

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

KİŞİSEL VERİLERİN SÖZLEŞMEYE KONU OLMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUHAMMET EMİRHAN HAVAN

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. HÜSEYİN MURAT DEVELİOĞLU

HAZİRAN 2023

ÖNSÖZ

Elinizdeki “Kişisel Verilerin Sözleşmeye Konu Olması” başlığındaki bu çalışma Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı dahilinde kıymetli hocalarımın oluşturduğu bir jüri önünde savunulmak üzere hazırlanan bir yüksek lisans tez çalışmasıdır.

Tezin yazarı olarak her ne kadar öğrencileri olarak benim ismim geçmekte ise de, bu çalışmanın hazırlanması hocalarımın üzerimdeki cömert ve fedakar emekleri neticesinde mümkün olmuştur. Bu yüzden Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans yıllarımdan beri ne zaman ihtiyacım olsa benden hiçbir yardımı esirgemeyen, şu an sürdürmekte olduğum akademik hayatımda bana ilham olan, bu tezi de kendisinin danışmanlığında hazırladığım sayın Prof. Dr. Murat Develioğlu hocama ve bana tezimi hazırlarken her türlü desteği veren, fahri bir tez danışmanı gibi tezimle ilgilenen, çalışmalarımın tamamında yanımda olduğunu bana hissettiren Doç. Dr. Eda Şahin Şengül hocama teşekkürlerin en büyüğünü kendime borç bilirim.

Ayrıca bana tez çalışmalarımı sürdürürken verimli bir çalışma ortamı sunan Boğaziçi Üniversitesi'ne ve Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin bütün değerli mensuplarına teşekkür ederim.

Kendisinden tezimi okumasını rica ettiğimde büyük bir alçak gönüllülükle beni kırmayan Prof. Dr. Mehmet Erdem hocama ve ders döneminde kendisinden aldığım derslerle ufkumu genişleten Doç. Dr. Ayşe Tuba Karaman hocama şükranlarımı sunarım.

Çalışmalarım boyunca ne zaman yardıma ihtiyacım olsa kimi zaman mahcubiyetle rahatsız ettiğim ancak hiçbir zaman benden yardımlarını ve güzel temennilerini esirgemeyen Arş. Gör. Doğan Kara'ya ayrıca teşekkürlerimi sunuyorum.

2210-A Yurt İçi Genel Yüksek Lisans Burs Programı çerçevesinde desteklerini sunan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu'na (TÜBİTAK) katkıları için teşekkür ederim.

Herkesin ve her şeyin ötesinde bütün hayatım boyunca yapabilmek nasibinden yararlandığım bütün güzel şeylerin mimarları olan annem Neşe Havan'a ve babam Mustafa Havan'a emeklerinin ve sevgilerinin karşılığını asla ödeyemeyecek olmanın ağırlığını üzerimde hissederek teşekkür ederim. Ve elbette bütün bu koşturmaların içinde her zaman yanımda olduğunu ve olacağını hissettiren eşim Elif'e teşekkür ediyorum.

Birazdan okuyacağınız çalışma benden çok yukarıda ismini zikrettiğim ve bu kısa önsözde zikretme fırsatını bulamadığım kişilerin emeğinin ürünüdür.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR TABLOSU.....	viii
RESUME.....	xi
ABSTRACT	xvi
ÖZET.....	xxi
GİRİŞ	1
I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİYE İLİŞKİN YÜRÜRLÜKTE OLAN KORUMALAR	6
A. Mevcut Hukuki Düzendeki Kişisel Veri Kavramı	6
1. Türk Hukukunda Kişisel Veri Kavramı.....	6
2. Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Veri Kavramı	10
B. Kişisel Verilerin Korunması.....	14
1. Türk Hukukundaki Hukuki Düzenleme	14
a. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu.....	14
i. Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Genel İlkeler	14
ii. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları	17
1. İlgilinin Açık Rızasının Alınması.....	18
2. KVKK'daki Diğer Hukuka Uygunluk Nedenleri	20
iii. KVKK Altında İlgili Kişinin Hakları ve Sorumlulukları	24
iv. KVKK Altında Veri İşleyen ve Veri Sorumlusunun Hakları ve Sorumlulukları	25
1. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi ve Anonimleştirilmesi	25
2. Kişisel Verilerin Aktarılması	27
3. Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü	29
4. Veri Sorumlusu ve İşleyenin Tedbir Alma ve Denetleme Sorumluluğu	30
5. Sır Saklama Yükümlülüğü	31
6. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Biçimde Ele Geçirilmesi Durumunda Bildirim Yükümlülüğü	32
2. Avrupa Birliği Hukuku Altındaki Hukuki Düzenleme.....	32

