taraflar arasındaki hukuki menfaate ilişkin adil bir denge kurulması ve yargı mercilerinin somut olaya ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeye dayanarak karar vermelerini arayacağı bu yaklaşımın özel hukuk ilişkileri kapsamında hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelerin etkin bir şekilde uygulanması esasına dayandığı değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALKAN, Fatih, YILDIZ, Ferhat (2021). Özel Hayata Saygı Hakkı, içinde Şen, M., Barın, T., *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetleri*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 5-93.
- BAĞÇECİ, Hamide (2019). “Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 153, ss. 965-984.
- BOYAR, Oya (2013). “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde İnceoğlu, S. (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ss. 53-80), İstanbul: Beta Yayınları.
- DOĞAN, İlyas, DEMİRDAL, Balkan (2015). Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, içinde Doğan, İ. (Der.) *İnsan Hakları Hukuku* (ss. 587-613), Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Astana Yayınları.
- DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt II, Ankara: Pozitif Matbaa.
- ERDOĞAN, Canan (2017). *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Canan (2019). *İş Hukukunda Şüphe Feshi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ERDOĞAN, Mustafa (2011). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara: Orion Kitabevi.
- EREN, Abdurrahman (2014). *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Özel Yayın
- ERGİN, Hediye (2010). Oldukça Eski Fakat Yeni İfade Edilen Bir Olgu: İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), içinde Canpolat, T. (Der.), *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (ss. 245-265), İstanbul: Beta Yayınları.
- EVREN, Çınar Can, Uçar, İsmail (2020). *Kamu Görevlileri Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- FREDMAN, Sandra (2008). *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, 1. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım.

- GÜMÜŞ, Ali Tarık (2016). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı: AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, BUCKLEY, Carla (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, KILCI, Mehveş Bingöllü, KARAN, Ulaş (Çev.), Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- KANADOĞLU, Korkut (2015). *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KANADOĞLU, Korkut (2020). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, İstanbul: Beta Yayınları.
- KARSLI, Mehmet Rauf (2016). *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı: Anayasa'nın 128. Maddesi Çerçevesinde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KILIÇKAYA, Zeynep (2016). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, ss. 127-165.
- KOÇ, Muzaffer (2016). "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, s. 65-90.
- KÖKÜSARI, İsmail (2020). *Anayasal Hakların Çatışması*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif (2012). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri: Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları, Yenilenmiş 6. Baskı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar (2020). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- SÜZEK, Sarper (2018). "İşe İade Davalarında Yargı Kararı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 40, ss. 11-21.
- ŞİRİN, Tolga (2015). *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ŞİRİN, Tolga (2013). "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 4, ss. 359-399.

- ÜZELTÜRK, Sultan (2004). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.
- YÜZER ELTİMUR, Dilara (2019). *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992.
- Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 19392/92, 30/01/1998.
- Sidabras ve Džiautas /Litvanya*, B. No: 55480/00, 27/07/2004.
- Calmanovici/Romanya*, B. No: 42250/02, 1/10/2008.
- Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 5/10/2010.
- Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010.
- Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya [BD]*, B. No: 28955/06, ..., 12/9/2011.
- Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19/7/2012.
- Oleksandr Volkov /Ukrayna*, B. No: 21722/11, 9/1/2013.
- Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, ..., 15/1/2013.
- Martínez/İspanya [BD]*, B. No. 56030/07, 12/6/2014.
- Sodan/Türkiye*, B. No: 18650/05, 2/2/2016.
- Bărbulescu/Romanya [BD]*, B. No: 61496/08, 5/9/2017.
- Denisov/Ukrayna [BD]*, B. No: 2011/76639, 25/9/2018.
- J.B. ve diğerleri/Macaristan*, B. No: 45434/12, 45438/12, 375/13, 27/11/2018.
- Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 58812/15, 53217/16 ..., 17/10/2019.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- K.Ş.*, B. No: 2013/1614, 3/4/2014.
- Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014.
- Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.

- Ayla (Şenses) Kara*, B. No: 2013/7063, 5/11/2015.
- Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015.
- Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015.
- Ömür Kara ve Onursal Özbek*, B. No: 2013/4825, 24/3/2016.
- Ö.Ç.*, B. No: 2014/8203, 21/9/2016.
- Haluk Öktem* [GK], B. No: 2014/13433, 13/10/2016.
- E.G.* [GK], B. No: 2014/12428, 13/10/2016.
- T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017.
- Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç*, B. No: 2014/4711, 22/2/2017.
- Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.
- Mehmet Bayrakcı*, B. No: 2014/8715, 5/4/2018.
- Ebru Bilgin* [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018
- Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.
- C.A. (3)* [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020.
- E.Ü.* [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020.
- A.A.Y.*, B. No: 2016/13011, 29/9/2020.
- H.Ç.* B. No: 2017/14907, 30/9/2020.
- Celal Oraj Altunörgü*, B. No: 2018/31036, 12/1/2021.
- Esra Ünlü*, B. No: 2018/4144, 25/2/2021.



KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMLERİNİN ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI BAĞLAMINDA ELE ALINMASI VE ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

The Process of Dismissal from Public Services Under the Right to Respect for Private Life and the Constitutional Court's Approach

Fatih ALKAN*

ÖZ

Mesleki hayat, kişilerin sosyal kimliklerinin en önemli parçalarından birini oluşturmaktadır. İcra edilen meslek özel hukuk iş ilişkileri kapsamında olabileceği gibi kamunun işveren olduğu bir alanda ve kamu istihdamı kapsamında da olabilir. Meslek ilişkisi, gerek meslek sahibi kişiler gerekse işveren tarafından vazgeçilemez, geri alınamaz, sona erdirilemez bir hukuki ilişki değildir. Kamu görevlisi olarak meslek hayatlarını sürdüren kişiler, öngörülebilir ve gerekçelendirilebilir nedenlerle bu görevlerinden yargı yolu açık olmak üzere çıkarılabilir. Kamu görevinden çıkarma işlemleri, etkisi ve ağırlığı nedeniyle kişilerin özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edebilecek işlem türlerindedir. Bu bağlamda olağan yargı süreçlerinin tamamlanmasının akabinde başvuru ve özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediği hususunda insan hakları alanında yargılamalar yapan ulusal ve uluslararası yargı organlarınca yapılan değerlendirmeler tüm idare ve yargı makamlarına yol gösterici mahiyettedir. Böylesi ihlal iddialarının özel hayata saygı hakkı yönünden uygulanabilir kabul edilip edilmeyeceği, uygulanabilir kabul edilen başvuruların inceleme yöntemlerinin nasıl olduğu ve esas yönünden değerlendirmelerin hangi anayasal ilkeleri içerdiği hususunda Anayasa Mahkemesince verilen kararlar ortaya konulmalıdır. Olağanüstü hâl tedbiri olarak tesis edilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinde, olağan dönemden farklı olarak incelenen başvurulara özgü açıklanan gerekçelere de

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, fatih.alkan@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-2709-3329.

yer verilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, konuyla ilgili verilen bazı kararlarda bireyselleştirme yapılmaması ve ilgili ve yeterli gerekçelerin bulunmaması anayasal bir sorun olarak göze çarpmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mesleki hayat, özel hayata saygı hakkı, kamu görevinden çıkarma, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

Professional life is one of the most important parts of people's social identities. The profession performed may either fall into the scope of business relations under private law or be in the sphere of public employment where the employer is public. Professional relationship is not an indispensable, irrevocable, or perpetual legal relation for the employee or the employer. Those who serve as a public servant may be also dismissed from public office on foreseeable and justified grounds, with a right of recourse to judicial remedies. The dismissal from public service may constitute interference with the right to respect for private life by its impacts and severity. In this context, after the exhaustion of ordinary legal remedies on human rights complaints, the assessments of the national and international judicial bodies, which adjudicate whether there has been any violation of the right to respect for private life, are instructive for all administrative and judicial authorities. The judgments of the Constitutional Court whereby whether such alleged violations fell into scope of the right to respect for private life, the examination procedure of the relevant cases and the constitutional principles applied in the assessments as to the merits should be examined in every aspect. Besides, specific justifications must be provided for the cases involving dismissal from public service under the state of an emergency measure, which entail an examination process different from that of the ordinary period. In this context, the lack of individualisation and relevant and sufficient justifications in certain decisions issued in this respect stands out as a constitutional problem.

Keywords: Professional life, the right to respect for private life, dismissal from public services, the Constitutional Court, the European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Özel hayat kavramı, birçok hukuki değeri içinde barındıran tanımlanması güç bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Warren ve Brandeis tarafından 1890 yılında yayımlanan ve özel hayatın yalnız bırakılma hakkı gibi dar bir koruma alanından daha fazlasını içerdiğine yönelik değerlendirmeleri içeren makaleleri¹ ile bu kalıptan çıkan ve sürekli olarak genişleyen² özel hayat kavramı artık günümüzde kişinin itibarından verilerinin korunmasına, çevresel meselelerden fiziksel, cinsel ve sosyal kimliğinin belirlenmesine kadar birçok değeri içinde barındıracak şekilde yorumlanmaktadır³. Bu nedenle olmalı ki, özel hayat kavramını içinde barındıran özel hayata saygı hakkı otonom yorum yöntemiyle değerlendirilmekte⁴ ve torba nitelikte bir temel hak olarak ele alınmaktadır⁵.

Meslek hayatı ise bireylerin gelir etmeleri, kişisel gelişimlerini sağlayabilmeleri ve kişiliklerini oluşturabilmeleri açısından önemli bir işleve sahiptir. Meslek hayatına sahip olma ve meslek seçimi tercihe dayanabildiği gibi yaşam masraflarının karşılanabilmesi için bir zorunluluğu da içerebilmektedir. Öyleyse bir mesleği icra etmek ya da çeşitli nedenlerle icra edilen meslekten uzaklaştırılmak kişilerin yaşam standartlarına doğrudan etki edici mahiyettedir. Yine kişilerin dış dünyayla ilişkiler kurabilmeleri, diğer bir deyişle sosyalleşebilmeleri, toplum içinde konumlanabilmeleri açısından meslek hayatı önemli bir unsurdur⁶. Gerek Anayasa Mahkemesince gerekse Avrupa İnsan

¹ Warren, S. D., Brandeis L. D. (1890). The Right to Privacy, *Harvard Law Review*, Vol. IV, ss. 66-84; Warren, S. D., Brandeis, L. D. (2007). Mahremiyet Hakkı, Arslan, G. (Çev.), içinde İçel, K., Ünver, Y., *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (ss. 19-42), Ankara: Seçkin Yay.; Larremore, W. (1912). "The Law of Privacy", *Columbia Law Review*, Vol. 12, s. 693-694.

² Krause, H. D., Marcus, P. (1978). "Privacy", *American Journal of Comparative Law Supplement*, Vol. 26, s. 382, 383; Cantu, C. E. (1988). "Privacy", *Saint Louis University Public Law Review*, Vol. 7, s. 317-322; Paftalı, H. (2021), *Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Ek 4. Maddesi Çerçevesinde Özel Hayat Alanının Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 38-43.

³ Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bingöllü Kılıcı, M. ve Ulaş, K. (Çev.), Ankara: Avrupa Konseyi Yay., s. 368; Karaman, E. (2014). *Human Rights Law*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 94; *Von Hannover/Almanya* [BD], B. No: 40660/08, 60641/08, 7/2/2012, § 95.

⁴ Yüzer Eltimur, D. (2019). *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 216.

⁵ Roagna, I. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Strasbourg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, s. 13.

⁶ Arslan Öncü, G. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yay., s. 276.

Hakları Mahkemesince (AİHM) meslek hayatı ile özel hayatın birbirinden ayrılmasının güç olduğu sıklıkla vurgulanmaktadır⁷. Anılan Mahkemeler; kişilerin sosyal hayat sürdürmelerini, sosyal kimliklerini oluşturmalarını ve bu kimliklerini geliştirebilmelerini özel hayatları kapsamında gördüklerinden bu menfaatin en önemli araçlarından olan meslek hayatına yönelen müdahaleleri somut koşullara göre özel hayata saygı hakkına bir müdahale olarak kabul edebilmekte ve bu güvence kapsamında inceleme yaparak karar verebilmektedir⁸.

Kişilerin meslek hayatlarına yönelik olduğu kabul edilebilecek müdahaleler çok çeşitli olabilir. Kamu gücünü kullanma ayrıcalıkları olan ve idare adına kamu hizmetini yerine getiren⁹ kamu görevlilerinin türlerine¹⁰ ve buldukları statülerine¹¹ göre işlem türleri de değişkenlik gösterebilmektedir. Disiplin işlemlerinden atama işlemlerine, görev tanımı ve pozisyon değişikliğinden görevden uzaklaştırılmaya kadar idarenin tesis edeceği birçok işlem ile mesleki hayata müdahalede bulunulduğu savunulabilir. Ancak bu durum mesleki hayatı ilgilendiren ve tesiri işlemin önem ve etki derecesine göre değişebilen her müdahalenin özel hayata saygı hakkına da müdahale teşkil ettiği anlamına gelmeyecektir. Burada önemli olan husus mesleki hayatı ilgilendiren işlem ya da eylemlerin veya bazı durumlarda ihmallerin o mesleği icra eden kişinin itibarına, mesleki geçmişine, sosyal kimliğine, gelir kaybına ne derecede etki ettiğini bir bütün hâlinde saptamak ve bu suretle temel bir insan hakkı olan özel hayata saygı hakkının güvencelerinin devreye girip girmeyeceğine karar vermektir. Dikkati çekmeye çalıştığımız bu savımız, mesleki hayata ilişkin her müdahalenin söz konusu temel hakkın güvenceleri içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin iddiayı kabul etmemekte, bu yönde iddialar içeren her davada öncelikle uygulanabilirlik değerlendirmesi yapılması gerektiğini

⁷ *Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 62; *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 31; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; *Özpmar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45.

⁸ *Bigaeva/Yunanistan*, B. No: 26713/05, 28/5/2009, § 23; *Fernández Martínez/İspanya* [BD], B. No: 56030/07, 12/6/2014, § 110; *Barbulescu/Romanya* [BD], B. No: 61496/08, 5/9/2017, § 71; *Mateescu/Romanya*, B. No: 1944/10, 14/1/2014, § 20; *Lekavičienė/Litvanya*, B. No: 48427/09, 27/6/2017, §§ 46, 47; *Tamer Mahmutoglu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 100.

⁹ Evren, Ç. C., Uçar, İ. (2020). *Kamu Görevlileri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yay., s. 16.

¹⁰ Yıldırım, T., Yasin, M., Kaman, N., Özdemir, H. E., Üstün, G., Okay Tekinsoy, Ö. (2016). *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 213-220.

¹¹ Karslı, M. R. (2016). *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 64-79.

vurgulamaktadır. Üç ana başlık altında tamamlayacağımız makalemizin ilk kısmında bu hususta uygulanabilirliğe ilişkin açıklamalara ve Anayasa Mahkemesi ile AİHM'in yaklaşımlarına yer vereceğiz.

Çalışmamızın ikinci kısmında, meslek hayatına yönelik müdahale iddiasının özel hayata saygı hakkı kapsamında uygulanabilir olduğuna karar verilen ve incelenmeyi hak edecek derecede temellendirilen bireysel başvurular hakkında Anayasa Mahkemesinin yaptığı incelemelerin yöntemine ve değerlendirmelerine ilişkin bilgiler verilecektir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 20. maddesinde¹² güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına müdahale olduğunu kabul ettiği başvurular hakkında açıkladığı ve olası başvurular açısından emsal olarak kullanılacak genel ilkelere de yer verilecektir. Ayrıca bu kısımda son dönemlerde sıklıkla karşılaştığımız kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Anayasa'nın 13. ve ilgisiz dahilinde Anayasa'nın 15. maddesi çerçevesinde nasıl ele alındığı hususu üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Yine burada AİHM'in içtihadına kısaca değinilecektir.

Üçüncü bölümde ise öncelikle olağan dönemde verilen ve özel hayata saygı hakkının nedene dayalı olarak uygulandığı kamu görevinden çıkarmaya ilişkin bazı kararlara ve Anayasa Mahkemesinin esasa ilişkin değerlendirmelerde dikkat ettiği hususlara yer verilecektir. Ayrıca olağanüstü hâl (OHAL) tedbiri olarak hayata geçirilen ve arındırma tedbiri şeklinde nitelendirilebilecek kamu görevinden çıkarma işlemlerinde anayasal güvencelerin yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar Anayasa Mahkemesince açıklanan genel ilkeler doğrultusunda aktarılacaktır. Zira OHAL tedbiri olarak tesis edilen kamu görevinden çıkarma işlemleri bireysel olarak henüz Anayasa Mahkemesinin önüne gelmemekle birlikte kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış bazı özel hukuk tüzel kişilerince tesis edilen şüphe feshi işlemlerinin ve bu işlemlere karşı tüketilen yargı yolunda verilen mahkeme kararlarının anayasallık denetiminin yapıldığı bazı kararlarda¹³ birçok yönden saptanan genel ilkeler, devam eden yargı süreçlerinde derece mahkemelerine de ışık tutabilecek mahiyettedir.

¹² Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir: "Herkes, özel hayatına ... saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ... gizliliğine dokunulamaz."

¹³ C.A. (3) [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020; *Ayla Demir İşat* [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020.

I. MESLEKİ HAYATA İLİŞKİN TESİS EDİLEN İŞLEMLERDE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Uygulanabilirliğe ilişkin ön değerlendirme, şikâyet hakkında özel hayata saygı hakkının güvencelerinin işletilip işletilmemesi bakımından son derece önemlidir¹⁴. Nitekim mesleğe yönelik her müdahale özel hayata saygı hakkının otomatik olarak uygulanabilirliğini sağlamaz¹⁵. Uygulanabilir bulunma durumu; mesleki hayatına yapılan müdahaleden zarar gördüğünü ileri süren kişilerin açıklamalarına, ortaya koydukları delillere, müdahalenin niteliği ile etkilerine, başvuru öncesi sürecin doğru şekilde ve zamanında yürütülüp yürütülmediğine, kısacası her başvurunun kendine özgü objektif ve subjektif koşullarına göre değişebilmektedir. Meslek hayatına ilişkin tesis edilen bir işlem dolayısıyla yapılan bir bireysel başvuruda açıkça özel hayata saygı hakkı şikâyetinin bulunmadığı durumlarda (özü itibarıyla açıklamanın bulunduğu durumlar hariç tutulmalıdır¹⁶) Anayasa Mahkemesi, incelemesini söz konusu anayasal hak kapsamında yapamamaktadır¹⁷. Yine bireysel başvuru öncesi tüketilmesi gereken hukuk yollarına zamanında ve doğru şekilde başvurulmaması durumunda bu kez başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurular kabul edilemez bulunabilir¹⁸.

¹⁴ Gözübüyük Ş., Gölçüklü F. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 331.

¹⁵ C.A. (3), § 101; *Tamer Mahmutoğlu*, § 96.

¹⁶ Kanaatimizce açık bir şikâyetin olmaması -özellikle mesleğe ilişkin ağır sonuçları bulunan durumlarda- meselenin özel hayata saygı hakkından ele alınmasına engel olmamalıdır. Aksine yorum, temel hakların korunması ilkesine ve anayasa şikâyeti kurumunun amaçlarına uygun düşmez. Bununla beraber özel hayata saygı hakkından inceleme yapılabilmesi için yine de en azından özü itibarıyla da olsa açıklamalar yapılması ve mesleki hayata yönelik müdahale dolayısıyla yaşanan her türlü itibar kaybına, yaşam kalitesindeki eksikliğe ilişkin açıklamalarda bulunulması gerekir.

¹⁷ Örneğin Anayasa Mahkemesi, ismin baro levhasından silinmesi ve bu suretle avukatlık mesleğinin icra edilmesinin uygun bulunmaması kararını konu edinmesi nedeniyle mesleki hayatla ilgili olan ve esasında özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınabilecek nitelikteki M.B. (B. No: 2018/37392, 23/7/2020) başvurusunu şikâyet yokluğu nedeniyle adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, aynı konuya ilişkin olan *Tamer Mahmutoğlu* başvurusunu ise özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin bulunduğu gerekçesiyle özel hayata saygı kapsamında inceleyerek karara bağlamıştır.

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt* başvurusunda konuyla ilgili değerlendirmeleri şöyle olmuştur: "... Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru yolunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını

Meselenin özel hayata saygı hakkı kapsamında esastan incelenmesine engel olan diğer hukuki nedenleri bir yana bırakacak olursak mesleki hayata müdahale içeren ve eksiksiz şekilde yapılan başvuruların ne suretle uygulanabilir bulunup bulunmadığını konu ile ilgili içtihatlarını güncelleyen Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in kararlarını irdeleyerek ortaya koyabiliriz. Anayasa Mahkemesi, mesleğe yönelik müdahalelerde özel hayata saygı hakkının uygulanabilirliğine ilişkin ayrıntılı ilkelerini *Tamer Mahmutoğlu, C.A. (3)* ve *Ayla Demir İşat* kararlarında ortaya koymuştur. AİHM ise *Denisov/Ukrayna*¹⁹ ve *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*²⁰ kararlarında özel hayata saygı hakkının uygulanabilirliğine ilişkin genel ve kapsamlı ilkelerini açıklamıştır.

A. SEBEBE DAYALI UYGULANABİLİRLİK

Özel hayata ilişkin hususların/olguların kişinin mesleki hayatına ilişkin tasarruflara esas alındığı durumlarda özel hayata saygı hakkının uygulanmasıdır. Kişinin mahremiyetine ilişkin olan ve dış aleme yansıtmadığı özel hayatına ilişkin eylemleri dikkate alınarak başka bir yere atanması ya da kamu görevinden çıkarılması bu uygulanabilirlik nedenine örnek olarak verilebilir. Meslekle ilgili tesis edilen işlemlerin özel hayata saygı hakkı kapsamında uygulanabilir kabul edilmesi sıklıkla sebebe dayalı olarak olmuştur. Cinsel içerikli bazı görüntülerin internette yayımlandığı duyumu üzerine başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası tesis edilmesi olayının konu edildiği *Serap Tortuk* kararı²¹ ile e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi tesis edilmesini içeren *Tevfik Türkmen* kararı²², özel hayata saygı hakkının sebebe dayalı uygulanabilirliğine örnek olarak gösterilebilir²³.

AİHM de özel hayata ilişkin bazı eylemler nedeniyle hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı konu edinen *Özpınar/Türkiye*, cinsel yönelimlerinden dolayı görev yaptıkları ordudan ihraç edilen kişiler

zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir." B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17.

¹⁹ *Denisov/Ukrayna* [BD], B. No: 76639/11, 25/10/2018, §§ 95-114.

²⁰ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 58812/15, 53217/16 ..., 17/10/2019, §§ 203-210.

²¹ *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.

²² *Tevfik Türkmen* [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016.

²³ Ayrıca bkz. *Haluk Öktem* [GK], B. No: 2014/13433, 13/10/2016; *A.K.*, B. No: 2015/10298, 7/3/2019; *Bilal Bilen*, B. No: 2016/14741, 7/11/2019; *Sevilay Sümer*, B. No: 2016/7091, 18/7/2019; *Namet Sevinç*, B. No: 2015/9155, 10/1/2019.

tarafından yapılan *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*²⁴, *Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık*²⁵ başvurularında sebebe dayalı olarak özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğu kabulüyle incelemeler yapmıştır.

B. SONUCA DAYALI UYGULANABİLİRLİK

Sebebe dayalı uygulanabilirlik kriterine göre daha yeni ve müdahalenin ortaya çıkardığı sonuçlara odaklanan bir uygulanabilirlik ölçütüdür. Özellikle meslek hayatına ilişkin müdahalelerin özel hayata saygı hakkı kapsamında uygulanabilir kabul edilip edilmeyeceğine yönelik işlevsel bir kriter olarak kullanılmaktadır. Mesleğe ilişkin her müdahalenin özel hayat kapsamında kabul edilmesi mümkün olmadığından işlemin nedeni olan bir özel hayat davranışının söz konusu olmadığı durumlarda başvurunun incelenmesinde bir ön mesele olarak bu uygulanabilirlik ölçütü devreye alınmalıdır.

Sonuca dayalı uygulanabilirlik incelemesinde özel hayat unsuru kapsamında kabul edilen üzüntü, endişe, gelecek kaygısı ya da korku gibi duygular ile sosyal yaşama, çevreye, itibara olan etkiler ve yansımalar dikkate alınır. Mesleğe yönelik müdahaleden kaynaklanan mevcut ya da muhtemel etkinin ciddi etkide ve asgari ağırlık düzeyinde olup olmadığı değerlendirilir. Bu etki ve ağırlık düzeyinin belirlenmesinde öncelikle başvurucunun başvuru formunda dile getirdiği iddialar ve açıklamalar dikkate alınmaktadır²⁶. Başvurucu tarafından dile getirilmesi gereken subjektif etkinin yanı sıra müdahalenin objektif etkisi de değerlendirme sürecinde göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle kamu görevinden çıkarma işlemi gibi kişinin sosyal konumunu, itibarını ve mesleki kariyerini doğrudan ağır şekilde etkileyen müdahalelerde objektif etkinin dikkate alınması kişilerin anayasal koruma mekanizmalarından yeterli koşullarda yararlanabilmelerine ve meselenin özünün denetim kapsamına alınmasına fayda sağlayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin mesleğe yönelik müdahaleyi konu edinen

²⁴ *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999.

²⁵ *Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık*, B. No: 48535/99, 48536/99 ..., 22/10/2002.

²⁶ Anayasa Mahkemesince bu husus sıklıkla vurgulanmakta ve başvuru sahiplerinin iddialarını ileri sürme ve başvuruyu temellendirme yükümlülüklerinin bulunduğu hatırlanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi şöyledir: "Söz konusu ağırlık düzeyi belirlenirken muhatap kişilerde meydana gelen veya gelebilecek olan üzüntü, endişe, gelecek kaygısı ya da korku gibi duyguların özel hayatlarına olan somut etkileri ve yansımaları dikkate alınacağından bu konularda yeterli ve ikna edici açıklamalarda bulunulması ve iddiaların delillendirilmesi gerektiği hususu önemi dolayısıyla yeniden vurgulanmalıdır." Tamer Mahmutoğlu, § 89.

bir başvurunun özel hayata saygı hakkı yönünden sonuca dayalı uygulanabilir olup olmadığına ilişkin yaptığı ilk değerlendirme, özel hayata saygı hakkı kapsamındaki ihlal iddialarının dile getirilip getirilmediğine, başvuru öncesi süreçte ileri sürülüp sürülmediğine²⁷ ve yapılan açıklamaların deliller ile desteklenip desteklenmediğine ilişkindir²⁸. Mahkeme, başvuru formunda dile getirilen açıklama, iddia ve deliller ile başvuru dosyasında yer alan bilgi ve belgeleri dikkate alarak mesleki hayata ilişkin işlemin özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesini gerekli kılan asgari ağırlık düzeyinde olup olmadığına öncelikle karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, müdahalenin asgari ağırlık düzeyinde olup olmadığına karar verirken dikkate alacağı nesnel kriterleri belirlemiştir. Bunlar; kişinin iç dünyasında meydana gelen etkinin derecesi, kişinin sosyal çevresinde ve itibarında meydana gelen etkinin derecesi, kişinin muhatap olduğu müdahalenin ya da tedbirin mesleğine neden olacağı etkinin ya da zararın derecesi, etkinin ya da zararın ne derecede ikna edici açıklamalarla ortaya konulduğu ve mesleki hayata yönelik müdahalelerin ya da tedbirlerin nedenleridir²⁹. Özellikle kamu görevinden çıkarma işlemlerinde bu tür işlemlerin muhatabı olan kişiler tarafından dile getirilen veya dile getirilmesi muhtemel olan sosyal çevrelerinde dışlandıklarına, itibarlarının zedelendiğine, temel geçim kaynağından mahrum bırakıldıklarına, mesleklerini sürekli olarak kaybettiklerine ilişkin açıklamalar bu anlamda müdahalenin asgari ağırlığı aşan bir etkiye neden olduğu iddiasının yerine getirilmesi bakımından yeterli kabul edilebilir niteliktedir³⁰.

Söz konusu ağırlık eşiği, yalnızca kamu görevinden çıkarma gibi

²⁷ Tamer Mahmutoğlu, § 90; C. A. (3), § 96; Ayla Demir İşat, § 105.

²⁸ Tamer Mahmutoğlu, § 87; C. A. (3), § 93; Ayla Demir İşat, § 102.

²⁹ Tamer Mahmutoğlu, § 88; C. A. (3), § 94; Ayla Demir İşat, § 103; Özdemir Örnek, B. No: 2018/26453, 6/10/2021, § 38.

³⁰ Örneğin Ayla Demir İşat başvurusunda başvurucu, iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle yaşadığı etkiyi şu şekilde dile getirmiştir: “Başvurucu ... özgürce edindiği bir işle yaşamını sağlama hakkının bulunduğu, bütün ekonomik ve sosyal yaşantısını ilişki kesilen işi üzerinden planladığını, sözleşmesinin feshedilmesiyle yaklaşık altı yıldır sürdürdüğü mesleğinde edindiği kariyere müdahale edildiğini, feshi dolayısıyla damgalandığını ve yeniden iş bulamayabileceğini, etkileri itibarıyla ömür boyu ekonomik ve sosyal haklardan, bunun sonucu olarak da medeni haklardan mahrum kalacağını ileri sürmüştür.” Ayla Demir İşat, § 92. Söz konusu iddia ve açıklamalar, müdahalenin sözleşmenin feshi olduğu da dikkate alınarak sonuçları itibarıyla özel hayata saygı hakkının uygulanabilirliği için yeterli kabul edilmiştir.

ağır sonuçları içeren müdahalelerde değil örneğin atama işlemlerinde de aşılabilir. Nitekim *Serhat Oyman* kararında³¹ Anayasa Mahkemesi, Malatya Havalimanı Müdürlüğünden Çanakkale Gökçeada Havalimanı Müdürlüğü emrine atanan bir kamu görevlisinin atama işlemi nedeniyle ailesinde ve sosyal çevresinde yaşadığı etkiye ilişkin iddialarda bulunan başvuruçunun açıklamalarını yeterli görmüş ve sonuca dayalı olarak da özel hayata saygı hakkının uygulanabilir olduğuna karar vermiştir³². Burada önemli olan husus, mesleki hayatı ilgilendiren herhangi bir müdahalenin sonuçlarının uygulanabilirlik değerlendirmesine esas olacak şekilde ikna edici açıklamalarla ileri sürülmesidir.

AİHM de müdahalenin sonuçlarının ağır olduğu ve kişinin özel hayatını önemli derecede etkilediği durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının uygulanabilir kabul edilebileceğini belirtmektedir³³. AİHM, işlemin muhatabı olan kişilerin yaşadıkları üzüntülerin, bu kişilerin tesis edilen işlemin öncesindeki ve sonrasındaki yaşamları kıyaslanarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, mesleki hayata ilişkin davalarda ortaya çıkan sonuçların ağırlığı belirlenirken müdahalenin hem maddi hem de manevi etkilerinin bir bütün hâlinde dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır³⁴. *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna* davasında AİHM, başvuruçuların kamu görevinden uzaklaştırılmalarının, kamuda tekrar görev almaktan on yıl boyunca men edilmelerinin ve bu kişilerin isimlerinin kamuoyunun erişimine çevrim içi olarak açık olan arındırma siciline kaydedilmesinin ciddi seviyede sonuçlarının olduğunu ve meydana gelen etkilerin aranan ağırlık düzeyine ulaştığını belirterek başvuruyu özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiştir³⁵.

³¹ *Serhat Oyman*, B. No: 2017/25497, 13/10/2020.

³² *Serhat Oyman*, § 36.

³³ *Denisov/Ukrayna*, § 116.

³⁴ *Denisov/Ukrayna*, § 117.

³⁵ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, §§ 203-211.

II. ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI KAPSAMINDA UYGULANABİLİR BULUNAN MESLEKİ HAYATA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURULARDA ANAYASA MAHKEMESİNİN İNCELEME YÖNTEMİ

Kamu gücünden kaynaklanan ve mesleki hayata ilişkin olan müdahalelerin hangi koşullarda ve hangi hukuki rejim kapsamında gerçekleştirildiği hususu Anayasa Mahkemesinin başvuruyu inceleme usulünü doğrudan belirlemektedir. 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir³⁶. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken OHAL döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde yer almaktadır³⁷. Dolayısıyla öncelikle gerçekleştirilen müdahalenin hangi hukuki rejime göre anayasallık incelemesine tabi tutulacağı belirlenmelidir.

Bir bireysel başvurunun Anayasa'nın OHAL dönemi için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için müdahalenin/tehdirin OHAL ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olması ve OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerekir³⁸. İkinci koşul gerçekleştirilen müdahalenin/tehdirin etkilerinin OHAL sonrasında da devam etmesi ile ilgili değildir. Diğer bir anlatımla OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanması işlemin tesis edildiği ana ilişkindir, OHAL döneminde tesis edilen işlemin etkilerinin OHAL sonrası dönemde devam etmesi tek başına bu müdahaleyi/tehdiri olağan dönem işlemine dönüştürmeyecektir. Anayasa Mahkemesine göre uygulanma kavramıyla söz konusu işlemin tesis edilmesi anlaşılmalı, işlemin doğuracağı etki uygulanma kavramının içinde değerlendirilmemelidir. Örneğin kamu görevinden çıkarma işlemleri şayet OHAL ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelikse ve OHAL dönemi içinde tesis edilmişse bu tür bir müdahalenin/tehdirin denetlenmesi OHAL dönemi için öngörülen hukuki rejime tabi olacaktır. İşlemin etkilerinin OHAL dönemini aşması bu tespiti değiştirmeyecektir.

³⁶ Özbudun, E. (2005). *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yay., s. 99, 111; Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yay., s. 299-301.

³⁷ AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 5.

³⁸ AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 12; Tamer Mahmutoğlu, § 75.

Gerek OHAL döneminde gerekse OHAL dönemi dışında çok sayıda kamu görevinden çıkarma işlemi gerçekleştirildiğinden öncelikle bu tedbirlerin/müdahalelerin tabii tutulacakları temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin saptanması önem arz edecektir. Bu değerlendirmelerden ve Anayasa Mahkemesinin genel yaklaşımını aktardıktan sonra söz konusu hukuki rejimlere ilişkin Anayasa Mahkemesinin inceleme yöntemlerini ayrı ayrı ele almak uygun olacaktır.

A. OLAĞAN DÖNEMDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ VE ANAYASA'NIN 13. MADDESİ KAPSAMINDA İNCELEME YÖNTEMİ

Meslekle ilgili tesis edilen işlemlerin kamu gücünün kullanımıyla meydana geldiği göz önüne alındığında Anayasa Mahkemesi bu kapsamdaki başvuruları devletin negatif yükümlülükleri³⁹ bağlamında ele almaktadır. Devletin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik negatif müdahaleleri Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır⁴⁰. Gerçekleştirilen müdahale OHAL dönemine ilişkin bir sınırlama olsa dahi Anayasa Mahkemesi öncelikle söz konusu müdahalenin olağan dönem sınırlama rejimine uygun olup olmadığını incelemekte, olağan dönem sınırlama rejimine uygun olduğuna karar verdiği ihlal iddiaları açısından ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında daha ileri bir değerlendirme yapmamaktadır. Dolayısıyla olağan döneme ilişkin olsun ya da olmasın negatif bir müdahaleye dayanan ihlal iddiaları söz konusu olduğunda ve başvuru uygulanabilir bulunduğu Anayasa Mahkemesi her durumda öncelikle müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen güvence ölçütlerine uygun olup olmadığını test etmektedir.

Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru amacının olup olmadığı, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkeleriyle çelişip çelişmediği hususlarında değerlendirmeler yapmaktadır⁴¹. Kamu görevinden çıkarma işlemleri

³⁹ Negatif yükümlülükler; karışmama, bir şey yapmama, kişinin alanına ve temel hakkına müdahalede bulunmama konusunda devlete ödevler yüklemektedir. Bkz. Gümüş, A. T. (2016). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı*, Ankara: Adalet Yay., s. 17.

⁴⁰ Özbudun, E. (2005). s. 103-108.

⁴¹ *Tamer Mahmutoğlu*, § 102; C.A. (3), § 107; *Ayla Demir İşat*, § 116.

de doğrudan kamu gücünün kullanımından kaynaklandığından bu tür başvurular devletin negatif yükümlülükleri bağlamında söz konusu üçlü teste⁴² tabi tutularak incelenmektedir⁴³. Anılan ölçütler Anayasa Mahkemesince sırasıyla değerlendirilmekte, şayet ölçütlerden birinin karşılanmadığına karar verilirse diğer ölçütün değerlendirilmesine kural olarak geçilmemekte⁴⁴ ve söz konusu temel hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Başka bir anlatımla özel hayata saygı hakkına ilişkin var olan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvence ölçütlerine uygun olmadığı durumda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği sonucu ortaya çıkacaktır.

1. Kanunilik

Anayasa'nın açık lafzı uyarınca temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar öncelikle kanunla öngörülmüş olmalıdır⁴⁵. Anayasa Mahkemesine göre kanunilik koşulunun sağlandığının kabulü için ilgili müdahale ya da tedbir şeklen var olan bir kanuna dayanmalıdır⁴⁶. Ayrıca şekli anlamda bir kanunun mevcut olması yeterli değildir, kanunun maddi bir içeriği olmalı, diğer bir deyişle kanun nitelikli olmalıdır. Kanunun kalitesi olarak da tanımlanabilecek bu gereklilik kanuni düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olmasını ifade eder. Bu niteliğe sahip bir kanun, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde müdahalelerde bulunma yetkisinin verildiğini ortaya koyabilmelidir⁴⁷.

Öte yandan şekli anlamda bir kanunun bulunması ve bu kanunun öngörülen kriterleri taşıyan nitelikte bir kanun olması Anayasa Mahkemesine göre kanunilik kriterinin karşılandığını kabul etmek için her zaman yeterli değildir. *Tamer Mahmutoğlu* kararında vurgulandığı

⁴² Doğru, O., Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C. 2, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., s. 2.

⁴³ Çetin, E. (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 104. Ayrıca bkz. *Haluk Öktem*, § 36; *Murat Deniz*, B. No: 2014/5318, 21/9/2016, § 50; *Erhun Öksüz* [GK], B. No: 2014/12777, 13/10/2016, § 40; *Salim Onur Şakar*, B. No: 2015/2711, 21/9/2017, § 27.

⁴⁴ Örnek uygulama için bkz. *Tamer Mahmutoğlu*, § 118: "... başvuruya konu müdahalenin kanunilik koşulunu sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir."

⁴⁵ Özbudun, E. (2005). s. 103; Gözler, K. (2018). s. 305.

⁴⁶ *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31; *Bülent Polat*, § 75; *Fatih Saraman* [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019, § 65.

⁴⁷ *Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, §§ 62-64; *Tamer Mahmutoğlu*, §§ 103-106; *Fatih Saraman*, §§ 66-68.

üzere ilgili kanunun derece mahkemelerince nasıl yorumlandığı da yüksek derecede önem arz etmektedir⁴⁸. Mahkemeler ilgili kanuni düzenlemeleri önlerine gelen davalarda düzenlemenin çerçevesinde kalarak uygulamakla yükümlüdür. Kanuni düzenlemelerin makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tutulduğu durumlarda gerçekleştirilen müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu söylenemeyecektir⁴⁹.

Neticede Anayasa Mahkemesi kanunilik kriteri yönünden üç temel ve ayrı gereklilik bulunduğunu belirtmektedir. Mahkeme; özel hayata saygı hakkına ilişkin müdahalenin kanuni dayanağının hiç olmadığı⁵⁰, düzenlemenin içeriğinin/niteliğinin yetersiz olduğu⁵¹ ve düzenlemelerin makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tutulduğu⁵² durumlara ilişkin ayrı ayrı ihlal kararları vererek kanunilik kriterine yönelik içtihadını genişletmiştir.

AİHM ise kanunilik kriterinin uygulanmasına ilişkin yaptığı tespitlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin mutlaka bir düzenlemeye dayanması gerektiğini ancak bu düzenlemenin kesin surette şekli anlamda bir kanunla yapılmasının zorunlu olmadığını, bu prensibin müdahale için devletin kendisine yetki veren bir hukuk kuralının bulunması olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre müdahalenin dayanağı olduğu ileri sürülen düzenleme muhatapları bakımından yeterli şekilde ulaşılabilir olmalı, bu kişilerin davranışlarını söz konusu düzenlemelere göre yönlendirmeye ve eylemleri nedeniyle doğabilecek sonuçları öngörebilmelerine imkân verecek açıklıkta olmalıdır⁵³.

⁴⁸ Tamer Mahmutoğlu, § 108.

⁴⁹ Örnek uygulama için bkz. Tamer Mahmutoğlu, § 117: "...özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahalenin Anayasa'nın öngördüğü güvencelere uygun kabul edilebilmesinin ilk ve temel koşulu müdahalenin kanuni dayanağının bulunmasıdır. Somut olayda ise başvurucunun idari, ticari ya da sınıai bir sözleşme kapsamında kamu hizmetinde çalıştırılma durumunun olmadığı, başvurucunun istihdam edilmesinden bahsedilemeyeceği ve serbest avukatlığın bir istihdam ilişkisine dayanmadığı dikkate alındığında serbest avukatlık faaliyetini kamu hizmetinde istihdam edilme yasağı kabul eden derece mahkemelerince anılan düzenlemelerin makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemez bir yoruma tabi tutulduğu değerlendirilmektedir. Neticede başvurucunun baro levhasına yazılmamasına yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

⁵⁰ Eşref Köse, B. No: 2017/38098, 3/6/2020.

⁵¹ Fatih Saraman; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.

⁵² Tamer Mahmutoğlu.

⁵³ Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 6205/73 ..., 25/3/1983, §§ 86-88.

2. Meşru Amaç

Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı bakımından (arama ve el koyma dışında) sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi hakkın doğasından ve Anayasa'daki diğer düzenlemelerden kaynaklanan nedenlerle de özel hayata saygı hakkının sınırlandırılabilirliğini ifade etmektedir⁵⁴. Anayasa Mahkemesi özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil eden meslekle ilgili işlemlerde kamu düzeninin korunması, kamu hizmetinin sürdürülebilirliğinin sağlanması, disiplinin ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi gibi amaçları hakkın doğasından kaynaklanan sınırlandırma nedenleri olarak kabul etmiştir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi ayrıca OHAL tedbirleri kapsamında gerçekleştirilen mesleki hayata yönelik müdahalelerde millî güvenliğin korunması meşru amacının bulunduğunu da tespit etmiştir⁵⁶.

3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygunluk ve Ölçülülük

Anayasa Mahkemesi, bireysel olarak tesis edilen kamu görevinden çıkarma işlemlerine ilişkin olarak demokratik toplum düzeninin gereklere uygunluk ve ölçülülük (*elverişlilik, gereklilik, orantılılık*) koşulu bağlamında birçok kararında kapsamlı değerlendirmelerde bulunmuştur⁵⁷. Kuşkusuz kamu görevlilerinin özel hukuk iş sözleşmesiyle çalışan kişilere nazaran devlete olan ödev ve yükümlülükleri daha yoğun ve geniştir. Kamu görevlilerinin Anayasa'da ve ilgili kanunlarda karşılığı bulunan Anayasa'ya ve devlete sadakat içinde olma, tarafsız olma, emirlere uygun davranma, mal bildiriminde bulunma, uyumlu giyinme, etik ilkelere uyma, gizli bilgileri açıklamama, başka bir görevde bulunmama gibi ödev ve yükümlülükleri bulunmaktadır⁵⁸. Anayasa Mahkemesi bu ödev ve yükümlülükleri kararlarında hatırlatmakta ve personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda kamu görevini yürütmekle görevli

⁵⁴ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015; E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016, § 9; E.2013/130, K.2014/18, 29/1/2014; *Ahmet Çilgin*, B. No: 2014/18849, 11/1/2017, § 39; C.A. (3), § 110.

⁵⁵ *H.Y.*, B. No: 2014/1206, 17/11/2016, § 45; *Cihat Emektar*, B. No: 2014/3747, 17/11/2016, § 43; *Serhat Oyman*, § 51.

⁵⁶ C.A. (3), § 113; *Ayla Demir İşat*, § 122.

⁵⁷ Çatlı, M. (2019). *Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygunluk ve Ölçülülük Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, İstanbul: On İki Levha Yay., s. 82-90.

⁵⁸ Tan, T. (2019). *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 550-559.

kişilerin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini belirtmektedir⁵⁹.

Ayrıca Mahkeme; kamu makamlarının mesleğin niteliğine ve sınırlamanın amacına göre değişen takdir yetkisinin bulunduğunu, mesleğe yönelik müdahale özel hayata ilişkin bir nedene dayanıyorsa kamu makamlarının takdir yetkisinin daralacağını ifade etmekte ve özel hayat alanına ilişkin gerekçelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamlarınca ciddi gerekçelerin özellikle gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁶⁰. Söz konusu ciddi gerekçeler, eylemlerin görev yapılan kuruma ve icra edilen göreve sirayet ettirilmesi ya da devlete sadakat bağının bulunmaması gibi nedenlere dayanabilir. Yine Anayasa Mahkemesi, bireysel menfaat ile kamunun menfaatleri veya diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması (başvurulan yöntemin son çare olması) gerektiğini, çıkarma nedeninin ilgili kurumun işleyişi üzerindeki etkilerinin ve risklerinin ortaya konulması ve bu hususlardaki değerlendirmelerin ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması gerektiğini ifade etmektedir⁶¹.

Anayasa Mahkemesi kamu görevinden çıkarma işlemlerine/arındırma tedbirlerine ilişkin yaptığı değerlendirmelerde ise şu hususları ilkesel olarak açıklamıştır⁶²:

- i. Kamudan arındırma tedbirleri kapsamında -ceza davalarında olduğu gibi- katı ispat koşullarının aranmasının gerekli görülmebileceği dikkate alındığında kamu gücünü kullanan makamların takdir yetkisi genişlemekle birlikte alınan tedbirlerde durumun gerektirdiği ölçünün korunması ve takdir yetkisinin aşılmaması gerekir.*
- ii. Süreç içinde verilen kararlarda tedbirin bireyselleştirildiğinin gösterilmesi gerekir.*
- iii. Alınan tedbirin başvurulabilecek en son çare olması, bu yönüyle zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve ölçülü olması gerekir. Arındırmanın nispeten daha az önem taşıyan bir unvan veya pozisyon yönünden gerekliliği için daha güçlü nedenler ortaya konulması gerekse de unvan*

⁵⁹ C. A. (3), § 125; Ayla Demir İşat, § 133; İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38.