a.	GDPR Altındaki Hukuki Düzenleme.....	32
i.	GDPR’da Veri İşlenmesine İlişkin İlkeler	33
ii.	Veri İşlemenin Hukuka Uygunluk Halleri	38
1.	İlgilinin Rızası	38
2.	Sözleşmenin Kurulması veya İfası İçin Gerekli Olması	45
3.	Diğer Hukuka Uygunluk Halleri	48
iii.	GDPR Altında Haklar ve Sorumluluklar.....	49
1.	GDPR Altında İlgili Kişinin Hakları	49
a.	İlgili Kişinin Bilgi Alma Hakkı	49
b.	İlgili Kişinin Veriye Erişim Hakkı.....	50
c.	İlgili Kişinin Verinin Düzeltilmesini Talep Etme Hakkı	50
d.	İlgili Kişinin Verinin Silinmesini Talep Etme (ve Unutulma) Hakkı.....	50
e.	İlgili Kişinin İşlemenin Sınırlandırmasını Talep Etme Hakkı	52
f.	İlgili Kişinin Veri Taşınabilirliği Hakkı.....	52
g.	İlgili Kişinin İtiraz Hakkı.....	56
h.	İlgili Kişinin Otomatik Karar Verme Mekanizmalarına İtiraz Hakkı.....	56
2.	GDPR Altında Veri İşleyen ve Veri Sorumlusunun Sorumlulukları	58
a.	Veri Sorumlusunun Gerekli Tedbirleri Alma Sorumluluğu	58
b.	İşleme Faaliyetlerinin Kaydının Tutulması.....	59
c.	Veri Koruma Etki Değerlendirmesi ve Ön Görüş.....	60
d.	Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması	61
e.	Veri İhlali Durumunda Bildirim Yükümlülüğü	64
b.	Dijital İçerik Yönergesi Altındaki Hukuki Düzenleme	65
i.	DCD’nin Konusu ve Uygulama Alanı	68
ii.	Kişisel Verilerin Tacir ve Tüketicinin Hakları ile İlişkisi.....	73
1.	Genel Olarak.....	73
2.	Tacirin Kişisel Veri Koruma Hukukuna Uyma Yükümlülüğü.....	74
3.	Tacirin Verileri Kullanmaktan İmtina Etme Yükümlülüğü	75
4.	Tüketicinin Verilerini Alma Hakkı.....	78
c.	Tüketici Hakları Yönergesindeki Değişiklikler	80
II.	SÖZLEŞME HUKUKU KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLER	82
A.	Kişisel Verinin Sözleşmeye Konu Olmasında Öncü Sorunlar.....	82
1.	Hukuki Sorunun Takdimi	82
2.	Kişisel Verilerin Ekonomik Değeri İle İlgili Etik Sorunlar.....	87
3.	Kişisel Verilere İlişkin Teknik Sorunlar.....	94

4. Kişisel Veri Piyasasındaki Ekonomik Sorunlar.....	97
B. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği	98
1. Kişisel Veri Üzerinde Kişilik Hakkı.....	98
2. Kişisel Veri Üzerinde Mülkiyet Hakkı.....	99
3. Kişisel Veri Üzerinde Fikri Mülkiyet Hakkı	105
4. Veri İş Gücü Kavramı.....	107
5. Veri Üzerinde Yönetim Hakkı.....	108
6. Değerlendirme	109
C. Kişisel Verinin Karşı Edimi Olduğu Sözleşmelerin Vasıflandırılması.....	110
1. Edim İlişkisi Uyarınca Kişisel Verinin Konusu Olduğu Sözleşmelerin Nitelendirilmesi.....	110
2. Özel Sözleşme Türleri	113
a. Kişisel Verinin Karşı Edimi Olduğu Sözleşmelerin Nitelendirilmesi	114
i. Uygulamadaki Bazı Sözleşme Hükümleri	114
1. Twitter Hizmet Koşulları ve Gizlilik Politikası.....	115
2. Facebook Hizmet Koşulları ve Gizlilik İlkesi	116
3. Google Hizmet Şartları ve Gizlilik Politikası.....	118
4. Amazon Kullanım Şartları ve Gizlilik Bildirim	119
5. TikTok Kullanım Koşulları ve Gizlilik Politikası	121
ii. Uygulamadaki Hükümlerin Sözleşme Hukuku Işığında Değerlendirilmesi	123
3. Niteliği Bakımından Kişisel Veri Sağlama Borcu ve Eksik Borç Kavramı	131
D. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerin Kurulması.....	133
1. Öneri Beyanı Açıklamasının Tespiti	134
2. Kabul Beyanı Açıklamasının Tespiti.....	138
a. Açık Kabul Beyanı Açıklaması.....	139
b. Örtülü Kabul Beyanı Açıklaması.....	140
c. Kullanıcının Sağlanan Hizmet veya İçerikten Yararlanması ve İradeyi Ortaya Koyan Davranış.....	144
d. Verilerin İşlenmesine Gösterilen Rıza ve Kabul Beyanı Açıklaması	147
3. İrade Beyanlarının Uyuşması	152
E. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerin Geçerliliği	154
1. Kişisel Veri Koruma Hukukuna Aykırı Sözleşme Maddeleri	155
2. Veri İşlemeye Gösterilen Rıza ve Sözleşme Hukuku Bakımından Kişilik Haklarına Aykırılık	162
3. Veri İşlemeye Gösterilen Rıza ile Fiil Ehliyeti Arasındaki İlişki.....	166

a. Kişisel Verilerin İşlenmesini İçeren Sözleşmeler ve İşlemeye Gösterilen Rıza Arasındaki İlişki	167
i. Tam ehliyetsizler	168
ii. Sınırlı ehliyetsizler	170
1. Küçük ile Çevrimiçi İçerik ve Hizmet Sağlayıcının Arasındaki Sözleşme..	171
2. Küçüğün Kişisel Verilerinin İşlenmesine Göstereceği Rıza	174
4. Genel İşlem Koşullarına ve Haksız Şartlara Aykırılık Yönü ile Kişisel Veriyi Konu Edinen Sözleşmeler.....	179
5. Türkçesi Bulunmayan Kullanım Koşullarının Geçerliliği.....	188
F. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerde Sözleşmeye Aykırılık	192
1. Rızanın Geri Çekilmesinin ve Unutulma Hakkının Sözleşmeye Etkisi	192
2. Hizmetin veya İçeriğin Sağlanmaması Karşısında Kullanıcının Hakları.....	197
3. Hizmetin Olması Gerektiği Gibi Sağlanmaması Karşısında Kullanıcının Hakları .	200
4. Kullanıcının Verdiği Verilerin Doğru Olmaması	203
SONUÇ	206
KAYNAKÇA	212
ÖZGEÇMİŞ	233

KISALTMALAR TABLOSU

¶	: Paragraf
a.g.k	: Adı Geçen Karar
AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Aydınlatma Tebliği	: Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.N.	: Başvuru Numarası
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Alman Borçlar Kanunu (Bürgerlichen Gesetzbuches)
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CC	: Fransız Medeni Kanunu (Code Civil)
CESL	: Avrupa Ortak Satış Hukukuna İlişkin Tüzük (Common European Sales Law)
CFR	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter Of Fundamental Rights of The European Union)
CIPL	: Bilgi Politikası ve Liderliği Merkezi (Centre for Information Policy and Leadership)
CNIL	: Fransız Kişisel Veri Otoritesi (Commission nationale de l'informatique et des libertés)