⁶⁰ C.A. (3), § 125; Ayla Demir İşat, § 133.

⁶¹ C.A. (3), § 131; Ayla Demir İşat, §§ 140-141.

⁶² C.A. (3), § 117; Ayla Demir İşat, § 126.

veya pozisyonun önem derecesinin düşük olması kamu makamlarının bu kapsamdaki kişileri arındırmaya tabi tutamayacağı anlamına gelmez. Kamu makamlarının ikna edici gerekçeler ortaya koymak şartıyla nispeten önemsiz unvan veya pozisyonlarda görev yapan/çalışan kişilere yönelik olarak da arındırma işlemi uygulamak konusunda takdir yetkisini haiz oldukları kabul edilmelidir. Bu konuda yapılacak değerlendirmelerde kamunun menfaati ile müdahalenin süjesi olan bireyin menfaati arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı belirlenmelidir.

- iv. Ayrıca özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük ilkelerine uygun olduğu konusunda yargısal makamlar tarafından oluşturulan gerekçelerin ikna edici nitelikte ilgili ve yeterli olması gerekir.*
- v. Yine söz konusu tedbirlerin yargısal denetiminin usule ilişkin gereklilikler yerine getirilerek etkili bir şekilde ve makul bir süre içinde tamamlanması önemlidir.”*

Anayasa Mahkemesi, açıkladığı bu ilkeler kapsamında kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan bir kamu görevinden çıkarma işleminin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını ve ölçülülük koşulunu sağlayıp sağlamadığını denetlemektedir. Bu denetlemeyi yaparken Anayasa Mahkemesinin idarenin ve çıkarma işlemlerinin hukuka aykırı olduğu iddialarını inceleyen derece mahkemelerinin oluşturdukları gerekçelere özel bir önem atfettiğini ifade edebiliriz. Bu önemin nedeninin takdir yetkisinin keyfi şekilde kullanılıp kullanılmadığının ancak ilgili organlarca açıklanan gerekçelerin incelenmesi suretiyle anlaşılabilir olmasına dayandığı söylenebilir.

Öte yandan Mahkemenin yaklaşımı ve bireysel başvuru kararları incelendiğinde, çıkarma sürecinde ortaya konulması gereken ilgili ve yeterli gerekçelerin idare tarafından da açıklanmasının beklendiği ancak idarenin yetersiz ve ikna edicilikten uzak gerekçelerinin derece mahkemelerince anayasal güvenceleri karşılayacak şekilde sonradan ortadan kaldırılması ve eksikliğin telafi edilmesi durumunda bu konudaki gerekliliğin yerine getirilmiş kabul edebileceği de ayrıca bir tespit olarak dile getirilebilir.

Anayasa Mahkemesi, özellikle kamudan arındırma tedbiri olarak hayata geçirilen ve ilgililerin kamu görevinden çıkarılması şeklinde tesis

edilen işlemlerde ceza davalarında olduğu gibi katı ispat koşullarının aranmasının gerekli görülmebileceğini belirtmektedir⁶³. Kanaatimizce bu husus, söz konusu işlemlerin anayasallığının denetimi bakımından önemli bir noktaya işaret etmektedir. Hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan kamu görevlilerinin mesleklerinden çıkarılmalarına ilişkin tesis edilecek işlemlerin demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu tek başına böyle bir gerekçeyle söylenebilir ve savunulabilir. Ancak hakkında adli bir soruşturma bulunmayan ya da soruşturulduktan sonra hakkında takipsizlik kararı verilen veya yargılanıp beraat eden kişilerin kamu görevlerinden çıkarılması durumunda idarenin kullandığı takdir yetkisinin gerekçeleri yetersiz kalabilir. Anayasa Mahkemesinin bu tür durumlarda ispat koşullarının ceza davalarına nazaran daha farklı yorumlanabileceğine ilişkin genel yaklaşımını somut olay uygulamalarıyla birlikte daha ileri zamanlarda anlamak mümkün olacaktır. Bu noktada OHAL koşulları ve ilgililer hakkında idare organları ile mahkemelerce açıklanan gerekçelerin içeriği şüphesiz hep birlikte değerlendirilmelidir.

Gerekliğin ortaya konulabilmesi açısından bir diğer önemli husus ise tedbirin bireyselleştirilmesidir. Özellikle arındırma işlemi olarak hayata geçirilen ve toplu şekilde tesis edilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinde bireyselleştirme yargılama sürecinde de olsa yapılmalıdır. İşlemin muhatabı olan kişilerin somut durumlarına ve kamu görevinden uzaklaştırılmalarının nedenlerine yönelik hukuken geçerli tüm deliller açıklanarak ve yargılamalarda adil yargılanma hakkının güvenceleri eksiksiz şekilde yerine getirilerek bireyselleştirme sağlanabilir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin arındırmanın nispeten daha az önem taşıyan bir unvan veya pozisyon yönünden gerekliliği için daha güçlü nedenler ortaya konulması gerektiği hususundaki değerlendirmelerini vurgulamak gerekir. Ancak Mahkeme, özellikle Fetullahçı Terör Örgütünün (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanmasının (PDY) örgüt içi hiyerarşik yapısının taşıdığı karmaşık ve *sui generis* (kendine özgü)⁶⁴ özelliklerinin bu kriterin mutlak olarak uygulanmasına engel olabileceği

⁶³ C.A. (3), § 117; *Ayla Demir İşat*, § 126.

⁶⁴ AİHM, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, B. No: 13237/17, 20/3/2018, § 136 ve *Şahin Alpay/Türkiye*, B. No: 16538/17, 20/3/2018, § 136 kararlarında FETÖ/PDY'nin karmaşık ve *sui generis* yapıya sahip olan ve faaliyetlerini yasal bir görünüm altında yürüten bir terör örgütü olduğu konusunda ulusal makamlarca yapılan değerlendirmelere yer vermiştir.

hususunu da ayrı tutmuştur⁶⁵. Dolayısıyla kamu makamları, ikna edici gerekçeler ortaya koymak ve diğer anayasal gereklilikleri yerine getirmek şartıyla nispeten önemsiz unvan veya pozisyonlarda görev yapan kişilere yönelik olarak da arındırma işlemi uygulayabileceklerdir.

Son olarak Anayasa Mahkemesi, öngörülen tedbirin meşru amaçla ölçülü olması gerektiğini de önemle hatırlatmaktadır⁶⁶. Mahkeme bu konuda yapılacak denetimlerde, başvurusunun mesleğinin özelliklerinin, başka bir işte çalışma imkânına sahip olup olmadığının ve başvurucuya düşen fedakârlığın ağırlığının bir bütün hâlinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁷.

Polyakh ve diğerleri/Ukrayna davasında ise AİHM arındırma işlemlerinin cezalandırma ya da intikam alma aracı olarak kullanılamayacağını vurgulamıştır. AİHM'e göre her başvurusunun durumu bireysel olarak değerlendirilerek bu kişilerin görevden alınmaları ya da mümkünse daha farklı pozisyonlarda görevlendirilmeleri/istihdam edilmeleri gibi nispeten daha az müdahale teşkil eden vasıtalarla da hedeflenen amaçların gerçekleştirilebileceğine dikkati çekmiştir⁶⁸. Mahkeme, söz konusu müdahalelerin ancak zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi ve meşru amaçla orantılı olması durumunda demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. AİHM, müdahalenin ağırlığının ve kanuni çerçevenin orantılı, zorunlu toplumsal ihtiyaca cevap verecek şekilde yeterince dar kapsamlı biçimde düzenlenip düzenlenmediğinin önemini ayrıca vurgulamıştır. Zira AİHM'e göre kanuni düzenlemelere ilişkin meclis denetimi ile bireysel işlemlerin yargısal denetiminin nitelikleri de oldukça önemlidir⁶⁹.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL DÖNEMİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI REJİMİ VE ANAYASA'NIN 15. MADDESİ KAPSAMINDA İNCELEME YÖNTEMİ

Belirtildiği üzere hayata geçirilen tedbirin/müdahalenin OHAL ilanına sebep olan tehdit ya da tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olması ve OHAL süresiyle sınırlı olarak uygulanması durumunda Anayasa'nun

⁶⁵ C.A. (3), § 133.

⁶⁶ C.A. (3), § 117; *Ayla Demir İşat*, § 126.

⁶⁷ C.A. (3), § 132.

⁶⁸ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, §§ 276, 277.

⁶⁹ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, §§ 292, 293.

OHAL dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını ve durdurulmasını düzenleyen 15. maddesi esas alınabilir. Yine belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi öncelikle her durumda Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen olağan döneme ilişkin güvence ölçütlerini uygulamaktadır. OHAL tedbiri niteliğindeki bir müdahalenin 13. madde yönünden anayasal güvenceye aykırı olduğu sonucuna ulaşılması durumunda da Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelemeye devam etmekte ve müdahalenin durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığını denetlemektedir⁷⁰.

Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak incelemede ise müdahalenin Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan çekirdek haklar⁷¹ olarak nitelendirilen hak ve özgürlüklere⁷² dokunup dokunmadığı, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırılık teşkil edip etmediği, durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığı irdelenir⁷³. Bu değerlendirmeler yapılırken tedbirin süresi, kapsamı ve ağırlığı ölçülülüğün belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır. Ayrıca kişilerin keyfi müdahalelere karşı koyabilecekleri usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmaları da önem arz etmektedir⁷⁴.

Dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bulunmadığından bu hak yönünden OHAL döneminde Anayasa'daki güvencelere aykırı şekilde tedbirler alınabilmesi mümkündür. OHAL rejiminin uygulandığı dönemde özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturan tedbirin haklı olup olmadığı hususunda yapılacak ve anayasal sorunlarla en fazla karşılaşılabilecek nihai denetim ölçütü, tedbirin durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığına ilişkindir⁷⁵. Durumun gerektirdiği ölçü OHAL döneminin koşullarına göre değişkenlik gösterebileceği gibi bu konuda idare ve mahkemeler tarafından kullanılan takdir yetkisinde

⁷⁰ Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 188-211; *Ayla Demir İşat*, § 146.

⁷¹ Şirin, T. (2016). "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 10, s. 502.

⁷² Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" kenar başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

⁷³ Aydın Yavuz ve diğerleri, § 186; *Ayla Demir İşat*, § 146.

⁷⁴ Aydın Yavuz ve diğerleri, § 209.

⁷⁵ *Ayla Demir İşat*, § 151.

keyfiliğin ya da aşırılığın bulunup bulunmadığı Anayasa Mahkemesince irdelenecektir. Mahkeme, özellikle derece mahkemelerinin yaptıkları yargılamalarda tedbirin gerekliliğine ve ölçülülüğüne ilişkin olarak ikna edici nitelikte ilgi ve yeterli gerekçeler açıklama yükümlülüğünün OHAL koşullarında da yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamış ve bu güvencelere uygun şekilde gerçekleştirilmeyen tedbirin durumun gerektirdiği ölçüyü korumadığına hükmetmiştir⁷⁶.

III. KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMLERİ HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİNCE YAPILAN BAZI DEĞERLENDİRMELER

A. OLAĞAN DÖNEMDE TESIS EDİLEN İŞLEMLERE İLİŞKİN BAZI KARAR ÖRNEKLERİ

Anayasa Mahkemesi, olağan dönemde tesis edilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin konu edildiği çok sayıda bireysel başvuruyu incelemiş ve karara bağlamıştır. Söz konusu başvuruların tamamı *nedene dayalı* olmak üzere özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınmıştır. Dolayısıyla Mahkemece özel hayata ilişkin nedenlerin mesleki hayata olan etkileri konusunda gözetilmesi gereken anayasal güvenceler kapsamlı şekilde ortaya konulmuştur. Başvurunun koşullarına göre içeriği değişebilen söz konusu değerlendirmeler demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriterlerinin somut uygulamalarını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen ilk başvurulardan biri cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette yayımlandığı duyumu üzerine başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası şeklindeki disiplin cezasıyla cezalandırılan kişinin durumunu konu edinen *Serap Tortuk* başvurusudur. Başvuru öncesi yapılan yargılama sürecinde mahkemeler; kamu hizmetinin, saygınlığını yitirmiş ajanlar vasıtasıyla yürütülmesinin diğer kişilerin idareye olan güven duygularının sarsılmasına neden olabileceği, görüntülerin başvuru sahibinin kendisi tarafından kaydedilerek bilgisayar vasıtası ile başka birisine aktarıldığı, bu hâliyle yüz kızartıcı mahiyette olduğu gerekçesiyle işlemin iptal edilmesi talebini reddetmiştir⁷⁷.

⁷⁶ *Ayla Demir İştat*, §§ 161-162.

⁷⁷ *Serap Tortuk*, § 15.

Anayasa Mahkemesi öncelikle idari soruşturma ve devamındaki yargılama sürecinde başvurusunun mesleki hayatını değil özel hayatını ilgilendiren iddialara cevap vermek zorunda bırakıldığını tespit etmiştir. Mahkeme, soruşturma konusu edilen eylemlerin başvurusunun mahremiyet alanında gerçekleşen ve rıza dahilinde alenileştirilmeyen eylemler olduğunu, başvurusunun ekonomik geleceği üzerinde meydana gelecek etki de dikkate alındığında idare makamları ile yargı organlarınınca ulaşılmak istenen kamusal yarar ile başvurusunun kaybı arasında adil bir denge kurulmadığını belirterek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁷⁸.

Askeri bir personelin soruşturma sürecinde cinsel hayatının sorgulanması ve bu kapsamda elde edilen bilgiler gerekçe gösterilerek hakkında meslekten çıkarma cezası tesis edilmesi işlemi içeren *Ata Türkeri* başvurusunda ise Anayasa Mahkemesi, başvurusunun sorgulanmasındaki hukuka aykırılıklara ve işleme dayanak alınan bilgilerin hangi koşullarda elde edildiğine ilişkin başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların değerlendirilmemesine dikkat çekerek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁷⁹. *Tevfik Türkmen* kararına da e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi konu olmuş ve ölçülülük kriterine ağırlık verilerek bir değerlendirme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, dokuz yıldır astsubay olarak görev yapan ve sözleşmesi yenilenmeyen başvurusunun yerine getirdiği mesleği gereğince Türk Silahlı Kuvvetleri dışında başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahiplerine nazaran zor olacağını dikkate almış ve geçmiş sicil durumunu, niteliklerini ve işleme dayanak gösterilen nedenleri göz önünde bulundurarak genel yarar ile bireysel yarar arasında adil bir dengenin kurulmadığı sonuca ulaşmıştır⁸⁰.

Öte yandan Anayasa Mahkemesince, kamu görevinden çıkarma işlemiyle adil dengenin sağlandığı, ilgili ve yeterli gerekçelerle gereklilik ve ölçülülük kriterlerinin yerine getirildiği sonucuna ulaşılan kararlar da bulunmaktadır. Örneğin denetim görevi bulunan bir askeri personelin denetim sahası içindeki gazinoda çalışan konsomatris bir kadınla ilişki yaşaması ve bu ilişkiden hamile kalan kadının başvurusunu kurumuna şikâyet etmesi üzerine başlatılan soruşturmada verilen kamu görevinden

⁷⁸ *Serap Tortuk*, §§ 59-61.

⁷⁹ *Ata Türkeri*, § 52.

⁸⁰ *Tevfik Türkmen*, §§ 80-81.

çıkarma cezasının incelendiği *İ. A.* kararı bu yöndedir. Mahkeme, idare ve yargı organlarınca başvuruçunun eylemlerinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine ilişkin açıkladıkları gerekçelerin ikna edici nitelikte olduğunu, söz konusu eylemlerin görev yapılan kamu kurumuna ve yerine getirilen kamu görevine sirayet ettirildiğini ve sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek mahiyetteki toplumun genel ahlak yapısına aykırı eylemler nedeniyle başvuruçunun kamu görevinden çıkarılmasının demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olduğunu belirtmiştir⁸¹.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi icra edilen kamu görevinin gerektirdiği bazı özel nitelikleri de dikkate alarak değerlendirme yapabilmektedir. Mahkeme, din görevlisi olan kamu personelinin bazı eylemlerinin bir din görevlisine yakışmayacak ve yerine getirdiği kamu hizmetiyle bağdaşmayacak nitelikte yüz kızartıcı olduğu gerekçesiyle tesis edilen çıkarma işleminde ifa edilen görevin önemi ve özellikleri ile özel hayata ilişkin konuların mesleki hayata olumsuz yansımalarını göz önüne bulundurarak bir sonuca ulaşmıştır⁸². Anayasa Mahkemesi; aileye ve cinsel yaşama ilişkin bilgilerin iş ortamında anlatılarak alenileştirildiği, mahrem konuların başvuruçunun çalıştığı ve amiri olduğu kurumun personeli tarafından da bilindiği, bu nedenle özel hayata ilişkin eylemlerin meslek hayatına yansıtıldığı tespit edilerek mevzuatta özel olarak düzenlenen ifa edilen görevin özelliklerine göre belirlenen niteliklerin kaybedilmesi nedeniyle tesis edilen işlemin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, başvuruçunun sürecin tamamında usule ilişkin güvencelerden yararlandırıldığını da vurgulamıştır⁸³.

Konusu kamu görevinden çıkarma işlemleri olan ve Anayasa Mahkemesince özel hayata saygı hakkı kapsamında inceleme yapılan çok sayıda bireysel başvuru kararı bulunmakla birlikte bu kısımda son olarak *Sevilay Sümer* başvurusundan bahsedilebilir. Evli kişiyle ilişki yaşama şeklindeki özel hayata ilişkin eylemlerin disiplin soruşturması sonucu kınama cezası ile cezalandırılması ve akabinde aday memur olan başvuruçunun memuriyetten çıkarılması işlemlerini içeren söz konusu başvuruyu Mahkeme, özel hayata saygı hakkı kapsamında

⁸¹ *İ.A.*, B. No: 2016/3423, 14/9/2017, §§ 30-31.

⁸² *A.K.*, §§ 53-54.

⁸³ *A.K.*, § 55.

esastan incelemiştir⁸⁴. Yüksek Mahkeme; başvuruçunun ilişkisini meslek hayatına yansıtmadığı, kamu hizmetinin gereği gibi sürdürülmesine engel olduğuna ilişkin hakkında herhangi bir tespitin bulunmadığı ve derece mahkemelerince başvuruçunun davranışlarının mesleki hayatı üzerinde ne gibi olumsuz etkilerinin ve risklerinin bulunabileceğine yönelik ikna edici açıklamalarda bulunulmadığı gerekçeleriyle işlemin tesis edilmesiyle adil bir dengenin sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁵. Neticede Mahkeme özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesine karar vermiştir⁸⁶.

B. OLAĞANÜSTÜ HÂL DÖNEMİNDE TESİS EDİLEN İŞLEMLERE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNCE YAPILAN BAZI TESPİTLER

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetimi kapsamında verdiği kararlarda gerekse bireysel başvuru ile değişik iş kapsamında verdiği kararlarda idare ve yargı organlarına yol gösterecek mahiyette OHAL dönemine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Söz konusu tespitlerin bazılarına bu kısımda yer vermenin ileri tarihlerde anayasal düzeyde değerlendirilmesi gereken çok fazla konu ve olayın bulunduğu dikkate alındığında önem arz edeceği düşünülmektedir.

15 Temmuz darbe teşebbüsünün bastırılmasının akabinde 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde ilan edilen OHAL, 18/7/2018 tarihinde sona erdirilmiştir⁸⁷. OHAL kapsamında başta kamu görevinden çıkarma tedbirlerini içeren çok sayıda OHAL kanun hükmünde kararnamesi (KHK) yürürlüğe girmiştir. Örneğin 667 sayılı OHAL KHK'sının 4. maddesinde, işçiler dahil tüm kamu personelinden devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine mensubiyeti veya iltisakı bulunduğu değerlendirilenlerin kamu görevinden çıkarılmalarına karar verileceği düzenlenmiştir⁸⁸.

⁸⁴ Sevilay Sümer, §§ 51- 52.

⁸⁵ Sevilay Sümer, §§ 70-73.

⁸⁶ Sevilay Sümer, §§ 80-81.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi; OHAL ilanına, OHAL döneminin gerektirdiği tedbirlere, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine sunulan derogasyon beyanına ilişkin detaylı açıklamalara ve olgusal tespitlere de ayrıca kararlarında yer vermiştir. Bkz. *Aydın Yavuz ve diğ.eri*, §§ 47-66.

⁸⁸ 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi.

Dolayısıyla OHAL dönemine özgü olarak hayata geçirilen söz konusu tedbirlerin hukuki olarak nitelendirilmesi, tedbirlerin mahiyetinin tespit edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Söz konusu tedbirlerin disiplin cezası mı, adli bir ceza mı yahut *sui generis* bir yaptırım türü mü olduğu hususunda ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel olan tartışmalar, öncelikle bu sorulara cevap aramaktadır. Bu türden tartışmaların devam etmesi olağan görünse de, Anayasa Mahkemesi -OHAL ilanının hemen akabinde- kamu görevinden çıkarmaya ilişkin tedbirlere ilişkin hukuki bir nitelendirmede bulunmuş ve bu nitelendirme üzerinden değerlendirmeler yapmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, hayata geçirilen kamu görevinden çıkarma tedbirlerinin adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olduğunu ve bu tedbirlerin terör örgütlerinin ve millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurumlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü tedbir mahiyetinde olduğunu ifade etmiştir⁸⁹.

Söz konusu değerlendirmeler, tedbirlerin tanımlanması ve nihai şekilde sonuç doğuracak nitelikte olduğunun belirlenmesi adına dikkat çekicidir. Mahkeme aynı zamanda OHAL tedbirlerine başvurulmasının gerekliliğine ilişkin saptamalarda da bulunmuştur. Buna göre, FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarının neredeyse tamamında örgütlendiğinin anlaşılması ve 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünün arkasında anılan yapılanmanın bulunduğu ilgili kamusal makamlarca ortaya konulması nedenleriyle potansiyel tehdidin artık mevcut bir tehlikeye dönüştüğü vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, tüm bu hususlar göz önüne alındığında demokratik anayasal düzeni sürdürmek açısından olağanüstü tedbirler alınmasının zorunluluk teşkil ettiğini belirtmiştir⁹⁰. Ayrıca Mahkeme, yürürlüğe giren mevzuata göre bu tür tedbirlerin tatbik edilebilmesi için terör örgütüyle, terör faaliyetleriyle veya darbe teşebbüsüyle mutlak bir bağ kurulmuş olması şartının bulunmadığını, devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı veya gruplarla irtibat ya da iltisak şeklinde bir bağın bulunmasının yeterli kabul edildiğini ifade etmiştir⁹¹.

⁸⁹ AYM, E.2016/6 (D. İŞ), K.2016/12, 4/8/2016, § 79.

⁹⁰ AYM, E.2016/6 (D. İŞ), K.2016/12, 4/8/2016, § 80.

⁹¹ AYM, E.2016/6 (D. İŞ), K.2016/12, 4/8/2016, §§ 84-85.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, daha az önemli⁹² kamu görevi icra eden veya daha düşük unvan taşıyan kamu görevlileri hakkında tesis edilen ya da edilmesi muhtemel olan kamu görevinden çıkarma işlemlerinin gerekliliğine ilişkin olarak da önemli saptamalarda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, darbe teşebbüsünün arkasında olduğu yargı organlarınca değerlendirilen FETÖ/PDY'nin yapısına ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlar üzerinden değerlendirmeler yapmıştır⁹³. Mahkeme, Yargıtay tarafından da tespit edilen ve açıklanan nedenlerle arındırma kapsamında gerçekleştirilen çıkarma işlemlerinin daha az önem taşıyan bir unvan veya görev için neden gerekli olduğunun ortaya konulması gerektiği yönündeki kriterin FETÖ/PDY'nin örgüt içi hiyerarşik yapısının taşıdığı söz konusu özellikler dikkate alınarak mutlak surette uygulanamayacağını belirtmiştir⁹⁴.

Söz konusu yaklaşımıyla Anayasa Mahkemesinin daha az önem taşıyan unvanı olan ya da böyle bir görevde bulunan kişiler yönünden hayata geçirilen tedbirin neden gerekli olduğuna ilişkin ikna edici gerekçelerin ortaya konulması konusundaki gerekliliği dışlamadığı görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin gerekçelerinden bu husustaki gerekliliğin kural olarak aranacağı ancak FETÖ/PDY'nin karmaşık yapısı nedeniyle somut olayın özelliklerine göre istinai yaklaşımların devreye girebileceği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesince verilen kararlardan anlaşılacağı üzere kamu görevinden çıkarma tedbirlerinin keyfi nedenlerle tesis edilmediğini ortaya koyacak en önemli gösterge, süreçle ilgili olarak idare ve yargı organlarının açıklayacakları somut, yeterli ve ikna edici gerekçeler olacaktır. Gerekçe eksikliği, diğer tüm yargılamalarda olabileceği gibi özel hayata saygı hakkının esasını doğrudan etkilemekte ve anayasal güvencelerin yerine getirilmemesine neden olmaktadır.

⁹² Bu ifade ile bu kapsamdaki kamu görevlilerinin yetki kullanabilen, yönetici pozisyonunda olan ya da hassas görevler icra eden kamu görevlerinden ayrı tutulması amaçlanmıştır.

⁹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve 2017/16.MD-956-2017/370 sayılı kararı. Söz konusu kararında Yargıtay; FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre tipi yapılanma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme, kamu kurumlarında kurumda örgütlenmiş olma şeklinde birçok özelliğinin var olduğunu ve bu örgütün diğer örgütlere göre çok daha zor ve karmaşık bir yapısının bulunduğunu belirtmektedir.

⁹⁴ C.A. (3), § 133.

Özellikle OHAL koşullarının gerekli kıldığı adımların atılması konusunda idareye tanınan geniş takdir yetkisinin kullanımındaki en önemli husus tedbirin gerekliliğine ve ölçülülüğüne ilişkin gerekçelerin anayasal standartları karşılayacak düzeyde ortaya konulmasıdır. İlgili ve yeterli gerekçeler ile tesis edilmeyen tedbirler yalnızca Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvence rejimine değil Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenen rejime de aykırı olacaktır. İlgisiz ve yetersiz gerekçelerle tesis edilen işlemlerin OHAL koşullarında da olsa durumun gerektirdiği ölçüyü koruduğu söylenemeyecektir.

OHAL döneminde çok sayıda kamu görevinden çıkarma işlemi gerçekleştirildiği göz önüne alındığında, idare makamlarının özellikle ilk tesis edilen işlemlerde bireyselleştirme konusundaki gereklilikleri karşılayamadığı görülebilmektedir. Bireyselleştirmenin idari makamlar tarafından yapılması bir gereklilik olsa da derece mahkemelerince açıklanan ilgili ve yeterli gerekçelerle de bireyselleştirmenin yapılabilmesinin mümkün olabileceği hususuna ayrıca dikkat çekmek gerekir. Yine yargılamaların çelişmeli yargılama gibi usule ilişkin güvenceler yerine getirilerek ve makul süreler içinde tamamlanması, diğer anayasal gereklilikler kadar önem arz etmektedir.

Öte yandan bireysel olarak tesis edilen kamu görevinden çıkarma şeklindeki olağanüstü bir tedbirin gerekli olup olmadığı hususunda somut olayların değişkenlik gösteren ayrıntıları nedeniyle hukuki tartışmalar ve tereddütler ortaya çıkabilmektedir. Özellikle benzer ya da yakın olaylarda farklı derece mahkemelerince birbirinin aksi yönünde kararlar verilmesi başta hukuki güvenlik ilkesine gölge düşürebilmektedir. Yargısal yaklaşımlardaki bu farklılıkların giderilmesi gerektiği açıktır. Aksi durumda bu hususun anayasal bir soruna sebebiyet vermesi muhtemeldir. Konuyla ilgili nihai karar mercisi olan Danıştayın ve diğer ilgili mahkemelerin bu muhtemel sorunu giderme yönünde genel ilkeleri oluşturan kararlar verdiği görülmekle birlikte dava sayısının ve çeşitliliğin çok yüksek olduğu dikkate alındığında bu davaların hızla çözüme kavuşturulması ve karar çeşitliliğinin de artırılması gerektiği ayrıca vurgulanmalıdır. Mevcut durumda, hakkın esasını dahi etkileyebilecek şekilde başta yargılamaların makul sürelerde tamamlanması olmak üzere bazı usule ilişkin bu gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği hususu üzerine daha fazla düşünülmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Tüm bu değerlendirmeler göstermektedir ki kişinin mesleğinin sona erdirilmesi şeklindeki müdahale onun kendisi ve ailesi üzerinde ağır sonuçlara neden olabilmektedir. Böylesine ağır bir tedbire başvurulurken işlemin muhatabı olan bireylerin kendileriyle ilgili nedenlere ve kamu görevinde tutulmalarının demokratik toplum düzeninin gereklerine neden uygun olmayacağına ilişkin açıklamalara karşı iddialarını ileri sürebilme imkânından mahrum bırakılmamaları gerekir. Tedbire başvurulması ile elde edilen kamusal yararın işlemin muhatabı olan kişilerin bireysel kaybına nazaran neden tercih edildiği hususundaki sorular ancak işlemin taraflarının da katılım sağlayabildiği ve usule ilişkin gerekliliklerin azami şekilde yerine getirildiği bir süreçte cevaplanabilir. Neticede, anayasal güvencelerin göz ardı edilmediği yargılamalarla da en doğru sonuçlara ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.
- CANTU, Charles E. (1988). "Privacy", *Saint Louis University Public Law Review*, V. 7, ss. 313-336.
- ÇATLI, Mehmet (2019). *Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÇETİN, Erva (2015). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.
- EVREN, Çınar Can, UÇAR, İsmail (2020). *Kamu Görevlileri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜMÜŞ, A. Tarık (2016). *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, BUCKLEY, Carla (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan), Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.
- KARAMAN, Ebru (2014). *Human Rights Law*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KARSLI, Mehmet Rauf (2016). *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KRAUSE, Harry D., MARCUS, Paul (1978). "Privacy", *American Journal of Comparative Law Supplement*, V. 26, ss. 377-392.
- LARREMORE, Wilbur (1912). "The Law of Privacy", *Columbia Law Review*, Vol. 12, ss. 694-709.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005). *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

- PAFTALI, Haluk (2021). *Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Ek 4. Maddesi Çerçevesinde Özel Hayat Alanının Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ROAGNA, Ivana (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Strazburg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.
- ŞİRİN, Tolga (2016). "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 10, ss. 475-526.
- WARREN, Samuel D., BRANDEİS Louis D. (1890). "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV, ss. 66-102.
- WARREN, Samuel D., BRANDEİS Louis D. (2007). Mahremiyet Hakkı, (Çev. Gülay Arslan), içinde İçel K. İçel, Ünver Y., *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss. 19-42.
- TAN, Turgut (2019). *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, H. Eyüp, ÜSTÜN, Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge (2016). *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- YÜZER ELTİMUR, Dilara (2019). *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 6205/73 ..., 25/3/1983.
- Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992.
- Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999.
- Beck, Copp ve Bazeley/Birleşik Krallık*, B. No: 48535/99, 48536/99 ..., 22/10/2002.
- Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, B. No: 55480/00, 59330/00, 27/7/2004.
- Copland/Birleşik Krallık*, B. No: 62617/00, 3/4/2007.
- Bigaeva/Yunanistan*, B. No: 26713/05, 28/5/2009.
- Özpinar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010.
- Von Hannover/Almanya [BD]*, B. No: 40660/08, 60641/08, 7/2/2012.

- Mateescu/Romanya*, B. No: 1944/10, 14/1/2014.
Fernández Martínez/İspanya [BD], B. No: 56030/07, 12/6/2014.
Lekavičienė/Litvanya, B. No: 48427/09, 27/6/2017.
Barbulescu/Romanya [BD], B. No: 61496/08, 5/9/2017.
Denisov/Ukrayna [BD], B. No: 76639/11, 25/10/2018.
Polyakh ve diğerleri/Ukrayna, B. No: 58812/15, 53217/16 ..., 17/10/2019.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013.
Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013.
İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014.
Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015.
Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015.
Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015.
Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16/12/2015.
Tevfik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016.
Murat Deniz, B. No: 2014/5318, 21/9/2016.
Erhun Öksüz [GK], B. No: 2014/12777, 13/10/2016.
Haluk Öktem [GK], B. No: 2014/13433, 13/10/2016.
H.Y., B. No: 2014/1206, 17/11/2016.
Cihat Emektar, B. No: 2014/3747, 17/11/2016.
Ahmet Çilgin, B. No: 2014/18849, 11/1/2017.
Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017.
İ. A., B. No: 2016/3423, 14/9/2017.
Salim Onur Şakar, B. No: 2015/2711, 21/9/2017.
Namet Sevinç, B. No: 2015/9155, 10/1/2019.
A.K., B. No: 2015/10298, 7/3/2019.
Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019.

- Sevilay Sümer*, B. No: 2016/7091, 18/7/2019.
Bilal Bilen, B. No: 2016/14741, 7/11/2019.
Eşref Köse, B. No: 2017/38098, 3/6/2020.
C.A. (3) [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020.
Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020.
Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020.
Serhat Oyman, B. No: 2017/25497, 13/10/2020.
Özdemir Örnek, B. No: 2018/26453, 6/10/2021.
AYM, E.2013/130, K.2014/18, 29/1/2014.
AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015.
AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016.
AYM, E.2016/6 (D. İş), K.2016/12, 4/8/2016.
AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019.



Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints: Inferences from Findings of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee

*Başın Dini Gerekçeyle Örtülmesine Yönelik Kısıtlamalar ve İki Farklı Bakış
Açısı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları
Komitesinin Kararlarından Çıkarımlar*

Dr. Emre AKBULUT*

ABSTRACT

Wearing religious headdress, as a way of manifestation of religion or belief, is protected under the freedom of religion or belief in international human rights law. In their respective articles, the European Convention on Human Rights and the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights prescribed nearly the same limitation regime for external dimension of the freedom of religion or belief, namely the right to manifest religion or belief. However, it has been observed in the past few decades that supervisory bodies of these two treaties, the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee, have reached different outcomes in very similar disputes concerning wearing religious headdresses. Departing from this fact, this study aims at seeking an answer to the question of *'why and in what way the case-law of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee on the right to manifest religion or belief differs from each other in the religious headdress cases'*. To this end, after examining several samples from judgments of the European Court of Human Rights and views of the United Nations Human Rights Committee that are most capable of illustrating the divergence in their case-law, it will be tried to find out some possible reasons and consequences of the divergence between the two institutions' rulings on the same matter. In this context, the study will specifically dwell on the two bodies' approaches to the legitimate aim

* Administrative Judge, Senior (Legal) Advisor to the Chairperson of the Grand National Assembly of Turkey, dr.emreakbulut@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7031-4166. This paper is based on MSt dissertation (01.10.2020, University of Oxford).

criterion, the principle of secularism and states' margin of appreciation in limiting the right to manifest religion or belief.

Keywords: The right to manifest religion or belief, religious headdress, the European Court of Human Rights, the United Nations Human Rights Committee, the principle of secularism.

ÖZ

Uluslararası insan hakları hukukunda başı örten dini giysiler, dinin veya inancın açığa vurulma biçimlerinden biri olarak, din ve inanç özgürlüğü kapsamında koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, kendi ilgili maddelerinde, din ve inanç özgürlüğünün dışı dönük veçhesi olan din veya inancını açığa vurma özgürlüğü açısından neredeyse aynı sınırlandırma rejimini öngörmüştür. Ne var ki son birkaç on yıl içinde bu iki sözleşmenin denetim birimi olan organların, yani İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin, dini gerekçelerle baş örtülmesi konusunda birbirine çok benzer uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara ulaştıkları gözlemlenmektedir. Bu olgudan hareketle iş bu çalışma, *“dini gerekçelerle baş örtülmesinden kaynaklanan davalarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin din veya inancı açığa vurma özgürlüğüne ilişkin içtihatları birbirlerinden niçin ve hangi yönlerden farklılaşmaktadır”* sorusuna cevap aramayı amaçlamaktadır. Bu amaçla, içtihatları arasındaki çelişkiyi gösterebilmek noktasında en elverişli İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hükümlerinden ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi görüşlerinden çeşitli örnekler incelendikten sonra, iki kurumun aynı konudaki kararları arasında var olan çelişkinin bazı muhtemel sebepleri ve sonuçları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda çalışma özellikle, din veya inancın açığa vurulması özgürlüğü sınırlandırılırken her iki kurumun meşru amaç ölçütüne, sekülerizm prensibine ve devletlerin takdir marjı konularına yaklaşımı üzerinde yoğunlaşacaktır.

Anahtar Kelimeler: Din veya inancını açığa vurma özgürlüğü, dini baş giysisi (başın dini gerekçeyle örtülmesi), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, sekülerizm prensibi.

INTRODUCTION

There has been a trend in the past few decades to restrict or at least to discuss restricting some religious symbols and especially religious headdresses such as headscarves, turbans, helmets, niqab and burka in public, in different parts of the world but especially in Europe. To illustrate, during 1990s female students in Turkey could not continue their higher education in universities while wearing a headscarf¹; in several European countries (for example Switzerland², France³, Germany⁴ and Norway⁵) some employees had to face the threat of losing their job because of their religious headdress; France, Belgium and Denmark criminalised wearing apparels covering the face in public in 2010⁶, 2011⁷ and 2018⁸ respectively; also in France providing identity photographs showing right-holders (either women or men) bareheaded became compulsory for residence permits⁹ or passports¹⁰; the Austrian Parliament has adopted a law prohibiting primary school girls from covering their head for religious reasons in 2019¹¹; and in Uzbekistan, there have been obstacles for female students wearing hijab to pursue their education in universities¹².

This trend, which is still on the agenda in some countries, has drawn attention to the matter of wearing religious headdresses in international

¹ *Leyla Şahin/Turkey*, App. No: 44774/98, 10/11/2005.

² *Dahlab/Switzerland*, App. No: 42393/98, 15/2/2001.

³ See *Ebrahimiyan/France*, App. No: 64846/11, 26/11/2015.

⁴ See 'Palestinian intern fired for wearing headscarf to work in Germany', 25/8/2016, www.express.co.uk/news/world/703873/Palestinian-intern-fired-wearing-headscarf-work-Germany (Date of Access: 5/3/2021).

⁵ See 'Muslim woman offered job on condition that she remove her hijab', 23/9/2016, www.independent.co.uk/news/world/europe/woman-told-she-has-to-remove-her-hijab-to-get-a-job-a7324666.html (Date of Access: 5/3/2021).

⁶ See UNHRC, *Sonia Yaker/France*, App. No: 2747/16, 17/07/2018. See UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, App. No: 2807/2016, 17/7/2018.

⁷ *Dakir/Belgium*, App. No: 4619/12, 11/7/2017.

⁸ See 'Denmark's burka ban will send Muslim women further underground', 4/6/2018, www.abc.net.au/news/2018-06-04/denmark-burka-ban-niqab-muslim-europe-security-threats/9830848 (Date of Access: 5/3/2021).

⁹ See UNHRC, *Ranjit Singh/France*, App. No: 1876/2000, 22/7/2011.

¹⁰ See UNHRC, *Shingara Mann Sikh/France*, App. No: 1928/2010, 19/7/2013.

¹¹ See 'Austria approves headscarf ban in primary schools', 16/5/2019, www.theguardian.com/world/2019/may/16/austria-approves-headscarf-ban-in-primary-schools (Date of Access: 5/3/2021).

¹² See 'Islamic University in Uzbekistan Expels Student for Hijab', 28/5/2019, www.morocoworldnews.com/2019/05/274356/university-uzbekistan-student-hijab/ (Date of Access: 5/3/2021)

human rights law (IHRL)¹³. In the meantime, individuals started to apply to IHRL complaint mechanisms and these applications revealed the fact that IHRL institutions might reach different conclusions in respect of the same limitations imposed on the wearing of religious headdress.

The foreseeability and the coherence are amongst the most crucial values that any legal system, including the IHRL, should have engendered. Therefore, a divergence between two legal authorities' conclusions on the same matter is capable of jeopardising those values and deserving to be examined in detail.

In this regard, it has been observed that the European Court of Human Rights (ECtHR), a regional human rights court, and the United Nations Human Rights Committee (UNHRC), an international human rights treaty body, have rendered diverging rulings in very similar disputes stemmed from restrictions on the religious headdress. What is surprising that these institutions departed from almost the same legal criteria when taking different positions in those disputes. Actually, these two institutions examined the religious headdress cases from the standpoint of the freedom of religion or belief (FoRB) as protected by the IHRL treaties implemented by them, namely the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (known as the European Convention on Human Rights - ECHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) which have envisaged almost the same limitation regimes in order for their State Parties to interfere with the right to manifest religion or belief (RMRoB), a specific dimension of the FoRB.

The purpose of this article, therefore, is to find out some possible reasons and consequences of the divergence between judgments of the ECtHR and views of the UNHRC rendered in comparable cases concerning restrictions on wearing religious headdresses. While doing this, only the judicial reasoning as captured in the case-law of these bodies will be taken into consideration and an answer will be sought for the question

¹³ For example, in March 2021, voters have approved a ban on face coverings in public, in a binding referendum held in Switzerland. See 'Swiss agree to outlaw facial coverings in 'burqa ban' vote', 7/3/2021, <https://www.reuters.com/article/us-swiss-burqaban-idUSKBN2AZ07N> (Date of Access: 18/3/2021). Also in France, according to Law on Reinforcing Republican Principles (*loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République*) which has been promulgated on 24 August 2021, all employees participating in the execution of public services, including those employed by private law organisations, have to refrain from manifesting their religious opinions. See <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043964778> (Date of Access: 17/9/2021).

of in what way the case-law of the ECtHR and the UNHRC concerning the RMRoB differs from each other in religious headdress cases. To this end, the article is structured into three main sections. In this regard, the position of wearing religious headdresses in IHRL, as a manifestation of religion or belief, and the limitation regimes envisaged for the RMRoB in both the ICCPR and the ECHR are first examined in section one. Decisions of the aforementioned two IHRL bodies that have been adopted in similar disputes resulting from restrictions on the religious headdress are the subject matter of the second section. And in section three, legal reasoning lying behind the difference between decisions of two bodies on the same matter, and also the possible implications of that difference are analysed.

I. RELIGIOUS HEADDRESS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: THE NORMATIVE FRAMEWORK

A. THE RELIGIOUS HEADDRESS AS A MANIFESTATION OF RELIGION OR BELIEF

In 1948, the FoRB was regulated in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) with the following formulae which would later inspire the ICCPR¹⁴ and the ECHR¹⁵: “*Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance*”¹⁶.”

As stated in the UDHR, the FoRB has two dimensions: one is internal, namely ‘the right to freedom of thought, conscience and religion’, and the other is external, that is to say, ‘the freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest religion or belief in teaching, practice, worship and observance’. The former dimension, known as “*forum internum*”, is related to the inner realm of individuals and protects their freedom to adopt, maintain, reject or change a religion

¹⁴ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). *Freedom of Religion or Belief*, Oxford: Oxford University Press, pp. 22-23, 94.

¹⁵ Taylor, P. (2005). *Freedom of Religion - UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 7.

¹⁶ Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III). For historical development of the FoRB and the inclusion of individual right to free exercise religion in the FoRB see Sajó, A. and Uitz, R. (2012). Freedom of Religion, in Rosenfeld, M. and Sajó, A. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 909-928). Oxford: Oxford University Press, pp. 909-912.

or belief¹⁷. Whereas the latter, which is called as “*forum externum*”, is about the external expressions of thoughts, religions and beliefs through teaching, practice, worship and observance¹⁸.

The separation between internal and external dimensions of the FoRB was made also by the ECHR in 1950 and by the ICCPR in 1966. In this regard, Article 9 of the ECHR and Article 18 of the ICCPR guaranteed both ‘the freedom of thought, conscience and religion’ and ‘the freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.’ Additionally, these treaties attached legal consequences to this separation, in that they both recognised the *forum internum* of the FoRB as an absolute right which cannot be restricted for any reason¹⁹, whereas they allowed states to limit the *forum externum* of the same right²⁰, namely the RMRoB, subject to certain conditions.

In this context, the question of whether the wearing of religious headdress is protected under the FoRB and if so, under which dimension of it, needs to be addressed in order to understand the place of religious headdresses in IHRL. To this end, benefitting from characteristics used by *Tillich*, it should first be said that religious headdresses, as items which have a figurative character capable of representing a religion or of conveying a special meaning concerning a religious belief²¹, constitute a special form of religious symbols²².

Individuals may prefer to wear a religious headdress since they believe that it is an obligatory duty prescribed by divine rules of their faith, or for

¹⁷ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 76; Vermeulen, B.P. (2010). The Freedom of Religion in Article 9 of the ECHR: Historical Roots and Today’s Dilemmas, in Van de Beek, A., Van der Borcht, E.A.J.G. and Vermeulen, B. P. (Eds.), *Freedom of Religion* (pp. 7-29). Leiden: Brill, pp. 12-13.

¹⁸ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 76; Vermeulen, B. P. (2010). p. 12.

¹⁹ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 22; Stenlund, M. and Slotte, P. (2018). “Forum Internum Revisited: Considering the Absolute Core of Freedom of Belief and Opinion in Terms of Negative Liberty, Authenticity, and Capability”, *Human Rights Review*, Vol. 19, Is. 4, pp. 425-426; Taylor, P. (2005). p. 115.

²⁰ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 22; Lerner, N. (2012). *Religion, Secular Beliefs and Human Rights - 25 Years After the 1981 Declaration*, Leiden: Brill/Nijhoff, p. 21.

²¹ Tillich, P. (1958). “The Religious Symbol”, *Daedalus*, Vol. 87, No. 3, pp. 3-5.

²² For instance, the ECtHR held that the Islamic headscarf is a religious symbol. see *Dahlab/ Switzerland*. The Court has later defined the ‘religious symbol’ as “*practices and symbols expressing, in particular or in general, a belief, a religion or atheism*”. *Lautsi/Italy*, App. No: 30814/06, 3/11/2009, § 55.

promoting their religion, or simply because they wish to show the fact that they are devotees. Whatever the rationale behind it, the wearing of religious headdress, like the use of other religious symbols, is commonly accepted as a manifestation of religious beliefs and thus as a subject matter of the *forum externum* of the FoRB. For example, the UNHRC has stated in its General Comment no. 22 that “*the freedom to manifest religion or belief ... encompasses a broad range of acts. The concept of worship extends to ... various practices ... including ... the use of ritual formulae and objects, the display of symbols ... The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also ... the wearing of distinctive clothing or head coverings ...*”²³

Similarly, the ECtHR accepts that wearing religious symbols, including clothing and head-coverings, are manifestations of religion or belief, and thus protected by the Convention²⁴.