CNNNum	: Ulusal Bilişim Konseyi (Conseil National du Numerique)
CRD	: Avrupa Birliği Tüketici Hakları Yönergesi (Consumer Rights Directive)
DCD	: Avrupa Birliği Dijital İçerik Yönergesi (Digital Content Directive)
DPD	: Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesi (Data Protection Directive)
EDPS	: Avrupa Veri Koruma Otoritesi (European Data Protection Supervisor)
EMD	: Avrupa Birliği İcra ve Modernizasyon Yönergesi (Enforcement and Modernization Directive)
FRA	: Avrupa Birliği Temel Haklar Temsilciliği (European Union Agency for Fundamental Rights)
GDPR	: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.T.	: Karar Tarihi
KVK Kurulu	: Kişisel Verileri Koruma Kurulu
KVK Kurumu	: Kişisel Verileri Koruma Kurumu
KVKK	: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (Organisation for Economic Co-operation and Development)
OJ	: (Avrupa Birliği) Resmi Gazete (Official Journal)
OR	: İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht)

R.G.S.	: Resmi Gazete Sayısı
R.G.T.	: Resmi Gazete Tarihi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TGI	: Tribunal de Grande Instance de Paris
TKHK	: Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun
TSHŞHY	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
UCPD	: Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi (Unfair Commercial Practices Directive)
UCTD	: Avrupa Birliği Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönergesi (Unfair Terms in Consumer Contracts)
Vol.	: Volume
WP29	: Article 29 Data Protection Working Party

RESUME

Le fait que des données peuvent être transférés dans une vitesse considérable a donné à lieu de développement d'un modèle économique nouveau qui se base sur des données. Une partie proéminente de ces données se compose de données personnelles sans aucun doute. D'une part, si ce modèle économique offre d'importantes opportunités pour l'essor du bien-être social, d'autre part, il suscite des inquiétudes importantes quant à l'intégrité personnelle des personnes. Cependant, dans le cadre de cette thèse, on discutera de la place des contrats qui se forment dans ce modèle économique en droit des contrats, et non de la place des données personnelles au sein du droit de la personnalité. Il a devenu un modèle populaire de contrat pour des gens afin de bénéficier de plusieurs services et contenu digitales sans payer en argent, mais en fournissant leurs données personnelles.

Cette thèse est écrite pour évaluer ce modèle de contrat sous les titres de contrat qui sont résumés ci-dessous. A cet égard, dans un premier temps, le régime de la loi sur la protection des données a intenté d'être expliqué. À cette fin, diverses sources telles que les articles, les commentaires de la doctrine, les lignes directrices et les décisions des autorités de protection des données ainsi que les décisions de justice sont examinées. Dans la deuxième partie où les principales discussions ont été faites, les concepts établis du droit des contrats ont été expliqués en profitant des sources doctrinales de base. Ensuite, la relation entre les contrats concernant les données personnelles et celles-ci a été discutée. En particulier, les réglementations du droit de l'UE, qui seront mentionnées ci-dessous, ont déclenché les débats à ce sujet et ont conduit de nombreux États membres de l'UE à faire un pas en avant. Les efforts de ces États sont influents pour cette thèse.

À ce jour, des relations concernant les données personnelles sont traitées surtout dans le cadre de droit à la vie privée. Néanmoins, des relations de droit privés qui se sont basées sur des motivations économiques complètement, sont fondées en échange de donnée personnelle. C'est pourquoi, il est douteux à quel point il est pertinent de

considérer les données personnelles uniquement sous l'angle de la protection des données personnelles. Par contre, afin de discuter ce sujet, on doit premièrement comprendre le régime introduit par le droit de la protection de personnes données.

Dans ce contexte, quand on examine des provisions du Code de la Protection de Données Personnelles (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu [KVKK]) et Règlement Général Sur La Protection Des Données (General Data Protection Regulation [GDPR]), il est constaté que les droits tel que le droit d'être informé, droit à l'effacement, retrait du consentement sont accordés aux personnes concernées. D'autre part, responsables du traitement sont chargés par la responsabilité de mener leurs activités dans le respect des principes de traitement des données, de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour assurer la protection des données. Bien qu'ils soient critiques pour protéger des droits de personnes concernées, ils ne suffisent pas à couvrir les caractéristiques de la relation contractuelle entre des personnes concernées et des responsables du traitement.