Consequently, it can be said that wearing of a religious headdress is a manifestation of religion or belief and remains within the ambit of the *forum externum* of the FoRB. This means that it falls under the protection of both Article 9 of the ECHR and Article 18 of the ICCPR, but at the same time, it can be restricted by states subject to certain conditions which will be examined below²⁵.

²³ UNHRC ‘General Comment No. 22 on Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)’, (1993) UN Document: CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 [4].

²⁴ Guide on Article 9 of the ECHR. (2020). Strasbourg: Council of Europe, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf (Date of Access: 2/3/2021); Murdoch, J. (2012). *Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the ECHR*, Strasbourg: Council of Europe, pp. 14 and 49-50; Doe, N. (2012). *Law and Religion in Europe - A Comparative Introduction*, Oxford: Oxford University Press, p. 50.

²⁵ It should be stressed that in addition to the FoRB, limitations imposed on wearing religious headdress may raise problems in respect of the principle of non-discrimination, as well. In this regard a limitation imposed on religious headdress may amount to discrimination based on religion if it is considered as ‘*any distinction, exclusion, restriction or preference based on religion or belief and having as its purpose or as its effect nullification or impairment of the recognition, enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms on an equal basis.*’ Furthermore, limitations on women’s wearing of religious headdress have the potential of resulting in discrimination not only on the ground of religion, but also on the ground of sex. Likewise, limitations on wearing religious headdress may have a deteriorating effect on the disadvantageous situation of a minority group within the society and/or may further adversely affect a vulnerable group of people belonging to that minority group. Thus, it is obvious that the matter of limitations imposed on religious headdress should also be analysed in detail from the standpoint of the principle of non-discrimination. However, since this would go far beyond the scope of this article, limitations on religious headdress will be examined in this study only in respect of the RMRoB. See Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 25/11/1981, UN General Assembly Resolution 36/55, § 2.2 and UNHRC, ‘General Comment No. 28: The Equality of Rights Between Men and Women (art. 3)’, 29/3/2000 UN Document: CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. See also Weichselbaumer, D. (2020). “Multiple Discrimination Against Female

B. LEGAL REGIME OF LIMITATION OF THE RIGHT TO MANIFEST RELIGION OR BELIEF

Article 9/2 of the ECHR and Article 18/2 of the ICCPR required states to meet the same conditions when imposing limitations on the *forum externum* of the FoRB, namely the RMRoB. According to these articles, any interference with the RMRoB, including restrictions on the religious headdress, must be prescribed by law, must pursue one of the legitimate aims of ‘public safety, public order, public health, public morals or the fundamental rights and freedoms of others’, and must be necessary in a democratic society for realisation of the legitimate aim pursued. Therefore, once an interference with the RMRoB is established, any complaint of a violation is required to be examined according to these three criteria, namely “the legality”, “the legitimate aim” and “the necessity (proportionality)” tests, in applications lodged before either the ECtHR or the UNHRC.

A crucial principle that should be born in mind when implementing these criteria is that they must be strictly interpreted in concrete disputes. In this regard, the enjoyment of the FoRB should be the rule and restrictions imposed on the RMRoB should be the exception, in respect of both the ECHR and the ICPPR²⁶.

Another important point that deserves to be highlighted here is that the limitation regimes prescribed by both treaties for the RMRoB should be implemented regardless of the state-religion relationship adopted by the relevant state. In other words, the state-religion relationship in member states does not change the limitation regime of the RMRoB. The rationale behind this is the fact that as a result of differing importance of religion in each society, the state-religion relationship varies across the world depending on social, cultural, historical and traditional background, political system, religious demography and several other factors of each

Immigrants Wearing Headscarves”, *The Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 73, Is. 3, p. 600. Intersectional discrimination suffered by Muslim women who wear head coverings has recently been pointed out in the UN report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief. see United Nations Human Rights Council, ‘Countering Islamophobia/ Anti-Muslim Hatred to Eliminate Discrimination and Intolerance Based on Religion or Belief’, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Ahmed Shaheed (2021), UN Document: A/HRC/46/30, §§ 26, 32, 49, 54 and 75.

²⁶ UNHRC General Comment No. 22 on Article 18. (1993), § 8; *Jehovah’s Witnesses of Moscow and others/Russia*, App. No: 302/02, 10/6/2010, § 108; *S.A.S./France*, App. No: 43835/11, 1/7/2014, § 113.

country²⁷. Taking into consideration the diversity amongst their State Parties about the position of the religion in their respective legal orders, neither the ECHR nor the ICCPR determined a particular type of state-religion relationship for their member states²⁸.

However, as exposed by the UNHRC, the existence of a state religion or a state ideology carries the risk of impairment in the enjoyment of the FoRB²⁹. This risk which is of course valid for the implementation of not only the ICCPR but also the ECHR, has become apparent when some restrictions on the wearing religious headdress were put into force in some European countries (mentioned above) based on their state ideology or the state-religion relationship they had. However, this does not mean that the state-religion relationship should have an effect on the way of implementation of limitation regimes prescribed by the ECHR and the ICCPR for the RMRoB. The legality, the legitimate aim and the necessity tests should be implemented in the same manner by the ECtHR and the UNHRC, notwithstanding the state-religion relationship adopted by the state interfering with the RMRoB.

C. THE MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE

One of the determinative factors in the way of implementation of the limitation clauses of the RMRoB is the matter of whether states should enjoy a certain margin of appreciation (MoA) in limiting the RMRoB. Interestingly, this factor has been almost absent in case-law of the UNHRC, whereas it has been constantly applied and has become a doctrine in the jurisprudence of the ECtHR.

In this context, the MoA, a judge-made doctrine³⁰ which is mostly used

²⁷ Durham, W. C. (2011). Patterns of Religion State Relations, in Witte, John and Green, M. Christian (Eds.), *Religion and Human Rights: An Introduction* (pp. 360-378), Oxford: Oxford University Press, p. 360.

²⁸ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 340; Temperman, J. (2017-2018). "The Right to Neutral Governance, Religion, the State & the Question of Human Rights Compliance", *The Journal of Human Rights*, Vol. 12, No. 2, Is. 24, pp. 17-18. This approach is also in line with the need of responding to cultural relativist critique of IHRL's universality. For cultural relativist critique see Dembour, M. B. (2018). Critiques, in Moeckli, D., Shah, S. and Sivakumaran, S. (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 41-59), Oxford: Oxford University Press, pp. 50-53.

²⁹ UNHRC General Comment No. 22 on Article 18 (1993), §§ 9-10.

³⁰ Letsas, G. (2009). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 80. For understanding how it became a doctrine in the ECtHR's jurisprudence, see Hutchinson, M. R. (1999). "The Margin of Appreciation Doctrine in the ECtHR", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Is. 3, p. 638; Spielmann, D. (2014). "Whither the Margin of Appreciation", *Current Legal Problems*, Vol. 67,

by the ECtHR since the 1960s³¹, indicates a room for manoeuvre that allows member states to enjoy a certain degree of discretion³² when limiting the Convention rights, especially those enunciated in Articles 8, 9, 10 and 11 of the ECHR³³, including the RMRoB. This room for manoeuvre enjoyed by states encompasses deciding on whether or not a specific legitimate aim should be pursued by state authorities and whether the legitimate aim pursued should prevail over individual rights when local needs and particularities are born in mind³⁴.

Case-law of the ECtHR reveals that the rationale behind the MoA is the principle of subsidiarity³⁵ and the national authorities' position which is better than that of an international court to evaluate needs and conditions of their society³⁶. However, the degree of the MoA left to states in concrete disputes is not always the same. There are some factors according to which the margin left to states by the Court widens or narrows such as subject-

Is. 1, p. 49. It should also be mentioned that following entry into force of the Protocol No.15 to the ECHR, the MoA has been added to the preamble of the Convention and has thus had also a positive-law basis since 1/8/2021. For emergence process of Protocol No.15 see Cram, I. (2018). "Protocol 15 and Articles 10 and 11 ECHR-The Partial Triumph of Political Incumbency Post-Brighton?", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, Is. 3, pp. 480-484.

³¹ For chronological emergence and development of the MoA doctrine, see Yourow, H.C. (1988). "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 3, Is. 1, pp. 118-121.

³² For having a better understanding of what the abstract notion of 'discretion' means, see Dworkin, R. (1963). "Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, Vol. 61, No. 21, pp. 624-625; Hoffmaster, B. (1982). "Understanding Judicial Discretion", *Law and Philosophy*, Vol. 1, No. 1, pp. 22-25; Levin, R.M. (1986). "Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith", *Duke Law Journal*, Vol. 1986, No. 2, p. 258; Hart, H.L.A. (2013). "Discretion", *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, p. 657.

³³ Articles in which it is prescribed that a Convention right may be restricted for reaching specific legitimate aims. see Hutchinson, M. R. (1999). p. 640; Spielmann, D. (2014). p. 53.

³⁴ '... general features of the MoA doctrine seem appropriate and useful to the difficult task suggested by the Vienna Declaration: advancing universal rights while simultaneously respecting cultural diversity, self-governance and autonomy.' Donoho, D. L. (2001). "Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights", *Emory International Law Review*, Vol. 15, Is. 2, p. 462; McGoldrick, D. (2017). Religious Rights and the Margin of Appreciation, in Agha, P. (Ed.), *Human Rights Between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts* (pp. 145-168), Oxford: Hart Publications, p. 168; McGoldrick, D. (2016). "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, Is. 1, pp. 40-41.

³⁵ Sweeney, J. A. (2005). "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the ECtHR in the Post-Cold War Era", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Is. 2, p. 467.

³⁶ *Correia de Matos/Portugal*, App. No: 56402/12, 4/4/2018, § 116; *Handyside/UK*, App. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48.

matter of the right³⁷, existence of uniformity or consensus in law and practice among State Parties in a given subject³⁸ or whether a balancing test between competing interests has been duly conducted by domestic authorities³⁹. But of course, in any case, the final word will be with the Court to determine whether states have complied with the Convention standards⁴⁰.

It should be noted that the MoA doctrine and the way of its application by the Court, have attracted lots of criticisms from both legal scholars and judges of the Court itself. In this regard, the criticisms against the doctrine can be summarised that it has been almost automatically⁴¹ and sometimes superfluously⁴² referred to by the Court, that it has been so far inconsistently applied leading to unpredictability⁴³, that the doctrine has sometimes resulted in lack of sufficient scrutiny⁴⁴ and that once a wide MoA was granted to a state, the Court has rarely found a violation of the Convention⁴⁵. Whether, and to what extent, these criticisms are applicable to religious headdress cases will be examined below.

³⁷ Lewis, T. (2007). "What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the MoA", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, Is. 2, p. 398.

³⁸ Yourow, H. C. (1988). p. 159; O'Donnell, T. A. (1982). "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the ECtHR", *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 4, p. 479; *Ternovszky/Hungary*, App. No: 67545/09, 14/12/2010, § 16.

³⁹ *Von Hannover/Germany* (no. 2), App. No: 40660/08, 7/2/2012.

⁴⁰ *Leyla Şahin/Turkey*, § 110; *Janowski/Poland*, App. No: 25716/94, 21/1/1999, § 30. See Arai-Takahashi, Y. (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Antwerp: Intersentia, p. 14.

⁴¹ See concurring opinion of Judge Rozakis in *Egeland and Hanseid/Norway*, App. No: 34438/04, 16/4/2009.

⁴² Kratochvíl, J. (2011). "The Inflation of the Margin of Appreciation By the ECtHR", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, Is. 3, p. 336.

⁴³ *Ibid.* pp. 351-352. Letsas argues that the reason behind this inconsistency is the Court's failure to distinguish between the 'substantive' and the 'structural' concepts of the MoA in its case-law. Letsas, G. (2009). p. 81; Letsas, G. (2006). "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Is. 4, p. 706.

⁴⁴ Berry, S. E. (2019). Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom, in Temperman, J., Gunn, T. J. and Evans, M. D. (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief (The 25 Years since Kokkinakis)* (pp. 103-127), Leiden; Boston: Brill/Nijhoff; p.104. See also dissenting opinion of Judge Tulkens in *Leyla Sahin/Turkey*.

⁴⁵ Henrard, K. (2011). "Shifting Visions About Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States", *Religion and Human Rights*, Vol. 6, Is. 3, p. 245.

II. EXAMINATION OF CASES ABOUT RESTRICTIONS ON THE RELIGIOUS HEADDRESS: FINDINGS OF THE ECtHR AND THE UNHRC

The ECtHR and the UNHRC dealt with many cases concerning restrictions on the wearing of religious headdress. These cases were about religious headdresses worn by students, teachers, employees or even ordinary citizens. Interestingly, a quick view of its decisions shows that, in almost all cases⁴⁶ examined before it, the UNHRC concluded that the contested interferences with the RMRoB had not complied with Article 18 of the ICCPR. Nonetheless, differently from the UNHRC, the ECtHR has almost always found those restrictions compatible with Article 9 of the ECHR⁴⁷.

Before starting to examine concrete disputes, it should be mentioned that the decisions of two institutions handled here are illustrative and not exhaustive. In this regard, given the scope of the study, only cases which are considered most appropriate to compare these two bodies' divergent findings in respect of adjudication of the RMRoB in religious headdress cases are analysed.

Furthermore, when referring to cases, they will be grouped according to the status of applicants and places where contested restrictions imposed, and an order, going from less restrictive measures to more restrictive ones, will be followed. Accordingly, first, cases concerning religious headdresses in the workplace which resulted in limiting certain rights of employees will be examined. Then, disputes affecting students' right to education in a negative way because of wearing religious headdresses will be analysed. And finally, the focus will be on the most restrictive measure on the wearing of religious headdress which impedes individuals regardless of their status from going out in their daily lives.

⁴⁶ One exception, where the UNHRC found no violation of the author's RMRoB was the case of *Bhinder*. See UNHRC, *Karnel Singh Bhinder/Canada*, App. No: 208/1986, 9/11/1989.

⁴⁷ However, this does not mean that there was no exception to this finding. See *Hamidović/Bosnia and Herzegovina*, App. No: 57792/15, 5/12/2017. In *Hamidović* expulsion of a witness from the courtroom for not removing his religious headdress was found in violation of Article 9.

A. RELIGIOUS HEADRESSES WORN BY EMPLOYEES IN THE WORKPLACE

One of the earliest decisions of the ECtHR about limitations imposed on religious headdresses in the workplace was delivered in the case of *Dahlab v Switzerland* in 2001. In this case, the Court declared inadmissible the applicant's complaint that prohibiting her from wearing headscarf when performing her duties as a primary school teacher had breached her RMRoB⁴⁸.

The Court found that the interference in *Dahlab* could be regarded as prescribed by law since it was envisaged by the Swiss law prescribing that 'the State education system had to respect the religious beliefs of pupils and parents' and that 'civil servants had to be lay persons⁴⁹.' It further accepted that the interference pursued legitimate aims under Article 9/2 of the Convention, that is to say, the protection of the rights and freedoms of others, public safety and public order⁵⁰. Finally, in respect of the necessity of the interference, it took into account the facts that states had a certain MoA in 'assessing the existence and extent of the need for interference', that the applicant, as a state-run primary school teacher, was a representative of the state and responsible for teaching pupils aged between four and eight, that wearing a powerful religious symbol such as an Islamic headscarf might have a proselytising effect on very young children and thus might adversely affect their FoRB, and that wearing a headscarf could hardly be reconciled with the principles of gender equality, tolerance and respect for others⁵¹. In the light of these considerations, the ECtHR stated that the interference was necessary in a democratic society and that the respondent state did not overstep its MoA⁵². It, therefore, declared the applicant's complaint manifestly ill-founded⁵³.

⁴⁸ *Dahlab/Switzerland*.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid. Article 35 of the Convention stipulates that the Court shall declare inadmissible any individual application, if it considers that the application is manifestly ill-founded. The condition of not being "manifestly ill-founded" is considered as an admissibility criterion denoting "the extent of the evidence applicants have to back up their applications." Mowbray, A. (2012). *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 37.

In *Dahlab* case, it is observed that the restriction was imposed on the applicant's religious headdress because civil servants had to be lay (*laïc*) persons according to Swiss law and that the ECtHR assumed that wearing a headscarf by a public servant (and especially by a teacher) would be contrary to the duties of a lay public servant⁵⁴. This can be inferred from the following part of the Court's reasoning: "... wearing of a headscarf ... is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils⁵⁵."

In 2006, the ECtHR further elaborated this last point concerning the relationship between public servants, secularism, the duty of neutrality and religious headdresses by stating that, "as public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service. The rules on dress require public servants to refrain from wearing a head-covering on work premises⁵⁶."

More recently, in 2015, the ECtHR examined another restriction imposed on wearing of a religious headdress in the workplace. In *Ebrahimian v France* case, the Court found the non-renewal of the employment contract of the applicant who was working as a social worker in a public hospital and refused to remove her veil, in compliance with Article 9 of the Convention⁵⁷.

In its judgment, having regard to an opinion of the *Conseil d'État* prescribing that the secularism required public officials to not manifest their religious beliefs while carrying out their duties, the ECtHR first held that the contested measure had been prescribed by law⁵⁸. The Court then concluded that the contested restriction had pursued the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others, as it had designed to guarantee the equality in treatment of patients without any distinction on the ground of their religions and the neutrality of the public service⁵⁹.

⁵⁴ *Dahlab/Switzerland*.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Kurtulmuş/Turkey*, App. No: 65500/01, 24/1/2006.

⁵⁷ *Ebrahimian/France*.

⁵⁸ *Ibid*. §§ 48-51.

⁵⁹ *Ibid*. §§ 51-53.

In respect of the necessity test, the Court was of the view that France, when giving precedence to the neutrality and impartiality of public service stemming from the principle of secularism and to patients' right to equal treatment over the applicant's RMRoB, had not overstepped its wide MoA in questions concerning the state-religion relationship and there had thus been no violation⁶⁰. For reaching this conclusion, besides the importance of the public employees' duty of neutrality and of the principle of secularism, it also referred to the facts that the national authorities had warned the applicant of possible consequences of covering her head and tried to convince her to not do so, that the applicant had been in direct contact with fragile patients, that the rationale behind the interference had been patients' rights (including the right to not be exposed to proselytism), that the applicant's veil had been an ostentatious religious symbol, and that the applicant had not taken part in a new recruitment test which she had been offered following the non-renewal of her contract⁶¹.

In the judgment the Court, referring to its earlier case-law, reiterated that "[s]tates may rely on the principles of State secularism and neutrality to justify restrictions on the wearing of religious symbols by civil servants⁶²." It then established a causal relationship between the secularism and the neutrality on the one hand, and between the neutrality and the duty incumbent on civil servants to not manifest their religious beliefs when carrying out their jobs on the other⁶³. According to the Court, in order to ensure respect for all beliefs, the principle of secularism requires states to be neutral and impartial towards all religious convictions when performing public services and the principles of neutrality and impartiality require public employees, who are representatives of the state, to not wear a religious symbol in the course of their professional duties⁶⁴. However, there was not any factual evidence in the judgment which supported such a general assessment.

Furthermore in *Ebrahimian*, even though the Court, by referring to its judgment delivered in *Eweida*⁶⁵, highlighted at the outset the requirement for seeking an overall balance between competing interests when deciding on the restriction's proportionality,⁶⁶ this balancing test seems absent in

⁶⁰ Ibid. §§ 54-72.

⁶¹ Ibid. §§ 54-72.

⁶² Ibid. § 64.

⁶³ Ibid. § 64.

⁶⁴ Ibid. § 64.

⁶⁵ *Eweida and Others/UK*, App. No: 48420/10, 15/1/2013, § 78.

⁶⁶ *Ebrahimian/France*, § 59.

the judgment⁶⁷. However, the MoA, the principle of secularism and the duty of neutrality played a prevalent role for reaching the conclusion. As it has been put by judge *O'Leary* in his separate opinion that the Court should have conducted a more rigorous and concrete assessment of proportionality, as France relied on abstract principles of secularism and neutrality to justify the restriction⁶⁸.

In 2018, the UNHRC also examined a case concerning a ban on employees' wearing of religious headdress in the workplace. In the case of *F.A./France*, the author was a Muslim female educator who was dismissed from a private childcare centre because of refusing to remove her headscarf and thus of violating the centre's internal regulations designed to protect the principles of secularism and neutrality⁶⁹.

Before the Committee, France argued that the author's dismissal pursued the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others, namely the FoRB of children attending the centre and their parents⁷⁰. In this connection, it referred to the ECtHR's finding that the Islamic headscarf is a powerful external symbol⁷¹ and indicated that the centre had been established to provide a warm welcome and social stability for children vulnerable to the expression of religion by their educators⁷². However, the UNHRC did not accept these arguments as sufficient justifications and sought a plausible explanation from France on how an educator's veil could have posed a threat to the rights of others benefitting from the childcare centre⁷³. The Committee was of the view that, in the case of *F.A.*, France could not explain in what way an educator with a headscarf would violate the FoRB of children and/or their parents attending the centre⁷⁴.

⁶⁷ Ferri, M. (2017). "The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights: an appraisal in the light of states' positive obligations", *Religion, State and Society*, Vol. 45, Is. 3-4, pp. 190-192.

⁶⁸ *Ebrahimian/France*, separate opinion of judge *O'Leary*. Also in his dissenting opinion judge *de Gaetano* criticised the majority in the following way: 'The judgment... rests on the false ... premise ... that the users of public services cannot be guaranteed an impartial service if the public official serving them manifests in the slightest way his or her religious affiliation.'

⁶⁹ UNHRC, *F.A./France*, App. No: 2662/2015, 16/7/2018, §§ 2.1-2.6.

⁷⁰ Ibid. § 8.2.

⁷¹ See *Leyla Şahin/Turkey*, § 111; *Dogru/France*, App. No: 27058/05, 4/12/2008, § 64.

⁷² UNHRC, *F.A./France*, § 4.7.

⁷³ Ibid. § 8.8.

⁷⁴ Ibid. § 8.8.

As to the proportionality of the interference, the State Party defended that it should have enjoyed a certain MoA when determining the necessity of measures used for realising the legitimate aim sought⁷⁵. However, the Committee did not give weight to this argument. Pointing out the facts that the author had already been wearing a headscarf for fourteen years before her dismissal, even at the centre, that the reason of the author's dismissal was committing a serious misconduct which deprived her of receiving severance payment and that wearing a headscarf could not be regarded as a type of proselytism or as contrary to the centre's objectives, it decided that the dismissal of the author did not meet the criteria laid down in Article 18/3 of the ICCPR⁷⁶. Departing from those findings, it can thus be said that the UNHRC conducted a more rigorous examination in respect of the legitimate aim and the necessity (proportionality) requirements. It dealt with, in this regard, the question of whether the State Party met these requirements in the light of factual circumstances of the case and not of abstract legal notions, such as secularism, neutrality or the MoA.

B. RELIGIOUS HEADDRESSES WORN BY STUDENTS IN THE SCHOOL

In recent decades, limitations were also imposed on students' RMRoB because of religious headdresses they wore in schools. These limitations were observed especially in secular countries such as France and Turkey, and they were challenged by applicants before both the ECtHR and the UNHRC. Under this heading, decisions of the two institutions concerning the religious headdress in schools will be examined, in respect of first high school students, and then, university students.

1. Religious Headdresses in High Schools

On 15 March 2004, in application of the principle of secularism⁷⁷, a law was put into force in France which prohibited students of public high schools from wearing of conspicuous religious clothing or symbols. As a result of the aforementioned law, the ECtHR and the UNHRC had to examine applications lodged by pupils who were expelled from their schools due to religious headdresses they had worn. Thus the matter

⁷⁵ Ibid. §§ 4.8, 8.9.

⁷⁶ Ibid. § 8.9.

⁷⁷ See 'Secularism and religious freedom', www.gouvernement.fr/en/secularism-and-religious-freedom (Date of Access: 10/3/2021).

of wearing religious headdress in high schools offers an important opportunity to make a comparison between approaches of two institutions on the same matter.

The ECtHR examined six applications stemming from the aforementioned law, and in all of them declared the complaints concerning the RMRoB inadmissible as being manifestly ill-founded based on similar grounds⁷⁸. To illustrate, in cases of *Jasvir Singh* and *Ranjit Singh*, two Sikh students complained about their expulsion from their public high schools because of wearing *keski*⁷⁹. The Court accepted in both cases that the restriction pursued the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others and public order⁸⁰.

In respect of restrictions' necessity and proportionality, the ECtHR highlighted that the prohibition of wearing visible religious clothes in public schools was motivated by safeguarding the secularism, a principle which was in line with underlying principles of the ECHR⁸¹. It further stressed that states should have enjoyed a MoA in the establishment of the delicate relationship between the state and the religion⁸². Additionally, it considered the dialogue procedure which took place between school authorities and students and also the fact that the applicants had opportunities for continuing their education, such as private schools or distance education⁸³. Having regard to all those factors the Court concluded that restrictions imposed on the applicants' RMRoB were proportionate to the legitimate aim sought⁸⁴.

However, in the communication of *Bikramjit Singh/France*, the UNHRC took a different position from the ECtHR⁸⁵. In 2012, it examined a Sikh

⁷⁸ *Aktas/France*, App. No: 43563/08, 30/6/2009; *Bayrak/France*, App. No: 14308/08, 30/6/2009; *Gamaleddyn/France*, App. No: 18527/08, 30/6/2009; *Ghazal/France*, App. No: 29134/08, 30/6/2009; *Jasvir Singh/France*, App. No: 25463/08, 30/6/2009; *Ranjit Singh/France*, App. No: 27561/08, 30/6/2009.

⁷⁹ *Jasvir Singh/France*, § 78; *Ranjit Singh/France*, § 78.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.* For other decisions where the Court declared secondary or high school students' complaints concerning restrictions on their wearing of religious headdress inadmissible or found no violation of Article 9, based on the secularism and the MoA, see *Köse and 93 others/Turkey*, App. No: 26625/02, 24/1/2006; *Kervanci/France*, App. No: 31645/04, 4/12/2008; *Dogru/France*.

⁸⁵ UNHRC, *Bikramjit Singh/France*, App. No: 1852/2008, 1/11/2012.

student's complaint of a violation of the FoRB in that, as a result of the French law of 15 March 2004, he was expelled from his high school because of covering his head with a *keski* and had to continue his education via distance learning⁸⁶.

France invoked the principles of secularism and neutrality in public education, and also the need for ensuring the order in schools for pluralism and the freedom of others as legitimate aims of the interference⁸⁷. The UNHRC highlighted the importance of the secularism by describing it as '*a means by which a State party may seek to protect the religious freedom of all its population*'⁸⁸. It, nevertheless, found the State Party's explanations unsatisfactory on how wearing a *keski* could have posed a threat to the freedoms of other students or the school's order⁸⁹.

It was also claimed by France that the interference was necessary and proportionate to the legitimate aim pursued given that, among others, its MoA was upheld by the ECtHR on the same matter⁹⁰. However, the Committee, likewise in other cases concerning religious headdresses, kept silent on the argument concerning the MoA. The Committee stated that "... *the penalty of the pupil's permanent expulsion from the public school ... led to serious effects on the education to which the author, like any person of his age, was entitled in the State party*" and that "*the State party imposed this harmful sanction on the author, not because his personal conduct created any concrete risk, but solely because of his inclusion in a broad category of persons defined by their religious conduct*"⁹¹.

It, therefore, ruled that the expulsion of the author from his public high school because of his religious headdress had been neither necessary nor proportionate, and thus in violation of Article 18 of the ICCPR⁹².

Accordingly, a comparison with decisions of the ECtHR delivered in the cases of *Jasvir Singh* and *Ranjit Singh*, and the view of the UNHRC adopted in the communication of *Bikramjit Singh* reveals that the Court gave considerable weight to the principle of secularism and also respondent

⁸⁶ Ibid. §§ 2.1-2.8.

⁸⁷ Ibid. § 5.8.

⁸⁸ Ibid. § 8.6.

⁸⁹ Ibid. § 8.7.

⁹⁰ Ibid. §§ 5.5-5.9.

⁹¹ Ibid. § 8.7.

⁹² Ibid. § 8.7.

state's MoA in organising the state-religion relationship, in a manner that made them main determinative factors for reaching a conclusion. On the other hand, even the same factors were invoked by the state, the UNHRC gave no importance to the secularism and the MoA. It preferred to reach a conclusion based on specific circumstances of the case, such as the actual effect of the author's headdress on the rights of other individuals and also on the public order and harms caused by the restriction in the detriment of the author.

2. Religious Headdresses in Universities

In 2005, the Grand Chamber⁹³ of the ECtHR examined a restriction on university students' wearing of religious headdress. In the case of *Leyla Şahin/Turkey*, the applicant was a university student who was wearing a headscarf for religious reasons and had to give up her tertiary education due to an administrative circular which prohibited students from covering their heads within the university⁹⁴.

The Court first examined in *Leyla Şahin*, whether the restriction had been prescribed by law. It accepted that the administrative circular, provision of the relevant code on which the circular had been based, and decisions of the national courts about wearing a headscarf in universities could altogether be accepted as the legal basis of the interference in Turkish law, capable of ensuring foreseeability for the applicant⁹⁵. Concerning the second criterion, namely the legitimate aim, the ECtHR admitted that the interference had pursued the legitimate aims of the protection of the rights and freedoms of others and of protecting the public order, simply referring to the fact that there had been no dispute between the parties on this matter⁹⁶.

Finally, the ECtHR assessed the necessity of the interference in a democratic society and its proportionality. While doing this, the Court first set out that the respondent state had a MoA in regulating the wearing of religious symbols in educational institutions due to the non-existence of a

⁹³ For cases examined by the Grand Chamber, see ECHR, articles 30 and 43. The Grand Chamber has the '*function of ensuring overall coherence and consistency of the Court's case law.*' See Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., Buckley, C. (2014). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, p. 123.

⁹⁴ *Leyla Sahin/Turkey*, §§ 14-28.

⁹⁵ *Ibid.* §§ 84-98.

⁹⁶ *Ibid.* § 99.

uniform standard on the public expression of religious symbols in society throughout Europe⁹⁷. Then, it highlighted the paramount importance of the principle of secularism in Turkish law, which had constituted the main basis of the interference⁹⁸. The Court stressed in this regard that the principle was consistent with underpinning values of the Convention and necessary for the continuation of the democratic system in Turkey, and that any attitude failing to respect the principle of secularism would not necessarily be accepted as being covered by the RMRoB⁹⁹.

Besides the importance of the principle of secularism for Turkey's democratic system, the Court further took into account numerous other factors such as the facts that the ban was not peculiar to Islamic headscarf but involved also other religious symbols, that the university authorities were in continuous dialogue with students during the implementation process and reminded them of the reasons behind the ban, and that it was not for the ECtHR to determine how internal rules of an institution should be implemented¹⁰⁰. In the light of all those factors and having regard to Turkey's MoA in this area, the Court found that the interference had been proportionate to the legitimate aim pursued and thus the applicant's RMRoB had not been violated¹⁰¹.

It is seen that the principle of secularism and Turkey's MoA in regulating wearing religious clothing in universities constituted the main basis for the Grand Chamber's judgment. This fact implies that a balancing test, depending on factual evidence, between competing rights and interests of the applicant and the community was not sufficiently conducted by the Court in order to determine the proportionality of the contested interference. In fact, a member of the Court, Judge *Tulkens*, has highlighted this point in her dissenting opinion in the following way: "... *the European supervision ... must accompany the margin of appreciation ... However, other than in connection with Turkey's specific historical background, European supervision seems quite simply to be absent from the judgment. ... the fact that the Grand Chamber recognised the force of the principle of secularism did not release it from its obligation to establish that the ban ... was necessary*

⁹⁷ Ibid. § 109.

⁹⁸ Ibid. § 114.

⁹⁹ Ibid. § 114.

¹⁰⁰ Ibid. §§ 118-121.

¹⁰¹ Ibid. §§ 122-123.

to secure compliance with that principle and, therefore, met a ‘pressing social need’¹⁰².”

When it is looked at the UNHRC’s views, there are only two cases where the Committee examined restrictions on university students’ wearing of religious headdress and only one of them is suitable for making a comparison with the ECtHR’s judgment¹⁰³. In this regard, in the communication of *Seyma Türkan/Turkey*, the author was a Muslim female student and not allowed to be enrolled in a university due to the fact that she was wearing a wig to cover her head for religious reasons¹⁰⁴. The author claimed before the Committee that the interference was not prescribed by law and did not pursue a permissible legitimate aim¹⁰⁵. However, the UNHRC preferred to be silent on the question of whether the restriction on the author’s religious headdress could be regarded as having been prescribed by law. Instead, having regard to the facts that the state party failed to put forward a legitimate aim which had been pursued by the restriction and that “*such a broad restriction, without a clear justification of its purpose, disproportionately affected the author*” by depriving her of higher education, the UNHRC found a violation of the author’s RMRoB¹⁰⁶. One important point that should be highlighted in the case of *Türkan* that, the UNHRC did not take into account the secular character of Turkey for reaching a conclusion, whereas the principle of secularism was amongst underlying reasons for the ban in domestic law and one of the Committee’s member drew the majority’s attention to the principle of secularism, in his concurring opinion¹⁰⁷.

C. RELIGIOUS HEADDRESSES WORN BY INDIVIDUALS IN PUBLIC PLACES

Taking into account its negative effects on the daily lives of ordinary citizens, the prohibition of wearing religious headdresses in public may be regarded as the most restrictive limitation under the scope of this study. In this context, the ECtHR and the UNHRC, both had to decide on violation

¹⁰² Ibid. See dissenting opinion of judge *Tulkens*.

¹⁰³ In *Hudoyberganova*, the Committee did not need to pursue an in-depth analysis of the author’s complaint in respect of the ‘legitimate aim’ and the ‘necessity’ criteria. UNHRC, *Hudoyberganova/Uzbekistan*, App. No: 931/2000, 5/11/2004.

¹⁰⁴ UNHRC, *Seyma Türkan/Turkey*, App. No: 2274/2013, 17/7/2018.

¹⁰⁵ Ibid. §§ 3.2, 7.3.

¹⁰⁶ Ibid. § 7.6.

¹⁰⁷ Ibid. See the concurring opinion of *de Frouville*.

complaints concerning the French Act of 11 October 2010 stipulating that “[n]o one may, in a public space, wear any apparel intended to conceal the face¹⁰⁸.”

Firstly, in 2014, in the case of *S.A.S./France*, the ECtHR examined the complaint of a Muslim woman who was wishing to wear burqa and niqab for religious reasons, but could not do so owing to the act of 11 October, as a potential victim¹⁰⁹. In *S.A.S.*, concerning the legitimate aim requirement, France contented that the ban pursued the legitimate aims of public safety and the ‘respect for the minimum set of values of an open and democratic society¹¹⁰’. Taking into account the need to identify individuals for preventing danger and combatting against identity fraud, the Court admitted that French authorities followed the aim of public safety when imposing a ban on face coverings¹¹¹. It also found that the aim of ensuring the ‘respect for the minimum set of values of an open and democratic society’, in other words, the respect for ‘living together’, could be considered as related to the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others that was articulated in Article 9/2¹¹².

When it comes to the proportionality, or putting it differently, the necessity in a democratic society requirement, the ECtHR was not convinced that a blanket ban on the concealment of the face, instead of obliging individuals to show their faces when so required, could be regarded necessary in a democratic society for realisation of the legitimate aim of public safety¹¹³. However, in respect of the aim of making ‘living together’ easier and the protection of the rights and freedoms of others, the Court accepted that the respondent government, in choosing the appropriate means for the realisation of the aim sought, had a wide MoA¹¹⁴. While reaching this conclusion it took into account the facts that there had been no consensus between the member states as to the matter of imposing a blanket ban on the full-face garments in public places and that the ban was a matter of general policy that should have been determined by the national legislature¹¹⁵.

¹⁰⁸ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 2.2; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 2.2; *S.A.S./France*, § 28.

¹⁰⁹ *S.A.S./France*, §§ 10-14.

¹¹⁰ *Ibid.* § 114.

¹¹¹ *Ibid.* § 115.

¹¹² “the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier.”, *ibid.* §§ 116-122.

¹¹³ *Ibid.* § 139.

¹¹⁴ *Ibid.* §§ 153-158.

¹¹⁵ *Ibid.* §§ 153-158.

Once the existence of a wide MoA on the part of the state had been put by the Court, as a blanket ban, the excessive nature of the interference in response to a situation concerning just a few thousand people within the whole country¹¹⁶ and the negative impacts of the ban on Muslim women wearing full-face veil such as isolating them from society¹¹⁷ could not suffice for the Court to find a violation of the applicant's FoRB. Even though the ECtHR did also refer to other factors in support of not finding a violation, such as the lenient nature of the sanctions attached to the ban¹¹⁸ and the fact that the ban was not peculiar to religious dress but concerned all types of dress concealing the face,¹¹⁹ the judgment reveals that the main rationale behind the Court's conclusion as to the proportionality of the ban was the wide MoA enjoyed by France when enacting legislation for satisfying a social need¹²⁰. According to the Court, it had "*a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance*" in cases where the member states were granted a wide MoA¹²¹.

However, in 2018, the UNHRC has adopted different views from that of the ECtHR in the communications of *Sonia Yaker* and *Miriana Hebbadj*, finding that a blanket ban on face coverings in public was in violation of the FoRB¹²². These two communications lodged by two Muslim women who were wearing *niqab* for religious reasons in France and both ordered to pay a fine of 150 euros for breaching the Act of 11 October 2010¹²³.

France, referring to its constitutional values, such as living together in an egalitarian and open society and also to its MoA on the matter, raised same arguments before the Committee as it did before the ECtHR¹²⁴. Nonetheless, the Committee was not convinced that the legitimate aims of the protection of the rights and freedoms of others and the protection of public order were pertinent to an absolute ban on the face-covering. In this regard the Committee, while recognising the need for states to require

¹¹⁶ Ibid. § 145.

¹¹⁷ Ibid. § 146.

¹¹⁸ A fine of 150 euros and/or a citizenship course. Ibid. § 152.

¹¹⁹ Ibid. §§ 151-152.

¹²⁰ Ibid. § 157.

¹²¹ Ibid. §§ 154-155. In 2017, the ECtHR has found a Belgian law which forbade the wearing of dress concealing the face in all public places compatible with the provisions of the ECHR, based almost on the same grounds as in *S.A.S.* See *Dakir/Belgium; Belcacemi and Oussar/Belgium*, App. No: 37798/13, 11/7/2017.

¹²² UNHRC, *Sonia Yaker/France*; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*.

¹²³ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 2.2; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 2.2.

¹²⁴ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, §§ 7.1-7.11; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, §§ 5.1-5.11.

individuals to show their faces in certain situations, has stressed the State party's inability to describe "any context, or... example, in which there was a specific and significant threat to public order and safety that would justify... a blanket ban¹²⁵." It has further held that "... the protection of the fundamental rights and freedoms of others requires identifying what specific fundamental rights are affected, and the persons so affected" and that "the State party has not identified any specific fundamental rights or freedoms of others that are affected by the fact that some people present in the public space have their face covered, including fully veiled women. ... the right not to be disturbed by other people wearing the full-face veil are not protected by the Covenant and therefore cannot provide the basis for permissible restrictions within the meaning of article 18(3)¹²⁶."

In this way, the UNHRC conducted a more rigorous review of the legitimate aim criterion. It first held, in this regard, that only rights and freedoms protected by the ICCPR may constitute a basis for the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others. It further required the State Party to identify which rights could have been affected by the author's enjoyment of the RMoRB and also to identify right-holders of those rights.

Following the aforementioned explanations about the legitimate aim criterion, the UNHRC stated that the contested ban could also not be regarded as meeting the proportionality requirement¹²⁷. According to the Committee, "Even assuming that the concept of living together could be considered a 'legitimate objective' in the sense of article 18 (3), ... the State party has failed to demonstrate that the criminal ban on certain means of covering of the face in public... is proportionate to that aim, or that it is the least restrictive means that is protective of religion or belief¹²⁸."

Thereby, the Committee put the burden of proof on the state to show that the interference had been the least restrictive measure for reaching the legitimate aim and had thus been proportionate.

III. INFERENCES FROM DIFFERENT FINDINGS OF THE ECtHR AND THE UNHRC

As it was mentioned above, any restriction imposed on wearing religious headdress must be prescribed by law, pursue a permissible

¹²⁵ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.7; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.7.

¹²⁶ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.10; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.10.

¹²⁷ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.11; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.11.

¹²⁸ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.11; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.11.

legitimate aim and be necessary for and proportionate to the aim pursued. In this connection, decisions and judgments of the ECtHR and views of the UNHRC show that there was not a distinct difference between the two institution's approaches to determine whether a specific restriction on the religious headdress had been prescribed by law, whereas the two IHRL supervisory bodies interpreted and applied the 'legitimate aim' and the 'necessity/proportionality' criteria in a different way from each other. It seems that their approaches to the principle of secularism and states' MoA played a crucial role in the emergence of this difference. Therefore, implementation of the legitimate aim requirement by the two institutions and also places of the secularism and the MoA in their case-law will be analysed in this section.

It should be mentioned that there may also be so many other reasons in legal, social or even political sphere as why these two institutions have reached different conclusions on similar matters¹²⁹. However, this broad range of reasons remain outside the scope of this study and only reasons that can be found in the judicial reasoning as captured in the case-law of these bodies will be taken into account here.

Finally, it is also of crucial importance to reiterate the institutional dissimilarities between the ECtHR and the UNHRC. In this regard, the ECtHR is a regional human rights court¹³⁰ which ensures judicial protection¹³¹ for individuals by rendering binding decisions¹³² for 47 member states of the Council of Europe¹³³; whereas, the UNHRC is an IHRL treaty body¹³⁴ which forwards its non-binding views¹³⁵ to 116 State Parties¹³⁶ from diverse legal, sociological, economic and historical backgrounds. This may result, on the part of the ECtHR, for example, in affording states

¹²⁹ For example, see Elver, H. (2012). *The Headscarf Controversy*, Oxford: Oxford University Press, p. 76.

¹³⁰ Çalı, B. (2018). Regional Protection, in Moeckli, D., Shah, S. and Sivakumaran, S. (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 411-424), Oxford: Oxford University Press, p. 417.

¹³¹ De Schutter, O. (2016). *International Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 981.

¹³² ECHR, article 46/1.

¹³³ See www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures (Date of Access: 13/4/ 2021).

¹³⁴ Connors, J. (2018). United Nations, in Moeckli, D., Shah, S. and Sivakumaran, S. (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 369-410), Oxford: Oxford University Press, p. 387.

¹³⁵ Optional Protocol to the ICCPR, article 5/4; Connors, J. (2018). p. 395.

¹³⁶ Number of State Parties to the Optional Protocol, see indicators.ohchr.org/ (Date of Access: 14/4/2021).

a MoA where there was not a uniform standard between them in a given subject¹³⁷. Therefore, bearing those institutional dissimilarities in mind will be useful to have a more comprehensive perception on the matter, when assessing inferences drawn from the findings of two institutions below.

A. DETERMINING THE EXISTENCE OF A LEGITIMATE AIM PURSUED BY THE RESTRICTION

The first point deserving to be highlighted under this heading is about the interpretation of one of the permissible legitimate aims, namely the ‘protection of the rights and freedoms of others’, by the ECtHR and the UNHRC. In this context, the ECtHR accepts protection of rights and freedoms which are not embodied in the ECHR as a permissible legitimate aim under Article 9/2 of the Convention. However, the UNHRC declared that the notions of ‘rights’ and ‘freedoms’ mentioned in Article 18/3 of the ICCPR denote only the rights and freedoms that are enshrined in the ICCPR. The Committee is of the view that the protection of any right or freedom which is not guaranteed by the ICCPR, even if it is protected by national law, cannot be considered as a legitimate aim under Article 18/3. This crucial difference can be observed in their findings concerning the legitimate aim of the French ban on face-covering veils in public, in the cases of *S.A.S.*¹³⁸, *Sonia Yaker*, and *Miriana Hebbadj*¹³⁹, respectively.

It should be mentioned that the ECtHR’s aforementioned approach was criticised by both some scholars¹⁴⁰ and some judges of the Court. In this context, in the judgment of *S.A.S.*, judges *Nussberger* and *Jäderblom* stated, among others, that: “ ... *The very general concept of living together does not fall directly under any of the rights and freedoms guaranteed within the Convention ... there is no right not to be shocked or provoked by different models of cultural or religious identity*¹⁴¹.”

¹³⁷ Berry, S. E. (2017). “A good faith interpretation of the right to manifest religion? The diverging approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee”, *Legal Studies*, Vol. 37, Is. 4, pp. 682-683.

¹³⁸ *S.A.S./France*, §§ 121-122.

¹³⁹ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.10; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.10.

¹⁴⁰ See Berry, S. E. (2017). p. 677; Gunn, T. J. (2019). *The Principle of Secularism and the European Court of Human Rights: A Shell Game*, in Temperman, J., Gunn, T. J. and Evans, M. D. (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief (The 25 Years since Kokkinakis)* (pp. 465-573), Leiden- Boston: Brill/Nijhoff, p. 568; Chakim, M. L. (2020). “The margin of appreciation and freedom of religion: assessing standards of the ECtHR”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24, Is. 6, pp. 855-856. See also UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief (2021), § 52.

¹⁴¹ *S.A.S./France*, partly dissenting opinion.

Another difference between the two IHRL supervisory bodies' approaches to the legitimate aim requirement in the religious headdress cases is that the UNHRC has sought a concrete causal link between the legitimate aim pursued and means used for reaching that aim. In this regard, as it has been seen in views of *F.A.*¹⁴² and *Bikramjit Singh*¹⁴³ above, the Committee is of the view that restrictions imposed on the wearing of religious headdress must be capable of realising the legitimate aim sought and this capability must be shown by the State Party in order for the legitimate aim criterion to be met.

Nonetheless, as its decisions and judgments reveal, the same burden of showing a causal link between the restriction and the legitimate aim pursued has not been imposed on states by the ECtHR. For example, without elaborating how the manifestation of a religious symbol threatens or harms others or interferes with their rights, the Court accepted that restrictions on that manifestation pursued the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others¹⁴⁴.

B. THE IMPORTANCE GIVEN BY THE ECtHR TO THE PRINCIPLE OF SECULARISM

As it has been mentioned before, manifesting a religious symbol can only be limited subject to conditions specified in relevant articles of ECHR and ICCPR, regardless of the state-religion relationship that states adopted. However, it can be observed that some secular State Parties to the ECHR, namely Turkey and France, invoked the principle of secularism before the ECtHR to justify the restrictions they imposed on religious headdresses and the Court has, to a certain extent, given importance to the secular character of those states in its decisions/judgments. For example, on numerous occasions, the Court has usually praised the principle of secularism by stressing its consistency with the values underpinning the Convention¹⁴⁵.

¹⁴² UNHRC, *F.A./France*, § 8.8.

¹⁴³ UNHRC, *Bikramjit Singh/France*, § 8.7.

¹⁴⁴ For example, in cases of *Dahlab*, *Leyla Sahin*, *Jasvir Singh*, *Ranjit Singh*, examined above. See also McGoldrick, D. (2006). *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart Publishing, p. 251. For a criticism of this approach see Bomhoff, J. (2007). 'The Rights and Freedoms of Others': The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights', papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031682 (Date of Access: 5/5/2021).

¹⁴⁵ *Leyla Sahin/Turkey*, § 114; *Ebrahimiyan/France*, § 53; *Dogru/France*, § 66; *Jasvir Singh/France*; *Ranjit Singh/France*.

The positive stance taken by the ECtHR towards the secularism is, however, not limited to appreciating its consistency with the Convention. What is of legal importance that the Court also made some assumptions in favour of the principle, without being supported by factual evidence. For instance, as it has been seen earlier, the Court's approach to the principle of secularism in *Ebrahimian* implies an assumption that wearing of a dress with a religious affiliation at work by public employees is capable of jeopardising the equality of treatment for individuals benefitting from public services¹⁴⁶. However, there was not any factual element in the judgment supporting that assumption in respect of the applicant, in the specific circumstances of the case.

Another assumption about public officials' obligation of neutrality, the corollary of the secularism, was also made by the Court in its decision of *Dahlab*¹⁴⁷ which suggests that wearing a headscarf by a public servant (and especially by a teacher) will be contrary to the duties of a lay public servant, such as observing the prohibition of discrimination and the principle of tolerance and respect for others.

Furthermore, the Court's statement in *Leyla Şahin* indicating that the principle of secularism 'may be considered necessary to protect the democratic system in Turkey' is an assessment which is capable of rendering any measure taken for ensuring the compliance with the principle of secularism necessary in Turkey¹⁴⁸. In the same judgment, the Court also found it reasonable for Turkey to consider wearing Islamic headscarf contrary to the secularism and also to the values of "pluralism", "respect for the rights of others" and "equality of men and women before the law"¹⁴⁹ and thus implied another assumption concerning the incompatibility of the Islamic headscarf with the principle of secularism.

¹⁴⁶ *Ebrahimian/France*, § 64.

¹⁴⁷ *Dahlab/Switzerland*.

¹⁴⁸ For criticisms of the said assertion, see Lerner, N. (2005). "How Wide The Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, The Strasbourg Court, And Secularist Tolerance", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Vol. 13, Is. 1, p. 83; see also Cumper, P. and Lewis, T. (2008-2009), "Taking Religion Seriously? Human Rights and Hijab in Europe – Some Problems of Adjudication", *Journal of Law and Religion*, Vol. 24, Is. 2, pp. 611-612; Pimor, A. (2006). "The Interpretation and Protection of Article 9 ECHR: Overview of the Denbigh High School (UK) Case", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 28, Is. 3-4, p. 333.

¹⁴⁹ *Leyla Şahin/Turkey*, §§ 114, 116.

There is no doubt that the secularism, or at least some forms of it¹⁵⁰, is one of the ideal ways of regulating the state-religion relationship in states which undertook the protection of the FoRB as an IHRL obligation¹⁵¹. However, it should always be born in mind that both the secularism and also its corollary, the neutrality¹⁵² are means and not ends directly protected by IHRL¹⁵³. Accordingly, the secularism must not be prioritised in any case over individuals' FoRB¹⁵⁴.

From this perspective, the ECtHR's approach to the secularism may be found problematic in that the aforementioned assumptions in favour of the secularism may constitute a *prima facie* evidence of the existence of relevant and sufficient reasons¹⁵⁵ for justifying the necessity of restrictions on wearing religious headdresses, even though they were not supported by factual evidence in the light of specific circumstances of cases¹⁵⁶. Those assumptions put applicants in a disadvantageous situation by making it difficult for them to prove that restrictions imposed on their religious headdresses for the sake of the secularism have been in violation of the Convention¹⁵⁷. This is proved by the fact that, in almost all cases where the Court referred to it, the secularism served in finding that the impugned interference was in line with the Convention¹⁵⁸.

¹⁵⁰ For example, as pointed out by Bielefeldt, Ghanea and Wiener, 'a secularity designed with the purpose of creating space in the interests of religious diversity.' Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 358. Or as formulated by Ahdar, the benevolent secularism obliging 'the state to refrain from adopting and imposing any established beliefs ... upon its citizens' and not the hostile secularism pursuing 'a policy of established unbelief.' Ahdar, R. (2013). "Is secularism neutral?", *Ratio Juris*, Vol. 26, Is. 3, pp. 409-412.

¹⁵¹ Bielefeldt, H., Ghanea, N., Wiener, M. (2017). p. 359.

¹⁵² The notion 'neutral' used here also refers to inclusive neutrality and not to exclusive one suggesting that 'the manifestation of religion ... is not supposed to be practised in the public arena.' Henrard, K. (2012). "Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality", *Erasmus Law Review*, Vol. 5, Is. 1, p. 75.

¹⁵³ See Bielefeldt, H. (2013). "Misperceptions of Freedom of Religion or Belief", *Human Rights Quarterly*, Vol. 35, No. 1, pp. 53-56.

¹⁵⁴ Berry, S. E. (2017). p. 686.

¹⁵⁵ 'Existence of relevant and sufficient reasons' for limiting a right, especially those enunciated in Articles 8-11 of the Convention, is one factor taken into consideration by the Court for determining the interference's necessity in a democratic society. See Gerards, J. (2013). "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Is. 2, p. 467.

¹⁵⁶ Gunn, T. J. (2019). p. 573.

¹⁵⁷ See Zucca, L. (2012). *A Secular Europe – Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford: Oxford University Press, p. 104. This may also be considered as contrary to the UNHRC's General Comment no. 22, warning in its 10th paragraph that states' official ideologies should not impair the use of the FoRB.

¹⁵⁸ Also in cases where the principle of secularism was invoked by individuals. See *Lautsi/Italy*.

Nonetheless, in views of the UNHRC concerning restrictions imposed on the religious headdress in secular states, there has almost been no reference to the principle of secularism, although it was adduced by states for justifying their restrictions. For instance, in communications of *Sonia Yaker* and *Miriana Hebbadj* which concerned a ban on face-covering in public spaces, the UNHRC gave no importance to the secularism, a constitutional principle of France, although the latter invoked it before the Committee and one of the Committee members referred to it in his dissenting opinions¹⁵⁹.

C. STATES' MARGIN OF APPRECIATION IN LIMITING THE RIGHT TO MANIFEST RELIGION OR BELIEF

In respect of restrictions imposed on the religious headdress, it has been observed that the ECtHR referred to the MoA doctrine in all cases examined in this study. In this regard, when determining the necessity and the proportionality of restrictions, the ECtHR first held in those cases that respondent states should have enjoyed a certain degree of MoA in assessing the existence and extent of the need for interference¹⁶⁰, in regulating the wearing of religious symbols in educational institutions¹⁶¹ or workplaces¹⁶², in regulating the delicate relationship between the state and the religion¹⁶³, and in matters of general policy such as the wearing of the full-face veil in public¹⁶⁴. Once the existence of a MoA had been established, the Court then checked whether states had overstepped their margin in the specific circumstances of each case and found that the limits of permissible discretion had all been respected.

Another point that should be stressed is that, in none of the cases examined in this study, the MoA was the ECtHR's sole reason for concluding that the interference was proportionate to the legitimate aim pursued and thus necessary in a democratic society. In this context, the Court invoked also other reasons for finding no violation in the examined disputes, such as the principles of secularism and neutrality, as seen

¹⁵⁹ Dissenting opinions of *Ben Achour* in UNHRC, *Sonia Yaker/France* and UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*.

¹⁶⁰ *Dahlab/Switzerland*.

¹⁶¹ *Leyla Şahin/Turkey*, § 109.

¹⁶² *Ebrahimian/France*, § 65.

¹⁶³ *Dogru/France*, § 72; *Kervanci/France*, § 72; *Jasvir Singh/France*; *Ranjit Singh/France*.

¹⁶⁴ *S.A.S./France*, §§ 154-156.

above, and status of the applicant¹⁶⁵, potential effects of the religious headdress on other individuals¹⁶⁶, nature and severity of the restriction¹⁶⁷ or the applicant's conduct¹⁶⁸.

It does not seem possible to make a general comment from its case-law about which factors were more decisive than others in specific cases for the ECtHR, as it always juxtaposes all factors that have been taken into consideration in a case without establishing a legal hierarchy between them. However, given that it has been constantly used by the Court and it played a central role in the ECtHR's reasoning in all cases examined in this study, the MoA can be regarded as one of the prevalent factors leading the Court to find no violation in cases concerning religious headdresses.

On the other side of the coin, however, it seems that the UNHRC has not been granting to states any discretion in the implementation of Article 18/3 of the ICCPR in the religious headdress cases¹⁶⁹. In this connection, in respect of very similar type of restrictions regarding which the ECtHR found no violation of the RMRoB depending, to a certain extent, on the MoA doctrine, the UNHRC found a violation of the same right without giving any weight to states' MoA¹⁷⁰. This was the case even though in most of the communications examined in this study the State Party invoked its MoA to justify the interference with the RMRoB¹⁷¹. In this regard, the Committee has always required the State party to demonstrate the necessity of the restriction on the basis of factual evidence without giving reference to their discretion.

It is obvious that each society may have different needs, preferences and legitimate aim considerations for imposing certain restrictions on individuals' wearing of religious headdresses. Therefore, it is understandable that the Court allows a room for manoeuvre for member

¹⁶⁵ *Dahlab/Switzerland; Ebrahimian/France*, § 64.

¹⁶⁶ *Dahlab/Switzerland; Ebrahimian/France*, § 61.

¹⁶⁷ *S.A.S./France*, § 152.

¹⁶⁸ *Ebrahimian/France*, § 70.

¹⁶⁹ Taylor, P. (2005). p. 344. However, this does not mean that the UNHRC has never granted discretion to states in the application of provisions of the ICCPR. See Legg, A. (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, pp. 34-36.

¹⁷⁰ The Committee has only stated in its views that it took note of the state party's allegations about the MoA. See UNHRC, *F.A./France*, § 8.9.

¹⁷¹ *Ibid.* 4.8; UNHRC, *Bikramjit Singh/France*, § 5.5; UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 7.9; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 5.9.

states of the ECHR, in realising a permissible legitimate aim in their society. This, of course, should not mean that the MoA, which must go hand in hand with a European supervision¹⁷², can weaken the applicable standard of review¹⁷³. Even the national appreciation of the appropriate balance between competing individual and public interests should be given some weight¹⁷⁴, the ECtHR must duly evaluate specific factual circumstances of each case to find out whether such a balance has actually been established by the respondent state.

Nonetheless, the aforementioned cases imply that the ECtHR is more inclined to find for the respondent state where the latter has been granted a MoA, particularly a wide one, when imposing restrictions on the wearing of religious headdress¹⁷⁵. This is not surprising, because the notion of MoA is reminiscent of an area which is either narrow or wide but anyway close to the Court's supervision and this inevitably ensures an advantage in favour of states in the overall assessment of proportionality.

Furthermore, the Court's case-law is far from ensuring foreseeability about boundaries of the margin left to the states¹⁷⁶. There has not been a specific explanation in the judgments and decisions examined, which elaborates to what extent states could interfere with the RMRoB when they enjoyed a certain MoA. As it has been observed in the case of *S.A.S.* examined above, states can even impose a general blanket ban over a certain form of religious headdress owing to their MoA and thus isolate the right-holders from society¹⁷⁷ and also expose them to abuse and marginalization¹⁷⁸ for the sake of the society's choice in a matter of general policy¹⁷⁹. In these circumstances, it seems very hard to delimit states' discretion in this sphere in a predictable manner and to say definitely what they cannot do depending on their MoA¹⁸⁰.

¹⁷² *Leyla Şahin/Turkey*, § 110; *Janowski/Poland*, § 30.

¹⁷³ As it was put by O'Donnell, "... the Court should not invoke vague general concepts without actual fact-finding." O'Donnell, T. A. (1982). p. 482.

¹⁷⁴ McGoldrick, D. (2006). p. 28.

¹⁷⁵ According to *Taylor and Berry*, this is valid also for other RMRoB cases. See Taylor, P. (2005). p. 344; Berry, S. E. (2019). p. 127.

¹⁷⁶ See Knights, S. (2011). *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 72.

¹⁷⁷ *S.A.S./France*, § 146.

¹⁷⁸ UNHRC, *Sonia Yaker/France*, § 8.14; UNHRC, *Miriana Hebbadj/France*, § 7.15.

¹⁷⁹ *S.A.S./France*, §§ 153-154.

¹⁸⁰ For a similar inference drawn in 2007, see Lewis, T. (2007). p. 413.

On the other hand, the UNHRC prefers to not use any doctrine referring to states' discretion when conducting its review in the religious headdress cases. This denotes the absence of an area in the implementation of the ICCPR which limited the Committee's monitoring in favour of the national decision-makers' power of discretion. Therefore, the UNHRC conducts its review of the necessity and the proportionality based on only factual evidence and not of theoretical notions. As a result, it becomes more difficult for states to satisfy the requirements for limiting the RMRoB before the Committee than before the ECtHR.

IV. CONCLUSION

In IHRL, wearing religious headdresses is considered as an aspect of the manifestation of religion or belief and thus as a matter falling under the scope of the FoRB. Respective articles of two leading IHRL treaties, namely the ECHR and the ICCPR, regulated the FoRB in their respective articles in an almost identical way. They both protected the *forum internum* of the FoRB, namely the freedom of thought, conscience and religion as an unqualified right which cannot be limited in any condition, whereas they allowed limitations for the *forum externum* of the FoRB, namely the RMRoB, subject to certain conditions. According to these conditions any limitation imposed on the RMRoB, including the use of religious headdresses, must be prescribed by law, pursue a permissible legitimate aim, and also be necessary for and proportionate to the legitimate aim pursued.

Despite the fact that they prescribed very similar limitation clauses for the RMRoB, implementation of the ECHR and the ICCPR led differing outcomes in analogous or even identical situations where states restricted individuals' wearing of religious headdress. This may not be surprising taken that the interpretation, an indispensable part of the adjudication, can result in different ways of implementation in respect of same rules, even in domestic law. Furthermore, supervisory bodies of those two treaties, that is to say, the ECtHR and the UNHRC have some important institutional dissimilarities which render their different findings in similar cases more predictable. However, these factors do not reduce the importance of finding out reasons for the divergence between rulings of an international human rights treaty body and a regional human rights court on the same matter. In this regard, it is obvious that understanding, at least to some extent, the rationale lying behind those institutions' findings will help to ensure foreseeability in respect of both lawyers and individuals who

have suffered or still suffer from restrictions imposed on their religious headdresses.

In the light of the foregoing explanations, the aim of this paper was to find out possible inferences that can be drawn from different findings of the ECtHR and the UNHRC about the adjudication of RMRoB, in cases concerning restrictions on the wearing of religious headdress. To this end, some decisions and judgments of the ECtHR and some views of the UNHRC which are most capable of illustrating the difference in their case-law have been examined in a comparative way.

Accordingly, departing from their findings in cases examined in this study, the first inference is that the words of 'rights' and 'freedoms' mentioned in the legitimate aim of "the protection of the rights and freedoms of others" have been interpreted by the UNHRC as denoting only the rights and freedoms enshrined in the ICCPR. Nonetheless, when assessing the existence of legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others, the ECtHR has accepted the protection of rights and freedoms that were not protected in the ECHR as a permissible legitimate aim, within the sense of Article 9/2 of the Convention. In connection with this first point, the UNHRC has sought State Parties to make a plausible explanation and show the fact that the contested restriction on the wearing of religious headdress was capable of realising the legitimate aim pursued, whereas the ECtHR has not put such a burden on states.

Secondly, in cases where the principle of secularism was a basis for imposing limitations on the religious headdress, the ECtHR has given weight, to a considerable extent, to the secularism in a way that is most likely to lead finding no violation. In this context, the Court, without being supported by factual evidence, has made some important assumptions in favour of the principle of secularism and also of its corollary, the principle of neutrality. The Court has then used those assumptions for supporting its position in finding impugned restrictions necessary, proportionate and thus in line with the Convention. Since secularism has the status of 'official constitutional ideology' in some State Parties to the ECHR, one can argue that the Court's position towards the secularism concerning wearing religious headdresses fell in contradiction with the UNHRC's General Comment No.22, which stipulated that "*if a set of beliefs is treated as official ideology in constitutions,*

*statutes, proclamations of ruling parties, etc., or in actual practice, this shall not result in any impairment of the freedoms under article 18 ...*¹⁸¹."

Thirdly, in all cases examined in this study, the ECtHR has referred to states' MoA in regulating manifestation of religious symbols when determining whether the restriction could be considered necessary in a democratic society or proportionate to the legitimate aim pursued. However, implementation of the MoA doctrine by the Court has attracted some important and righteous criticisms from both scholars and judges in that, among others, the Court's jurisprudence on the MoA was far from ensuring foreseeability and legal certainty on the matter. Unfortunately, the prevalence of the MoA over factual circumstances in some religious headdress cases reminds two crucial warnings, made by *O'Donnell* in 1982¹⁸² and by *Jahangir* in 2006¹⁸³.

As linked with second and third points, it has been observed that the UNHRC has given weight neither to the principle of secularism nor states' MoA when conducting its review in the religious headdress cases. In these cases, the Committee has conducted its review on the basis of only factual evidence and not of theoretical notions alien to the text of the ICCPR, even though the latter were persistently invoked by states. It can, therefore, be said that the UNHRC, when it is compared with the ECtHR, offers better protection for individuals who wish to exercise their RMRoB by wearing religious headdresses.

As a final word, as it has been put by Vienna World Conference on Human Rights in 1993, protecting and promoting all universal human rights and fundamental freedoms "*regardless of ... (states') political, economic and cultural systems*" while at the same time bearing in mind "*the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds*" is one of the crucial aims of IHRL¹⁸⁴. Reaching this aim, to a certain extent, depends on the coherence between IHRL monitoring bodies' approaches to similar human rights matters. At this

¹⁸¹ UNHRC General Comment No. 22 on Article 18 (1993), § 10.

¹⁸² "...the (European) Court should not invoke vague general concepts without actual fact-finding." *O'Donnell*, T. A. (1982), p. 482.

¹⁸³ "...a prohibition of wearing religious symbols... based on mere speculation or presumption rather than on demonstrable facts is regarded as a violation of the individual's religious freedom". United Nations Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir (2006), UN Document: E/CN.4/2006/5, § 53.

¹⁸⁴ The World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action (1993), UN Document: A/CONF.157/23, § 5.

point, cases concerning wearing religious headdresses constitute a matter of divergence between a regional human rights court and an international human rights treaty body, and thereby threaten the consistency of IHRL in a specific area. Moreover, in practice, once a dispute has arisen concerning a religious headdress, this divergence puts individuals within the jurisdiction of a state that is party to both the ECtHR and the UNHRC in a dilemma between the following two options: getting a binding decision from a regional court, which is likely to find no violation and getting a non-binding view from an international treaty body, which is likely to find a violation.

BIBLIOGRAPHY

- AHDAR, Rex (2013). "Is secularism neutral?", *Ratio Juris*, Vol. 26, Is. 3, pp. 404-429.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Antwerp: Intersentia.
- BERRY, Stephanie E. (2017). "A good faith interpretation of the right to manifest religion? The diverging approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee", *Legal Studies*, Vol. 37, Is. 4, pp. 672-694.
- BERRY, Stephanie E. (2019). Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom, in TEMPERMAN, Jeroen, GUNN, Thomas Jeremy and EVANS, Malcolm David (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief (The 25 Years since Kokkinakis)* (pp. 103-127), Leiden-Boston: Brill/Nijhoff.
- BIELEFELDT, Heiner (2013). "Misperceptions of Freedom of Religion or Belief", *Human Rights Quarterly*, Vol. 35, No. 1, pp. 33-68.
- BIELEFELDT, Heiner, GHANEA, Nazila, WIENER Michael (2017). *Freedom of Religion or Belief*, Oxford: Oxford University Press.
- BOMHOFF, Jacco (2007). 'The Rights and Freedoms of Others': The ECHR and Its Peculiar Category of Conflicts Between Individual Fundamental Rights', < papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031682 > (Date of Access: 5/5/2021).
- CHAKIM, M. Lutfi (2020). "The margin of appreciation and freedom of religion: assessing standards of the European Court of Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24, Is. 6, pp. 850-867.
- CONNORS, Jane (2018). United Nations, in MOECKLI, Daniel, SHAH, Sangeeta and SIVAKUMARAN, Sandesh (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 369-410), Oxford: Oxford University Press.
- CRAM, Ian (2018). "Protocol 15 and Articles 10 and 11 ECHR-The Partial Triumph of Political Incumbency Post-Brighton?", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, Is. 3, pp. 477-503.
- CUMPER, Peter and LEWIS, Tom (2008-2009). "Taking Religion Seriously? Human Rights and Hijab in Europe – Some Problems of Adjudication", *Journal of Law and Religion*, Vol. 24, Is. 2, pp. 599-627.
- ÇALI, Başak (2018). Regional Protection, in MOECKLI, Daniel, SHAH, Sangeeta and SIVAKUMARAN, Sandesh (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 411-424), Oxford: Oxford University Press.

- DE SCHUTTER, Olivier (2016). *International Human Rights Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte (2018). Critiques in MOECKLI, Daniel, SHAH, Sangeeta and SIVAKUMARAN, Sandesh (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 41-59), Oxford: Oxford University Press.
- DOE, Norman (2012). *Law and Religion in Europe - A Comparative Introduction*, Oxford: Oxford University Press.
- DONOHO, Douglas Lee (2001). "Autonomy, Self-Governance, and the Margin of Appreciation: Developing a Jurisprudence of Diversity Within Universal Human Rights", *Emory International Law Review*, Vol. 15, Is. 2, pp. 391-466.
- DURHAM, W. Cole (2011). Patterns of Religion State Relations in WITTE, John and GREEN, M. Christian (Eds.), *Religion and Human Rights: An Introduction* (pp. 360-378), Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (1963). "Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, Vol. 61, No. 21, pp. 624-638.
- ELVER, Hilal (2012). *The Headscarf Controversy*, Oxford: Oxford University Press.
- FERRI, Marcella (2017). "The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights: an appraisal in the light of states' positive obligations", *Religion, State and Society*, Vol. 45, Is. 3-4, pp. 186-202.
- GERARDS, Janneke (2013). "How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Is. 2, pp. 466-490.
- Guide on Article 9 of the ECHR. (2020). Strasbourg: Council of Europe, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf > (Date of Access: 2/3/2021).
- GUNN, Thomas Jeremy (2019). 'The Principle of Secularism and the European Court of Human Rights: A Shell Game', in TEMPERMAN, Jeroen, GUNN, Thomas Jeremy and EVANS, Malcolm David (Eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief (The 25 Years since Kokkinakis)* (pp. 465-573), Leiden; Boston: Brill/Nijhoff.
- HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, BATES, Ed, BUCKLEY, Carla (2014). *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (2013). "Discretion", *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, pp. 652-665.

- HENRARD, Kristin (2012). "Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality", *Erasmus Law Review*, Vol. 5, Is. 1, pp. 59-77.
- HENRARD, Kristin (2011). "Shifting Visions About Indoctrination and the Margin of Appreciation Left to States", *Religion and Human Rights*, Vol. 6, Is. 3, pp. 245-251.
- HOFFMASTER, Barry (1982). "Understanding Judicial Discretion", *Law and Philosophy*, Vol. 1, No. 1, pp. 21-25.
- HUTCHINSON, Michael R. (1999). "The Margin of Appreciation Doctrine in the ECtHR", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Is. 3, pp. 638-650.
- KNIGHTS, Samantha (2011). *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford: Oxford University Press.
- KRATOCHVÍL, Jan (2011). "The Inflation of the Margin of Appreciation By the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, Is. 3, pp. 324-357.
- LERNER, Natan (2005). "How Wide The Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, The Strasbourg Court, And Secularist Tolerance", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Vol. 13, Is. 1, pp. 65-85.
- LERNER, Natan (2012). *Religion, Secular Beliefs and Human Rights – 25 Years After the 1981 Declaration*, Leiden: Brill/Nijhoff.
- LEVIN, Ronald M. (1986). "Administrative Discretion, Judicial Review, and the Gloomy World of Judge Smith", *Duke Law Journal*, Vol. 1986, No. 2, pp. 258-275.
- LEGG, Andrew (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press.
- LETSAS, George (2009). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- LETSAS, George (2006). "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, Is. 4, pp. 705-732.
- LEWIS, Tom (2007). "What Not to Wear: Religious Rights, the European Court, and the Margin of Appreciation", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, Is. 2, pp. 395-414.
- MCGOLDRICK, Dominic (2016). "A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for Its Application by the Human Rights Committee", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 65, Is. 1, pp. 21-60.

- MCGOLDRICK, Dominic (2006). *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford: Hart Publishing.
- MCGOLDRICK, Dominic (2017). Religious Rights and the Margin of Appreciation, in AGHA, Petr (Eds.), *Human Rights Between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts* (pp. 145-168), Oxford: Hart Publications.
- MURDOCH, Jim (2012). *Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.
- MOWBRAY, Alastair (2012). *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- O'DONNELL, Thomas A. (1982). "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 4, No. 4, pp. 474-496.
- PIMOR, Alexandra (2006). "The Interpretation and Protection of Article 9 ECHR: Overview of the Denbigh High School (UK) Case", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 28, Is. 3-4, pp. 323-345.
- SAJÓ, András and UITZ, Renáta (2012). Freedom of Religion in ROSENFELD, Michel and SAJÓ, András (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 909-928). Oxford: Oxford University Press.
- STENLUND, Mari and SLOTTE, Pamela (2018). "Forum Internum Revisited: Considering the Absolute Core of Freedom of Belief and Opinion in Terms of Negative Liberty, Authenticity, and Capability", *Human Rights Review*, Vol. 19, Is. 4, pp. 425-446.
- SPIELMANN, Dean (2014). "Whither the Margin of Appreciation", *Current Legal Problems*, Vol. 67, Is. 1, pp. 49-65.
- SWEENEY, James A. (2005). "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", *The International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Is. 2, pp. 459-474.
- TAYLOR, Paul (2005). *Freedom of Religion - UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TEMPERMAN, Jeroen (2017-2018). "The Right to Neutral Governance, Religion, the State & the Question of Human Rights Compliance", *The Journal of Human Rights*, Vol. 12, No. 2, Is. 24, pp. 17-38.
- TILLICH, Paul. (1958). "The Religious Symbol", *Daedalus*, Vol. 87, No. 3, pp. 3-21.
- WEICHSELBAUMER, Doris (2020). "Multiple Discrimination Against Female Immigrants Wearing Headscarves", *The Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 73, Is. 3, pp. 600-627.

VERMEULEN, Bernardus Petrus (2010). The Freedom of Religion in Article 9 of the European Convention on Human Rights: Historical Roots and Today's Dilemmas in VAN de BEEK, Abraham, VAN der BORGHT, Eduardus and VERMEULEN, Bernardus Petrus (Eds.), *Freedom of Religion* (pp. 7-29), Leiden: Brill.

YOUROW, Howard Charles (1988). "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 3, Is. 1, pp. 111-159.

ZUCCA, Lorenzo (2012). *A Secular Europe – Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford: Oxford University Press.

Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights

Handyside/UK, App. No: 5493/72, 7/12/1976.

Janowski/Poland, App. No: 25716/94, 21/1/1999.

Dahlab/Switzerland, App. No: 42393/98, 15/2/2001.

Leyla Şahin/Turkey, App. No: 44774/98, 10/11/2005.

Kurtulmuş/Turkey, App. No: 65500/01, 24/1/2006.

Köse and 93 others/Turkey, App. No: 26625/02, 24/1/2006.

Kervanci/France, App. No: 31645/04, 4/12/2008.

Dogru/France, App. No: 27058/05, 4/12/2008.

Egeland and Hanseid/Norway, App. No: 34438/04, 16/4/2009.

Aktas/France, App. No: 43563/08, 30/6/2009.

Bayrak/France, App. No: 14308/08, 30/6/2009.

Gamaleddyn/France, App. No: 18527/08, 30/6/2009.

Ghazal/France, App. No: 29134/08, 30/6/2009.

Jasvir Singh/France, App. No: 25463/08, 30/6/2009.

Ranjit Singh/France, App. No: 27561/08, 30/6/2009.

Lautsi/Italy, App. No: 30814/06, 3/11/2009.

Jehovah's Witnesses of Moscow and others/Russia, App. No: 302/02, 10/6/2010.

Von Hannover/Germany (no.2), App. No: 40660/08, 7/2/2012.

Eweida and Others/UK, App. No: 48420/10, 15/1/2013.

S.A.S./France, App. No: 43835/11, 1/7/2014.

Ebrahimian/France, App. No: 64846/11, 26/11/2015.

Belcacemi and Oussar/Belgium, App. No: 37798/13, 11/7/2017.

Dakir/Belgium, App. No: 4619/12, 11/7/2017.

Hamidović/Bosnia and Herzegovina, App. No: 57792/15, 5/12/2017.

Correia de Matos/Portugal, App. No: 56402/12, 4/4/2018.

Views of the United Nations Human Rights Committee

Karnel Singh Bhinder/Canada, App. No: 208/1986, 9/11/1989.

Hudoyberganova/Uzbekistan, App. No: 931/2000, 5/11/2004.

Ranjit Singh/France, App. No: 1876/2000, 22/7/2011.

Bikramjit Singh/France, App. No: 1852/2008, 1/11/2012.

Shingara Mann Sikh/France, App. No: 1928/2010, 19/7/2013.

F.A./France, App. No: 2662/2015, 16/7/2018.

Sonia Yaker/France, App. No: 2747/16, 17/7/2018.

Miriana Hebbadj/France, App. No: 2807/2016, 17/7/2018.

Şeyma Türkan/Turkey, App. No: 2274/2013, 17/7/2018.

United Nations Documents

Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 25/11/1981, UN General Assembly Resolution 36/55.

UNHRC, 'General Comment No. 22 on Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)', (1993) UN Document No: CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

The World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action (1993), UN Document: A/CONF.157/23.

UNHRC, 'General Comment No. 28: The Equality of Rights Between Men and Women (art. 3)', (2000) UN Document No: CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Asma Jahangir, (2006), UN Document: E/CN.4/2006/5.

UN Human Rights Council, 'Countering Islamophobia/Anti-Muslim Hatred to Eliminate Discrimination and Intolerance Based on Religion or Belief', Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Ahmed Shaheed, (2021) UN Document No: A/HRC/46/30.



ROBERT ALEXY’NİN İLKELER TEORİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

An Overview of the Principle Theory of Robert Alexy

Dr. iur. Güneş ÇAP*

ÖZ

Alman anayasa hukukunda dikkat çeken önemli çalışmalardan biri olan Robert Alexy tarafından kaleme alınan “*Temel Haklar Teorisi*” sadece anayasal hakların çerçevesini ve sınırlarını belirlemeye değil aynı zamanda anayasal hakların tanımı ve normatif yapısını açıklamaya da çalışır. Kural ve ilkeleri birbirinden ayıran ve tartımı ilkelere özgü bir uygulama olarak gören ilkeler teorisi, Alexy’nin temel haklar teorisinin normatif temelleri açısından başlangıç noktasını oluşturur. Alexy; bu eserinde sadece anayasal hakların tanımı, yapısı ve çerçevesi ile ilgili analizlerde bulunmamakta aynı zamanda teorisinin temelini oluşturan ilkeler teorisinin de ana hatlarını çizmektedir. Bu çalışma, Alexy’nin anayasal haklar teorisinin bu temel argümanlarını mercek altına almakta ve özellikle ilkeler teorisinin temel kabullerini değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Robert Alexy, ilkeler teorisi, ölçülülük, tartım, temel haklar.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi, gunes.cap@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8374-857X.

ABSTRACT

“A Theory of Constitutional Rights”, which is one of the prominent works in German constitutional law, written by Robert Alexy, tries not only to determine the limits and scope of constitutional rights, but also to explain the definition and the normative structure of constitutional rights. Principle theory, which distinguishes rules and principles and declares balancing as the legal application of principles, serves as the starting point for the norm-theoretical foundation of Alexy’s theory of constitutional rights. In his work, Alexy not only analyses the definition, the structure and the scope of the constitutional rights, but also outlines the principle theory forming the basis of his constitutional rights theory. This work peruses these basic arguments of Alexy’s theory of constitutional rights and especially aims to evaluate the basic assumptions of the principle theory.

Keywords: Robert Alexy, principle theory, proportionality, balancing, basic rights.

GİRİŞ

Türk anayasal düzeninde 2001 anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin genel nedenlere bağlı olarak sınırlandırılmasının kaldırılması ve devamında 2010 değişikliği ile belirli bir küme haklar bakımından bireysel başvuru yolunun tanınması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının anayasal denetimi açısından yeni bir kapı aralamıştır. Temel hak ve özgürlüklerin anayasaya uygun bir şekilde sınırlandırılmasında temel alınan ölçülülük ilkesi, bu doğrultuda etkili bir şekilde uygulanma imkânı kazanmıştır. Söz konusu bu değişiklikler özellikle Türk ve Alman temel haklar rejimleri arasındaki paralelliği güçlendirmiş; 1969 yılından beri süregelen Alman bireysel başvuru sistemi¹ ve bu sistem için geliştirilen teoriler, Türkiye'deki bireysel başvuru sisteminin gelişimi açısından da uğrak noktalarından biri olmuştur².

Bu çalışmada, temel haklar teorisi bağlamında Almanya'nın önde gelen isimlerinden biri olan Robert Alexy'nin temel haklar doktrinin temellerini oluşturan norm teorisi ile ilgili görüşleri ele alınacaktır. Böylesi bir tercihin tek sebebi sadece Türk ve Alman temel haklar rejimlerinin paralellik taşıması değil aynı zamanda Alexy'nin pozitif hukuk düzenlemelerinden bağımsız olarak bir ilkeler teorisi ortaya koyma iddiasını taşıyor olmasıdır. Alexy'nin bu iddiası, ilkeler teorisi yaklaşımını Türk hukuk sistemi açısından da tartışabilmeye imkân sağlamaktadır. Alexy'nin ilkeler teorisinde öne sürdüğü ilke ve kural ayrımı, hukuk normlarının çatışması ve bu çatışmaların hukuken nasıl çözülmesi gerektiği gibi normatif argümanlarının ve bu argümanlara yöneltilen eleştirilerin incelenmesinin, Türk hukukunda temel hak normlarının uygulanması bağlamında yürütülecek olan normatif tartışmalara da katkı sunacağı söylenebilir. Bir diğer önemli sebep ise

¹ Bu konuda bkz. Rudolf Mellinghof, Federal Alman Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/rudolfmellinghof.pdf (Erişim Tarihi: 1/6/2016). Karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Göztepe, E., Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi, Bildiri Metni, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZ TEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 2/6/2016).

² Türk Anayasa Mahkemesinin yer yer kararlarında Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapıyor olması da bu kanıyı desteklemektedir. Örneğin, sigara yasağı ile ilgili bir bireysel başvuru kararında Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararına atıf yapıldığı görülebilmektedir. Bu karar için bkz. AYM, E.2010/58, K.2011/8, 26/2/2011, Karşı Oy Yazısı - Osman Alifeyyaz Paksüt. (Karşı Oy yazısında ilgili Alman Anayasa Mahkemesi kararı sadece yıl olarak belirtilmiştir. Bu karar için bkz. BVerfGE 121, 317.

hukukun ilkeleri teorisinin Almanya özelinde hala güncel oluşunun ve yeni tartışmalar ile sürekli revize ediliyor olmasının, Türkiye'deki anayasa hukukçuları ve hukuk teorisyenleri için güncel bir çalışma alanı yaratıyor olmasıdır.

Alman anayasa hukukçusu ve hukuk felsefeci Robert Alexy'nin³ *Theorie der Grundrechte* (Temel Haklar Teorisi)⁴ adıyla geliştirdiği temel haklar modeli, Almanya başta olmak üzere birçok ülkede adından çokça söz ettirmiştir. Alexy'nin temel haklar teorisi temelde iki aşamadan oluşur. Teorinin birinci adımda normatif bir teori olarak ilkeler teorisi karşımıza çıkar. İkinci adımında ise ilkeler teorisinin bir uygulama alanı olan temel haklar modeli yer alır. Alexy'nin temel haklar teorisi esasında, temel hakların birer "ilke (Prinzip)" olduğu ön kabulüne dayanır⁵. "Hukukun ilkeleri teorisi (Prinzipientheorie des Rechts)" adını verdiği norm teorisi, bu nedenle temel haklar modelinin temellerini ortaya koyduğu 1994 yılında ilk baskısını yapan *Theorie der Grundrechte* isimli eserinde yer alır. Alexy, ilkeler teorisini günümüze kadar çeşitli eserlerinde kendisine yöneltilen eleştirileri⁶ de dikkate alarak güncellemiştir. Ancak temel

³ Prof. Dr. Dr. hc. mult. Robert Alexy, Kiel Üniversitesi Anayasa Hukuku ve Hukuk Felsefesi A.B.D. Robert Alexy'nin akademik çalışmaları için bkz. https://www.alexey.jura.uni-kiel.de/de/schriftenverzeichnis/schriftenverzeichnis/at_download/file (Erişim Tarihi: 4/6/2020).

⁴ Alexy, R. (2006). *Theorie der Grundrechte*, 5. Baskı, Frankfurt am Main: Suhrkamp (İngilizce dilinde ayrıca bkz. Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (Çev.), Oxford: Oxford University.

⁵ Alexy için temel hakları anlamak, esasında ilkeleri anlamaktan geçer. Bunun bir anlamı da Alexy'nin ilkeler teorisine getirilecek bir eleştirinin dolaylı olarak Alexy'nin temel haklar teorisine de yöneltebilecek olmasıdır.

⁶ Alexy'e yöneltilen eleştirileri iki grupta toplamak mümkündür. İlk grupta Alexy'nin ilkeler teorisinde temel aldığı varsayımları reddeden isimler yer almaktadır: Bu isimlerin en başında, ilkeler teorisinin kendi konusunu ortaya koymaktan aciz "aslı olmayan bir teori" olduğunu düşünen, Ralf Poscher sayılabilir. Poscher, R. (2007). Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, Sieckmann, J.-R. (Der.), *Prinzipientheorie der Grundrechte* (ss. 59–79), Baden-Baden: Nomos; Poscher, R. (2010). "Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand", *Rechtswissenschaften*, S. 4, ss. 349–372. Bu gruptaki diğer isimler için bkz. Jestaedt, M. (2007). Die Abwägungslehre—ihre Stärken und ihre Schwächen, Depenheuer, O., Heintzen, M., Jestaedt, M., Axer, P. vd. (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller; Klement, J. H. (2008). "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", *Juristische Zeitung*, C. 15, ss. 756–763; Aarnio, A. (1990). "Taking Rules Seriously", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192; Steiff, J. (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos, ss. 1–250; Jakab, A. (2009). "Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 119, ss. 145–160; Hong, M. (2019). *Abwägungsfeste Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck. İkinci grupta ise "Kiel Okulu (Kieler Schule)" nun, başka bir deyişle Alexy'nin öğrencilerinin ve ilkeler teorisinin diğer taraftarlarının eleştirileri yer almaktadır. Bu eleştirilerin ortak özelliği, Alexy'nin ilkeler teorisini benimsemeleri ve teorinin eksik kalan ve/veya sorunlu olan yönlerine dikkat çekerek teoriyi geliştirme amacı taşımalarıdır. Bu grupta örnek niteliğinde şu isimler sayılabilir: Sieckmann, J. R. (1990). *Regelmodelle und*

haklar modeline dayanaklık eden temel argümanlarının hâlâ geçerliliğini koruduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bu çalışmanın konusunu Alexy'nin temel haklar doktrininde sıklıkla atıfta bulunduğu ilkeler teorisi oluşturmaktadır. Bu kapsamında öncelikle ilkeler teorisinin çıkış noktası olan kural ve ilke ayrımına değinilecek, devamında Alexy'nin ilke kavramlaştırmasına esas teşkil eden *optimizasyon tezi* ve *çakışma yasası* ele alınacaktır. Son olarak Alexy'nin ilkelerin nasıl uygulanması gerektiğine ilişkin iddialarına yer verilecektir. Alexy'nin bu bağlamda ileri sürdüğü *tartım yasası* ve *ağırlık formülü* incelenecektir. Ayrıca ilkeler teorisine açıklık getirmek adına yeri geldikçe Alexy'nin açıklamalarında yer verdiği Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarından bazı örneklere değinilecektir.

I. KURAL - İLKE AYRIMI

Alexy'nin hukukun ilkeleri teorisi, temel olarak “kural (*Regel*)” ve “ilke (*Prinzip*)” kavramlarının kesin bir ayrımına⁷ dayanmaktadır. İlkeler teorisinin çıkış noktasını oluşturan Alexy'nin kural ve ilke ayrımı ile ilgili görüşleri en yalın hâliyle Ronald Dworkin'in tezleri üzerine yaptığı yorumlarda karşımıza çıkar⁸. Alexy, ilkeler teorisinin temelini oluşturan ilke kavramını öncelikle kural kavramından ayırarak yani *kural olmayan*

Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden: Nomos; Borowski, M. (2018). *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos; Klatt, M., Schmidt, J. (Der.). (2010). *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck; Klatt M. (2014). *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tübingen: Mohr Siebeck; Afonso da Silva, V. (2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos; Badenhop, J. (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos; Portocarreto Quispe, J. A. (2014). *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden: Nomos; Kallmeyer, C. (2016). *Ideales Sollen*, Baden-Baden: Nomos; Azevedo Palu, G. A. (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, Baden-Baden: Nomos.

⁷ Kural ve ilke ayrımı ile ilgili olarak üç farklı görüşün bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin savunduğu *katı ayrım görüşü*dür. Bir diğer görüş ise *esnek ayrım görüşü*dür. Katı ayrım görüşünün aksine bu görüş, kural ve ilkelerin niteliksel değil, ancak niceliksel bir ayrıma tabi olabileceğini ileri sürer. Esnek ayrım görüşünün ana temsilcisi Joseph Raz'dır. Ayrımı için bkz. Raz, J. (1972). “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, C. 81, S. 5, ss. 823–854. Üçüncü ve son görüş ise *uzlaşım görüşü* olarak adlandırılabilir. Bu görüşe göre kural ve ilkeler birbirinden ayrılmazlar. Bu görüş için bkz. Aarnio, A. (1990). “Taking Rules Seriously”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192; Günther, K. (1988). *Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, ss. 269–276.

⁸ Alexy, R. (2006). s. 77. Aynı şekilde bkz. Alexy, R. (2003b). *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, Alexy, R., Koch, H.-J., Kuhlen, L., Rüßmann, H. (Der.). *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden: Nomos, ss. 217–233; Alexy, R. (2000). *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 31–52), Wien: Österreich.

olarak ortaya koyar⁹. Bu, Dworkin'in ilke ve kuralların farklı mantık yapılarına sahip oldukları düşüncesi ile örtüşmektedir¹⁰. Tıpkı Dworkin gibi Alexy de kuralların çatışmasının ilkelerin çatışmasından farklı olduğunu ileri sürmektedir. Ancak Alexy, Dworkin'in kuralların ilkelerden farklı olarak "ya hep ya hiç (*all-or-nothing*)"¹¹ özelliği taşıdıkları iddiasına tamamen katılmaz¹². Dworkin'in görüşlerini bir adım daha öteye taşıyan Alexy, kuralların aksine ilkelerin *optimizasyon gereklilikleri* olarak *tartıma muhtaç* olduklarını öne sürer¹³.

II. KURALLARIN ÇATIŞMASI - İLKELERİN YARIŞMASI

Kurallar ya uygulanır ya da uygulanmazlar¹⁴. Bu bakımdan *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğine sahiptirler. Alexy "kuralların çatışması (*Regelkonflikte*)" ile ilgili olarak Dworkin'in görüşlerine bu noktada katılmaktadır. Bir kuralın verili olması, o kuralın talep ettiği şeyin kesin olarak yerine getirilmesidir. Bu nedenle, bir kural çatışması durumunda söz konusu kural sıklıkla bir istisna şartına bağlanır¹⁵. Fakat bu çözüm, iki kuralın belirli bir hukuki nedene iki farklı hukuki sonuç öngördüğü durumlarda geçerli değildir. Alexy'e göre kural çatışmaları iki şekilde çözülür. Birinci durumda birbiriyle çatışan iki kural arasında bir kural-istisna ilişkisi ortaya konurken, ikinci durumda iki kuraldan biri geçersiz olarak kabul edilir. Kural-istisna ilişkisi kurma hâlinde çatışma somut olaya özgü çözülürken, kurallardan birinin geçersiz ilan edilmesi durumunda çatışma "*lex posterior derogat legi priori*"¹⁶, "*lex superior derogat legi inferiori*"¹⁷ veya "*lex specialis derogat legi generali*"¹⁸ gibi çatışma kuralları ile sona erdirilir¹⁹. Kurallardan birinin geçersiz ilan edilmesi

⁹ Alexy ve Dworkin'in görüşlerinin bir karşılaştırması için bkz.; Heinold, A. (2011). *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.

¹⁰ Dworkin, R. (1967). "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, C. 35, s. 25.

¹¹ *Ya hep ya hiç olma* özelliği, bir kuralın *ya geçerli ya da geçersiz olması* şeklinde *ya hep ya hiç* bir özellik taşımasını ifade eder. "Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision". a.g.e. s. 25.