Alors nouvelles régulations sont cherchées afin de mieux refléter des réalités de l'économie des données. Dans l'Union Européen, avec des amendements fait sur Directive sur la Protection des Consommateurs, les contrats pour lesquels des données personnelles sont fournis, pas d'argent, sont considéré comme des transactions avec les consommateurs. De la même façon, les transactions, dans lesquelles données personnelles sont fournies à lieu d'argent, sont concernées par la Directive sur le Contenu Numérique. Toutefois, même ces directives, qui n'ont pas d'équivalent direct en droit turc, opter pour laisser la plupart des questions controversées telles que la qualification, la validité, la résiliation de ces contrats au droit national plutôt que de les réglementer. Il exige une évaluation de ces contrats, pour lesquels des données personnelles sont fournies en retour, avec le régime de droit du contrat.

Avant cette évaluation, le droit des gens sur données personnelles doit être caractérisés. A cet égard, dans la doctrine, il a été invoqué que ces droits sont le droit de la personnalité, le droit de propriété, le droit de propriété intellectuelle, qu'ils doivent être considéré comme travail de données, enfin qu'ils sont assimilables au droit de gouvernance. Dans cette étude, il est conclu qu'à moins que les droits d'exploitation économique ne soient reconnus, il n'est pas possible de traiter les données personnelles simplement comme un droit de la personnalité ; ainsi le droit sur les données doit être considéré comme du travail de données.

Afin de définir des droits et des responsabilités la personne concernée, qui est un utilisateur dans cette relation contractuelle aussi, et le responsable du traitement, qui est un fournisseur aussi, la relation contractuelle doit être caractérisée. Premièrement, étant donné que les données fournies par les utilisateurs ont une valeur économique, ces contrats devraient être reconnus comme des contrats à titre onéreux. En d'autres termes, ces contrats ne peuvent pas être considérés comme des contrats à titre gratuit des fournisseurs en faveur des utilisateurs.

Il est plus difficile de déterminer de quel type de contrats régis par la loi relèvent ces contrats. En fait, aucun type de contrat prévoit des données comme un contre-prestation. Par conséquent, il est observé que ces contrats ont une structure *sui generis*. Toutefois, des types des contrats qui peuvent être appliqués par analogie peut être considéré. Les dispositions des contrats de mandat semblent être peut-être les plus applicables parmi les autres, qui sont réglementées dans les codes, pour ces contrats. Le fait que les parties peuvent résilier le contrat à tout moment, et que le fournisseur n'est pas tenu de produire un résultat concret, conforte cette conclusion. Il est admis qu'il s'agit de transactions de consommation, quelle que soit la nature du contact.

Dans l'étape suivante, il est nécessaire d'examiner comment les contrats impliquant des données personnelles sont conclus. Les contrats sont conclus avec des manifestations réciproques et conformes d'offre et d'acceptation dans les pays de droit civil. Le fait que les fournisseurs placent leurs contenus et services numériques en ligne doit être considéré comme un offre. D'autre part, cliquer sur des boxes qui expriment que des conditions de contrat soient acceptées pendant qu'on s'inscrit aux services et contenus, est considéré comme l'acceptation explicite. On doit discuter aussi l'utilisation direct de ces services et contenus sans inscription. Étant donné que dans ces usages l'intention d'être lié fait généralement défaut, ceux-ci ne peuvent constituer une acceptation. Cependant, il est possible d'accepter ces usages comme des comportements qui relèvent la volonté par la voie de la théorie de la confiance et d'accepter que le contrat soit ainsi formé. Au-delà de la détermination des manifestations d'offre et d'acceptation, l'existence d'un engagement dans les volontés est en soi une situation problématique. À ce point, le fait que des fournisseurs expriment que des utilisateurs profitent des contenus et des services « gratuitement » ; malgré que des utilisateurs utilisent ces contenus et services en payant une contrepartie (fournissement de données personnelles), est controversé. Car, dans cette situation,

alors que l'utilisateur pense bénéficier du service sans payer de contrepartie, il exprime son intention pour un contrat qui le prévoit. Pourtant, toujours selon la théorie de la confiance, il faut admettre qu'il existe au moins un hypothétique accord de volontés entre les parties et pour que le contrat soit formé.