¹² Alexy, R. (1995a). Zum Begriff des Rechtsprinzips, Alexy, R. (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 177–212), Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 182 vd.

¹³ Bkz. aşağıda III.

¹⁴ Alexy, R. (2006). s. 75.

¹⁵ a.g.e. s. 77.

¹⁶ Yeni kural eski kuralı geçersiz kılar.

¹⁷ Üsteki kural alttaki kuralı geçersiz kılar.

¹⁸ Özel kural genel kuralı geçersiz kılar.

¹⁹ Alexy, R. (2006). s. 78.

durumunda geçersiz ilan edilen kural, hukuk sisteminde artık yer almaz ve uygulanma imkânını kaybeder²⁰. Alexy bunu kural çatışmalarının kuralların geçerliliği sorunuyla ilgili olması ve birbiriyle çatışan iki kuralın eş zamanlı aynı hukuk sisteminde var olamaması ile açıklar²¹. Bu nedenle de kural çatışmalarının hukuki geçerlilik kavramı ile yakından ilgili olduğunu söyler.

Diğer taraftan Alexy'e göre "ilkelerin çakışması (*Prinzipienkollision*)"²² durumunda, sorunun çözümü için bir istisna şartının aranması ya da ilkelerden birinin geçersiz kılınması mümkün değildir. İlkelerin çakışmasının söz konusu olduğu durumlarda en az iki ilke eş zamanlı geçerlilik ve öncelik talep eder. Somut çakışmanın çözümü için bir öncelik-sonralık ilişkisinin tesis edilmesi gerekir²³. Alexy, bunun nedenini ilkelerin optimizasyon gerektiren karakterleri ile açıklar. İlkelerin çakışması durumunda bir ilkenin diğer bir ilkeyi geçersiz kılmasından değil bir ilkenin diğerine öncelikli olmasından söz edilir.

Alexy'nin teorisine göre kuralların *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğini taşıması, optimizasyon karakterinin sadece ilkelere özgü olduğu anlamına gelir. İlkeler teorisi için bir hukuk normunun ya kural ya da ilke olduğu -üçüncü bir ihtimalin ise yok olduğu- hatırdta tutulacak olursa, hukuk normu ile ilgili uyumsuzlukların da *kuralların çatışması* ve *ilkelerin çakışması* olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmasını zorunlu kılar²⁴.

III. OPTİMİZASYON TEZİ

Değindiğimiz gibi kurallar ya uygulanır ya da uygulanmazlar²⁵. Bu bakımdan *ya hep ya hiç* uygulanabilir olma özelliğine sahiptirler.

²⁰ a.g.e. s. 78.

²¹ a.g.e. s. 78.

²² Almanca *Kollision* kavramını Türkçeye *çarpışma*, *çakışma*, *ihtilaf* gibi kelimelerle çevirmek mümkündür. Terimin ilkeler teorisi anlamında *Konflikt* teriminden farkını ortaya koymak bu noktada yerinde olacaktır. *Konflikt* terimi Alexy terminolojisinde kurallara özgü bir kavram olup kuralların geçerliliği ile ilgili bir uyumsuzluğa karşılık gelmektedir. *Kollision* terimi ise ilkelere özgü bir kavram olup ilkelerin birbirini geçersiz kıldığı durumları değil, birbirleriyle yarıştığı durumları ifade eder. Bu nüansı dikkate alarak ilkelerin *çatışmasından* söz etmenin ilkeler teorisi ile örtüşmeyeceği ve bu nedenle *Kollision* kavramını Türkçeye *çakışma* olarak çevirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

²³ Alexy, R. (2006). s. 79; Alexy, R. (2000). s. 33 vd.

²⁴ Alexy R. (1995b). *Rechtssystem und praktische Vernunft*, Alexy, R. (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 213–231), Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 216. Ayrıca bkz. Alexy, R. (2009a). *Ideales Sollen*, Clérico, L., Sieckmann, J.-R. (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 21–38), Baden-Baden: Nomos, s. 29.

²⁵ Alexy R. (2006). s. 75.

Alexy için kural-ilke ayrımının esası, ilkelerin yapısal farklılıklarına, yani ilkelerin *optimizasyon gereklilikleri* (*Optimierungsgebote*)²⁶ olmalarına dayanır. Kurallardan farklı olarak ilkeler, farklı ağırlık derecelerinde yerine getirilebilirler. İlkeler, “*hukuken ve fiilen en yüksek oranda gerçekleştirilme potansiyeline sahip optimizasyon gereklilikleridir*”²⁷. Bu tanım, ilkelerin sadece farklı ağırlık derecelerinde uygulanabilmesine imkân tanıyan bir norm yapısına sahip olduklarını değil aynı zamanda bu ağırlık derecelerinin hem somut olaya özgü (*fiilî*) olasılıklara hem de yarışan ilke ve kurallarca belirlenen *hukuki* olasılıklara bağlı olduklarını anlatır²⁸. Optimize edilebilir olma özelliği ilkelere fiilî ya da hukuki olasılıklar dâhilinde mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilebilme imkânını sağlar. Bir ilkenin başka bir ilke ile çakışması durumunda, hangisinin diğerine öncelikli olduğuna karar vermek için bir *tartım* yapmak zorunludur²⁹.

Daha yeni çalışmalarında Alexy kural ve ilkelerin farklı norm yapılarına sahip oldukları iddiasını daha ayrıntılı açıklar. Kuralların *reel bir gereklilik* (*reales Sollen*) ifade ederken, ilkelerin ise *ideal bir gereklilik* (*ideales Sollen*)³⁰ ortaya koyduklarını öne sürer³¹. İlkeler açısından bu niteleme, ampirik ya da normatif dünyanın sınırlı imkânları ile henüz ilişkilendirilemeyen bir ideale, birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlamasına karşılık gelir³². Bir ilkenin uygulanmasının anlamı, ideal bir gerekliliğin somut bir olayda reel bir gerekliliğe dönüştürülmesidir³³.

Alexy'nin ilke tanımına yakından baktığımızda; ilkelerin ideal gereklilikler, başka bir ifade ile “*birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlaması*” olarak kavramlaştırıldığı yani ilkelerin temelde *meta düzeyde* kurulduğu sonucuna varabiliriz. Meta düzeyde herhangi bir uyumsuzluk durumundan söz edilemeyeceğinden aynı zamanda bu, herhangi iki ilkenin birbirine koşut olmasının asla mümkün olamayacağı anlamına

²⁶ Bir ilkenin optimize edilmesi (*Optimierung*), bir ilkenin mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.

²⁷ Alexy, R. (1995a). s. 204; Alexy, R. (2006). s. 75 vd.; Alexy, R. (2000). s. 32 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

²⁸ Alexy, R. (2006). s. 76.

²⁹ a.g.e. s. 79 vd.

³⁰ Alexy bunu, şu şekilde formüle eder: $OOpt Op \dashv O_p$. Burada ideal gereklilik O-Operator “i” ile gösterilmektedir.

³¹ Alexy R. (2009a). s. 25 vd.

³² Alexy R. (2009a). s. 23.

³³ Alexy R. (2009a). s. 31.

da gelecektir. Alexy, ilke tanımındaki bu tutarsızlığı gidermek amacı ile yer yer ilkelerin “tartım nedenleri (*Abwägungsgründe*)” olduklarını da dile getirir³⁴. Fakat bu çabası “birbirine koşut olan hak ve ödevlerin bir soyutlaması” olan ilkelerin, somut bir çakışma durumunda -başka bir deyişle, farklı tartım nedenlerinin karşılıklı uyuşmazlığı durumunda- nasıl aynı zamanda tartım nedenleri olabildiklerini açıklayamamaktadır³⁵. Alexy, ilkelerin yer yer *ideal gereklilikler* yer yer *tartım nedenleri* olduklarını ileri sürerek tatmin edici bir ilke kavramı sunamamaktadır³⁶.

IV. ÇAKIŞMA YASASI

Alexy'nin ilkeler teorisine ilkelerin çakışmasında koşulsuz bir öncelik-sonralık ilişkisinin tespiti mümkün değildir. Bunun sebebi koşulsuz bir öncelik-sonralık ilişkisinin ilkelerin birbirleri ile yarışması durumuna değil bir *istisna kuralına*³⁷ karşılık gelmesidir. İlkelerin çakışmasının çözümü ise daha çok somut olaya ilişkin yararların (çıkarların) ağırlıklarının incelenmesini gerektirdiğinden *koşullu* bir öncelik-sonralık ilişkisinden söz edilir. Bu ilişki, aşağıdaki şekilde formüle edilebilir:

“Eğer ilke P_1 C durumunda ilke P_2 ye karşı önceliğe sahipse: (P_1 P P_2)
 C , ve ilke P_1 C durumunda R hukuki sonucunu doğuruyorsa; o zaman,
 C 'nin hukuki sebep ve R 'nin hukuki sonuç olduğu kural şu şekildedir:
 $C \rightarrow R$ ³⁸”

“Çakışma yasası (*Kollisionsgesetz*)”, ilkelerin tartıma muhtaç³⁹

³⁴ Alexy, R. (2006). s. 88. Benzer şekilde bkz. Alexy R. (2009a). s. 28.

³⁵ Buradaki eleştiri özetle, Alexy'nin normun kendisinin optimize edilmesi ile normun içeriğinin optimize edilmesi arasındaki ayrımı ortaya koyduğu açıklamaların tahmin edici olmaması ile ilgilidir.

³⁶ Bu ikna edici olamama hâli kendini en belirgin şekliyle ilkelerin ideal gereklilikler olarak O-Operator ile sembolleştirilmesinde karşımıza çıkar. Bunun için bkz. yukarıda dn. 30. Alexy'nin ideal gereklilikler sembolleştirilmesinde soyut ideal gereklilik ve somut ideal gereklilik ayırımına gitmemiş olması, ilkeler kavramlaştırmasını ikna edici olmaktan uzaklaştırmaktadır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Sieckmann, J. R. (2011). “Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 97, S. 2, s. 184; Poscher, R. (2007). s. 68 vd.; Poscher, R. (2010). s. 354 vd. Ayrıca bkz. Kallmeyer, C. (2016). s. 217 vd.

³⁷ Bkz. yukarıda II.

³⁸ Bu yasada, P sembolü “ilke (*Prinzip*)”, C sembolü “durum/şart (*Tatbestand*)”, R sembolü ise “hukuki sonuç (*Rechtsfolge*)” anlamına gelir. Çakışma yasasının Almanca karşılığı şu şekildedir: “Wenn das Prinzip P_i dem Prinzip P_j unter den Umständen C vorgeht: (P_i P P_j) C_i und wenn sich aus P_j unter den Umständen C die Rechtsfolge R ergibt, dann gilt eine Regel, die C als *Tatbestand* und R als *Rechtsfolge* enthält: $C \rightarrow R$.” Bkz. Alexy, R. (2006). s. 83 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

³⁹ Burada dikkat edilmesi gereken, Alexy'nin ilkeleri “tartılabilir (*abwägungsfähig*) normlar” olarak değil, “tartıma muhtaç (*abwägungsbedürftig*) normlar” olarak tanımlamasıdır. Bu

karakterlerini yansıtmaları ve ilkelerin birbirleri arasında mutlak bir öncelik-sonralık ilişkisinin olmadığını ortaya koymasından dolayı Alexy'nin ilkeler teorisinin temelini oluşturur⁴⁰.

V. TARTIM YÖNTEMİ

A. TARTIM YASASI

Temel haklara müdahalenin derecesinin ve bu müdahaleyi meşru kılan sebeplerin ağırlıklarının birbiriyle olan ilişkisini ifade eden "tartım yasası (*Abwägungsgesetz*)" Alexy'e göre tartımın özünü oluşturur. Bu formül, temel haklara müdahale ve bu müdahaleyi haklı kılan sebeplerin "ne kadar... ne kadar" bağlacı yardımıyla ilişkilendirilmesi ile elde edilir. Alexy, bu formülü şu şekilde ortaya koyar:

"Bir ilkenin yerine getirilmemesi ya da ihlal edilmesinin derecesi ne kadar yüksekse, diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi o kadar büyük olacaktır⁴¹."

Tartım yasası üç aşamalı bir araştırmayı içerir⁴²: Birinci aşama, [I.] bir ilkenin ihlalinin veya yerine getirilmemesinin tespiti aşamasıdır. Bu aşamayı, [II.] müdahalenin boyutunun, diğer bir deyişle saldırının yoğunluğunun tespiti aşaması izler. Bu aşamada, söz konusu ilkeye koşut diğer ilkenin yerine getirilmesinin önem derecesi ortaya konmaktadır. Bunu takiben [III.] söz konusu ilkenin uygulanmasının gerekliliği yani karşıt ilkenin ihmal edilmesinin/uygulanmamasının haklılığı tartışılır.

Bir ilkenin uygulanmasının (veya diğer ilkenin göz ardı edilmesinin) nedenlerine ilişkin incelemede olası üç sonuca ulaşılabilir⁴³. Bir neden ya diğer bir nedene göre [I.] *daha ağır* veya [II.] *daha hafif* olabilir. Üçüncü bir olasılık ise bu nedenlerin [III.] *eşit ağırlıkta* olmasıdır. Alexy, nedenlerin ağırlık derecelerinin kıyaslandığı bu değerlendirmenin rasyonel bir şekilde yapılabileceğini iddia etmektedir. "Derecelendirilmiş üçlü model (*die triadische Skalierung*)" olarak adlandırdığı bu inceleme, *hafif-*

tanımlamadan çıkartılabilecek sonuç, Alexy'e göre ilkelerin tek uygulanma yönteminin tartım olduğudur. Alexy R. (1995b). s. 216.

⁴⁰ Alexy, R. (2006). s. 84.

⁴¹ a.g.e. s. 146 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır].

⁴² Alexy, R. (2009b). "Konstruktion der Grundrechte", Clérico, L., Sieckmann, J. R. (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 9-19), Baden-Baden: Nomos, s. 15.

⁴³ Bodo, P., Schlink, B. (2001). *Grundrechte*, 17. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller, Rn. 293.

orta-ağıır⁴⁴ olarak kademelendirilebilen bir değerlendirme sistemine dayanmaktadır⁴⁵.

Alexy, nedenlerin ağıırlıklarının eşit olmaması durumunda bağlayıcı bir yanıtı ulaşılabilceğini söylemenin çok zor görünmediğini dile getirir. Derecelendirme sonucunda bir eşitliğin elde edilememesi, Alexy'e göre Anayasada belirli bir karar yönünde netliğin olmasından kaynaklanır. Bunun aksine eşit ağıırlıktaki ilkelerin tartımının gerekli olduğu durumlarda ise *yapısal bir takdir yetkisi*⁴⁶ söz konusudur⁴⁷. Yapısal takdir yetkisi ile ilgili en önemli nokta, anayasaların bir ilkenin diğer bir ilke ile eşit ağıırlıkta olduğu durumlar (*patt* durumları) için yanıtız kalmalarıdır. Alexy, yapısal takdir yetkisinin iki boyutu olduğunu söyler. Bunlar, eşit durumlarda eşitlik ve eşitler arasında eşitlik⁴⁸. Bu çift karakterli tartıma, takdir yetkisinin özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kısıtlanması arasındaki ilişki açısından önemli olduğunu gösterir.

Alexy'e göre tartımda takdir yetkisi, varlığını temelde geniş bir derecelendirmeye izin veren yapısına borçludur. Ne kadar hassas bir derecelendirme yapılırsa o kadar az eşitlik (*patt*) durumlarıyla

⁴⁴ Alexy, ilkesel olarak derecelendirme sayısını açık bırakır. O'na göre gündelik hayat ve hukuk pratiği temelde üçlü olan fakat daha ayrıntılı olarak da tasvir edilebilecek olan bir sisteme de izin verir. Şöyle ki, üçlü derecelendirme sisteminin her bir basamağına bir o kadar daha eklenerek dokuz basamaklı bir *çift-üçlü modele* de ulaşılabilir. Böylece örneğin, *ağıır-çok hafif bir müdahaleden* de söz edilebilir. Alexy, R. (2003a). s. 783.

⁴⁵ a.g.e. s. 783.

⁴⁶ Alexy'e göre takdir yetkisi genel anlamda "*yapısal takdir yetkisi (das strukturelle Spielraum)*" ve "*epistemik takdir yetkisi (das epistemische Spielraum)*" olmak üzere ikiye ayrılır. Yapısal takdir yetkisi Anayasanın sınırları içinde tanınmış bir serbestidir. Bu takdir yetkisinin üç çeşit görümü vardır: [1] Amaç veya sebep kuran takdir yetkisi, [2] araçların seçiminde takdir yetkisi ve son olarak [3] tartımda takdir yetkisi. Epistemik takdir yetkisi ise tamamen bunlardan farklıdır. Bu takdir yetkisi, Anayasanın izin ve yasaklarının sınırında gerçekleşmez. Epistemik takdir yetkisi, Anayasanın yasakladığı veya izin verdiği durumları veya ne yasakladığı ne de izin verdiği yani serbesti tanıdığı durumları bilme yeteneğinin sınırı ile ilgilidir. Bu nedenle, bu takdir yetkisinin Anayasanın sınırlarını tanıma veya bilme yetisinden doğduğunu söylemek yerinde olacaktır. Başka bir deyişle; anayasal ilkeleri gözetmek zorunda olan anayasa yargısının görevi, epistemik takdir yetkisinin başladığı noktada son bulur. Epistemik takdir yetkisi, bu nedenle yasa koyucuya tanınmış bir takdir yetkisidir. Bu iki takdir yetkisini ayıran başka bir nokta da uygulamaya ilişkindir. Yapısal takdir yetkisinde hukukun işlevselliği ile ilgili görüşler ve usulü ilkeler rol oynamazken, epistemik takdir yetkisine ilişkin bir problem hukukun işlevselliği ile ilgili görüşler ve usulü ilkeler olmaksızın çözülemez. İlkeler teorisinde "*usule ilişkin ilkeler (formelle Prinzipien)*" için bkz. Alexy, R. (2014). "Formal Principles: Some Replies to Critics", *Int. J Constitutional Law*, C. 12, S. 3, ss. 511–521. Ayrıca bkz. Klatt, M., Schmidt, J. (2010). ss. 57–70; Portocarreto Quispe, J. A. (2014). ss. 165–260; Azevedo Palu, G. A. (2019). s. 265 vd.

⁴⁷ Alexy, R. (2002b). "Verfassungsrecht und einfaches Recht–Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichts-barkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, C. 61, s. 16 vd.

⁴⁸ a.g.e. s. 16.

karşılaşılabileceği⁴⁹. Fakat bu, her durumda kesin bir sonuca ulaşılabileceği anlamına da gelmez. Keza Anayasa net bir biçimde dökümü yapılabilecek malzemeler sunmadığından eşit durumların veya başka bir deyişle takdir yetkisinin ortadan kaldırılabilmesinden söz etmek mümkün değildir⁵⁰.

Son olarak Alexy'nin eşitlik durumunu örneklendirmek için yer verdiği Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına⁵¹ değinmek yerinde olacaktır. Söz konusu kararın konusunu, soruşturma dosyalarının gizliliğinin ihlal edilmesi halinde cezai müeyyide öngören hükmün (§353d Nr. 3 StGB) anayasaya uygunluk denetimi oluşturmaktadır. Olayda "Flick-Parti Yardımı Skandalı (*Flick-Spendenaffäre*)" ile ilgili ilk duruşmadan önce Bonn Cumhuriyet Savcısı tarafından kaleme alınan soruşturma dosyasından doğrudan alıntı yapan bir haberin soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği ileri sürülmüş ve dava Hamburg Yerel Mahkemesinin önüne gelmiştir. Bunun üzerine Hamburg Yerel Mahkemesi, iddiaya dayanak olan hükmün anayasaya aykırılığının incelenmesi için dosyayı Alman Federal Anayasa Mahkemesine sevk etmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ilgili yasağın soruşturmanın muhatabının kişiliğini *düşük* oranda koruduğuna ve Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrası ile korunan basın özgürlüğünü ise *önemli oranda ihlal etmediğine* hükmetmiştir⁵².

Yukarıdaki karar hakkındaki yorumunda Alexy, Anayasa Mahkemesinin söz konusu olayda müdahalenin yoğunluğunu ve müdahaleyi haklı kılan sebebi *hafif* olarak derecelendirdiğini, bu değerlendirmenin de daha önce bahsi geçen *eşitlik (patt)* durumuna karşılık geldiğini dile getirir. Alexy'e göre böyle bir eşitlik durumunda yasa koyucu müdahalede bulunabilir. Ancak yasa koyucunun bu müdahalesi bir zorunluluğa değil, takdir yetkisine dayanır⁵³.

⁴⁹ a.g.e. s. 25.

⁵⁰ Bu noktada "Asgari Ölçü Tezi (*Mindestmaßthese*)"ne değinilebilir. Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında tartım yönteminden kaçınmak için ortaya atılan *Asgari Ölçü Tezi*, yasa koyucunun eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak temel haklar hukukunda asgari ölçütlerin neler olabileceği ile ilgili görüşlere dayanır. Tartım yönteminin eleştirisini içeren *Asgari Ölçü Tezi* ile ilgili olarak örneğin bkz. Hain, K.-E. (1999). *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden: Nomos, s. 188 vd.

⁵¹ Karar için bkz. BVerfGE 71, 206.

⁵² "*Düşük oranda koruma*" ve "*önemli oranda ihlal etmeme*" ifadeleri Alexy terminolojisinde, üçlü derecelendirme skalasında *hafif* derecesine karşılık gelir. Alexy, *hafif - orta - ağır* derecelendirmelerinin bir nevi bir statüye karşılık geldiğini; örneğin, *hafif* yerine *düşük*, *ağır* yerine *yüksek* gibi ifadelerin de kullanılabileceğini dile getirir. Bkz. Alexy, R. (2002b). s. 21, dn. 86. Kararın ilgili bölümü için ayrıca bkz. BVerfGE 71, 206 (219 vd.).

⁵³ Alexy, R. (2002b). s. 24.

B. AĞIRLIK FORMÜLÜ

Alexy'nin "ağırlık formülü (*Gewichtsformel*)" olarak adlandırdığı, iki ilkenin çakışması durumunda söz konusu bu iki ilkenin ağırlıklarının tartım yoluyla nasıl hesaplanabileceğini göstermeye çalıştığı formül, şu şekildedir⁵⁴:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

Bu formülde $G_{i,j}$, P_i ve P_j ilkelerinin çakışması sonucunda elde edilen somut ağırlığa karşılık gelir. I_j , P_i ilkesinin yerine getirilmemesinin ya da ihlalinin yoğunluğunu, I_j ise P_j ilkesinin yerine getirilmesinin değerini sembolize eder. G_j , P_i ilkesinin (aynı doğrultuda G_j , P_j ilkesinin) soyut ağırlığını, S_j , P_i ilkesinin (aynı doğrultuda S_j , P_j ilkesinin) epistemik kesinlik derecesini gösterir⁵⁵. Bu bağlamda S , tartım kararında esas alınan *ampirik* (S^e) ya da *normatif* (S^n) öncüllerinin kesinlik derecesine işaret eder⁵⁶.

C. TARTIM

Alexy'e göre *optimizasyon gereklilikleri* olarak ilkelerin, *filî* ve *hukuki* olasılıklar dâhilinde mümkün olduğunca en yüksek oranda yerine getirilebilir olduklarına yukarıda değinmiştik.⁵⁷ Alexy'nin bu düşüncesinin 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde de yer alan ölçülülük ilkesinin geniş anlamı ile de uyumlu olduğu söylenebilir. Alexy'nin ilke tanımında belirttiği *filî* olasılıkların yerine getirilmesinden kasıt, ölçülülük testinin unsurlarından olan *elverişlilik* ve *gereklilik* şartlarına

⁵⁴ Bu formülde G sembolü "ağırlık (*Gewicht*)", I sembolü "yoğunluk (*Intensität*)", S sembolü ise "kesinlik (*Sicherheit*)" kelimeleri yerine kullanılmıştır. Alexy, zaman içinde birkaç kez ağırlık formülünü güncellemiştir. Bu çalışmada Alexy'nin "genişletilmiş" olarak adlandırdığı, ağırlık formülünün bu son haline yer verilmiştir. Bu formül için bkz. Alexy, R. (2014). s. 514; Alexy, R. (2003a). Die Gewichtsformel, Jickeli, J., Kreutz, P., Reuter, D. (Der.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (ss. 771–792), Berlin: De Gruyter.

⁵⁵ Bu bağlamda Alexy, ikinci bir yasadan bahseder. "Epistemik tartım yasası (*das epistemische Abwägungsgesetz*)" olarak isimlendirdiği bu yasayı ise şu şekilde formüle eder: "Bir temel hakka müdahale ne kadar ağırsa, müdahaleyi gerekli kılan öncüllerin kesinliği o kadar yüksek oranda olmak zorundadır". Alexy, R. (2002b), s. 28 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁵⁶ Bilmeye ilişkin sınırlılık, *ampirik* olabileceği gibi *normatif* bir özellik de gösterebilir. Ampirik bilgiye ilişkin sorun, karara konu olayın önkoşullarının veya sonuçlarının muğlaklığına dayanırken; normatif bilgiye ilişkin sorun, Anayasada neye izin verildiği, neyin yasaklandığı ya da serbest bırakıldığı konusu ile ilgilidir. Alexy, R. (2002b). s. 27 vd.

⁵⁷ Bkz. yukarıda III.

uygun şekilde bir değerlendirmenin yapılmasıdır⁵⁸. Hukuki olasılıkların gerçekleşmesi ise ölçülülük ilkesinin dar anlamına karşılık gelmektedir⁵⁹. Alexy'e göre dar anlamda ölçülülük ilkesine uygunluğun tespiti ise, yukarıda ele alınan *çakışma yasasına* göre bir tartmayı (*Abwägung*)⁶⁰ gerekli kılar⁶¹. Birbirine koşut olan iki ilkenin çakışmasının gerçekleştiği koşullara göre bir tartımın yapılması, ilkelerin *hukuken* yerine getirilmesi anlamına gelir⁶².

Tartımın rasyonel bir uygulamaya dayandığını ileri süren Alexy⁶³, bu iddiasını *hafif - orta-ağır* olarak formüle ettiği *üçlü derecelendirme*⁶⁴ yöntemi ile ispatlamaya çalışır. Bu derecelendirme, bir ilkeye müdahalenin yoğunluğu ile çakışan diğer bir ilkenin yerine getirilmesinin önem derecesinin birbiri ile ilişkilendirilmesi yolu ile elde edilir. Bu, üçlü derecelendirmenin somut olayın özellikleri göz önüne alınarak elde edilmesidir. Alexy, *hafif -orta-ağır* olarak ortaya koyduğu bu

⁵⁸ Alexy, R. (2003a). s. 772.

⁵⁹ Alexy, R. (2006). s. 100; Alexy, R. (2000). s. 36.

⁶⁰ Almanca *Abwägung* kavramı, Alexy'nin İngilizce kaleme aldığı eserlerinde *balance* kavramı olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle de Alexy'nin İngilizce metinlerine atf yapan Türkçe eserlerde bu kavram hatalı bir şekilde *dengeleme* olarak çevrilmiştir. Ancak Alexy'nin tartım ile ilgili açıklamalarına bakıldığında tartım uygulamasının herhangi bir aşamasında dengeleme işleminin ya da aşamasının yer almadığı açıkça görülebilir. Alexy arasında İngilizce *balance* kavramını *dengeleme* anlamında değil *ölçme/tartma* yani *terazi* anlamında kullanır (Ancak kavramın dengeleme ile hiçbir ilgisinin olmadığını söylemek de yanlış olacaktır. Kefeli bir terazide ağırlığın tespit edilebilmesi için bir *dengeleme* yapmak gerekir. Ancak bu, terazinin asıl işlevinin *dengeleme* olduğu anlamına gelmez. Terazi ile yapılan esasında ağırlık ölçümü yani *tartımdır*). Bu nedenle, kavramın Türkçeye *tartım* olarak çevrilmesinin, ilkelerin ağırlıklarının derecelendirilebilmesini içeren anlamı ile daha uyumlu olduğu söylenebilir.

⁶¹ Bkz. yukarıda IV.

⁶² Alexy, R. (2006). s. 100.

⁶³ Tartımın rasyonelliğine yöneltilen eleştiriler için özellikle bkz. Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, s. 309 vd.; Schlink, B. (2001). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, FS 50 Jahre BVerfG (ss. 445–465), C. 2, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 445 vd.; Jestaedt, M. (2007). *Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen*, Depenheuer, O., Heintzen, M., Jestaedt, M., Axer, P. (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller, s. 265 vd. Ayrıca bkz. Windisch, F. (2013). "Abwägung: Total, formal oder strukturiert? Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung", *Rechtstheorie*, C. 44, ss. 61–102; Camilo de Oliveira, R. (2013). *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot; Hwang, S. P. (2008). "Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume? Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 133, ss. 606–628; Schilcher, B. (2000). *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 153–192), Wien: Österreich; Hain, K. E. (1999). s. 136 vd.; Leisner, W. (1997). "Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat", *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 10, ss. 636–639.

⁶⁴ Bkz. yukarıda V, A.

derecelendirmeyi matematiksel olarak sırasıyla $2^0-2^1-2^2$, yani 1-2-4 değerleri ile nitelendirilir. *Epistemik kesinlik* derecelendirmesini ise *kesin-makul-kesin olarak yanlış olmama*⁶⁵ şeklinde ortaya koyan Alexy, bu epistemik derecelendirmenin matematiksel karşılığını ise $2^0-2^{-1}-2^{-2}$, yani $1-1/2-1/4$ olarak belirtir⁶⁶.

Alexy, tartımın nasıl rasyonel bir şekilde uygulanabileceğini anlatmak için Alman Federal Anayasa Mahkemesinin TITANIC kararından⁶⁷ faydalanır. Alexy'nin teorisinin anlaşılması adına, çalışmamızda bu karara ve Alexy'nin teorisini bu karara nasıl uyguladığına yer vermeyi yerinde buluyoruz. Kararda geçen şikâyet konusu olayda, TITANIC dergisinin 1988-Mart sayısında yer alan "Yedi En Utanç Verici Kişilik" başlıklı yazıda şikâyet edenin isminin başına parantez içinde "*katil doğan (geb. Mörder)*" ifadesi konduğu ve buna ek olarak sakat bir yedek subayın askere gitmek zorunda olmadığı hâlde bu hizmete gönüllü olmasının, askerlik hizmetinin katil olma arzusunu tatmin eden doğası ile açıklandığı görülmektedir⁶⁸. İlgili Yüksek Eyalet Mahkemesi, adı geçen dergi aleyhine söz konusu yazı ile ilgili 12.000 Mark oranında bir manevi tazminata hükmetmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bu karar ile ilgili bireysel başvuruda ise Alman Federal Anayasa Mahkemesi başvuru TITANIC dergisi aleyhine manevi tazminata hükmedilmiş olmasının, Alman Anayasası'nın 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca bir temel hakkın ihlali sonucunu doğurup doğurmadığını karara bağlamıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu kararında öncelikle adı geçen derginin ilgili yazısının "*hiciv (Satire)*" içerip içermediğini, olayda Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bir *sanat* faaliyetinin söz konusu olup olmadığı sorusu ile birlikte değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinde *hicvin sanat olabileceği fakat her hicvin sanat sayılamayacağına* vurgu yapmıştır⁶⁹. Hiciv içeren eserlerin Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini dile getiren Anayasa Mahkemesi, söz konusu ifadelerin somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak hiciv içerdiğini ve bu ifadelerin *hafif* derecede bir müdahaleye neden

⁶⁵ Alexy, R. (2003a). s. 789.

⁶⁶ a.g.e. s. 790.

⁶⁷ Kararın tamamı için bkz. BVerfGE 86, 1.

⁶⁸ BVerfGE 86, 1 (6 vd.).

⁶⁹ BVerfGE 86, 1 (32).

olduğunu ifade etmiştir⁷⁰. Bu tespitini gerekçelendirirken Anayasa Mahkemesi, çakışan iki ilkeye (derginin ifade özgürlüğüne ve söz konusu felçli kişinin kişilik hakkına) atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ayrıca aynı derginin Temmuz sayısındaki başka bir eseri de bu bağlamda incelemiş ve bu eser ile ilgili olarak da sakat bir yedek subayın -neredeyse hiçbir şekilde- hicve yer verilmeyerek “kötürüm (*Krüppel*)” olarak resmedilmesini⁷¹ ilgili kişinin kişilik hakkının ağır derecede bir ihlali olarak nitelendirmiştir⁷².

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile ilgili yorumunda⁷³ Alexy, ifade özgürlüğünü bir izin normu (*Erlaubnisnorm*) olarak şu şekilde formüle eder: $\forall x (T_1x \rightarrow P_iRx)$ ⁷⁴. Bu formül uyarınca, “katil doğan” ifadesinin (a) bir ifade açıklaması olarak nitelendirilmesi durumunda, T_1a 'nın geçerli olacağını ve bu takdirde P_iRa sonucuna ulaşılabileceğini ifade eder⁷⁵. Bir sonraki adım olarak Alexy, ifade özgürlüğü ilkesinin (P) Alman Anayasası'nın 2. maddesine göre kişilik hakkının korunması ilkesi ile yarıştığını ve bu nedenle de mantıksal açıklamanın şu şekilde olması gerektiğini belirtir: $\forall x (T_2x \rightarrow \neg P_iRx)$ ⁷⁶. Bu formül uyarınca, “katil doğan” ifadesinin (a) kişilik hakkının bir ihlali olarak nitelendirmesi durumunda ise T_2a 'nın geçerli olacağını ve bu takdirde $\neg P_iRa$ hukuki sonucuna ulaşılabileceğini dile getirir⁷⁷. Böylelikle birbirine zıt olan iki hukuki sonuca ulaşılmış olunacağını ortaya koyar: $P_iRa \wedge \neg P_iRa$.

Alexy, bir ilke tarafından yasaklanan şeyin diğer bir ilke tarafından izin verildiği böylesi durumlarda tartım yolu ile rasyonel bir değerlendirmenin yapılabileceğini iddia eder⁷⁸. Tartım yönteminde hafif, orta veya ağır olarak derecelendirme yapılabilmesini, somut bir olaya ilişkin olarak Anayasanın neyi yasakladığının, neye izin verdiğinin ya

⁷⁰ BVerfGE 86, 1 (12).

⁷¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi ayrıca Yüksek Eyalet Mahkemesinin bu ifadeyi, hakaret içeren bir ifade olarak değerlendirdiğini de kararında belirtmiştir. BVerfGE 86, 1 (45).

⁷² BVerfGE 86, 1 (13).

⁷³ Başka bir örnek karar için bkz. BVerfGE 95, 173 (*Tütün kararı*).

⁷⁴ Bu formül şu şekilde özetlenebilir: “Her bir x için geçerli olmak üzere eğer x bir düşünce açıklaması (T_1) ise o takdirde *prima facie* olarak izin verileceğinden (P), x (R) hukuki sonucunu doğurur.” Alexy, R. (2009a). s. 27.

⁷⁵ a.g.e. s. 27 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁷⁶ Bu formül şu şekilde özetlenebilir: “Her bir x için geçerli olmak üzere; eğer x kişilik hakkının ihlali (T_2) ise o takdirde *prima facie* olarak izin verilmeyeceğinden ($\neg P$), x (R) hukuki sonucunu doğurur.” Alexy, R. (2009a). s. 27 [Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.].

⁷⁷ a.g.e. s. 27.

⁷⁸ Alexy, R. (2002b). s. 21.

da neyi serbest bıraktığının tespiti açısından rasyonel bir değerlendirme imkânı olarak görür. Alexy; yukarıda bahsedilen kararda mahkemenin “katil doğan” ifadesi ile fikir özgürlüğüne (P_i) yapılan müdahalenin yoğunluğunu ağır, ilgili kişinin kişilik hakkının korunmasının (P_j) önem derecesini ise orta olarak değerlendirmesini matematiksel bir anlatımla sırası ile $P_i(G_{i,j})$ 4/2 yani 2 ve $P_j(I_{i,j})$ 2/4 yani 1/2 şeklinde ortaya koyar⁷⁹. Bu şekilde, söz konusu olayda P_i ilkesinin P_j ilkesine göre öncelikli olduğunun rasyonel bir yöntemle tespit edilebileceğini göstermeye çalışır. TITANIC dergisinin para cezası ödemesi gerektiğini öngören yerel mahkeme kararına karşı açılan bireysel başvurunun da bu nedenle dergi aleyhine bir karar ile sonuçlanması gerektiğini belirtir⁸⁰.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Son olarak çalışmamız kapsamında Alexy'nin ilkeler teorisinin kısa bir değerlendirmesini yapmayı yerinde görüyoruz⁸¹. Alexy'nin ilkeler teorisi temelde iki varsayıma dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, normların ilke ve kural olmak üzere ikiye ayrıldığıdır⁸². Normların bu ikili ayrımı öncelikle bir normun ilke olmadığı takdirde kural olması gerektiği ya da *vice versa* bir normun kural olmadığı takdirde ilke olması gerektiği anlamına gelir. Alexy, kural ile ilke arasındaki farklılığın bu iki norm türünün yapısal farklılığından kaynaklandığını iddia eder⁸³. Ancak norm yapıları arasındaki bu farklılığı açık bir şekilde ortaya koymaz. Daha çok kural ile ilke arasındaki farkı, kural ile ilkenin farklı şekillerde uygulanmayı gerektiren normlar olma özellikleri ile açıklar. Alexy'nin ikinci varsayımı ise kurallar ile ilkelerin hukuken farklı şekillerde uygulandığıdır⁸⁴. Bu varsayıma göre kurallar altakoyma (*Subsumtion*) yöntemine, ilkeler ise tartım (*Abwägung*) yöntemine tabidir. Alexy terminolojisinde bir normun ilke olduğunu söylemek, aynı zamanda o normun tartım yöntemine tabi olduğunu söylemek anlamına gelir.

⁷⁹ Alexy, R. (2009b). s. 18.

⁸⁰ Ayrıca Alexy, “kötürüm (*krüppel*)” olarak resmedilme durumunda ilgili kişinin kişilik haklarının ihlalinin derecesini mahkemenin ağır olarak derecelendirmesinin bir eş değerlilik (*patt*) yarattığını ifade eder.

⁸¹ Çalışmamızın kapsamı uyarınca Alexy'nin ilkeler teorisine ilişkin değerlendirmemiz özet bir biçimde sunulmuştur. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çap, G. (2021). *Die Strukturprinzipien der türkischen Verfassung von 1982 im Lichte der Prinzipientheorie des Rechts von Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot, s. 99 vd. ve s. 334 vd.

⁸² Bkz. yukarıda I.

⁸³ Bkz. yukarıda III.

⁸⁴ Bkz. yukarıda II.

Alexy'nin ilke tanımlamasına yakından baktığımızda, ilkeleri kurallardan yola çıkarak *kural olmama* ve *optimizasyon gereklilikleri olma* şeklinde yaptığını görürüz⁸⁵. Alexy'nin ilke tanımlaması bu hâliyle, ilkelerin norm olarak yapısal anlamda kurallardan farklı olduğuna dair bir kanıt sunmaktan çok, esasında bize ilkelerin uygulanma yöntemleri ile ilgili bir şey söyler. Bu da bizi, Alexy'nin ilkeler teorisinin temelinde yer alan ikinci varsayıma götürür. Alexy'nin şu şekilde bir mantıksal akıl yürütme yaptığını görürüz:

[1] Tartımın uygulanması gerekli olduğu için bir ilkeden söz edilir.

[2] Bir ilke söz konusu olduğu için tartım yöntemi uygulanmak zorundadır.

Alexy'nin bu argümanları esasında *döngüsel*⁸⁶ bir akıl yürütmeye dayandığı için ikna edici olmaktan uzaktır⁸⁷.

Bu açıklamalardan yola çıkarak ilkeler teorisinin *ikili norm tezine* dayandığı söylenebilir. İkili norm tezi, sadece bir normun ya ilke ya da kural olduğu (başka bir deyişle üçüncü bir ihtimalin olmadığı) iddiasına dayanmaz, aynı zamanda ikili bir norm uygulaması yöntemi kabulünü de içerir. Buna göre, ilkeler tartım yöntemi ile kurallar ise altakoyma yöntemi ile uygulanma imkânı bulur.

Alexy'nin bahsi geçen ikili yapı tezini şu örnekle çürütmek mümkündür: A kişinin x ifade açıklamasının, 1982 Anayasası'nın 24. maddesi anlamında din ve vicdan özgürlüğü kapsamında mı yoksa 1982 Anayasası'nın 26. maddesi anlamında ifade özgürlüğü kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir hukuki sorunu ele alalım. 1982 Anayasası'nın 24. ve 26 maddelerinde yer alan temel hak normlarının, Alexy'nin ilkeler teorisi anlamında ilke-normlar olarak değerlendirileceğine kuşku yoktur. Bu tespitin ilkeler teorisine göre bir diğer anlamı da bu normlar ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde tartım yönteminin uygulanacak olmasıdır. Peki, örneğimizdeki hukuki sorun gerçekten de tartım yöntemi ile mi çözülecektir? Hangi normun uygulanması gerektiğine ilişkin sorun, esasında temel hak normlarının

⁸⁵ Bkz. yukarıda I. ve III.

⁸⁶ "X doğrudur, çünkü Y doğrudur; Y doğrudur çünkü X doğrudur" şeklinde özetlenebilecek bu döngüsellik *Münchhausen* üçlemesinde geçen *döngüsel argümanları* hatırlatmaktadır. Bkz. Albert, H. (1991). *Traktat über kritische Vernunft*, 5. Baskı, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 13 vd.

⁸⁷ Benzer bir eleştiri için bkz. Steiff, J. (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos, s. 187; Jestaedt, M. (2007). s. 263.

çakışması (*Kollision*) sorununa karşılık gelmez. Alexy'nin ilkelerin yalnızca çakıştıklarına ilişkin iddiasının kabulü bu nedenle makul görünmemektedir. Çünkü bir norm tarafından yasaklanan durumun başka bir norm tarafından izin verilmesi yani birbiri ile uyumlu olmayan iki farklı hukuki sonucun ortaya çıkması durumu örneğimizde söz konusu değildir. Örneğimizde yer alan iki norm arasındaki hukuki ilişkide bir *karşıtlık* ilişkisi değil esasında bir *genellik-özellik* ilişkisidir. Böylesi bir hukuki sorun da Alexy'nin sadece kural çatışmalarına özgülediği "özel normun önceliği (*lex specialis derogat legi generali*)⁸⁸" kuralına göre çözümlenmelidir. Bu da bizi, ilkelerin sadece tartıma muhtaç normlar olduklarına ilişkin iddianın doğru olmadığı sonucuna götürür.

Alexy'nin ikili norm tezine eleştiri olarak başka bir örnek, temel özgürlüklerinin (*din özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, düşünce özgürlüğü* vb.) çetin dava kapsamı dışında kalan gerçekleştirme biçimleri ile ilgili olarak verilebilir. Söz gelimi, Sanatsever S'nin haftada bir kez J Sanat Atölyesi'ne giderek resim yapmasının 1982 Anayasası'nın 27. maddesi uyarınca sanat özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakalım. Örneğimiz sanat hakkı yani bir ilke-norm ile ilgilidir. Söz konusu hukuki sorunun yanıtı şu şekilde verilebilir:

[1] (x) RHx → Px Her x için geçerli olmak üzere, x bir sanatsal faaliyet ise x'e izin verilir.

[2] RHs Resim yapmak bir sanatsal faaliyetidir.

[3] Ps O halde resim yapmaya izin verilir.

Görüldüğü gibi örneğimizdeki hukuki sorun, Alexy'nin sadece kural-normlara atfettiği altakoyma yöntemi ile pekâlâ çözülebilmektedir. Hukuki sorunun çözümü için ayrıca bir tartma yöntemine gerek kalmamaktadır. Optimizasyon esasen en az iki ilkenin varlığını gerektirdiğinden, örneğimizde de görüldüğü gibi optimizasyona başvurmadan da pekâlâ ilkelerin uygulanmasından söz edilebilmektedir.

Normlara ilişkin uyumsuzlukların çeşitliliği göz önüne alındığında Alexy'nin ikili norm tezinin, norm ve normun uygulanması ile ilgili açıklamalarının yetersiz kaldığı söylenebilir.

⁸⁸ Bkz. yukarıda II.

Alexy'nin kural-ilke ikiliğine dayanan ilkeler teorisinin bir diğer sorunlu noktası ise ilkelerin neden optimize edilmesi gerektiği sorusunu yanıtızsız bırakmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi ilkelerin ideal gereklilikler oldukları iddiası, bir girdi-çıkı sorununa yol açtığı için tatmin edici olamamaktadır⁸⁹.

Son olarak Alexy'nin tartım yönteminin rasyonelliği ile ilgili görüşlerinin, tartımın matematiksel bir biçimde ifade edilmesi esasına dayandığına vurgu yapmak yerinde olacaktır⁹⁰. Alexy'nin rasyonellik iddiası, tartımın en sorunlu kısmı olan *bir temel hakkın uygulanmasının önem derecesinin ya da bir temel hakka müdahalenin derecesinin hangi ölçüte göre hafif, orta veya ağır olarak nitelendirilmesi gerektiği* ile ilgili rasyonel bir netlik sunmaz. Rasyonellik ile ilgili açıklamalarında Alexy, hâlihazırda *hafif, orta veya ağır* şeklinde yapılmış olan bir nitelendirmenin esasında sadece matematiksel karşılıklarını ortaya koyar. Alexy'nin tartım formülü, örneğin bir *x* ifadesinin bir *A* kişinin kişilik hakkını neden *ağır* değil de *orta* derecede ihlal etmiş veya edecek sayılması gerektiğine dair temelde rasyonel bir ölçüt sunmaz⁹¹. Bu türden bir ölçütün yokluğu, tartım uygulamasının özünde *değer yargılarına* dayanmasına neden olmaktadır. Kanımızca, *değer yargılarına* dayanmayı tamamen ortadan kaldıramayan bir modelin rasyonelliğinden söz etmek pek de mümkün görünmemektedir.

⁸⁹ Bkz. yukarıda III.

⁹⁰ Bkz. yukarıda V. C.

⁹¹ Böylesi bir ölçütün rasyonel olarak verilebilir olup olmadığı da elbette tartışmaya açıktır. Ancak bu tartışma, başka bir araştırmanın konusunu oluşturur.

KAYNAKÇA

- AARNIO, Aulis (1990). "Taking Rules Seriously", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 42, ss. 180–192.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio (2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos.
- ALBERT, Hans (1991). *Traktat über kritische Vernunft*, 5. Baskı, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ALEXY, Robert (1995a). Zum Begriff des Rechtsprinzips, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 177–212), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (1995b): Rechtssystem und praktische Vernunft, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 213–231), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (1995c). Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Alexy, Robert (Der.), *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (ss. 262–287), Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- ALEXY, Robert (2000). Zur Struktur der Rechtsprinzipien, Schilcher, Bernd, Koller, Peter, Funk, Bernd-Christian (Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 31–52), Wien: Österreich.
- ALEXY, Robert (2002a). Postscript, Alexy, Robert (Der.), *A Theory of Constitutional Rights* (ss. 388–425), Rivers, Julia (Çev.), Oxford: Oxford University.
- ALEXY, Robert (2002b). "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, C. 61, ss. 7–33.
- ALEXY, Robert (2003a). Die Gewichtsformel, Jickeli, Joachim, Kreuzt, Peter, Reuter, Dieter (Der.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* (ss. 771–792), Berlin: De Gruyter.
- ALEXY, Robert (2003b). Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Alexy, Robert, Koch, Hans-Joachim, Kuhlen, Lothar, Rüßmann, Helmut (Der.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (ss. 217–233), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2006). *Theorie der Grundrechte*, 5. Baskı, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- ALEXY, Robert (2009a). *Ideales Sollen*, Clérico, Laura, Sieckmann, Jan-Reinhard (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 21–38), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2009b). *Konstruktion der Grundrechte*, Clérico, Laura, Sieckmann, Jan-Reinhard (Der.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (ss. 9–19), Baden-Baden: Nomos.
- ALEXY, Robert (2012). *Comments and Responses*, Klatt, Matthias (Der.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (ss. 319–356), Oxford: Oxford University.
- ALEXY, Robert (2014). “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *Int. J Constitutional Law*, C. 12, S. 3, ss. 511–521.
- ALEXY, Robert (2015). “Grundrechte, Demokratie und Repräsentation”, *Der Staat*, C. 54, ss. 201–212.
- AZEVEDO PALU, Guilherme Augusto (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen*, Baden-Baden: Nomos.
- BADENHOP, Johannes (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos.
- BODO, Pieroth, SCHLİNK, Bernhard (2001). *Grundrechte*, 17. Baskı, Heidelberg: C.F. Müller.
- BOROWSKI, Martin (2018). *Grundrechte als Prinzipien*, 3. Baskı, Baden-Baden: Nomos.
- CAMILO DE OLIVEIRA, Renata (2013). *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- ÇAP, Güneş (2021). *Die Strukturprinzipien der türkischen Verfassung von 1982 im Lichte der Prinzipientheorie des Rechts von Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.
- DWORKIN, Ronald (1967). “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, C. 35, ss. 14–46.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009). “Abwägung versus normative Auslegung? Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik”, *Rechtstheorie*, C. 40, S. 1, ss. 1–42.
- GÜNTHER, Klaus (1998). *Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HAIN, Karl-E. (1999). *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Baden-Baden: Nomos.
- HEINOLD, Alexander (2011). *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HONG, Mathias (2019). *Abwägungsfeste Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- HWANG, Shu-Perng (2008). "Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume? Zugleich eine Kritik der Alexyschen formellen Prinzipien", *Archiv des öffentlichen Rechts*, C. 133, ss. 606–628.
- JAKAB, András (2009). "Concept and Function of Principles: A Critique of Robert Alexy", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 119, ss. 145–160.
- JESTAEDT, Matthias (2007). Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen, Depenheuer, Otto, Heintzen, Markus, Jestaedt, Matthias, Axer, Peter (Der.), *Staat im Wort: FS für Josef Isensee* (ss. 253–276), Heidelberg: C.F. Müller.
- KALLMEYER, Christoph (2016). *Ideales Sollen*, Baden-Baden: Nomos.
- KLATT, Matthias (Der.) (2013). *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLATT, Matthias (2014). *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLATT, Matthias, SCHMIDT, Johannes (Der.) (2010). *Spielräume im Öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- KLEMENT, Jan Henrik (2008). "Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt", *Juristische Zeitung*, S. 15, ss. 756–763.
- LEISNER, Walter (1997). "Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat", *Neue Juristische Wochenschrift*, S. 10, ss. 636–639.
- PORTOCARRETO QUISPE, Jorge A. (2014). *Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung*, Baden-Baden: Nomos.
- POSCHER, Ralf (2007). Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, Sieckmann, Jan-Reinard (Der.), *Prinzipientheorie der Grundrechte* (ss. 59–79), Baden-Baden: Nomos.

- POSCHER, Ralf (2010). "Theorie eines Phantoms: Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand", *Rechtswissenschaften*, S. 4, ss. 349–372.
- RAZ, Joseph (1972). "Legal Principles and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, C. 81, ss. 823–854.
- SCHILCHER, Bernd (2000). Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, Schilcher, Bernd, Koller, Peter, Funk, Bernd-Christian.(Der.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (ss. 153–192), Wien: Österreich.
- SCHLINK, Bernhard (2001). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Badura, Peter, Dreier, Horst (Der.), *FS 50 Jahre BVerfG* (ss. 445–465), C. 2, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SIECKMANN, Jan-Reinard (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos.
- SIECKMANN, Jan-Reinard (2011). "Prinzipien, ideales Sollen und normative Argumente", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, C. 97, S. 2, ss. 178–197.
- STEIFF, Jakob (2006). *Rechtsfindung im Umweltrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- WINDISCH, Florian (2013). "Abwägung: Total, formal oder strukturiert? Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung", *Rechtstheorie*, C. 44, ss. 61–102.

İnternet Kaynakları

- GÖZTEPE, Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", Bildiri Metni, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf (Erişim Tarihi: 02/06/2016).
- MELLINGHOF, Rudolf, "Federal Alman Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/rudolfmellinghof.pdf (Erişim Tarihi: 01/06/2016).

Anayasa Mahkemesi Kararı

AYM, E. 2010/58, K. 2011/8, 26/2/2011.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfGE 71, 206.

BVerfGE 86, 1.

BVerfGE 95, 193.

BVerfGE 121, 317.



"Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı"
Konulu Sempozyumda Sunulan Bildiriler

**MESLEKİ HAYAT BAĞLAMINDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI
KONULU SEMPOZYUM PROGRAMI**

10.00 : **Açış Konuşması**
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Sempozyum Birinci Oturum

**Özel Hukuk İş İlişkileri Kapsamında
Özel Hayata Saygı Hakkı**

Oturum Başkanı : **Prof. Dr. M. Fatih UŞAN**
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Kurucu Dekanı

10.45-11.05 : **Seracettin GÖKTAŞ**
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

11.05-11.25 : **Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ**
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.25-11.45 : **Dr. Hilal YAZICI**
Anayasa Mahkemesi Raportörü

11.45-12.15 : **Birinci Oturum Soru-Cevap**

Sempozyum İkinci Oturum

Kamu Görevlilerinin Mesleki Hayatı Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı

- Oturum Başkanı** : **Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ**
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
- 14.00-14.20** : **Fethi ASLAN**
Danıştay 5. Daire Başkanı
- 14.20-14.40** : **Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY**
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi
- 14.40-15.00** : **Fatih ALKAN**
Anayasa Mahkemesi Koordinatör Raportörü
- 15.00-15.30** : **İkinci Oturum Soru-Cevap**
- 15.30-16.00** : **Plaket Töreni**

**ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI ZÜHTÜ ARSLAN'IN
MESLEKİ HAYAT BAĞLAMINDA ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI
SEMPOZYUMU AÇIŞ KONUSMASI**

Değerli Konuklar,

Öncelikle düzenlediğimiz sempozyuma hoş geldiniz diyor, sizleri en içten duygularıyla, saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere her yıl nisan ayında gerçekleştirdiğimiz kuruluş yıldönümü etkinliklerini COVID-19 nedeniyle maalesef ertelemek zorunda kalmıştık. Bu kapsamda ertelediğimiz bilimsel toplantıyı bugün gerçekleştirmekten ve sizlerle bir araya gelmekten dolayı duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim. İnşallah bundan sonraki kuruluş yıldönümü etkinliklerini ertelemeden sağlıklı bir ortamda yapma imkânına kavuşuruz.

Sözlerimin başında sempozyuma katılarak bildirimleri, soru ve yorumlarıyla katkı sunacak olan tüm katılımcılara şükranlarımı sunuyorum. Başarılı ve verimli bir sempozyum olmasını temenni ediyorum.

Değerli Katılımcılar,

Hepimizin sıkça duyduğu, özellikle yorum bilimle uğraşanların çok kullandığı bir deyiş var: “Başlangıçta söz vardı...” Aslında varlıkla ilgili teolojik ve metafizik anlamlara sahip olan bu söz, çoğunlukla kelamın evveliyetini ve önceliğini ifade etmek için kullanılmaktadır.

Sözün konusu hukuk ve adalet olduğunda aslında güneşin altında söylenmedik yeni bir söz bulmak kolay değil. Söylenmesi gereken her şey binlerce yıldır söylenegelmektedir. Mesela Aristoteles 2.500 yıl önce adaleti bireysel ve toplumsal hayatın üzerine inşa edilmesi gereken temel erdem olarak nitelendirmiştir. Aristoteles'e göre “Yaşayan varlıkların en mükemmeli olan insan, hukuk ve adaletten ayrıldığında mahlûkatın en kötüsü olur¹.”

¹ *The Politics of Aristotle or A Treatise on Government*, Everyman's Library, Ellis, W. (Çev.), 1912, London: J. M. Dent & Sons Ltd., Bölüm 2, 1.253-a, s. 5.

Adaletin temel erdem olduğu, insanın ve devletin yaşamını devam ettirmesinin ona bağlı olduğu fikri, Selçuklularda zirvesine ulaşan siyasetname geleneğinin de ortak temasını oluşturur. İslam dünyasının meşhur hukukçularından Mâverdî, yaklaşık bin yıl önce yazdığı “*Dürerü’s-Sülûk*” adlı siyasetnamesinde hükümdarlara her şeyden evvel adil olmalarını öğütler. Mâverdî’nin aktardığına göre Aristoteles’in öğrencisi olan Büyük İskender cesaretin mi yoksa adaletin mi üstün değer olduğunu merak eder. İskender Hindistan seferinde karşılaştığı Hint filozoflarına bunu sorar. Aldığı cevap ilginçtir. Der ki filozoflar “*Adalet sağlanırsa cesarete ihtiyaç kalmaz*”².

Değerli Konuklar,

Hukuku uygulamakla ve adaleti tesis etmekle görevli olan başta hâkimler olmak üzere yargı mensuplarının şiarı 3A yani akıl, ahlak ve adalet olmalıdır. Akıl iradeyi, bağımsızlığı, düşünme ve bilgi sahibi olma kapasitesini ifade eder.

Yargı mensubu aklını kullanmak zorunda olan kişidir. Bu nedenle hâkim ve savcılar, sadece akıllarını kullanırlarken cesarete ihtiyaç duyabilirler. Kant’ın belirttiği üzere kendi aklını kullanmaya cesaret edemeyenler, vesayet altında kalmaya mahkûmdur. Vesayet altındaki yargısal akıl ise adaleti tesis edemez.

Bunun en canlı ve yıkıcı örneğini ülkemizi 15 Temmuz darbe girişimine götüren süreçte yaşadık. Akıllarını ve vicdanlarını başkalarına teslim edenlerin yaptıkları ve yaşattıkları hukuksuzluklara hep birlikte şahit olduk. İki hafta sonra beşinci yılını idrak edeceğimiz 15 Temmuz “Demokrasi ve Millî Birlik Günü” vesilesiyle ifade etmek isterim ki bu meşum darbe teşebbüsünden çıkarılması gereken en önemli derslerden biri, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının ve bunun yanında yargı mensuplarının sadece hukuka bağlı kalarak karar vermelerinin sağlanmasının demokratik hukuk devletinin geleceği bakımından hayati derecede önemli olduğu gerçeğidir.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden çok önce bu salonda yaptığım ilk konuşmada konuya ilişkin görüşlerimi şu sözlerle paylaşmıştım: “*Unutmayalım ki fikri ve vicdanı hür olmayandan hâkim olmaz. Aklını ve*

² Ebü'l-Hasen El-Mâverdî, *Dürerü’s-Sülûk Fî Siyâseti'l-Mülûk: Mâverdî'nin Siyâsetnâmesi*, Haz. Arı, A., 2019, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, s. 68.

vicdanını başkalarına kiralayan veya iradesine ipotek konmasına izin veren kişiden hâkim olamaz. Hukuk devletinde, uzaktan kumandalı yargı da, yargıç da düşünülemez."

Esasen bu sözler, farklı zaman ve mekânlarda farklı kelimelerle ifade edilse de evrensel hukuk devleti anlayışının esaslarıdır. Bu esaslardan uzaklaşıldığında hukuk ve adalet açığı ortaya çıkacaktır. Hukuk ve adalet açığı bir ülkenin geleceği bakımından her türlü açıktan daha tehlikelidir. Zira bu açık, temeli adalet olması gereken devlete yönelik toplumsal güveni ve inancı zedeleyecektir.

Önemle vurgulamak gerekir ki hukuk devletinde adaletin yegâne adresi mahkemelerdir. Mahkemelerin adalet arayışına cevap veremediği, bağımsız ve tarafsız yargılama ilkelerine uygun şekilde uyumsuzluklara çözüm üretmediği bir yerde hukuk dışı arayışların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Değerli Katılımcılar,

Hukuk ve adalete dair bu değerlendirmelerden sonra biraz da bugünkü sempozyumun konusu olan özel hayata saygı hakkı üzerinde durmak istiyorum. Bu hakla ilgili hukuki meseleler kuşkusuz bize has değildir. Bugün dünyanın hemen her yerinde en çok tartışılan konuların başında özel hayatın korunması gelmektedir.

İnsanların toplu olarak yaşamaya başlamasından ve devletin ortaya çıkışından itibaren mahremiyetin korunması oldukça önemli hâle gelmiştir. Devlet baştan beri bir yönetim tekniği olarak bireylerin özel hayatını gözetim altında tutma eğiliminde olmuştur. Başka bir ifadeyle devletin gözü daima bireylerin üzerindedir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımına geçmeden önce özel hayatın kontrolü ya da gözetilmesi konusunda yıllar önce ifade edilen ve bugünü de önemli ölçüde açıklayan bazı görüşlere kısaca değinmek istiyorum.

İngiliz hukukçu Jeremy Bentham, 18. yüzyılda yazdığı mektuplarda "*panoptikon*" adını verdiği bir bina tasarımını anlatır. Bentham; İngiliz hükûmetine bu tasarımın sadece hapisanelerde değil aynı zamanda fabrikalar, hastaneler ve okullar gibi gözetim altında tutulacak her tür insanın bulunduğu bütün kurumlarda uygulanmasını salık vermiştir.

Panoptikon yani gözetimevi, dairesel bir binadır. Binanın ortasında bir avlu, avlunun ortasında yüksek bir kule vardır. Kulede bulunan gözetmenler, kulenin etrafını çevreleyen hücrede olan herkesi görebilmekte ve özel bir boru sistemiyle de konuşulanları duyabilmektedirler. Bentham'a göre gözetleme ilkesinin en önemli amacı, gözetlenen kişilerin "yaptıkları her şeyin bilindiğine dair kendilerinden emin olmalarını sağlamaktır".³

Bentham'dan yıllar sonra bir başka İngiliz George Orwell, "1984" adlı romanında distopik bir dünyanın korkutucu tasvirini yapmıştır. Orwell gözetimin bir anlamda içselleştirilmesini şöyle dile getirmiştir: "Çıkardığımız sesin işitildiği, karanlıkta olmadığımız sürece, her hareketinizin izlendiği varsayımı, içgüdüsel bir alışkanlık haline dönüşmüştü, bununla yaşamanız gerekiyordu- yaşıyordunuz".⁴

Orwell'e göre "büyük birader" iktidarının en etkili gözetleme aracı televizyondur. Televizyonun "hem alıcı hem verici olarak kullanılmasını sağlayan teknik gelişmeler, özel hayata son verdi".⁵

Orwell, kitabını tamamladığı 1948 yılından iki yıl sonra yani internetin ve akıllı cep telefonlarının icadından çok önce aramızdan ayrıldı. Bugün yaşasaydı kitabında tasvir ettiği distopik dünyanın kusursuz şekilde gerçekleştiğini hatta aşıldığını hayretle gözlemlerdi. Muhtemelen de dijital çağ olarak ifade edilen bugünlerde neredeyse adım başı rastlanan kameralarla karanlıkta olanları bile izleyebilen, yazılımlarla konumları takip edebilen, görünmeden gören, her yerde hazır ve nazır bir "küresel büyük birader" in ortaya çıktığını görmekten dolayı dehşete düşerdi.

Diğer yandan 1984 yılında dünyaya veda eden ünlü Fransız düşünür Michel Foucault da gözetim toplumunun arkeolojisini çok iyi şekilde ortaya koymuştur. Foucault panoptizmin hâkim olduğu bir toplumda yaşadığımızı, bunun bireyler üzerinde uygulanan, gözetleme, denetleme ve ıslah etme şeklinde üç boyuta sahip bir iktidar ilişkisine dayandığını ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır.⁶

³ Bentham, Jeremy, *Panoptikon: Gözün İktidarı*, Çoban, B. ve Özarslan, Z. (Çev.), 2019, 3. Baskı, İstanbul: Su Yayınları, s. 74.

⁴ Orwell, George, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Akgören, N. (Çev.), 2004, 6. Baskı, İstanbul: Can Yayınları, s. 10.

⁵ a.g.e. s. 167.

⁶ Foucault, Michel, *Büyük Kapatılma*, Ergüden, I. ve Keskin, F. (Çev.), 2000, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, s. 237.

Değerli Katılımcılar,

Bu kavramsal açıklamalar çerçevesinde belirtmek gerekir ki içinde yaşadığımız internet çağında ve gözetim toplumunda kişilerin özel hayatlarının korunması çok daha zorlaşmıştır. Buna paralel olarak da özel hayata saygı hakkını korumaya yönelik anayasal ve yasal güvencelerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesi çok daha önemli hâle gelmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesine göre herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Anayasa koyucu "Özel hayatın ... gizliliğine dokunulamaz." şeklinde kesin bir dille özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda, eksiksiz bir tanımı bulunmayan "özel hayat" kavramının kişiye ait oldukça geniş bir alanı kapsadığını belirtmiştir. Gerçekten de kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasından kişisel verilerinin işlenmesine, başkalarıyla mahrem ilişkilerinden mesleki hayatına müdahalelere kadar bir dizi konu özel hayata saygı kapsamına girmektedir.

Mahkemeye göre özel hayata saygı hakkıyla korunan hukuki değerlerin başında kişisel bağımsızlık gelmektedir. Bu hak bireyin kişiliğini gerçekleştirme ve geliştirmesi bakımından hayati derecede önemlidir. Özel hayata saygı hakkı bir yandan kişinin istenmeyen tüm müdahalelerden uzak, kendine ait mahrem alanda yaşama hakkına işaret etmekte; diğer yandan da kişiliğini serbestçe geliştirmesine yönelik birçok hukuki menfaate dikkat çekmektedir⁷.

Özel hayata saygı hakkının kapsamına giren konulardan biri de kişilerin mesleki hayatlarını etkileyen müdahalelerdir. Anayasa Mahkemesi bu konuda yapılan bazı müdahaleleri Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında incelemektedir. Kuşkusuz müdahalenin meşru amacı tespit edilirken Anayasa'nın diğer maddeleri de dikkate alınmaktadır.

Bu kapsamda bilhassa Anayasa'nın 129. maddesinde belirtilen "sadakât" yükümlülüğü önem taşımaktadır. Bu madde gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Dolayısıyla devlet sadakat yükümlülüğüne aykırı davranan kamu personeli hakkında idari tedbirler alabilmektedir.

⁷ AYM, E.2020/82, K.2021/20, 18/3/2021, § 7.

Bu yükümlülüğün gereklerini devlet hem kamu hizmetine alma hem de bu hizmetten çıkarma sürecinde değerlendirme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi, 2019 yılında verdiği bir kararında kamu görevlilerinin anayasaya sadakat ve devlete bağımlılık yükümlülüğünün -bilhassa devleti temsil eden ve millî güvenlik bakımından hassasiyet içeren bazı kamu görevlerine atanacak kişiler bakımından- daha sıkı nitelikler aranmasını ve birtakım sınırlamaların getirilmesini gerektirebileceğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre özellikle “*millî güvenlik açısından önem arz eden kadrolara atanacak kişilerin tabi olacağı güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda kanunla temel çerçeveyi ortaya koyan kurallar getir[il]mesi elbette mümkündür*”⁸.

Bu durum devlete sadakat ve bağlılık çerçevesinde kamu görevinden çıkarma konusunda da evleviyetle geçerlidir. Başka bir ifadeyle devlet, anayasal sadakat yükümlülüğüne aykırı tutum ve davranış içinde olduğunu tespit ettiği kamu görevlilerinin görevden çıkarılmaları veya başka türlü idari yaptırıma tabi tutulmaları yönünde işlem yapabilecektir. Bu anlamda kamu görevinden çıkarma, mesleki hayat ile özel hayat arasındaki yakın ilişkiden dolayı sebep ve/veya sonuca dayalı olarak kişinin özel hayata saygı hakkına müdahale olarak nitelendirilebilmektedir⁹.

Buradan hareketle mesleki hayata müdahale bağlamında özel hayata saygı hakkının mutlak olmadığı, belli şartlar altında sınırlandırılacağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu sınırlamalar elbette sınırsız değildir. Bu bağlamda temel haklara yönelik sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartlara uygun olması gerekmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak olağanüstü dönemler dışında özel hayata saygı hakkının sınırlandırılması ancak kanunla mümkündür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin kararlarında da sıkça vurgulandığı üzere Türk anayasal sisteminde hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenleme yapma yetkisi sadece yasama organına aittir.

Ancak temel hakları sınırlandıran bir kanunun bulunması tek başına yeterli değildir. Temel hakları sınırlayan kanun hükmünün erişilebilir, öngörülebilir, açık ve net olması, bunun yanında da kamu otoritesinin

⁸ Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27/2/2019, § 82.

⁹ Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, §§ 85-90.

keyfî uygulamalarına karşı kişileri koruyacak güvenceleri içermesi gerekir. Bu nedenle kanunun şeklen var olması yetmez, ayrıca kaliteli olması da gerekir.

Öte yandan özellikle mesleki hayat bağlamında özel hayata saygı hakkının sınırlandırılmasında kanunilik şartı bakımından önemli bir konu da yargı organlarının çok sık olmamakla birlikte kanunu, öngörüldüğü amaç dışında yorumlayarak genişletmesidir. Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında özel hayata saygı hakkını sınırlayan kanuni düzenlemelerin yargı organlarınca “*makul olmayacak biçimde genişletici ve öngörülemeyen bir yoruma tabi tutulduğu*” gerekçesiyle kanunilik şartına uyulmadığı, bunun da hak ihlaline yol açtığı tespitinde bulunmuştur¹⁰.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kanunilik şartını sağlayan sınırlamaların ihlale yol açmaması için sınırlamanın meşru bir amacının bulunması, ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

Öte yandan işçi işveren arasındaki ilişkilerde de kişilerin özel hayatına saygı hakkının korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında özellikle işverenlerin çalışanlarının özel hayatına saygı göstermesi gerektiğini, devletin bunu sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğü bulunduğunu, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda özel hayata saygı hakkının ihlal edilebileceğini belirtmiştir.

Bu kapsamda Mahkememiz örneğin özel bir şirkette çalışan başvurucunun e-posta hesabının içeriğinin işveren tarafından gerekli anayasal güvenceler sağlanmadan incelenmesi ve iş akdinin feshedilmesi olayında özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹. Aynı şekilde hastalığı nedeniyle haksız şekilde işten ayrılmaya zorlanan başvurucunun esaslı iddialarının derece mahkemelerince incelenmemiş olması sebebiyle devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediğine, dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹².

¹⁰ Bu konuda bkz. *Mehmet Çetinkaya ve D.K.* [GK], B. No: 2018/27392, 15/4/2021, § 49.

¹¹ *E.Ü.* [GK], B. No: 2016/13010, 17/9/2020.

¹² *T.A.A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017.

Değerli Konuklar,

Sonuç olarak özel hayata saygı hakkının ve mahremiyetin güvence altına alınması, bireyin maddi ve manevi varlığının, özerklik ve özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi bakımından son derece önemlidir. Bunun yanında unutmamak gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin korunduğu, hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti aynı zamanda refah devletinin de olmazsa olmaz şartıdır.

Esasen güneşin altındaki diğer sözler gibi bu söz de yeni değildir. Osmanlı Devleti'nde bir dönem sadrazamlık da yapmış olan Tunuslu Hayreddin Paşa yıllar önce bu tespiti yapmış ve yazdığı kitapla bunu bize aktarmıştır. Kanun-i Esasi'nin ilanından sekiz yıl önce yayımladığı kitabında Avrupa'da gezdiği ülkelerin kurumlarına dair gözlemlerini paylaşan Tunuslu Hayreddin Paşa'ya göre *"En yüksek refah mertebelerine ulaşan ülkeler, hürriyetin ilkelerini ve siyasi tanzimata denk gelen anayasayı yerine oturtan ülkelerdir"*¹³.

Kuşkusuz dün olduğu gibi bugün de hürriyet ilkelerini ve Anayasa'yı yerine oturtma konusunda en büyük görev yargıya düşmektedir. Bu görev hakkıyla yerine getirildiğinde yargıya güven de arzu edilen düzeye yükselecektir. Bu nedenle yargı mensupları olarak sürekli bir öz eleştiri ve muhasebe içinde kendimizi gözden geçirmek ve yenilemek durumundayız. Bu bizim hukuka, adalete ve son kertede mensubu bulunduğumuz milletimize olan vicdan borcumuzdur.

Değerli Konuklar,

Saygıdeğer Katılımcılar,

Sözlerime son verirken sempozyumun organizasyonunda emeği geçen mesai arkadaşlarımı tebrik ediyor, katılımlarıyla katkı yapacak olan herkese teşekkür ediyorum.

Sempozyumu teşriflerinden dolayı hepinize bir kez daha şükranlarımı sunuyor, sağlık ve afiyet diliyorum.

¹³ Tunuslu Hayreddin Paşa, *Ülkelerin Durumunu Öğrenmek İçin En Doğru Yol- Akvemü'l-Mesâlik fi Marifeti Ahvâlü'l-Memâlik*, Muhammed, S. (Çev.), 2017, İstanbul: Büyüyenay Yayınları, s. 132.

Birinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Konuşmacılar

Dr. Seracettin GÖKTAŞ
Yargıtay

Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ
İstanbul Üniversitesi

Dr. Hilal YAZICI
Anayasa Mahkemesi

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN İŞÇİNİN ÖZEL
YAŞAMINA SAYGI BORCU**

*The Employer's Obligation to Respect the Employee's Private Life in the
Turkish Labor Law*

Dr. Seracettin GÖKTAŞ*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup sunum hakemli makaleler kısmında ss. 1-55 arasında yayımlanmıştır.



ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ ÖZEL HUKUK İŞ İLİŞKİLERİNE UYGULANABİLİRLİĞİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ*

I. ÇALIŞMA HAKKI-AİHS İLİŞKİSİ

İş ilişkilerinin merkezinde yer alan hak, çalışma hakkıdır. Avrupa Konseyi, II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da siyasal demokrasinin sağlanması amacıyla önceleyerek ve yaşanmakta olan soğuk savaşın da etkisiyle sadece birinci kuşak hakları yani medeni ve siyasi hakları güvence altına alan bir sözleşme yapma tercihinde bulunmuştur. Bu tercih neticesinde ortaya çıkan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), ikinci kuşak haklar olarak tabir edilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsamamaktadır. Bu nedenle çalışma hakkı, AİHS'in konu bakımından kapsamı dışındadır. Bununla birlikte AİHS'de çalışmaya ve çalışanlara referans yapan iki madde yer almaktadır. Bunlar, AİHS madde 4 (zorla çalıştırma, kölelik ve kulluk yasağı) ile AİHS madde 11'dir (sendika kurmak ve sendikaya üye olmak özgürlükleri de dâhil örgütlenme özgürlüğü).

Sosyal haklardan biri olan çalışma hakkı, Avrupa Konseyi düzeninde, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) ile 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda (Gözden Geçirilmiş ASŞ) güvence altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), görece uzun bir süre sosyal hakları, bu haklar ASŞ, Gözden Geçirilmiş ASŞ ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün belgelerinde koruma altına alındığı için AİHS'deki hakların kapsamına yerleştirmek suretiyle korumayı reddetmiştir. Ancak AİHM süreç içerisinde AİHS'i yaşayan bir belge olarak yorumlayarak, insan haklarının bütünselliği ilkesi ve bütüncül yaklaşım neticesinde bazı ikinci

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, garslan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4948-6374.

kuşak hakları AİHS'deki ilgili hakların kapsamına yerleştirerek koruma altına almıştır. AİHM, birinci kuşak haklar ile ikinci kuşak haklar arasında su geçirmez bir ayırım olmadığını ve ikinci kuşak hakların AİHS'de yer alan hakların kapsamına yerleştirilmek suretiyle dolaylı olarak korunabileceğini kabul etmiştir.

AİHM'in dolaylı olarak koruma sağladığı haklardan biri de çalışma hakkıdır. AİHM bu hakkı diğer bazı hakların yanı sıra AİHS'nin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamına yerleştirerek de dolaylı olarak korumaktadır.

Uluslararası insan hakları denetim organlarının işaret ettiği üzere çalışma hakkı ile insan onuru arasında çok yakın bir bağ söz konusudur. Bu hak sadece bireylerin yaşamlarını idame ettirmeleri için gerekli olan maddi kazanımları elde etmelerini sağlamak için gerekli bir hak değildir. Aynı zamanda bireylerin kişisel gelişimleri ve bir toplum içinde tanınmaları için de elzem bir haktır. Çalışma hakkı, bireylere bir sosyal rol sağlamakta ve bireylere kendilerini değerli hissettirmektedir.

II. ÖZEL HAYAT KAVRAMININ OTONOM NİTELİĞİ: İŞ İLİŞKİLERİ ÖZEL HAYAT KAPSAMINDADIR

AİHS madde 8'de geçen "özel hayat" kavramı otonom niteliktedir. AİHM bu kavramı, iç hukuklardaki anlamlarından bağımsız özerk bir şekilde yorumlamaktadır. Özel hayata saygı hakkı koruması, bireyin özel alanı ile sınırlı değildir. Bireylerin diğer insanlarla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkı da belirli bir ölçüde özel hayata saygı hakkı kapsamındadır¹. Aksinin kabulü, özel hayata saygı hakkının kapsamını aşırı şekilde daraltacaktır².

Özel hayat kavramının AİHM tarafından özerk bir şekilde yorumlanması, iş ilişkilerinin de özel hayata saygı hakkı korumasından yararlanmasını mümkün kılmıştır. İnsanların büyük çoğunluğu, iş yaşamlarında dış dünya ile ilişki kurmakta ve ilişkilerini geliştirmektedir. Dolayısıyla iş hayatı ve iş ilişkileri bağlamında da özel hayata saygı hakkı uygulanabilir³. Kamu hukukuna tabi iş ilişkileri kadar özel hukuk iş

¹ C./Belçika, B. No. 21794/93, 07/08/1996, § 25.

² Fernández Martínez/İspanya [BD], B. No. 56030/07, 12/6/2014, § 109.

³ Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29; Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 8.

ilişkileri bağlamında da özel hayata saygı hakkı güvenceleri devrededir⁴. Özel hukuk iş ilişkilerine AİHS madde 8'in uygulanabilir olması AİHS'in dolaylı yatay etkisinin bir sonucudur.

III. AİHS'İN DOLAYLI YATAY ETKİSİ: ÖZEL HUKUK İŞ İLİŞKİLERİNE AİHS UYGULANABİLİRDİR

AİHS, sadece devlet - birey arasındaki ilişkiler bağlamında yani dikey uygulanabilir bir sözleşme değildir. Pozitif yükümlülükler doktrininin bir sonucu olarak AİHS dolaylı yatay etkiye de sahiptir. AİHS tarafı devletler, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de AİHS'de yer alan hakları koruma yükümlülüğü altındadır⁵. AİHS tarafı devletlerin özel hayata saygı hakkı bağlamında da pozitif yükümlülükleri söz konusu olup özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde özel hayata saygı hakkının korunması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altındadırlar⁶.

IV. İŞE/ÇALIŞMA YAŞAMINA ERİŞİM HAKKI

Esasında AİHS, bireylerin istediği işe girme ya da istediği işi seçme hakkı şeklinde bir hakkı korumamaktadır⁷. Ancak AİHM, işe girme konusunda getirilen kapsamlı yasakları AİHS madde 8 kapsamında inceleyebilmektedir. Örneğin, KGB eski çalışanları olan başvuruçuların, on yıl süreyle özel sektörde birçok dalda mesleki faaliyette bulunmalarına yönelik yasağı şikâyet konusu yaptıkları *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* davasında AİHM, AİHS madde 8 ile bağlantılı olarak madde 14'ü uygulamıştır. AİHM, şu iki ölçütü kullanarak madde 8 ile bağlantılı olarak madde 14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir⁸:

- i. Söz konusu kapsamlı yasak başvuruçuların dış dünya ile iletişim kurma haklarını önemli ölçüde etkilemektedir.
- ii. Söz konusu yasak başvuruçuların hayatlarını kazanmalarının zorlaştırmaktadır.

Bir diğer önemli örnek ise iflas sonrası müflisin adının otomatik

⁴ *Niemitz/Almanya*, § 29; *Özpmar/Türkiye*, § 45; *Campagnano/İtalya*, B. No: 77955/01, 23/3/2006, § 53.

⁵ *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/03/1993, §§ 26, 28; *Evans/Birleşik Krallık*, B. No: 6339/05, § 75; *M.C./Bulgaristan*, B. No: 39272/98, 4/12/2003, § 150; *Babylonova/Slovakya*, B. No: 69146/01, 20/06/2006, § 51; *Jaggi/İsviçre*, B. No: 58757/00, 13/07/2006, § 33.

⁶ *Obst/Almanya*, B. No: 425/03, 23/09/2010, §§ 40-41.

⁷ *Vogt/Almanya*, B. No: 17851/91, 26/09/1995, § 43; *Thlimmenos/Yunanistan*, B. No: 34369/97, 06/04/2000, § 41; *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, B. No: 55480/00-59330/00, 27/10/2004, § 52.

⁸ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, §§ 48, 50.

olarak iflas siciline kaydedilmesi neticesinde tabi tutulduğu aralarında herhangi bir mesleki ya da iş faaliyetinde bulunma yasağının da yer aldığı kayıtlamaların şikâyet konusu yapıldığı *Campagnano/İtalya* davasıdır. Şikâyet konusu yasak ancak başvurucunun adının iflas sicilinden silinmesi ile kalkacak bir yasaktır ve başvurucunun adının iflas sicilinden silinebilmesi için aranan şartlardan biri de rehabilitasyondur. Rehabilitasyona başvurabilmek için ise en az beş yıl boyunca iyi davranış sergilemiş olmak aranmaktadır. AİHM, iflas siciline kaydedilmenin otomatik olması, bu kayıt sonrası müflisin tabi tutulduğu kısıtlamaların bir mahkeme tarafından gözden geçirilmemesi ve rehabilitasyona başvurabilmek için geçmesi gereken sürenin uzunluğu gibi faktörleri dikkate alarak AİHS madde 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir⁹.

V. ÇALIŞANLARIN ELEKTRONİK GÖZETİMİ

Çalışma hayatında işveren; yönetim hakkı, işyerinin/işletmenin yararı, üçüncü kişilerin haklarını korumak için çalışanlarını, telefon dinlenmesi ve kaydedilmesi, e-postaların, internete girişlerin, ziyaret edilen sitelerin denetlenmesi, iş yerindeki hareketlerinin görüntü ve ses araçlarıyla gözetilmesi gibi gözetim türlerine tabi tutulabilmektedir. Söz konusu elektronik gözetim işçinin bilgisel mahremiyet ile fiziksel mahremiyet haklarına müdahale teşkil etmektedir. Çünkü bireylerin kamusal bir bağlamda da olsa diğer insanlarla ilişkiye geçtiği bir alan vardır ve bu alan özel hayata saygı hakkı kapsamındadır. AİHS madde 8 uygulaması bakımından işçinin işyerinde mahremiyetine saygı gösterilmesi haklı/meşru beklentisi söz konusudur. Ancak belirtelim ki mahremiyet haklı/meşru beklentisinin olmadığı durumlarda da AİHS madde 8 uygulanabilir¹⁰. Bir işçinin işverenle iş ilişkisine girmesi, iş sözleşmesi akdetmesi mahremiyet haklı beklentisinden vazgeçtiği anlamına gelmez. Mahremiyet haklı beklentisi iş ilişkileri bağlamında da söz konusudur.

Nitekim AİHM, *Bărbulescu/Romanya* davasında şu içtihatla bulunmuştur¹¹:

“İşverenin kısıtlayıcı düzenlemelerinin başvurucuya mahremiyet haklı beklentisi bırakıp bırakmadığı ve eğer bıraktıysa ne ölçüde olduğu tartışmaya açıktır. Bir işverenin talimatları işyerinde özel

⁹ *Campagnano/İtalya*, § 66.

¹⁰ *Bărbulescu/Romanya* [BD], B. No: 61496/08, 05/09/2017, § 80.

¹¹ *Bărbulescu/Romanya* [BD], § 80.

sosyal hayatı sıfıra indirmez. Özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkı, gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir bile var olmaya devam eder.” (Vurgu eklenmiştir.)

İşçinin elektronik izlenmesinin AİHS’e uygunluğunun ön koşulu bu hususta işçiye ön bildirimde bulunulmuş olmasıdır. Söz konusu ön bildirim şu şartları karşılamalıdır:

- i. İzlemenin niteliği bildirimde açıkça belirtilmelidir. Bu kapsamda elektronik izlemenin amaçları, izleme neticesinde elde edilecek kişisel verilerin kapsamı, verilerin saklanma süresi, veri sahibinin hakları, verileri işlemenin sonuçları ve verilerin ne amaçla kullanılacağı bildirimde yer almalıdır.
- ii. Bildirim, izlemeden önce yapılmalıdır.
- iii. Tam bir bilgilendirme yapılmalıdır.

Belirtelim ki iş yerinde işçinin elektronik izlenmesi konusunda taraf devletler arasında bir konsensüs olmadığından taraf devletlerin bu hususta geniş bir takdir marjı vardır. Taraf devletler işçinin iş yerinde elektronik izlenmesi hakkında işverence yapılacak düzenlemelerin koşullarını düzenleyen bir yasal çerçeve oluşturma ihtiyacını değerlendirme konusunda geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak bu takdir marjı sınırsız değildir¹².

AİHM, işveren ile çalışanın çatışan menfaatleri arasında ulusal makamlar tarafından adil bir denge kurulup kurulmadığını şu ölçütler ışığında değerlendirmektedir¹³:

- i. İş yerinde gözetime ilişkin ön bildirim
- ii. Gözetimin kapsamı ve işçinin özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarına müdahale derecesi
- iii. İşçinin iletişim akışının izlenmesini haklılaştıran meşru gerekçelerin varlığı ve iletişimin içeriğinin izlenmesini haklılaştıran meşru gerekçelerin varlığı. İkincisi bakımından daha ciddi/ağır gerekçelerin varlığı aranmaktadır.
- iv. İşverenin amacına ulaşmasını sağlayacak daha hafif bir izleme yöntemi alternatifinin varlığı

¹² Bărbulescu/Romanya [BD], §§ 118-119.

¹³ Bărbulescu/Romanya [BD], § 121.

v. Gözetimin işçi üzerindeki sonuçları ve ilk amaç için kullanılıp kullanılmadığı

vi. İşçinin özel hayata ve haberleşmeye saygı hakkının korunması için yeterli güvencelerin varlığı

AİHM Büyük Daire, özel bir şirkette çalışan başvurucunun ofise tahsisli online mesajlaşma hesabından yaptığı özel yazışmaların işveren tarafından izlenmesi ve bu yazışmalara dayanılarak işten çıkarılması işlemlerini şikâyet konusu yaptığı *Bărbulescu/Romanya* davasında, yerel mahkemelerin şu eksikliklerinden ötürü AİHS madde 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir:

- Yerel mahkemeler, işçinin izleme önlemleri ve bu önlemlerin niteliği ve kapsamı konusunda önden bilgilendirilip bilgilendirilmediğini belirlememişlerdir.
- Yerel mahkemeler, izleme önleminin başvurucunun özel hayata saygı hakkına müdahale derecesini incelememişlerdir.
- Yerel mahkemeler, işçinin iletişiminin denetlenmesinin meşru amaç izleyip izlemediğini yeterince değerlendirmemişlerdir.
- Yerel mahkemeler, işveren tarafından izlenen meşru amaçların iletişim içeriğini izlemeden daha az kayıtlayıcı bir önlem ile gerçekleşebilip gerçekleşemeyeceğini incelememişlerdir.
- Yerel mahkemeler, izlemenin işçi bakımından sonuçlarını dikkate almamışlardır.
- Sonuç olarak yerel mahkemeler çalışan ile işverenin çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kuramamışlardır.

Süpermarket çalışanları olan başvurucuların süpermarkete işverence yerleştirilen kapalı devre kamera sistemleri ile izlenmelerini şikâyet konusu yaptıkları *López Ribalda ve Diğerleri/İspanya* davasında AİHM, şu olgulara dayanarak AİHS madde 8'in ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır:

- Yerel mahkemeler, kapalı devre kamera sistemlerinin yerleştirilmesinin meşru gerekçelerle haklı olduğunu gözlemlemişlerdir. Zira ciddi bir hırsızlık şüphesi ve önemli bir mali kayıp mevcuttur.
- İzleme tedbiri 10 gün sürmüş ve kayıpların meydana geldiği ödeme alanlarını kapsamıştır. Yani gözetim tedbiri zaman ve alan

olarak sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle bu önlem hırsızlık şüphesini doğrulamak için gerekli olanı aşmamıştır.

- Başvurucular görevlerini kamuya açık bir yerde ifa etmişlerdir, bu nedenle mahremiyet haklı beklentileri açıkça daha düşüktür.
- AİHM, başvurucuların tabii tutulduğu elektronik gözetimin özel hayata müdahale derecesine ilişkin olarak, süre ile sınırlı olduğunu ve kayıtları yönetici, yasal temsilci ve sendika temsilcisi olmak üzere sadece üç kişinin izlediğini, dolayısıyla müdahalenin yüksek düzeyde olmadığını gözlemlemiştir.
- AİHM, elektronik gözetimin sonuçlarının başvurucular için önemli olmasına rağmen, zira gözetim yoluyla elde edilen verilere dayanılarak işten çıkarılmışlardır, işverenin kamera kayıtlarını öngörülen amaç dışında herhangi başka bir amaç için kullanmadığını kaydetmiştir.
- Ulusal mahkemeler, davanın koşullarında izlenen amaçlara ulaşmak için daha az müdahaleci başka bir tedbir bulunmadığını gözlemlemiştir.
- Önceden bildirim yapılmamasına ilişkin olarak AİHM, işverenin gözetim hususunda önceden bilgi vermemesini yalnızca baskın özel veya kamu yararının haklı gösterebileceğini kaydetmiştir. AİHM, hafif bir suistimal şüphesinin kapalı devre kamera sistemlerinin kurulmasını haklı kılabilceğini kabul etmemektedir. Ancak mevcut davada, ciddi bir suistimal şüphesi vardır.
- Başvurucuların özel hayatın gizliliğinin ihlali iddiasıyla tazminat talebinde bulunmaları için özellikle Veri Koruma Kurumu ve olağan mahkemeler olmak üzere başka hukuk yolları da mevcuttur. Ancak başvurucular bu hukuk yollarını kullanmamayı tercih etmişlerdir. Bu hukuk yollarının etkisiz olduğunu iddia etmek için hiçbir neden yoktur.
- AİHM, yukarıda bahsedilen tüm gözlemleri, bulguları ve gerekçeleri dikkate alarak yerel makamların takdir marjının sınırlarını aşmadıklarına ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine aykırı davranmadıklarına karar vermiştir. Başvuranların özel hayata saygı hakkı ihlal edilmemiştir.

VI. HAKSIZ İŞTEN ÇIKARILMAMA HAKKI

Haksız işten çıkarılma vakaları da AİHS madde 8 bağlamında AİHM önüne taşınabilir. AİHM'nin özel hayata saygı hakkını madde 14 ile bağlantılı olarak da olsa işten çıkarma davalarına uyguladığı ilk kararları *Rainys ve Gasparavicius/Litvanya* ile *Sidabras ve Dziautas/Litvanya* kararlarıdır.

AİHM, haksız işten çıkarılma vakalarında özel hayata saygı hakkının iki şekilde gündeme gelebileceğini belirtmiştir. İlki, işçinin özel hayatına dair unsurlar nedeniyle işten çıkarılması hâlidir. İkincisi ise işten çıkarmanın çalışanın özel hayatı üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle özel hayata saygı hakkının uygulanması hâlidir. İlk gruba giren işten çıkarma vakalarında AİHM sebebe dayalı yaklaşım çerçevesinde inceleme yapmakta iken ikinci grup vakalarda sonuca dayalı yaklaşım ile karar vermektedir.

A. SEBEBE DAYALI YAKLAŞIM

İşverenin meşru gerekçelerle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Örneğin işletmenin ekonomik verimliliği için işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir. Bu durumda iş sözleşmesinin feshi sadece işverenin değil çalışanların ve giderek tüm toplumun menfaatine olarak görülebilir. Bu halde AİHS madde 8/2'deki "ülkenin ekonomik refahı" sınırlama nedeni iş sözleşmesinin feshinin meşru amacını teşkil etmektedir. AİHS madde 8/2'deki "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ve "kamu güvenliği" sınırlama nedenleri de işçinin özel hayatına işveren tarafından müdahale edilmesinin meşru amacını teşkil edebilir. Ancak işçinin cinsel tercihi ve cinsel hayatı, iş yerindeki kıyafeti, dış görünümü, makyajı gibi özel hayatına ilişkin unsurların işverence uygun bulunmaması iş sözleşmesinin feshi için kural olarak haklı/meşru bir amaç oluşturmamaktadır. Tabii, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, mal ve hizmetlerin sağlıklı koşullarda üretilmesi temellerinde işçinin iş yerindeki kıyafeti-dış görünümü önem arz edebilir ve bu nedenle bunlara işveren tarafından müdahale edilebilir. Bu hâlde meşru bir amacın varlığından söz edilebilir.