Après avoir constaté que le contrat est conclu, la validité de ce contrat doit être traitée aussi. À cet égard, les dispositions qui violent le droit de la protection des données personnelles seront nuls en raison de la contradiction avec les normes impératives de la loi ainsi que de l'impossibilité légale. Un autre problème qui peut susciter invalidité, est que le consentement pour le traitement des données qui est aux contraire aux droits de la personnalité. De ce point de vue, le contrat va être nul conformément à l'article 27 du Code d'Obligation Turque (Türk Borçlar Kanunu [TBK]), car il dépasse illégalement les frontières de l'article 23 du Code Civil Turque. L'absence de la capacité d'exercice peut être un problème qui affecte la validité du contrat. À propos des personnes qui sont totalement privés de capacité d'exercice, leurs intérêts doivent être évalué ; si leurs intérêts l'exigent, on doit accepter que leurs curatelles peuvent ces contrats et consentir au traitement des données personnelles pour leur compte. Pour des personnes qui ont la capacité d'exercice limitée, notamment pour la protection des mineurs, pour que les contrats soient conclus et le consentement pour le traitement des données personnelles, le consentement de curatelle est requis. Un autre cas d'invalidité peut susciter de la violation du régime des clause standard et clause abusive, attendu que ces transactions ont déjà classifiés comme la transaction de consommation. Les termes qui ne peuvent pas survivre d'évaluation des clause standard et clause abusive, va confronter avec la sanction d'invalidité. Il est observé que quelques fournisseurs ne préparent pas leurs contrat d'usage en turc, alors qu'ils fournissent des services et contenus dans cette langue. Ces entreprises risquent l'invalidité de leurs contrats conformément au Code n° 805 de l'Usage Obligatoire du Turc Dans les Sociétés Economiques.

Dernièrement, il est nécessaire d'examiner la violation du contrat qui a été formé et était valide. Dans ce contexte, on doit, en première lieu, discuter l'effet du retrait de consentement et le droit d'oubli qui viennent du droit de protection des données, sur le contrat. On argue que le contrat va être terminé *ipso jure* ou le fournisseur va avoir le droit de résilier le contrat dans le cas de retrait de consentement. Néanmoins, dans le retrait de consentement et le demande rectification de données, le

fournisseur n'a pas le droit de réclamer une rémunération pour l'usage. Par ailleurs, on doit évaluer si l'utilisateur peut réclamer quelque chose si le service ou le contenu n'est pas fourni. Etant donné que le contrat de mandat va être appliqué par analogie à ces contrats et que les dispositions des contrats (tant qu'ils survivent dans l'évaluation des clauses standard et abusives) dotent des fournisseurs du droit d'unilatéralement résilier le contrat, des fournisseurs peuvent les fournisseurs peuvent se libérer de l'obligation de service en résiliant le contrat. Et puis, les fournisseurs peuvent fournir le service non conforme. Plusieurs contrats contiennent des clauses stipulant que les services en question seront fournis « tels quels ». De plus, ces contrats stipulent que des fournisseurs vont ne seront pas tenus responsables en cas de non-conformité des services. Lors que ces dispositions sont considérés sous l'angle de TBK art. 115, on en conclura que ces termes ne peuvent avoir d'effet que pour les fautes légers pas tous les degrés de ceux-ci. Il convient d'analyser comment le contrat sera affecté lorsque les utilisateurs fournissent des informations incorrectes. Étant donné que chaque fournisseur opte pour un choix différent dans le cadre de son contrat, la solution la plus appropriée semble être de procéder à une évaluation au cas par cas pour chaque contrat.