Kilise görevlilerinin zina yaptıkları gerekçesiyle işten çıkarılmalarını şikâyet konusu yaptıkları *Schüth/Almanya*¹⁴ ve *Obst/Almanya*¹⁵ davaları

¹⁴ *Schüth/Almanya*, B. No: 1620/03, 23/09/2010.

¹⁵ *Obst/Almanya*, B. No: 425/03, 23/09/2010.

AİHM'nin sebebe dayalı yaklaşım ile karar verdiği örnekler olarak üzerinde durmaya değerdir. *Schüth/Almanya* davasında başvurucu, kilisede orgcu ve koro şefi olarak on beş yıldır çalışmaktadır. Evlilik dışı ilişki yaşadığı gerekçesiyle kilise tarafından bildirimde bulunularak işten çıkarılmıştır. *Obst/Almanya* davasında ise başvurucu, kilisenin Avrupa halkla ilişkiler departmanının müdürüdür ve evlilik dışı ilişki yaşadığı gerekçesiyle bildirimsiz şekilde işten çıkarılmıştır.

Bu davaları AİHM şu ölçütler ışığında karara bağlamıştır:

- i. Sadakat yükümlülüğü
- ii. Başvurucuların iş pozisyonları
- iii. Daha hafif bir önleme başvurma imkânı
- iv. İşten çıkarılmanın doğurduğu zarar
- v. Çatışan menfaatler arasında adil denge kurulması

Yukarıdaki ölçütleri somut olaylara uygulayan AİHM, *Schüth/Almanya* davasında AİHS madde 8'in ihlal edildiğine karar verirken *Obst/Almanya* davasında AİHS madde 8'in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

B. SONUCA DAYALI YAKLAŞIM

Haksız işten çıkarılma, işçinin özel hayat unsurlarından kaynaklanmamakla birlikte özel hayat üzerinde olumsuz etkiler doğurabilir. Bu durumda, haksız işten çıkarılma özel hayat üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçlar nedeniyle uygulanabilir ve bu olumsuz sonuçlar AİHS madde 8'in uygulanabilir olmasında tek başına bir temel oluşturabilmektedir. Sonuç temelli yaklaşımda işten çıkarmanın nedeninin bir önemi bulunmamakta, önemli olan işten çıkarmanın işçinin özel hayatı üzerinde ciddi olumsuz etkilerinin olmasıdır.

İşçinin işten çıkarılması özel hayata saygı hakkı üzerinde şu sonuçları doğurur¹⁶:

- i. İşçinin diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını etkiler (manevi etki)
- ii. İşçinin geçim kaynağını yitirmesini sonuçlar (maddi etki)
- iii. İşçinin itibarını olumsuz etkileyebilir

¹⁶ *Denisov/Ukrayna*, § 107.

Görüldüğü üzere işçinin haksız işten çıkarılması işçi bakımından ekonomik sonuçlar doğurmakla kalmamakta sosyal özel hayat geliştirme kapasitesi üzerinde de etkiler doğurmaktadır¹⁷. Ancak haksız işten çıkarma vakalarının tümü için özel hayata saygı hakkı uygulanabilir değildir. Haksız işten çıkarmanın işçinin özel hayatı üzerinde belirli bir ağırlıkta/ciddilikte olumsuz etki doğurmuş olması gerekmektedir. Yani asgari ağırlık derecesi söz konusudur. Belirtelim ki, haksız işten çıkarılmanın özel hayat üzerindeki olumsuz etkilerini ispat yükü çalışanın üstündedir¹⁸.

AİHM, işten çıkarma vakalarına AİHS mad. 8'in uygulanabilir olması için aradığı ağırlık derecesine ulaşıp ulaşılmadığını, işten çıkarma önlemi öncesi ve sonrasını karşılaştırmak suretiyle değerlendirmektedir.

VII. SONUÇ YERİNE: İŞÇİNİN ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKINA YÖNELİK YENİ TEHDİT: EVDEN ÇALIŞMANIN İZLENMESİ

Sonuç yerine işçinin özel hayatına yönelik yeni bir tehditte işaret etmek faydalı olacaktır. İçinden geçmekte olduğumuz COVID 19 pandemisi sürecinde evden çalışan kişi sayısında önemli oranda bir artış olmuştur. Evden çalışan işçiler de işverenin kullandığı uygulamaya bağlı olarak çeşitli biçimlerde elektronik izlemeye tabii tutulmaktadır. Örneğin, e-postaları açılmakta, işle ilgili uygulamalarda harcanan zaman gibi çevrimiçi davranışları kontrol edilmekte, ziyaret edilen web siteleri izlenmekte, bu web sitelerinde yazılanların ekran görüntüleri alınmakta, fiziksel konum takibi yapılmakta, web kamerası gözetimi yapılmakta ve çalışırken çalışanların fotoğrafları çekilmektedir. Önemle belirtelim ki, evden çalışan işçinin mahremiyete saygı haklı beklentisi çok yüksektir. Daha önce açıkladığımız işyerinde elektronik izleme ölçütlerinin, evden çalışmaya uygulanabilirliği sorunu söz konusudur. Altını çizerek belirtelim ki, evden çalışmanın izlenmesinde işçinin maruz kalabileceği manevi zararın ağırlığından dolayı daha sıkı bir ölçülülük testi gerekmektedir. Evden çalışan işçinin izlenmesinde müdahale edilen hukuksal çıkarılardan biri de konuta saygı hakkıdır.

¹⁷ Emel Boyraz/Türkiye, B. No. 61960/08, 02/112/2014, § 44; Sidabras ve Dziautas, § 48; Oleksandr Volkov, § 166.

¹⁸ Denisov/Ukrayna [BD], §§ 115-117.

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İŞ
SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRİLMESİ VE
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI**

*Termination of Labor Contract and the Right to Respect for Private Life in
Consideration of the Constitutional Court Judgments*

Dr. Hilal YAZICI*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup sunum hakemli makaleler kısmında ss. 99-141 arasında yayımlanmıştır.

BİRİNCİ OTURUM: SORU-CEVAP

-**M.Fatih UŞAN** Hilal Hanım'ın bu HIV taşıyıcılığına ilişkin kararını okumadım ama epeyden beri iş hukukçusu olarak kafamdaki soruyu burada en azından en üst merci olarak değerlendirmek ya da ifade etmek istiyorum. Şimdi bizim öğrencilik dönemimizle iş hukukunda iş sözleşmesinde işverenin iradesine takdir hakkına denetim söz konusu olmazdı. Özellikle fesihlerde bunun tek istisnası sendika temsilcisi için vardı. Sonra işe iade müessesesi iş güvencesi gelince işçinin işten çıkarılmasında geçerli bir sebep yoksa iş davası açmayı gerektirirdi fakat son dönemde gerek yargı kararlarında gerek diğer uygulamalarda buna daha fazla değinildiğini düşünüyorum. Başkan'ım burada işverenin kamu işvereni olması ayrı değerlendirilebilir, özel işveren olması ayrı değerlendirilebilir ve bir işçinin maddi imkânı düşünülüyorsa bir diğer taraftan da işverenin maddi imkânı düşünülmelidir, diye düşünüyorum. Sadece bakış açısı itibarıyla biz iş hukukunda işçinin korunması ilkesinden bahsederiz ama bu bir idare hukuku ilişkisi değildir. Burada bir memur yoktur atama tasarrufu yoktur. Özellikle özel sektör bağlamında bunu not etmek istedim. Bu anlamda şimdi öğleden sonraki oturumdan bahsetti Hilal Hanım ama belki değerlendirilebilir. Başkan'ım sabahki açılış konuşmasında da ifade etmişti. Bu sadakat yükümlülüğü özellikle kamu görevlisinin ya da bir işçinin sadakat yükümlülüğü, tırnak içinde iş sözleşmesinden kaynaklandığı anlamında değil, söz konusu olabilir mi? Birtakım kuruluşlarda çalışılıyor savunma sanayi kuruluşları vs. Ne dersiniz bu anlamda Hilal Hanım, siz ne düşünüyorsunuz? Kamu görevlisi olmadığı anlamında Gülay Hanım da belki cevap verebilir.

Diğer bir sorum da Başkan'a çünkü gene tıbbi testlerden bahsetti ama konuya giremedi. Çok da popüler bu saygı bağlamında çok da görüşülüyor ama mesela işveren bir işçisinden işe gelmeden önce test istese, bunu tabii hâkim kimliğiyle değil belki akademisyen kimliği ile soralım, Corona virüs testi istese veya aşı yaptırmayanları çalıştırmayacağım dese acaba bu nasıl karşılanabilir? Evet, Başkan'ımdan başlayalım.

-Seracettin GÖKTAŞ Başkan'ım şimdi sadakat yükümlülüğü ile ilgili olarak dairemize çok sayıda dosya intikal etti, çok sayıda da karar verdik. Gerçekten çok zorlandık açıkçası. Özellikle 15 Temmuz'dan sonra en çok zorlandığımız konu da delillendirilmemiş olması yani sadakat yükümlülüğünün tespitine ilişkin olarak özellikle işverenler tarafından ve daha çok kamu işverenleri tarafından bu işin delillendirilmemiş olması bizi fevkalâde çok zor durumda bıraktı diyebilirim. Şu açıdan tabii bu sadece FETÖ ile ilgili değil aynı zamanda PKK da var. KYK, PKK'yı da kapsıyor. Terör örgütleriyle bağlantılı olan, irtibat ya da iltisakı olanların kamu kurum ve kuruluşlarında doğrudan ya da dolaylı olarak istihdam edilmeyeceklerine ilişkin açık bir düzenleme var. Kanun hükmünde kararnamede bu düzenleme var. Dolayısıyla şimdi pek çok belediyede alt işveren işçilerinin terörle bağlantılı olduğu gerekçesiyle asıl işveren tarafından işten çıkarılması isteniyor. Doğrudan iş sözleşmesini kendisi feshedemiyor ama alt işverene, senin bu işinin bağlantısı var, bunu çıkart, diyor. Tabii burada alt işverenin önünde iki seçenek var: Ya çıkaracak ya da çıkarmayıp kendi sözleşmesini tehlikeye atacak çünkü kendisinin de asıl işverenle sözleşmesi var. Çıkarmasa da bu durumda da kendisinin sözleşmesinin geleceği tehlikeye düşüyor. Dolayısıyla biz burada dedik ki en azından bunun alt işveren açısından geçerli bir sebep olması gerekir. Zamanla bir değerlendirme yaptık, 15 Temmuz'dan hemen sonra bir panik havası içinde bu terör örgütlerinin kamudan izalesi için gerçekten herkes bir şeyler yaptı. Dolayısıyla hem asıl işveren hem de alt işverenin bu uygulamasına biraz değer vermek gerekir çünkü 15 Temmuz'dan sonra üzerinden biraz zaman geçtikten sonra artık daha soğukkanlı değerlendirmenin yapılacağı bir aşamada en azından bunun çok somut delillere dayanması alt işveren olsa dahi bunun daha somut delillere dayanması gerektiğini belirttik ve diğer bir şey daha yaptık. Normalde işçilik alacaklarında resen araştırma ilkesi yok ama az önce bahsetmiş olduğum kanun hükmünde kararnamenin ilgili maddesi uyarınca biz burada bir nevi resen araştırmaya gittik. Dedik ki bunu işte emniyetten, jandarmadan, istihbarattan bütün bilgileri toplayın; ona göre bir değerlendirme yapın, diyerek yerel mahkeme kararını bozduk.

Bu aslında normalde bizim taraflarca hazırlama ilkesine getirdiğimiz bir istisna oldu. Sadece bu olaylara özgü olarak yine aynı şekilde diğer konularda da bir araştırmaya gittik. Bu durumda tabii dediğim gibi çok büyük bir delillendirme sorunu var çünkü işverenin elinde bir belge

var. İstihbarattan alınan belge var hatta şöyle bir şey var. Bizim yine Güneydoğu'da görev yapan bir hâkimimiz gelmişti. Dedi ki: "Ben belge istedim. Bana dediler ki 'Biz kendi adamımızı nasıl deşifre edelim, bu istihbari bir bilgidir, dolayısıyla bir belge veremeyiz.' dediler." Gerçekten tabii bu mahkemeler için söz konusu değil. Biz sonuçta delile göre karar vermek zorundayız. O bakımdan çok zorlandığımızı ifade edebilirim.

Şimdi COVID-19 ile ilgili olarak bahsetmiş olduğunuz soruya gelince. Aslında bu iş sağlığı ve güvenliği kurallarını da ilgilendirir. Dolayısıyla hem iş sağlığında çalışanların sağlığı hem de kamunun sağlığı açısından normalde işverenin böyle bir test yapılmasını istemesi mümkündür ancak işçi buna rıza göstermezse ne olur? İşte, burada sorun çıkıyor tabii. Burada önümüze gelen henüz bir karar ve dosya yok. Çok önceden konuşmak istemiyorum ama bunu bir kişisel görüş sonradan değerlendirmek üzere ortaya konan bir kişisel görüş olarak ifade etmek istiyorum. Burada tabii sonuçta özel yaşam kapsamına giren kişisel hak söz konusu. Vücuttan bir biyolojik madde alınması söz konusu. İşçinin buna rıza gösterme zorunluluğu yok ama bu işveren açısından iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyulmaması nedeniyle belki burada haklı neden olabilir yani çok ağır olabilir ama geçerli bir sebep teşkil ettiğini söylemek herhâlde mümkündür diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum. Aşı için de aynı şeyi söylüyorum.

-Hilal YAZICI Özellikle söyledim sunumumda. İkinci oturumun temel konusu ama C.A. (3) kararımızda bizim devlete sadakat yükümlülüğü bağlamında özel hukuk iş ilişkisi vardı. Orada da ya belediyede ya da tarım kredi kooperatifinde iş sözleşmesiyle çalışan bir başvurucuydu. Orada iş sözleşmesinin feshedilmesine dayanak gösterilen şey 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra kapatılan kurumlarda denetim kurulu üyesi olmasıydı. Bu somut bir olgu. Başvurucu yargılama süreçlerinde sözleşmesinin feshi sürecinde buna itiraz da etmemişti. Dolayısıyla bu veriler bağlamında bir değerlendirme yapılarak iş sözleşmesinin feshi ve yargılama süreçlerinde de buna dikkat edildiğini Anayasa Mahkemesi gözettiğinde 20. madde bağlamında özel hayata saygı hakkı bağlamında pozitif yükümlülükler açısından bir ihlalin meydana gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştı. Başkan'ımın da ifade ettiği gibi burada somut olgulara dayalı olarak iddianın ortaya konulması sözleşmenin feshi için önem arz ediyor.

-Ayhan KILIÇ Benim sorum Seracettin Başkan'ıma. Bilindiği gibi sadakat yükümlülüğü hem işçiler yönünden hem de kamu görevlileri yönünden bir yükümlülük. İşçi işverene kamu görevlileri devlete karşı sadakat yükümlülüğü altındadır ve sadakat yükümlülüğü ihlali hâlinde bunun iş ilişkisinin sonlandırması bakımından meşru bir amaç teşkil ettiği, dolayısıyla özel hayata saygı hakkına yönelik müdahale bakımından meşru bir amaç teşkil ettiği de kabul ediliyor. Bu konuda sıkıntı yok fakat kime sadakat şimdi devlete karşı sadakatten şüphe duyulmasını gerektiren bir olgu aynı zamanda tüm işverenler yönünden de işçinin işverene karşı sadakatinden şüphe duyulmasını gerektiren bir olgu olarak kabul edilebilir mi? Örneğin terör örgütlerine irtibatlı ve iltisaklı olduğuna dair birtakım tespitler bulunan bir kişi devlet yöneticisiyse, kamu görevlisiyse bunun kamu ile ilişkisinin sonlandırılabilmesine dair kabuller var fakat aynı mahiyette bir kişi özel bir işveren de aynı olgulara dayanarak bir kişinin iş akdini feshedebilir mi yani özetle devlete sadakat eşittir işverene sadakat yaklaşımı geçerliliği kabul edilebilir mi? Eğer böyle bir kabul olursa bu durumda devletin amacıyla işverenin amacını özdeşleştirmiş olmaz mıyız? Devleti toplumun her zerresinde egemen bir yapıya dönüştürmüş olmaz mıyız? Bu açıdan böyle bir uyuşmazlık önünüze geldi mi? Geldiyse nasıl yaklaşıyorsunuz? Onu sormak istiyorum. Teşekkürler.

-Seracettin GÖKTAŞ Tabii önümüze gelecek olan bölge adliye mahkemesinde buna benzer bir iki dosya var. Bildiğim kadarıyla bize de bu konuda sorular yöneltildi ama henüz bakmadığımız bir olay açıkçası bu konuda görüş belirtmekten biraz çekiniyorum. Bir defa kamu kurumları açısından hiçbir sorun yok, ki pozitif bir düzenleme var irtibatlı, iltisaklı olan kişiler kamu kurum ve kuruluşlarında doğrudan ya da dolaylı bir şekilde yani alt veren işçisi olarak -özel hukuk tüzel kişisi ve gerçek kişi de olabilir alt işveren işçisi- çalışamaz. İstihdam edilmesi mümkün olamaz. Kamu kurum ve kuruluşlarında özel işverenler bakımından durumu tabii belki şu açıdan irdelemek mümkündür; bağlantısı olduğu iddia edilen kişiler var, bir de bağlantısı olduğu kesinleşen kişiler var. Terör örgütü üyesi olduğu netleşmiş mahkeme kararı kesinleşmiş bir kişiyi işveren istihdam edebilir mi? Aslında burada bir bağlantı, böyle bir değerlendirme yapmak lazım. Terör örgütü üyesi olduğu kesin. Artık hangi terör örgütü devletin birliğine, bütününe, anayasal düzenine kastetmiş, yıkmayı hedefleyen bir örgüt bu örgütün

üyeyi olduğu kesin. Şimdi burada TŐrkiye Cumhuriyeti devletinin bir vatandaşı olan bir işveren bunu istihdam edebilir mi? Kanımca bu işveren açısından -tabii ben yine de değerdendirme şansımı sonraya bırakıyorum- asıl şey sanki bana en azından geçerli bir sebep var gibi geliyor, bana kesinleşmiş olanlar açısından ama böyle bir iddia sadece iddia aşamasında ise bu kesinleşmediği sürece, sadece ben böyle bir dava var diye soyut bir iddia var diye işverenin işten çıkarmasını doğru bulmuyorum açıkçası ama zaten sizin genel olarak verdiğiniz bu bilgiye sorunun içinde cevap da vermiş oldunuz. Aslında ona da katılmamak mümkün değildir.

-Ali Cengiz KÖSEOĞLU Benim bir sorum, bir de açıklama sorum var. Gülay hanım bahsetti. Ben bu konuya uzunca bir süredir değiniyorum, ilgileniyorum bu konuyla. Ben bunu eğilimli işyeri diye tercüme etmiştim. Kanvans diye geçiyor Alman hukukunda yani işyerinin bir eğilimi varsa o eğilime aykırı davranan işçinin iş sözleşmesinin feshi, genel anlamda konu bu. İşte özel hayatın tespiti anlamında, özel hayatın sınırlarının tespiti anlamında da o eğilimin ne kadar önemli olduğu konusu. İşte kilise örneği verdi gerçekten. Alman hukukundaki örneği de o şekildeydi. Kilisede çalışan bir kişinin boşanması, Katolik kilisesinde çalışan bir kişinin boşanması şeklinde. Acaba bu bir fesih sebebi sayılır mı, tartışması. Burada da işyerinin eğilimine aykırı bir davranış olduğu için bu boşanmanın bir fesih sebebi sayılacağı konusunda mahkeme kararına rastlamıştım. Bunu bizim ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde aklıma gelmişti. Yeşilayda çalışan birinin içki içmesi yani iş yerinde zaten değil de dışarıda özel hayatında da içki içmesi acaba bir fesih sebebi, iş yerinin eğilimine aykırılık nedeniyle bir fesih sebebi sayılabilir mi? Bu konuyu Gülay Hanım'dan biraz daha açmasını rica ediyorum. Eğer yanlış anlamadıysam HIV dolayısıyla iş sözleşmesi feshedilen işçinin bundan sonraki hayatını olumsuz etkileyeceğinden bahisle bir ihlalden bahsetti. Eğer yanlış anlamadıysam -düzeltirse sevinirim- şimdi burada ne yapmak gerekiyor o zaman? Yani işverene HIV'den dolayı feshetme mi diyeceğiz? Eğer HIV'den dolayı feshettiyse, bunu belirtmediyse yeni işverene karşı bir sorumluluğu doğar mı, doğmaz mı? Bu konunun da ayrıca tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Söz verdiğiniz için teşekkür ediyorum.

-Gülay Arslan ÖNCÜ Gerçekten önemli bir soru. Biraz önce sadakat yükümlülüğu hem özel sektör hem kamu sektörü bakımından

tartışıldı. Ayhan Bey de sorusunda haklı olarak belirtti, isabetle belirtti. Sadakat yükümlülüğü dediğimiz şey aslında özel sektör için de geçerli. Dolayısıyla özel hukuk ilişkilerine de işçinin işverene bir sadakat yükümlülüğü var ama pek tabii ki bu sadakat yükümlülüğü kamu çalışanlarındaki gibi bir sadakat yükümlülüğü değil. Öyle olmasını da beklememek gerekiyor çünkü kamu görevlileri bakımından bir kamusal yetki kullanımı durumu söz konusu oysa özel hukuk iş ilişkilerinde böylesine bir yetki kullanımı yok. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğü noktasında her iki sektörde de böyle bir yükümlülük olmamakla birlikte kamu bakımından bunun daha özel bir durum olduğunu belirtmek lazım hatta kamu içinde bazı pozisyonlar için özel bir sadakat yükümlülüğünden bahseder Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Örneğin yargıçlar bakımından. Şimdi gelelim işin diğer kısmına. Bir işletmenin politikasına aykırı işçi tutumları. Sayın Hoca'm da Almanya'dan bir karar aktardı. Orada boşanma örneği verdi. Hakikaten çok benzer örnekler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen iki davada da evlilik dışı ilişki var oysa kilisenin bu konudaki doktrini ortada. Doktrini belli. Hiçbir şekilde kilise görevlilerinin doktrinleri gereği aslında evlilik dışı ilişki yaşamamaları gerekiyor ama orada zannediyorum şöyle bir ayırım yapmak lazım. Bu Yeşilay örneğine de geleceğim birazdan. Sadakat yükümlülüğü var. Evet, prensip olarak devrede. Dikkate alınması gereken bir husus. Şuna bakmak lazım öncelikle: Kişi yani işçi işverenle iş sözleşmesi akdederken bu konuda kendisine net olarak bir bilgi verilmiş mi yani sonuçta tamam eğer bilerek girmişse işverenin bu konuda bir eğilimin, bir tutumun, benimsediği bir yaklaşımın bilincinde olarak girmişse bu, onun bakımından özel hayatta mahremiyet beklentisini ya da özel hayata dair birtakım çıkarlarının korunması noktasında elini zayıflatan bir durum. Önden bilerek aslında işverenin o konudaki eğilimini, dedi Hoca'm. Bence güzel bir kavram. Ben de öyle devam edeceğim. Eğilimi bilerek girdi ama buna rağmen bu eğilime uymayan birtakım davranışlar içine girdi. Peki, bu otomatikman iş sözleşmesinde, meşrulaştıran haklılaştıran bir durum mu? Hayır. Şuna da bakmak gerekir: İşçinin sadakat yükümlülüğü bir işçi iş ilişkisine girerken bu eğilim konusunda bilgilendirilmiş mi? İki ve üçüncüsü işçinin pozisyonu. Şimdi ben Almanya kararlarını örneklerken iki karar zikrettim: Birisi *Schüth/Almanya* kararı, diğeri *Obst/Almanya* kararıydı. *Schüth* kararını da hatırlatayım: Başvurucumuz org çalışıyor

yani müzisyen. Koroda görevli birisi oysa *Obst* kararında pozisyonu daha önemli bir pozisyon, daha önemli bir statü. İşte kilisenin Avrupa departmanının başında olan bir isim ve mahkeme bu pozisyonlara önem verdi. Şimdi biz bunu Yeşilay örneğine uyarlayacak olursak Yeşilayda hangi pozisyonda çalışıyor? İşte Yeşilayın halkla ilişkiler departmanında kamuoyunu bilgilendiren. İşte tabii ki Yeşilayın şeyine bakmak lazım. Ondan çok emin olamadım sayın Hoca'm, devlet teşkilatı içindeki yerine ama zannetmiyorum bütünüyle özel sektöre ilişkin bir statüsü olsun. Dolayısıyla öyle bile olduğunu varsayacak isek burada önemli bir nokta gerçekten de işçinin o iş alanında işyerindeki pozisyonu yani şoför olarak da görev yapıyor olabilir, bahçe işlerinden de sorumlu olabilir. Dolayısıyla o sadakat yükümlülüğü dediğimiz şey ya da eğiliminden bahsediyoruz. İş yerinin eğilimi, işverenin eğilimi, bu eğilimi devam ettirme, bu eğilimin bir temsilcisi olma noktasında pozisyonlar fark ediyor gerçekten de. Örnek olarak söyledim bahçeden sorumlu bir kişi olabilir. Yeşilayın mevcut binalarının bahçelerinin bakımını yürüten birisidir ya da işte şoför olarak çalışan birisidir ama diğer taraftan halkla ilişkileri yöneten Yeşilayın halka tanıtımı ve diğer kamusal işlerin yürütülmesi, kamuya dönük işlerin yürütülmesinden sorumlu birisidir. Bunların arasında ayırım yapmak lazım Hoca'm, dolayısıyla somut olayın koşullarına bakarak tabii ki ölçütleri kullanmak lazım. Ancak bu noktadan sonra gerçekten de iş sözleşmesinin feshine, işverenin ve iş yerinin eğilimine uygun davranış sergilememe gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshine bu açıdan yaklaşmak gerekiyor diye düşünüyorum.

-Hilal YAZICI T.A.A. başvurusu ile ilgili olarak HIV pozitif virüs taşıması neticesinde iş sözleşmesinin sonlandırılmasına zorlanması söz konusuydu başvuruçunun yani işveren tarafından sözleşmenin feshi söz konusu değildi sunumumda da o şekilde ifade ettim, diye hatırlıyorum.

Burada Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesinde HIV pozitif olması neticesinde mesleki çalışma hayatına bunun nasıl yansıdığı, olumsuz şekilde yansıyor yansımadağının, hastalığı bulaştırıcılık unsuru barındırıp barındırmadığının, bunların hiçbirisinin yargılama sürecinde ortaya konulmamış olması temelinde Anayasa Mahkemesi ihlal sonucuna ulaştı. Üstelik kişinin maddi ve manevi varlığına sıkı sıkıya bağlı olarak ayrımcılık yasağı bağlamında ileri sürdüğü iddialar açısından da derece mahkemelerin bir değerlendirmesi olmamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu iki noktada özellikle yargılama sürecinde bu sorunların giderilmemiş olması bağlamında ihlal neticesine ulaşmıştır.

-Seracettin GÖKTAŞ Ben bu konuda ilave yapmak istiyorum. Şimdi HIV virüsü ortaya çıktığında Uluslararası Çalışma Örgütü o zaman Dünya Sağlık Örgütü ile bir toplantı yaptı ve oradan çıkan sonuca göre HIV virüsü taşıyanların çalışmalarında bir sakınca bulunmadığı, bunların da iş görme edimlerinde bir sıkıntı yaşamadıkları, diğer işçilere göre herhangi bir dezavantajlarının bulunmadığı tespit edilmiş ancak tabii işin niteliği mesela bir aşçıysa biliyorsunuz bu HIV virüsü kan yoluyla ya da cinsel yolla bulaşabiliyor. Bu bakımdan belki bu tür yerlerde çalışmaları mümkün olmayabilir. Sanırım o olayda böyle bir durum yoktu. Bildiğim kadarıyla bir aşçı falan değildi. İş yerinin böyle bir özelliği bulunmadığı hâlde, davacının yaptığı iş çalışmasına engel olmadığı hâlde ayırmaya zorlanmış.

-Ömer ANAYURT Son zamanlarda önemli bir konu cinsel yönelimler, cinsel eğilimler. Bu da gerek kamu hayatına gerekse özel iş alanlarına giderek taşınmakta olan bir konu. Avrupa'da LGBT özellikle bir konsensüs, Avrupa konsensüsü diyebileceğimiz bazı alanlara girdi. Mevzuatları vesaire giderek genişlemekte. Şimdi burada tabii iş alanında haklı bir fesih nedeni teşkil edebilecek mi? Özellikle Yargıtayın bu noktadaki yaklaşımı ne şekilde olacak? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına ne şekilde hazır veya bunu kullanabilecek mi? Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi açısından da bu Avrupa'da giderek gelişmekte olan Avrupa konsensüsü yorumuna dönüşen bu alandaki yaklaşıma ne ölçüde hazır? Bir mahalle baskısı üzerinde oluşabilecek mi? Malum İstanbul Sözleşmesi bağlamında özellikle cinsel yönelim eğilim gibi kavramlar çok büyük tartışma konusu oldu ve geline durum bu. Ben bu konuda Yüksek Mahkemenin yaklaşımını merak ediyorum. Çok teşekkür ediyorum.

-Seracettin GÖKTAŞ Birincisi bizim pek çok kararımızda da ifade ettiğimiz üzere sosyal açıdan etik olmayan ya da ahlaki olmayan davranışlar ancak iş yerinde olumsuzluklara sebebiyet verirse bir fesih sebebi, geçerli bir fesih sebebi olabilir. Anayasa Mahkemesinin de yine kararlarında belirttiği üzere -Ebru soyadını hatırlamıyorum o kararda- pozitif yükümlülüklerin ihlalinden söz ederken aslında bir değerlendirme de yapıyor. Diyor ki gönül ilişkisi olarak ifade edilen

basına da yansıyan kararda iş yerinde olumsuzluklara sebebiyet verdiğiine ilişkin bir kanıtla henüz yeterli kanıt elde edilmeden karar verilmiş, dolayısıyla burada adil yargılanma hakkı ve pozitif yükümlülük ihlal edilmiştir. Buradan hareketle özel hayata saygı hakkı da ihlal edilmiştir diyor yani burada ölçü olarak benim anladığım iş yerinde olumsuzluklara sebebiyet vermiş mi, vermemiş mi buna bakmak lazım yoksa sosyal açıdan ahlaki görülmeyen ya da etik olarak değerlendirilmeyen özel hayat kapsamındaki hususlar doğrudan fesih sebebi yapılamaz. Görüşüm bu yöndedir.

-Hilal YAZICI Özellikle H.Ç. kararında bu bağlamdaki şikâyetleri değerlendirebildiğini söyleyebiliriz ama somut bir başvuru bu noktada ben hatırlayamadım şu an. Ömer Hoca'mızın sorduğu bağlamda. Ama burada Başkan'ımın da ifade ettiği gibi özel hayatta kalan unsurların iş yerine yansıyor yansımadağı, işin düzenini aksatıp aksatmadığı gibi ölçütlerin burada şimdilik Anayasa Mahkemesi açısından kullanılan ölçütler olduğunu söyleyebiliriz. Bir de işveren açısından bunun nasıl bir olumsuzluk yarattığı, adil menfaatler arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığı, işverenin de adil dengesi neden daha yukarıda onun ortaya konulması özellikle aranıyor. Şimdilik ölçütler bu şekilde değerlendirilebilir.

İkinci Oturum

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ece GÖZTEPE ÇELEBİ

Bilkent Üniversitesi

Konuşmacılar

Fethi ASLAN

Danıştay

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

Ankara Üniversitesi

Fatih ALKAN

Anayasa Mahkemesi



FETÖ/PDY İLE İRTİBAT VE İLTİSAKLI OLDUKLARINDAN BAHİSLE MESLEKTEN İHRAÇ EDİLEN HÂKİM VE SAVCILARIN DOSYALARINDA AİLE VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI BAKIMINDAN DANIŞTAY BEŞİNCİ DAİRESİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Fethi ASLAN*

667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'nin öngördüğü düzenleme kapsamında bugüne kadar yaklaşık 4.500 kadar hâkim ve savcının FETÖ ile irtibat ve iltisaklı olduğundan bahisle HSK tarafından meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir. Dairemiz bu dosyalara ilk derece mahkemesi sıfatı ile bakmaktadır.

Davacılar tarafından anılan meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan davalarda, bu ihraçlar nedeniyle AİHS'te ve Anayasa'da güvence altına aile ve özel hayatına saygı hakkı, düşünce-vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, ayrımcılığa uğramama hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarında bulunulduğu görülmüştür.

Dairemiz tarafından bu iddialar ise AİHS'in 8. ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "özel hayata saygı hakkı" bağlamında incelenmiştir. Zira gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM tarafından dinamik bir şekilde yorumlanan ve sosyal hayattaki yansımaları kapsamında genişletilebilen "özel hayat" kavramı, eksiksiz bir tanım getirmenin mümkün olmadığı bir kavram olarak görülmekte; bu bağlamda bireylerin kişiliklerini geliştirmelerine ve mesleki yaşamlarına etki eden her durum özel hayata saygı hakkına dâhil edilmektedir¹.

Nitekim Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında², bireylerin genellikle iş ya da mesleki faaliyetleri sırasında dış dünya ile ilişkiler kurduklarını ve geliştirdiklerini ifade ederek bireyin iş hayatı ile özel

* Danıştay 5. Dairesi Başkanı, fethiaslan@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9119-4220.

¹ Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yay., s. 23-25.

² *Özpunar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992; *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015.

hayatını birbirinden ayırmanın güçlüğüne altını çizmiş ve mesleki faaliyetlerin de özel hayata saygı hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Buna göre özel hayat, bir bireyin başka bireylerle, mesleki ve iş ilişkileri de dâhil olmak üzere ilişki kurma ve geliştirme hakkını kapsamaktadır

Örneğin *Denisov/Ukrayna* kararında³ AİHM; mesleki nitelikteki veya iş niteliğindeki faaliyetlerin de özel hayatın kapsamına girdiğini, AİHS'in 8. maddesi kapsamında iş ilişkisi hakkında farklı türdeki davaların AİHM'de incelendiğini, bunların askerlik görevinden çıkarılma, yargı görevinden alınma, yargı organındaki idari görevden alınma, kamudaki bir görevden diğerine atanma, kamuda çalışabilmeye yönelik getirilen kısıtlamalar, kamu hizmeti dışında işin kaybedilmesi ve özel sektörde bir mesleğe sahip olabilmeye karşı getirilen kısıtlamalar ile ilgili davalar olduğunu ifade ettikten sonra bu kategorilere giren davalar için özel hayat kavramını iki farklı yaklaşım temelinde değerlendirdiğini, bunların "**gerekçe temelli yaklaşım**" ve "**sonuç temelli yaklaşım**" olduğunu vurgulamıştır.

AİHM aynı kararda; bir şahsın mesleki hayatını etkileyen bir tedbirin alınmasına sebep olan gerekçelerin bu şahsın özel hayatıyla bağlantılı olması durumunda "gerekçe temelli yaklaşımın" uygulandığını, bu tedbirin şahsın özel hayatı üzerinde olumsuz etkilere neden olması durumunda da "sonuç temelli yaklaşımın" uygulandığını, söz konusu olumsuz sonuçlar değerlendirilirken ise şahsın "yakın çevresine", "diğer insanlarla ilişki kurmasına ve ilişkilerini geliştirmesine yönelik olanaklarına" ve "itibarına" etkisinin değerlendirildiğini belirtmiştir.

Dairemiz dava konusu edilen hâkim ve savcılarının meslekten çıkarma kararlarının davacıların meslek yaşamlarının sona ermesi sonucunu doğurduğunu, bu nedenle söz konusu kararların özel hayata saygı hakkı üzerindeki **sonuçları itibarıyla** AİHS'in 8. ve Anayasa'nın 20. maddeleri ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

Bu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı yönünden incelemesini ise Dairemiz; Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in uyguladığı yöntemle paralel olarak AİHS'in 8. maddesi ile Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri uyarınca "kanunilik", "meşru amaç" ve "demokratik bir toplumda gerekli ölçülü olma" hususları yönünden yapmıştır.

³ *Denisov/Ukrayna*, B. No: 76639/11, 25/09/2018.

Müdahalenin kanunilik unsurunu taşıyıp taşımadığı yönünden yapılacak incelemede müdahalenin iç hukukta erişilebilir ve öngörülebilir bir hukuki dayanağının bulunup bulunmadığı incelenmektedir⁴.

Müdahalenin hukuken **öngörülebilir** kabul edilebilmesi için müdahalenin iç hukukta dayanağının bulunması, müdahaleye dayanak oluşturan hukuk kurallarının ilgililerin erişimine açık olması ve bu kuralların ilgililere davranışlarını ayarlama imkânı sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir⁵.

AİHM içtihatlarına göre **kanunla öngörülme kriteri** ise kendi içinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak bu düzenlemenin mutlaka şekli anlamda kanunla yapılması zorunlu olmayıp anılan şart, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi için kendisine yetki veren bir hukuk kuralının varlığı şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır.

Bu bağlamda Dairemiz kararlarında davacı hakkında dava konusu kararların tesis edildiği tarih itibarıyla bu kararlara dayanak KHK'nin yürürlükte olduğu ve öngörülen anayasal usul dâhilinde daha sonra kanunlaştığı, bu nedenle özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği taşıyan dava konusu kararların öngörülebilir ve belirli bir kanun hükmü uyarınca tesis edilmiş olduğundan müdahalenin kanunilik şartını taşıdığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Bununla birlikte "irtibat" ve "iltisak" kavramları ile ilgili olarak bu kavramların meslekten ihraç kararları verilmeden önce tanımlanmamış, belirsiz kavramlar olduğu, bu nedenle suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile hukuki belirlilik ilkesi yönünden aykırılık oluşturduğu yönünde iddialarla ilgili olarak ise Dairemiz Anayasa Mahkemesinin 14/11/2019 günlü ve E.2018/89, K.2019/84 sayılı norm denetimi kararını dikkate almıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında; terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı olma durumu farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bunların kanun

⁴ Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015.

⁵ Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979.

koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve kanunda tek tek sayılması zorunluluğundan söz edilemeyeceğini, irtibat ve iltisak kavramlarının -genel kavramlar niteliğinde olmakla birlikte- belirsiz ve öngörülemez nitelikte kavramlar olduğunu söylemenin mümkün olmadığını, hukuki nitelikleri ve objektif anlamlarının yargı içtihatlarıyla belirlenebileceğini vurguladığından Dairemiz tarafından kararlarında irtibat ve iltisak kavramlarının tanımı yapılmış ve davalı idarelerin dosyaya sunduğu tespitler üzerinden irtibat ve iltisak değerlendirilmesi yapılmıştır.

Dairemiz, müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı konusunda ise Anayasa Mahkemesinin C.A. bireysel başvuru kararında⁶ yaptığı değerlendirmeye benzer şekilde, Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayata saygı hakkına ilişkin özel sınırlama nedenleri öngörülmemiş olmakla birlikte AİHS'in 8. maddesindeki ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sağlanması yönündeki sınırlama nedenleri ile Anayasa'nın 5. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanan sınırlama nedenlerini dikkate almış ve kamu gücünün güçlü bir tezahürü niteliğinde yargı yetkisini kullanan hâkim ve savcılarının meslekten ihraç kararlarının, ülkenin içinde bulunduğu tehdit ve kamu düzeninin bozulması ihtimali karşısında ivedi şekilde karar alma zorunluluğundan kaynaklı olarak ve millî güveniğin, kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla tesis edilmiş olması nedeniyle meşru bir amaca dayandığı değerlendirilmiştir.

AİHM, müdahalenin demokratik bir toplumda **gerekli olup olmadığı** hususunu, somut olay özelinde değerlendirme yaparak yani somut olayın kendine has özelliklerini göz önünde bulundurarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda idarece hakka müdahalede bulunulmasını gerektiren zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın var olduğunun ortaya konulması gerekecektir. **Ölçülülük** değerlendirmesi yapılırken ise, idarenin izlediği meşru amaçla alınan ihraç tedbiri arasındaki ölçülülük, yine somut olaya özgü koşullar çerçevesinde incelenmekte olup, idarece kişinin hakkına yapılan müdahalenin bu müdahale ile ulaşılabilecek meşru amaç kapsamındaki kamu yararı ile dengelendiği hususunun ortaya konulması gerekmektedir. Öte yandan AİHM, müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken başvuruculara iç hukukta müdahale konusu haklarını korumak için yeterli hukuki mekanizmaların ve usule ilişkin güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı hususuna da çok önem vermektedir.

⁶ C.A., B. No: 2018/10286, 02/07/2020.

AİHM sondönem yaklaşımlarında uluslararası makamlar tarafından ölçülülük incelemesi yapılmadan, olayda izlenen meşru amaç kapsamındaki kamu yararının başvurucunun özgürlüğüne neden üstün tutulduğuna ilişkin ilgili ve yeterli gerekçelere kararlarda yer verilmemesini, başvurucuların haklarına yeterli usulî güvenceler sağlanmadan yapılmış müdahaleler olarak görmektedir.

Bu bağlamda bu dosyalarda özel hayata yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığı yönünden yapılan Dairemiz değerlendirmesinde; darbe teşebbüsü nedeniyle ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin var olduğu, bu tehlikenin olağan dışı bir kriz niteliğinde olduğu, olağan demokratik düzene geri dönebilmek amacıyla bu tehlikeye karşı alınan ve davacının yargı yetkisini kullanmasına son veren tedbirin, yaşanan özellikli durumun ortaya çıkardığı zorunluluktan ve zorlayıcı bir toplumsal gereksinimden kaynaklandığı, ayrıca özel hayata saygı hakkının, AİHS'nin 15. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen ve olağanüstü hâllerde dahi AİHS'te ve Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınamayacağı belirtilen haklardan olmadığı tespitlerinde bulunarak söz konusu tedbirin demokratik bir toplumda gereklilik arz ettiğini ve durumun gerektirdiği ölçüde bir tedbir olduğu sonucuna varılmıştır.



KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI VE KAMUDAN İHRAÇLAR

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY*

Özel hayata saygı hakkı hem Anayasa’da (mad. 20) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) (mad. 8) güvenceye alınmış bir temel haktır. Kamuda çalışanlar dâhil herkese tanınmış olan bu hak, devletlerce bazı sınırlamalara tabi tutulabilmekle birlikte bu sınırlamaların, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, gerek “kanunilik” gerek “meşru amaç”, gerek “demokratik bir toplumda gerekli olma” gerekse “ölçülülük” kriterlerine uygun olması gerekmektedir. Aksi hâlde anılan Anayasa ve AİHS hükmü ihlal edilmiş olacaktır.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişilerin meslek yaşamlarına ilişkin olarak üye devletlerce yapılan ciddi müdahaleleri *özel hayata saygı hakkı* kapsamında görmekte ve bu müdahaleleri bu hak açısından denetlemektedir. AİHM’in bu yöndeki içtihadının tam olarak yerleştiği ve istikrar kazandığı söylenebilir.

Bu bağlamda Mahkeme, *mesleki yaşam* ile *özel yaşamı* birbiriyle sıkı sıkıya ilişkili görmekte ve mesleki yaşama müdahalenin kaçınılmaz olarak özel yaşamı da etkileyeceğini varsaymaktadır. Bu itibarla AİHM, kişilerin çeşitli nedenlerle gerek kamudaki gerek özel sektördeki iş, görev ve mesleklerinden toplu biçimde çıkarılmalarına, bu iş ve görevlere alınmamalarına veya tekrar alınmamalarına ya da daha alt seviyedeki iş ve görevlere *tenzili rütbeye* tabi tutulmalarına dair başvuruları esasa ilişkin olarak *özel hayata saygı hakkı* (AİHS mad. 8) kapsamında değerlendirmektedir¹.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ulusoydlaw@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5899-6005.

¹ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 8812/15, 53217/16..., 17/10/2019; *Denisov/Ukrayna*, B. No: 76639/11, 25/10/2018; *Sodan/Türkiye*, B. No: 18650/05, 2/2/2016; *F. Martinez/İspanya* [BD], B. No: 56030/07, 12/6/2014; *Zickus/Litvanya*, B. No: 22652/02, 07/4/2009; *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, B. No: 55480/00- 59330/00, 27/7/2004; *C./Belçika*, B. No: 21794/93, 07/8/1996; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992.

Aynı yaklaşımın Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından da benimsendiği görülmekte olup² Danıştayın da son zamanlarda benzer bir yaklaşım içinde olduğuna tanık olunmaktadır³.

Esasen kamu hizmetlerine girme ve kamu görevlerinde çalışma hakkı AİHS kapsamında güvenceye alınan temel hak ve özgürlükler arasında bulunmadığı için gerek AİHM gerek AYM tarafından konunun esas olarak *özel hayata saygı hakkı* kapsamında değerlendirilmesinden başka bir seçenek kalmamaktadır.

Diğer bir ifadeyle konunun esas olarak ve hatta yalnızca bu temel hak kapsamında değerlendirilmesi dışında başka bir yol bulunmamaktadır. Aksi hâlde devletlerin bu konudaki müdahalelerinin ulusalüstü hukuk açısından hiçbir hukuksallık denetimi yapılamayacaktır. Bu olgu ve sonucun ise hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü prensibi ile bağdaştırılması mümkün olmayacaktır. Nitekim bilindiği üzere bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e gidebilmek için ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün Avrupa Konseyi üyesi ilgili devletin anayasasında güvenceye alınmış olması yanında AİHS (ve ek protokolleri) tarafından da güvenceye alınmış olması zorunludur⁴.

O hâlde kamu hizmetlerine girme hakkı T.C. Anayasas'ında "kamu hizmetlerine girme hakkı" her vatandaşa ayrıca anayasal düzeyde tanınmış bir hak (mad. 70) olmasına karşın AİHS tarafından böyle bir temel hak öngörülmediğinden kamudan ihraçlara ilişkin olarak AYM bireysel başvuru ve AİHM'e yapılan başvurularda bu hak açısından bir ihlal iddiasında bulunulmasının teknik açıdan anlamı ve pratik sonucu bulunmayacaktır.

O hâlde kamudan toplu çıkarmalarda (ihraçlarda) iç hukuk açısından yargı mercilerinin özel hayata saygı hakkına ilave olarak bu anayasal hak (kamu hizmetlerine girme hakkı) açısından da ayrıca hukuksallık ve yargı denetimi icra edebilecekleri söylenebilir. Ne var ki AİHS/AİHM/AYM bireysel başvuru açısından hukuksallık denetimi yapılabilmesi için

² Mehmet Çetinkaya [GK], B. No: 2018/27392, 15.04.2021; Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23.07.2020; C.A. [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020; Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020.

³ Danıştay Beşinci Dairesinin 1/4/2021 tarihli kararı (*Karar künyesine ulaşamamış olup karardan 5. Daire Başkanı Fethi Aslan 28 Haziran 2021 tarihli Anayasa Mahkemesi Sempozyumu'nda bahsetmiştir.*).

⁴ Ekinci, Hüseyin (2013). "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", *Anayasa Yargısı*, S. 30, s. 181-182.

ihlali iddia edilebilecek temel hak ve özgürlüğün hem Anayasa'da hem de AİHS'te güvenceye alınmış ve öngörülmüş olması zorunlu olduğundan bu açıdan denetimin işbu konu açısından esastan sadece *özel hayata saygı hakkı* kapsamında irdelenmesi ve değerlendirilmesi zorunlu görünmektedir.

Öte yandan kamu görevlileri açısından özel hayata saygı hakkı sadece kamu görevlerine son vermeler (ihraçlar), kamuya alınmamalar veya tekrar alınmamalar ve *tenzili rütbeler* hususlarıyla sınırlı olmayıp kamu çalışanlarının örneğin **eş durumu tainleri ve aile birleşimlerine** dair ihtilaflar veya **mesai dışında ulaşılamama hakkı** (*right to disconnect*) gibi konular da aslında özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken konular olup uygulamada da önemli sorunlar doğurmaktadır.

Bununla birlikte işbu çalışma konusu sadece kamu görevlilerinin kamudan ihraçlarının özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi ile sınırlanmıştır.

Bilindiği üzere 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi akabinde ilan edilen OHAL döneminde çıkarılan birçok KHK ile gerek askerî birimlerden gerek emniyet ve diğer güvenlik birimlerinden gerek yargı mercilerinden gerek üniversitelerden (devlet veya vakıf) ve gerek bakanlıklar, yerel idareler veya diğer idari birimlerden toplamda 100 binin üzerindeki kamu görevlisi kamudan ihraç edilmiştir. Bu ihraçların çok büyük kısmı, ihraç edilenlerin savunmaları alınmadan ve ayrıca bir idari soruşturma veya inceleme sonucu idari işlem tesis edilmeden kişilerin isimleri doğrudan ilgili KHK'lerin eki listelere dercedilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir.

İlk aşamada bu ihraçlara karşı kişilere ayrıca bir itiraz (idari veya yargısal) olanağı tanınmamış olup; sonrasında yapılan yasal düzenleme ile bu şekilde ihraç edilen kamu görevlilerinin özel olarak oluşturulan bir İdari Komisyona (*Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu*) itiraz edebilmeleri ve bu Komisyonun olumsuz kararına karşı da genel görevli idari yargı mercilerine dava açma olanağı tanınmıştır. Bu Komisyon (Eylül 2021 itibarıyla) halen çalışmaya devam etmektedir ve yapılan itirazların tamamı henüz sonuçlandırılmamıştır.

Komisyonun idari nitelikte verdiği itiraz ret kararına karşı yargısal süreç ise ilk derecede (Ankara) idare mahkemesine dava yolu, Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM) önünde istinaf yolu; Danıştay önünde temyiz yolu, sonrasında AYM'ye bireysel başvuru yolu ve AİHM'e başvuru yolu

şeklinde sıralanacak olup belli bir aşamada sonuç alınamaması hâlinde tüm bu aşamaların 10 yıldan önce tamamlanması güç görünmektedir.

İşbu darbe girişimi kapsamında ihraç edilen kamu görevlilerinin büyük kısmının iç hukukta yargı mercilerince “terör örgütü” olarak nitelenmiş (FETÖ/PYD) olan ve anılan darbe girişiminin baş sorumlusu olarak görülen *Fethullah Gülen cemaatine* mensup veya “iltisaklı” (“bitişik”, doğrudan bağlantılı) oldukları iddiasıyla ihraç edildikleri söylenebilir⁵. Diğer kısmının ise PKK veya DHKP-C gibi terör örgütleri ile bağlantılı veya destekçi oldukları iddia edilen kişiler olduğu ve hatta radikal sol eğilimdeki veya diğer hükûmet muhaliflerinden de listelere dâhil edilenler bulunduğu ileri sürülmektedir⁶. Bunlar arasında darbe girişimi öncesinde Güneydoğu Anadolu’da güvenlik kuvvetleri ile PKK arasındaki geniş çaplı çatışmalara karşı çıkan bir “Barış Bildirisi”ne imza atmış bir grup akademisyen de bulunmaktadır⁷.

Bu noktada ayrıca bahsi geçen OHAL KHK’leri ile yapılan ihraçların sadece OHAL dönemi ile sınırlı etki doğurmadığına ve bu KHK’lerin daha sonra TBMM tarafından kabul edilerek yasalaştığına ve kamudan ihraçların geçici nitelikte olmayıp süresiz ve ömür boyu nitelik taşıdığına ve bu şekilde ihraç edilenlerin bundan böyle de süresiz olarak kamuda başka her tür iş ve görevlere girmesine de ayrıca yasak getirilmiş olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

Bahsi geçen “FETÖ” yapılanmasının ise kamu kurum ve kuruluşlarında (yargı mercileri, askerî birimler, güvenlik birimleri dâhil) son derece organize ve tam gizlilik içinde uzun yıllardır örgütlendiği ve nihai hedefinin doğrudan veya dolaylı biçimde tüm devlet yapılanmasını kontrol ve domine etmek olduğu ve sonuçta cemaatin/örgütün kendi düşünce temelleri çerçevesinde işleyecek dinsel bazlı bir devlet yapılanması amaçladığı özellikle söz konusu darbe girişimi sonrasında açık ve bariz biçimde ortaya çıkmıştır.

Devrim, savaş, köklü rejim değişikliği, olağanüstü hâller gibi olağan dışı durumlar sonrasında toplu olarak kamu görevlerinden çıkarmalara

⁵ Tol, G., Mainzer M., Ekmekci Z., “Unpacking Turkey’s Failed Coup: Causes and Consequences”, <https://www.mei.edu/publications/unpacking-turkeys-failed-coup-causes-and-consequences> August 17, 2016 (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

⁶ Bkz. <https://www.dw.com/tr/15-temmuz-khkl%C4%B1-olmak-topyek%C3%BCn-bir-zul%C3%BCmd%C3%BCr/a-54179137> (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

⁷ Bkz. Altıparmak, K., Akdeniz, Y. (2017). *Barış İçin Akademisyenler Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak*, 2. Baskı, İstanbul: İletişim Yay.

“arındırma” (*lustration, government cleansing*) adı verilmektedir. Bu konu özellikle komünist rejimler sonrasında eski Doğu Bloku ülkelerinde gündeme gelmiş ve konu AİHM önüne de intikal etmiştir.

AİHM eski komünist rejimler sonrasındaki “arındırmalar” hakkında, genel olarak bu genç demokrasilere daha toleranslı bir yaklaşım sergilemiş ve özellikle eski Sovyet gizli servisi KGB bağlantılı kamu görevlilerinin kamudan çıkarılmalarında devletlerin geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın bu konuda devletlere tamamen “açık çek” vermemiş ve kamudan bu şekilde *toptan* çıkarmaların olabildiğince dar kapsamlı kalması gerektiğinden bahisle *amaçla orantılılık* yönünden hukuksallık denetimi icra etmeyi de ihmal etmemiştir⁸.

Türkiye’de 2016 yılında yaşanan darbe girişimi sonrasındaki OHAL KHK’leri ile yapılan kamudan toplu ihraçların da her ne kadar diğer ülkelerde bire bir örneği bulunmasa da bu şekilde bir “arındırma” örneği olarak görülmesi mümkündür.

AYM (*Eylül 2021 itibarıyla*) henüz bireysel başvuru kapsamında esasa ilişkin olarak söz konusu kamu görevinden çıkarmalar hakkındaki içtihadını ortaya koymamıştır. Bu konuyla bağlantılı olarak yakın tarihli bazı kararlarında, darbe girişimi sonrasında kamudan ihraç edilen bazı hukukçuların baro levhasına yazılma taleplerinin barolar birliğince kabulü sonrasında Adalet Bakanlığı tarafından açılan iptal davalarının kabulü üzerine baro levhasına yazılamayan bazı kişilerin yaptığı bireysel başvuruda AYM, konuyu esastan *özel hayata saygı hakkı* bağlamında değerlendirmiş ve avukatlığın kamu görevinden ziyade serbest meslek niteliğinde olduğundan hareketle bu konudaki yasal dayanak eksikliğine de dikkat çekerek söz konusu “tedbirin” amaçla orantılı olmadığına ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹.

“FETÖ” mensubu olduğuna dair somut veriler bulunan ve mensubiyeti kendince de ikrar edilen bir belediye işçisinin iş akdinin haklı nedenle feshine ilişkin bir başvuruda ise özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varıp kişinin bireysel başvuru talebinin reddine karar vermiştir¹⁰.

⁸ C./Belçika; Niemietz/Almanya.

⁹ Bkz. Mehmet Çetinkaya [GK], B. No: 2018/27392, 15/4/2021.

¹⁰ C.A. [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020.

Şu ana kadar verilen kararların hiçbiri doğrudan kamu görevlilerinin ihracına ilişkin olmamakla birlikte AYM'nin yakında kamu görevlerinden çıkarmalar hakkındaki içtihadını ortaya koyması beklenmekte olup akabinde AİHM tarafından da söz konusu ihraçlar esastan değerlendirilecektir.

1) Kamudan Toplu Çıkarmalarda AİHM Kriterleri

AİHM, kamudan toplu çıkarmalar (arındırma) konusunda öncelikle komünizm sonrası demokrasiye geçiş sürecindeki eski Doğu Bloku ülkelerinde özellikle eski SSCB gizli servisi KGB ile bağlantılı kamu görevlilerinin toptan ihracı ile daha sonraki ve daha yakın tarihli kamudan toplu ihraçlar arasında bir ayırım yapma eğilimindedir. Komünizm sonrası toplu ihraçlara, yeni genç demokrasilerin kurulup gelişebilmesi adına belli bir *tolerans* gösterdiği söylenebilir.

Buna karşın bir şekilde demokrasiye geçildikten sonra daha yakın tarihli ve güncel demokrasilerdeki kamudan toplu ihraçlarda, her ne kadar bu "arındırmalar" bir devrim, iç karışıklık veya olağanüstü hâl akabinde gerçekleşse bile o kadar da *toleranslı* davranmamakta ve toplu ihraçları "demokratik bir toplumda gerekli olma" ve özellikle "amaçla orantılılık/ölçülülük" açısından çok daha sıkı bir denetime tabi tutmaktadır.

AİHM, bu tür toplu ihraçların (arındırma tedbirleri) *özel hayata saygı hakkı* (mad. 8) ile bağlantısını kurarken ihraç edilen kimselerin sosyal ve mesleki itibarının zedelenmesi ve yakın çevre ve başkaları ile ilişki kurma ve geliştirme imkânlarının ortadan kalkması olguları üzerinde durmaktadır.

Özel hayata saygı hakkına devletin müdahalesi hakkında yapılan değerlendirmede Mahkeme genel ve olağan biçimde öncelikle "*sebep temelli yaklaşımı*" dikkate almakta ve örneğin kamudan ihracın nedeni kişinin gerek dinsel veya felsefi inancı gerekse cinsel kimliği gibi doğrudan özel yaşamına ilişkin ise yürüttüğü kamu görevinde somut olarak o kişinin tarafsızlığını, güvenilirliğini ve objektifliğini kaybettiğine dair somut kanıt ortaya konulmadıkça, kamudan ihraç tedbirinin kural olarak özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini varsaymaktadır.

Bu bağlamda AİHM, *Sodan/Türkiye* kararında, bir kamu görevlisinin eşinin başörtüsü takması ve kendisinin bir İslami tarikata/cemaate mensubiyeti nedeniyle bakanlık merkez biriminden taşrada *kızak* bir

göreve atanmasını, “sebeptemelli yaklaşımla” inceleyerek kişinin özel hayata saygı hakkının (mad. 8) ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹. Kararda, anılan tedbirin kişinin dinsel inancı nedeniyle alındığını tespit ederek ve kişinin bu inancını ve tarikat/cemaat mensubiyetini kamu görevine karıştırdığına, tarafsızlığını zedelediğine ve tarikat/cemaatten gelen talimatları işinde uyguladığına dair hiçbir somut veri bulunmamasını dikkate alarak uygulanan tedbirin “ölçüsüz” olduğu sonucuna varmıştır.

Başka bir kararında ise AİHM, ilerici bir Katolik rahibin Kilisenin evlenme yaşağına uymayıp evlenmesi ve çocuk sahibi olması üzerine Katolik kilisesi ile yaşadığı sorunların bir sonucu olarak lisede sözleşmeli olarak verdiği din bilgisi dersine son verilmesini¹² özel hayata saygı hakkına ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirmemiş ve 8. madde yönünden ihlal bulmamıştır¹³. Büyük Dairede 9/8 şeklinde *bıçak sırtı* çoğunlukla alınan ve Avrupa hukuk kamuoyunda çok eleştirilen¹⁴ bu tartışmalı karar¹⁵, AİHM’in Katolik kilisesinin iç işlerine ve dinsel tartışmalara müdahil olmama iradesinin ve tercihinin bir yansıması olarak görülebilir.

Buna karşın AİHM, kamuda göreve son vermenin nedeninin siyasi, ideolojik ve idari rejime dayalı olması durumunda bu “arındırmayı” *sebeptemelli* olarak görmemektedir ve özel hayata saygı hakkı (mad. 8) açısından sebeptemelli yaklaşım yerine -sadece koşulları varsa- “*sonuç temelli*” yaklaşım açısından değerlendirmeye almaktadır.

Örneğin *Polyakh/Ukrayna* kararında AİHM, bu değerlendirmemizi açıkça teyit etmiş ve Ukrayna’da 2010 yılında iktidara gelen (başkan seçilen) ve 2014 yılındaki “devrim” sonucunda parlamento tarafından otoriter ve demokrasi ve hukuk devleti karşıtı yönetim anlayışı ve yolsuzlukları nedeniyle görevinden el çektirilen *Yanukovych* yanlısı kamu görevlilerinin bir kanunla toplu olarak kamu görevlerinden çıkarılması ve 10 yıl süreyle tekrar kamu görevlerine girmelerinin yasaklanmasında ihraç tedbirinin bu kişilerin özel hayatları nedeniyle değil kamu idaresinde sahip oldukları konumları nedeniyle olduğunu vurgulayarak “sebeptemelli” yaklaşımı

¹¹ *Sodan/Türkiye*.

¹² İspanya’nın iç mevzuatına göre okullarda din bilgisi dersi verecek kişilere o bölgenin Katolik kilisesi yönetiminin onay vermesi gerekmektedir ve başvuru için bu onay çıkmamıştır.

¹³ *F. Martinez/İspanya*.

¹⁴ Bkz. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/fernandez-martinez-v-spain/> (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

¹⁵ Bkz. Ayrıca, Peat, D. (2019). Consensus Doctrine in the European Court of Human Rights, in *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals, Cambridge Studies in International and Comparative Law* (pp. 140-177). Cambridge: Cambridge University Press.

uygulamayı reddetmiş, sadece “sonuç temelli” yaklaşım yönünden ve daha istisnai bir denetim uygulamıştır.

“Sonuç temelli” yaklaşımda AİHM, özel hayata saygı hakkının ihlali için kamu görevine son verilen kişinin bu nedenle sosyal ve mesleki açıdan çok ciddi bir itibar kaybına uğradığını ve başkaları ile ilişki kurma, geliştirme imkânının ağır biçimde sekteye uğradığını kendisinin ortaya koyması gerektiğini ve mağduriyetin özel (spesifik) ağırlığını aramaktadır. Dahası ihlal sonucuna varılması için uygulanan *arındırma* tedbirinin meşru amaç taşımaması, demokratik bir toplumda gerekli olmaması ve amaçla orantılı olmaması da gerekmektedir.

Bahsi geçen Polyakh/Ukrayna kararında AİHM, siyasi nedenlerle önceki rejim (*Yanukovych*) yanlılarına yapılan kamudan toplu ihracının “sonuç temelli yaklaşımda”, aşağıdaki nedenlerle özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir:

- Bu kişilere itiraz imkânı verilmeden veya itirazları incelenmeden, isimlerinin kamuya açık biçimde açıklanması.
- Kişisel bazda irdeleme/inceleme yapılmaksızın toptancı bir yaklaşımla listeye dâhil edilen herkesin peşinen suçlu varsayılması ve listeye alınanların peşinen “damgalanmış” olması.
- Bu kişilerin kamuda daha üst ve önemli görevlerden daha alt ve önemsiz görevlere kaydırılması olanağı varken bunun yapılmayıp doğrudan ihraca karar verilmesi ve çok uzun bir süre (10 yıl) kamuya tekrar girişlerinin yasaklanması.
- Arındırmanın kapsamının fazla geniş tutulması ve yeterince daraltılmaması ve bu bağlamda örneğin ilçe tarım idaresinde veya vergi idaresinde çalışan büro memurları gibi alt düzey kamu görevlilerinin bile niçin arındırma kapsamına alındığının anlaşılabilmesi.

Bu bağlamda AİHM’in *Polyakh/Ukrayna* içtihadında geliştirdiği ölçüte göre köklü bir rejim değişikliği veya olağanüstü bir durum sonrasında devlet idaresinde geniş bir reform yapılması kapsamında kamu görevlilerinde genel ve toplu bir “arındırma” yapılması prensipte mümkün olmakla birlikte böyle bir “arındırma”nın AİHS’in 8. maddesi hükmüne (özel hayata saygı hakkı) uygun olabilmesi için şu iki seçenektен birinin tercih edilmesi gerekmektedir:

Üye devletin **ilk seçeneği**, tamamen kişiselleştirerek “arındırma” yapması yani her sorumlu memurun durumunu somut olarak irdeleyerek ve değerlendirerek ve savunmasını da alarak arındırma sebebi (önceki otokrat rejime hizmet etmek, iç karışıklığa veya olağanüstü duruma sebebiyet vermek vs.) açısından gerçekten kişisel olarak sorumluluğu bulunanları tespit etmesidir. Bu tespiti ise objektif ve adil biçimde yapması gerekir.

Devletin **ikinci seçeneği** ise arındırmayı bir kanunla¹⁶ yaparak kamudan toplu ihraç yapmaktır. Fakat bu durumda arındırmanın kapsamının yani arındırmaya tabi tutulacak kişi sayısının son derece dar tutulması ve kanunla toplu ihracın sadece arındırmaya sebebiyet veren illegal veya demokrasi karşıtı eski rejim, yapı veya örgütün ileri gelenleri, üst düzeyi ve asli sorumluları ve ayrıca kamudaki nispeten önemli görev ve konumlarla sınırlı tutulması zorunludur.

Polyakh içtihadında AİHM, Ukrayna’daki iç karışıklık sonrasında yeni gelen rejimin *otokrat* eski rejim yanlıları kamu görevlilerini bu şekilde bir kanunla toplu arındırmaya tabi tutmasında kapsamı yeterince “dar” tutmadığı için, AİHS’in 8. maddesinin yani özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu ihlal tespitini yaparken kullandığı bazı argümanlar ve verdiği örnekler özellikle ilginçtir.

Bu bağlamda Mahkeme, daha alt ve önemsiz görevlerdeki çok sayıda memurun arındırma kapsamında kamudan ihraç edilmesine karşın önceki *otokratik* rejimde bir süre bakanlık dahi yapmış en üst düzey bazı kişilere dokunulmamış olmasını ciddi bir tutarsızlık ve orantısızlık kanıtı olarak görmüştür.

Bu noktada AİHM, örneğin vergi idaresinde alt düzeyde çalışan veya ilçe tarım müdürlüğünde büro memuru olarak çalışan başvuru sahiplerinin “arındırma”ya sebep olarak gösterilen önceki otokratik rejimde salt bu konumlarda görev yapmaları nedeniyle demokrasiyi nasıl tehdit etmiş olabileceklerinin anlamadığını ifade etmiştir.

Diğer yandan Mahkeme, Ukrayna devletinin bahsi geçen iç karışıklık ve olağanüstü durum nedeniyle söz konusu arındırmanın hemen acilen yapılması gerektiğinden bahisle arındırmaya tabi tutulan her memur için

¹⁶ “Government Cleansing Act”.

ayrı spesifik değerlendirme yapılmasının aciliyet nedeniyle mümkün olmadığı ve bu nedenle kanunla acilen toplu arındırmaya gidilmek zorunda kalındığı savunmasını da değerlendirmiştir.

Bu savunmaya, arındırma tedbirinin sadece olağanüstü durum süresiyle sınırlı tutulmayıp arındırmaya tabi tutulan memurlar için toptancı biçimde 10 yıl gibi uzun bir süre tekrar kamuya giriş yasağı konulması nedeniyle itibar etmemiştir.

Bu bağlamda AİHM'in kanunla yapılacak geniş kapsamlı toplu arındırmanın ancak olağanüstü durum süresince etkili olacak biçimde yani "geçici" nitelikte mümkün olabileceği ve bu şekildeki toplu ve geniş kapsamlı arındırmanın etkisinin 10 yıl gibi uzun süre sürmesinin mümkün olamayacağı kanısında olduğu söylenebilir.

Kararda bu hususun ayrıntısı açıklanmasa da AİHM'in bu noktadaki kastının aciliyet hâlinde kanunla geniş kapsamlı toplu arındırmanın önce sadece olağanüstü durum süresiyle sınırlı biçimde "geçici" olarak yapılması, akabinde de her memur açısından objektif ve adil biçimde kişiselleştirilmiş değerlendirme yapılarak arındırmanın daha makul ölçülere ve kapsama indirgenmesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir.

Bu konuda emsal olarak gösterilebilecek diğer bir içtihadında ise AİHM, komünist rejim sonrasında demokrasiye geçildiğinde *Litvanya*'da bir kanun çıkarılarak önceki rejimde eski Sovyet gizli servisi KGB ile bağlantısı tespit edilmiş olan 395 kamu görevlisinin kamudan ihraç edilip özel sektörde de bazı işlerde çalışamayacaklarına karar verilmesinde benzer şekilde özel hayata saygı hakkına aykırılık bulmuştur¹⁷. Mahkeme ILO Sözleşmelerine de atıf yaparak yukarıda da belirtilen çerçevede devletlerin rejim değişikliği, iç karışıklık vb. nedenlerle zorunlu hâllerde bu tür tedbirlere başvurmasını mümkün görmekte birlikte buradaki tedbiri de "ölçülü" bulmamıştır ve AİHS'in hem mad. 8 (*özel hayata saygı hakkı*) hem de mad. 14 (*ayırıcılık yasağı*) hükmü açısından ihlali tespitinde bulunmuştur.

Karardaki dikkat çekici bir başka husus ise kamu görevlileri açısından "*devlete sadakat yükümlülüğü*"ne dikkat çekmesi ve ilke olarak kamu görevlileri için böyle bir yükümlülük bulunduğunu kabul etmesidir. Ancak Mahkemenin devlete sadakat yükümlülüğünden kastı, iktidardaki

¹⁷ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*.

parti veya hükümetin siyasi taraftarı ya da destekçisi olmak ya da siyaseten iktidara *muhalif* olmamak değil devletin temel anayasal ilke ve kurallarına (katılımcı demokrasi, hukukun üstünlüğü, laiklik, sosyal devlet vs.) karşı tavır takınmamaktır. Bu bağlamda mahkemenin devlete sadakat yükümlülüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında birincisi lehine bir tavır takındığını söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan AİHM'in anılan *Polyaklı* içtihadı ile öngörülen kriterlerin insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü göz ardı eden başka otokrat siyasi rejimlerin değişmesi durumunda bu rejim yandaşları kamu görevlilerinin kamudan toptan "arındırılması" bağlamında da yol gösterici olması tabiidir.

2) AİHM Kriterleri Işığında Türkiye'deki Darbe Girişimi Sonrasındaki Kamudan Toplu İhraçların Değerlendirilmesi

Türkiye'de 2016 darbe girişimi sonrası KHK'lerle yapılan kamudan toplu ihraçlar ile Ukrayna'daki 2014 yılındaki iç karışıklık ve "Turuncu Devrim" sonrası önceki rejim yanlısı kamu görevlilerinin kanunla toplu ihracı arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır.

Her ne kadar Ukrayna örneğindeki toplu ihraçlar, sonuçta seçimle işbaşına gelmiş bir iktidarın olağandışı bir yolla ("devrim") iktidardan düşmesi sonrasında gerçekleşti ve Türkiye örneğinde toplu ihraçlar esas olarak hiçbir demokratik meşru temeli olmayan ve devlet yönetimini doğrudan kontrol etmeye yeltenen dinsel bir cemaat mensuplarına karşı gerçekleşti ise de Ukrayna'daki *Yanukovych* rejiminin sonradan demokrasi/hukuk devleti/insan hakları karşıtı otokrat bir yönetim anlayışı sergilediği ve sonuçta ülkenin parlamentosu tarafından görevinden alınmasının uluslararası toplum tarafından hukuken meşru kabul edildiği söylenebilir¹⁸.

Bu açıdan her iki ülke örneğinde de toplu ihraçlarla kamudan arındırmanın özgürlükçü ve katılımcı demokratik rejime karşı açık tehdit oluşturan bir yapıya/örgüte karşı yapılması ve bu yönüyle arındırmanın "meşru amaç" ölçütünü karşılaması bağlamında açık ve yakın benzerlik bulunmaktadır.

Bu bağlamda ayrıca Ukrayna'daki arındırma örneğinde toplu ihraçlara önceki otokrat rejim taraftarlarının yanı sıra eski komünist sistem

¹⁸ <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/ukraine-lustration-of-government-officials-started/> (Erişim: Tarihi: 22/6/2021).

yanlılarının da dâhil edilmesi ile Türkiye'deki arındırma örneğinde toplu ihraçlara FETÖ mensupları yanında etnik ayrılıkçı ve hatta radikal sol kesimler dâhil hükûmete siyaseten muhalif bazı çevrelerin de dâhil edilmesi olgusu dahi benzerlik taşımaktadır.

Bu noktada her ne kadar Türkiye'deki darbe girişiminin devletin asker ve güvenlik kuvvetleri ile yargı mercileri dâhil hemen her kademesine sızmış bir dinsel cemaatin devlet yönetimini doğrudan ele geçirme girişimi olarak dünyada en azından modern zamanlarda emsaline rastlanmayan türden farklı bir boyutu bulursa da sonuçta hukuksal yönden yapılacak değerlendirme, bu girişim sonrasındaki kamudan toplu ihraçların AİHM'in 8. maddesi ile güvenceye alınan *özel hayata saygı* hakkını ihlal edip etmediği noktasında düğümlenmekte olup bu açıdan, hukuksal etki ve sonucu itibarıyla Ukrayna örneği ile benzeşmektedir.

Bu kapsamda kamudan toplu olarak ihraç edilen kişi sayısı açısından ise net ve kesin sayılara ulaşmak mümkün olamamış olmakla birlikte Ukrayna'daki sayının 10 bin civarında¹⁹, Türkiye'deki sayının ise 100 bin civarında²⁰ olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç itibarıyla AİHM'in Ukrayna'daki adı geçen arındırma kapsamındaki kamudan toplu ihraçlara dair *Polyakh* içtihadının prensip olarak Türkiye'deki darbe girişimi sonrasındaki kamudan toplu ihraçlar için de doğrudan *emsal* teşkil edeceği söylenebilir.

AİHM'in konuya ilişkin olarak *Polyakh* içtihadındaki kriterler uygulandığında ise Türkiye'deki arındırma/toplu ihraç uygulamasında öncelikle kişiler bazında gerçek anlamda kişiselleştirme yapılmadan yani ihraçtan önce kişiye özgü bir objektif ve adil idari soruşturma/inceleme yapılmadan toptancı bir anlayışla kanunla doğrudan toplu ihraçlar yapılması ve işbu ihraçların dar kapsamlı değil bilakis çok geniş kapsamlı olması (100 bin civarında kamu görevlisi) olgusu, özel hayata saygı hakkı açısından benzer bir ihlalin bulunduğu anlamına gelmektedir.

¹⁹ Yukarıda anılan *Polyakh* kararında Ukrayna'da bu kapsamda 2014 yılında arındırmaya tabi tutulan kamu görevlisi sayısı tam olarak verilmemekle birlikte örnek olarak İçişleri Bakanlığı bünyesinde 1.488, vergi idareleri bünyesinde 1.340 ve savcılıklar-adliyeler bünyesinde 1.348 kamu görevlisinin ihraç edilmiş olduğundan bahsedilmektedir. Ukrayna örneğinde Arındırma Kanunu ihraç edilen kişilerin listesini eki listede belirtmemiş olup her kurumdan ihraç edilecek kadrolar/pozisyonlar ve konumlar sayma yoluyla belirlenmiştir. Kanunla tarif edilen bu kadro/pozisyon ve konumlara göre ihraç edilecek kişiler idarece belirlenmiş ve Adalet Bakanlığı tarafından kamuya duyurulan listelere dercedilmiştir.

²⁰ Bkz. <https://tr.euronews.com/2020/07/15/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci> (Erişim Tarihi: 22/6/2021).

Nitekim anılan Polyakh içtihadına göre kamudan toplu arındırmanın ya kişiselleştirilerek yani savunma hakkına da riayet edilerek kişiye özgü objektif, adil bir inceleme ve değerlendirme sonucunda yapılması ya da kanunla yapılacak acele bir toplu ihracın son derece dar kapsamlı olması ve sadece gayrimeşru yapının/örgütün üst düzeyiyle ve/veya kamudaki önemli görev ve konumda olanlarla sınırlı olması gerekirdi.

Bu noktada olağanüstü durumda kanunla yapılacak bu kadar geniş kapsamlı toplu ihraç ancak ve ancak “geçici” nitelikte olması durumunda AİHS normlarına uygun olabilirdi. Oysa Türkiye’deki söz konusu ihraçların etkisi geçici değil süresiz hatta ömür boyudur (Tekrar kamuya giriş olanağı hiçbir zaman mümkün değildir.).

Bu durumda Türkiye’deki darbe girişimi sonrası kamudan toplu ihraçlar açısından gayrimeşru yapı/örgütün “üst düzey”inde olduğu ya da bu yapı/örgütü mensubiyeti veya somut desteği olduğu tespit edilenlerden kamuda *önemli görevlerde* bulunanlar yönünden özel hayata saygı hakkının (AİHS mad. 8) sınırlandırılmasında meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük unsurları yönünden AİHM kriterlerine göre ihlal bulunmadığı söylenebilir.

Buna karşın gerek yapının/örgütün üst düzey ve karar alıcı konumlarında olmayanlar gerekse (darbe girişimine fiilen katılmamış veya doğrudan yardım-yataklık etmemiş olmak ve kamu görevinde bulunmaya engel ceza mahkumiyeti almamak kaydıyla) yapıya/örgüte mensup ya da doğrudan destekçisi olmakla birlikte kamuda önemli görevlerde bulunmayanlar açısından icra edilen toplu ihraçların “ölçülülük” unsuruna uygun olmadığından AİHS’in 8. maddesi ile güvenceye alınan özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna varılması AİHM’in kriterleri gereğidir.

Burada bahsi geçen “önemli görevler”in hangileri olacağı tartışılabilir olmakla birlikte bürokraside karar alıcı mevkide olanlar (daire başkanı ve üstü görevler), hâkim-savcılar, vali ve kaymakamlar ve subaylar ve polisler gibi asli ve sürekli konumda güvenlik ve savunma görevleri icra edenlerin “önemli görevler” kapsamına gireceği söylenebilir.

Bu noktada ayrıca işaret etmek gerekir ki Türkiye’nin darbe girişimi sonrasında ilan ettiği OHAL uyarınca AİHS’in 15. maddesi hükmüne göre *derogasyon* bildiriminde bulunmuş olması ve 8. maddesi ile öngörülen “özel hayata saygı hakkı”nın 15. madde uyarınca derogasyona konu

edilemeyecek haklardan olmamasından bahisle söz konusu hakkın ihlalinin 15. madde kapsamında AİHS'e aykırı görülemeyeceği iddia edilemeyecektir. Çünkü bu derogasyon sadece OHAL süresi ile sınırlı olup buradaki toplu ihraçlarda olduğu gibi etkisi ve sonucu OHAL'den sonra da devam eden tedbir ve yaptırımlar açısından 15. maddenin istisnasının uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Danıştay 5. Dairesinin bu konuda aksi yöndeki karar gerekçesi bu noktadan teknik açıdan sorunlu görünmektedir²¹.

SONUÇ

AİHM'in özellikle *Polyakh/Ukrayna* ve *Sidabras ve Dziautas* içtihadıyla öngörülen kriterler uygulandığında Türkiye'de 2016 yılındaki darbe girişimi sonrasında icra edilen kamudan toplu ihraçlar açısından gayrimeşru yapı/örgütün "üst düzey"inde veya karar verici konumlarında olan ya da bu yapı/örgüte mensubiyeti veya yakın doğrudan bağlantısı²² olduğu somut verilerle tespit edilenlerden kamuda önemli görevlerde bulunanlar yönünden özel hayata saygı hakkının (AİHS mad. 8) ihlal edilmediği, buna karşın gerek yapının/örgütün üst düzey ve karar alıcı konumlarında olmayanlar gerekse (darbe girişimine fiilen katılmamış veya doğrudan yardım-yataklık etmemiş olmak ve ceza yargılaması sonucunda kamu görevi icra etmesine engel mahkumiyet almamak kaydıyla) yapıya/örgüte mensup ya da destekçisi olmakla birlikte kamuda önemli görevlerde bulunmayanlar yönünden özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

²¹ Danıştay Beşinci Dairesinin 1/4/2021 tarihli kararı (bkz. dn. 3).

²² Bu bağlamda idari ve yargı birimlerince kullanılan "iltisaklı" kavramının fazla muğlak ve geniş olduğu ve yeterli somut içerikten yoksun bulunduğu dikkat çekmektedir.

**KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARMA İŞLEMLERİNİN ÖZEL HAYATA
SAYGI HAKKI BAĞLAMINDA ELE ALINMASI VE ANAYASA
MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI**

*The Process of Dismissal from Public Services Under the Right to Respect for
Private Life and the Constitutional Court's Approach*

Fatih ALKAN*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup sunum hakemli makaleler kısmında ss. 143-175 arasında yayımlanmıştır.

İKİNCİ OTURUM: SORU-CEVAP

-Seracettin GÖKTAŞ Beraat kararlarını değerlendirdiğiniz bir kararınız oldu mu şimdiye kadar? Bu noktada görüşünüzü merak ediyorum. Berat kararlarının mahiyeti sizin için önem arz ediyor mu? Bu yönde bir değerlendirmeniz oldu mu? Teşekkür ediyorum.

-Fethi ASLAN Tabii bu basında da çok yer alan bir husus. Beraat kararlarının OHAL kapsamında ihraçlara etkisinin ne olacağı konusunda ve biz bunu değerlendirdik tabii. Bu bir disiplin cezası değil gerçi. Kanunumuzda disiplin cezaları içinde öyle bir hüküm var, düzenleme var ceza yargısının disiplin hukukunu etkilemeyeceğini disiplin hukukun da cezayı etkilenmeyeceği noktasında. Tabii biz bunu disiplin soruşturmasına dayalı bir işlem olarak görmüyoruz. Bu; spesifik, kendine özgü bir tedbir niteliğinde olan bir işlemdir. Tabii burada ceza hukukunda irtibat ve iltisak ceza olarak yer almıyor yani ceza hukukunda sadece terör örgütüne mensubiyet meselesi var. Beraatlerin yüzde 99.9'u zaten terör örgütüne üye olmamak ve onunla ilgili olarak beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar veriliyor. Bizim değerlendirmemiz tabii ki irtibat ve iltisak noktasında. Tabii bu irtibat ve iktisat noktasına girdiğimiz zaman da beraat kararları bizi bağlamıyor.

Beraat kararları ile ilgili olarak biz kendi kararımızda da bir paragrafta neden beraat kararını biz almıyoruz ya da bunun arasındaki farkı ortaya koymak suretiyle kararlarımızı bu şekilde değerlendiriyoruz.

-Ayhan KILIÇ Benim sorum Fethi Başkan'ıma olacaktı. Öncelikle hakikaten tebrik etmek lazım Başkan'ımızı çünkü idari uyuşmazlıkları Anayasa ışığında çözüp anayasal ilkeleri kararlarına yansıtabilen ender dairelerden biri. O anlamda hakikaten takdire değer, onu tespit edeyim. Az önce kanunilik yönünden de değerlendirme yaptığınızı söylediniz. Bu kanunilik unsuru aynı zamanda bireysel bir işlemle, daha doğrusu yasama işlemi ile bireysel işlem tesisi sonuçta kişiler hâkim, savcılar olduğu için, daha o boyuta gelmediği için diğer uyuşmazlıklarda o söz konusu olabilir. Memurlar ile ilgili bireysel işlemle yasama işlemi tesis edilmesi bu kanun kalitesi üzerine sizce bir soruna yol açar mı? Bu, bir. İkincisi 15. madde

kapsamında özel bir değerlendirme yaptınız mı? Normal koşullarda 13. madde yönünden sorun teşkil etse bile 15. madde çerçevesinde Anayasa'ya uygundur. O manada bir sorun bir değerlendirmeniz oldu mu kararlarınızda? Onu sormak istedim, teşekkürler.

-Fethi ASLAN Sondan başlayayım. 15. madde kapsamında henüz bir değerlendirme yapmadık. İkincisi kanunilik çerçevesi içinde tabii hâkim ve savcılar açısından kanun, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi ile Hâkimler Savcılar Kuruluna bir yetki verdi. O kanun hükmü çerçevesinde işlemle ihraçları gerçekleştirdi biliyorsunuz. Diğer personel açısından kanun hükmünde kararnamelerin eki listesinde isimlerine yer verilmek suretiyle gerçekleştirildi ihraçlar. Tabii bu çok büyük bir tartışmaya neden oldu. "Bu bir kanun hükmünde kararname ile bir işlem tesisi midir? Bu ekte ismi yer alan kişi açısından bu bir işlem midir yoksa bu da bir kanunun bir maddesi midir?" şeklinde biz bunları bir kanun maddesi olarak değerlendirdik Danıştay olarak ve bunlara davanın açılmayacağını, dava konusu edilemeyeceklerini, burada bireysel bir işlem olmadığını, bunların tamamen kanun hükmünde kararname, bir kanun niteliğinde olduğunu biz kararlarımıza yazdıktan sonra işte OHAL Komisyonunun kurulması gündeme geldi. Böylece OHAL Komisyonu vasıtasıyla bu kanun hükmündeki kararnamelerin eki liste işleme dönüşmüş oldu. Ondan sonraki süreçte de yine burada da yine kanunla kurulmuş başvurusu var. Oradan çıkacak olan kararlara nerelere gidileceğine, kaç günlük süreler içinde dava açılacağına ilişkin düzenlemeler var. O nedenle kanunilik ilkesi yönünden bir sıkıntı olmadığını değerlendiriyoruz.

-Ece Göztepe ÇELEBİ Şu anda 2016 sonrasındaki yaşadığımız büyük dönüşümün en büyük yükünü yargı organları taşıyor ve 1402'likler kararı var. Olağanüstü hâl tedbirlerinin sürekliliği ile ilgili yerleşik bir içtihadınız ve öğreti görüşü var. Bence yargının vereceği, buna Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Yargıtay ve Danıştayı da katıyorum, en son Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden çıkacak kararlar hangi yönde olursa olsun, zannediyorum bütün Türk hukuk sisteminin yasamanın ve yargının karşılaşacağı en büyük sorunlardan bir tanesi tedbirlerin sınırsız süreli olması ile ilgili olacak. Demin çok yerinde bir şekilde değindiniz. Anayasa'ya sadakat ve burada belki de yargı ile yasamanın iş birliğine bir çağrıda bulunmak gerekebilir çünkü yargının yapabileceği, yetki sınırları belli. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden

çok ihlal kararı çıksa bile bu kişilerin ihlal kararına rağmen tekrar göreve dönmesinin engellenmesi için zannediyorum yargının elinde bir güç ve yetki yok. Bilmem katılır mısınız ama Anayasa'ya sadakat benim açımdan çok aydınlatıcı bir ölçüttü. Ne düşünürsünüz yani bu ihlal kararlarından sonra bu kişilerin mesleğe kabulü nasıl engellenebilir ya da söz konusu olabilir? Elimizdeki araçlar nelerdir?

-Fethi ASLAN Tabii ki bu daha ziyade idarenin takdirinde olan bir mevzu yani biz iptal kararı verdikten sonra iptal kararlarının uygulanması meselesi hepimiz tarafından malum olan bir şey. İdareye biz bunlara sizinle olan devletle olan güvenimiz sarsıldı her ne kadar yargı sizin irtibat iltisak ya da işte ceza yönünden üyelik noktasında herhangi bir delil bulamadı ise de toplumda sizinle ilgili ben çalışmak istemiyorum diyorsa güç kullanan hâkimlik, savcılık gibi bir meslekte bunun ayrıca bir düzenleme yapılması lazım. Şu anki mevzuatımız çerçevesinde sadece bu işleme maruz kalan kişilerin bir daha kamu görevlisi olarak görev yapamayacakları noktasında bir düzenlememiz var ama hem OHAL mevzuatı çerçevesinde OHAL Komisyonundan geri dönmüş olanlar ve yargı kararıyla geri dönmüş olanların tekrar başlayamayacağı ya da buna ilişkin düzenleme yok. Ayrıca idarenin takdir etmesi lazım, demokratik bir demokrasinin ilkelerine ve Anayasa'ya sadakat. Bunun dışında hâkim ve savcılardan beklediğimiz herhangi bir sadakat yok.

-Oğuzhan GÜZEL Az önce bu beraatlerin etkisinden bahsettik ama ben bir kararınızdan bahsetmek istiyorum. İdari Dava Daireleri Kurulunun 2020 kararı ile bozulmuş. Sanki bu söylediğiniz ile çelişki varmış gibi. Hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen meslekten çıkarılan bir Cumhuriyet savcısı İdari Yargılama Usulü Kanunu 10. maddesi çerçevesinde HSK'ya başvuruda bulunuyor. Tekrar mesleğe başlaması için bu talebine herhangi bir karar verilmiyor, zımni ret işlemi oluşuyor ve bunun üzerine dairenizde dava açıyor. Sonrasında siz süre aşımı veriyorsunuz ancak İdari Dava Daireleri Kurulu 2020 tarihli kararıyla bu olayın tekrar değerlendirilmesi gerektiğin, beraat kararının değerlendirilmesi gerektiği vesilesiyle sizin süre aşımı ret kararınızı bozuyor acaba burada dairenizle İDDK arasında beraatin etkisi konusunda bir görüş ayrılığı mı var? Bu karar çerçevesinde değerlendirmenizi merak ediyorum. Teşekkür ederim.

-Fethi ASLAN İDDK'nın bu konuda yani esasa ilişkin henüz vermiş olduğu bir karar yok. Bizden temyizden gidip de pardon bir tane var. Onun dışında söylediğiniz konu şu şekilde cereyan ediyor. Kişi beraat kararı aldıktan sonra Hakimler Savcılar Kuruluna başvuruda bulunuyor. Diyor ki: "Ben beraat kararı aldım, beni tekrar göreve başlatın." Şimdi bu farklı bir işlem yani bu başvurusu, başvurusu üzerine kendisine verilen cevap farklı bir işlem yani bunun diğer OHAL mevzuatı ile alakalı bir durumu söz konusu değil. Burada biz 10. madde kapsamında sen kendi hakkında bir işlem tesis ettirmeye çalıştın reddedildi, bu ret üzerine de senin buna karşı yapmış olduğun başvuruyla 60 günlük süre içinde karşılama gerekirken ya da dava açman gerekirken açmadın diye vermiş olduğumuz bir süre ret kararıydı. Hatırladığım kadarıyla İDDK burada oradaki o beraat kelimesi sadece "Beraat ettim, beni göreve başlat."tan ibaret yani onun dışında İDDK'nın da bize bak bu beraat değerlendir öyle bir şey var değil. O sadece 10. madde kapsamında burada süre aşımı yoktur bu başvuruyu süreden değil esastan incele anlamında verilmiş bir karardır.

BU SAYIDA

Dr. Seracettin GÖKTAŞ

Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu

*The Employer's Obligation to Respect the Employee's
Private Life in the Turkish Labor Law*

Dr. Şermin BİRTANE

***Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma
Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi***

*The Right to Work and Professional Life in the Context of the Right
to Respect for Private Life (Article 8 of the European Convention on
Human Rights)*

Dr. Hilal YAZICI

***Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İş Sözleşmesinin Sona
Erdirilmesi ve Özel Hayata Saygı Hakkı***

*Termination of Labor Contract and the Right to Respect for Private
Life in Consideration of the Constitutional Court Judgments*

Fatih ALKAN

***Kamu Görevinden Çıkarma İşlemlerinin Özel Hayata Saygı Hakkı
Bağlamında Ele Alınması ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı***

*The Process of Dismissal from Public Services Under the Right to
Respect for Private Life and the Constitutional Court's Approach*

Dr. Emre AKBULUT

***Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints:
Inferences from Findings of the European Court of Human Rights
and the United Nations Human Rights Committee***

*Başın Dini Gereğeyle Örtülmesine Yönelik Kısıtlamalar ve İki Farklı
Bakış Açısı: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Birleşmiş Milletler
İnsan Hakları Komitesinin Kararlarından Çıkarımlar*

Dr. iur. Güneş ÇAP

Robert Alexy'nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış

An Overview of the Principle Theory of Robert Alexy



**“Mesleki Hayat Bağlamında Özel Hayata Saygı Hakkı”
Konulu Sempozyum Bildirileri**



Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı

Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4

06805 Çankaya/Ankara

Tel: (0312) 463 73 00 • Faks: (0312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr • e-posta: anayasayargisi@anayasa.gov.tr