En conclusion de l'étude, les solutions qui en sont dérivées comme discuté dans les chapitres connexes ont été présentées au lecteur dans son intégralité. Avec cette thèse, il est destiné à démontrer au lecteur qu'il manque d'analyser la relation juridique entre les fournisseurs et les utilisateurs uniquement au regard de la loi sur la protection des données personnelles. À la base de cette relation, il y a des motivations économiques, il est donc obligatoire de gérer ces relations dans le cadre du droit des contrats avec une perspective économique. C'est la seule manière de trouver le juste équilibre entre les droits des utilisateurs et les attentes des prestataires vis-à-vis des services qu'ils fournissent à la société. Par conséquent, comme nous l'avons soutenu dans cette thèse, notre ordre juridique doit désormais aborder les relations juridiques non seulement avec les principes du droit de la protection des données personnelles, mais aussi avec les principes du droit des contrats. Cette étude, d'une part, a révélé différentes incarnations du régime actuel du droit contractuel en analysant un nouveau modèle de contrat. D'autre part, avec cette étude, il s'agissait de fournir une orientation globale pour d'éventuelles modifications afin d'adapter les nouvelles exigences des réalités économiques. J'espère que cette étude sera une source utile pour comprendre le rôle joué par les données personnelles dans nos vies.

ABSTRACT

The fact that data can be transferred at a considerable pace lead the development of a new economic model which is based on data. Without a doubt, a prominent part of these data consists of personal data. On the one hand, while this economic model offers important opportunities for the rise of the social welfare, on the other hand they cause significant concerns regarding the personal integrity of people. However, under this thesis, the place of the contracts that are formed in this economic model in contract law will be discussed, not the place of personal data within the personality rights. It has become a common contract model for people to benefit from many digital services and contents without paying money, but by providing their personal data.

This thesis is written to evaluate this contract model under the contract titles that are summarised below. In this regard, firstly, the regime data protection law was desired to be explained. For that purpose, various sources like the articles, commentaries in the doctrine, the guidelines and decisions of data protection authorities as well as the court decisions are examined. In the second part where the main discussions were made, the established concepts of contract law were explained by profiting from the basic doctrinal sources. Next, the relationship between the contracts concerning persona data and them was discussed. Especially the EU law regulations, which will be mentioned below, triggered the debates at that subject and lead many EU member states to take a step. The efforts of these states are influential for that thesis.

As of today, the relationships concerning personal data are handled mostly within the framework of right to respect for private life. However, private law relationships, which are based on completely economic motivations, are founded in exchange for personal data. Therefore, it is questionable how pertinent it is to consider personal data solely from the perspective of the personal data protection. Nevertheless,

in order to discuss this issue, it is first necessary to comprehend the regime introduced by the personal data protection law.

In this context, when the provisions of The Code of Personal Data Protection (Kişisel Verilerin Korunması Kanunu [KVKK]) and General Data Protection Regulation (GDPR) are examined, it is seen that the rights such as right to be informed, right to erasure, withdrawal of consent are granted to data subjects. On the other hand, data controllers are charged with the responsibility of such as carrying out its activities in compliance with data processing principles, implementing necessary measures to ensure data protection. Although these are critical for protecting the rights of data subjects, they are not sufficient to cover the features of the contractual relationship between the data subjects and data controllers.

Hence, new regulations are sought to better reflect the realities of data economy. In the European Union, with the amendments made to the Consumer Rights Directive contracts for which personal data is provided, not money, are considered as consumer transactions. Similarly, the transactions within which personal data is provided instead of money, is involved in the Digital Content Directive. Nonetheless, even these directives, which have no direct counterpart in Turkish law, opt for leaving most of the controversial issues like qualification, validity, termination of these contracts to national law rather than regulating them. It requires an assessment of these contracts, for which personal data is provided in return, with the contract law regime.

Before this assessment, persons' the right over the personal data should be characterised. With this respect, in the doctrine it has been put forward that these rights are personality rights, property rights, intellectual property rights, that they should be considered as data labour, lastly that they are comparable to governance rights on data. In this study it is concluded that unless economic exploitation rights are recognized, it is not possible to treat personal data merely as a personal right; thus the right on the data should be regarded as data labour.

In order define the rights and responsibilities of a data subject, who is also a user in this contractual relationship, and a data subject, who is also a provider, the contractual relationship shall be classified. Firstly, given that the data provided by the users have an economic value, these contracts should be recognised as a contracts for

pecuniary interest. In other words, these contracts cannot be seen as the gratuitous entitlements by the providers in favor of the users.

It is more challenging to determine which type of contracts that are regulated in the law these contracts fall under. In fact, no type of contract foresees data as a counter performance. Therefore, it is seen that these contracts have a *sui generis* structure. However, the contract types that can be applied to these contracts by analogy can be considered. The provisions of mandate contracts seem to be possibly the most applicable ones amongst the others, that are regulated in codes, for these contracts. The fact that the parties can terminate the contract at any time, and that the provider is not obliged to produce a concrete result supports this conclusion. It shall be accepted that these are consumer transactions irrespective of how the contract is characterised.

In the next stage, it is necessary to examine how contracts involving personal data are concluded. As it is known, the contracts are concluded with reciprocal and complying manifestations of offer and acceptance in civil law jurisdictions. Providers' placing their digital contents and services online shall be deemed as an offer. On the other hand, clicking on the boxes expressing that the contractual conditions are accepted while signing up for these services and contents is deemed to be explicit acceptance. One should discuss directly using these contents and services without signing up as well. Since in these usages intention to be bound usually lacks, these cannot constitute an acceptance. Yet, it is possible to accept these usages as the conducts revealing the intention by way of theory of confidence and to accept that the contract is formed in this way. Beyond the determination of manifestations of offer and acceptance, the existence of meeting of minds is in itself a problematic situation. At that point, the fact that the providers express that the users profit from the contents and services "free of charge"; although the users uses these contents and services by paying a consideration (providing personal data) is controversial. Because, in this situation, while the user thinks that it is benefitting from the service without paying a counterpart, it express its intention for a contract which foresees so. Nonetheless, again according to the theory of confidence, it should be accepted that there is at least a hypothetical agreement of wills between the parties and so that the contract is formed.

After founding that the contract is concluded, the validity of this contract should also be discussed. In this respect, the terms which violates the personal data protection law will be null and void due to the contradiction with the mandatory norms

of law as well as the legal impossibility. Another issue that may result in invalidity is that the consent for data processing is in contrast with personality rights. In this regard, the contract will be void pursuant to the article 27 of Turkish Code of Obligations (Türk Borçlar Kanunu [TBK]) since it unlawfully goes beyond the borders of Turkish Civil Code article 23. The lack of legal capacity may be an issue that affects the validity of the contract. With regard to people who completely deprived of the legal capacity, their interests should be assessed; if their interests so required, it should be acknowledged that their curators can conclude these contracts and consent for personal data processing on behalf of them. For the people who has limited capacity, especially for the protection of minors, for the conclusion of the contracts as well as the consent for the personal data processing the consent of the curator shall be required. Another invalidity may arise from violation of the regime of standard and unfair contract terms, since these transactions were previously classified as consumer transactions. The terms that cannot survive from the assessment of standard and unfair terms will be confronted with the invalidity sanction. It is observed that some of the providers do not prepare their usage contracts in Turkish whereas they provide content and services in Turkish. These enterprises risk the validity of their contracts according to the No. 805 Code of Mandatory Usage of Turkish in Economic Corporations.

Lastly, it is necessary to examine breaches of the contracts that have been concluded and found to be valid. In this context, one should first discuss the effect of the withdrawal of consent and the right to be forgotten that come from data protection law on the contract. It is argued that the contract will be terminated *ipso jure* or the provider will have the right to terminate the contract in case of withdrawal of consent. However, in withdrawal of consent as well as the demand for the erasure of data, the provider shall have no right to claim a remuneration for the usage. On the other hand, it should be assessed whether the user can claim anything in case the service or the content is not provided. Given that the provisions of the mandate contracts will be applied by analogy to these contracts and terms of contracts (as long as they survive in the assessment of standard and unfair terms) grants providers the right to providers to unilaterally terminate the contract, the providers can relieve themselves from the obligation of service by terminating the contract. Moreover, the providers may provide a non-conforming service. Many contracts contain clauses stating that the services in question will be provided “as is”. Furthermore, these contracts stipulate that the

providers will not be held liable in case where the services are not supplied conformingly. When these terms are considered through TBK article 115, it will be concluded that these terms can have an effect only for the slight faults not all the degrees of them. In addition, it is unlikely that these terms will pass the unfair terms test in most cases. It should be analysed how the contract will be effected when the users provide incorrect information. Since each provider opts for a different choice under its contract, the most appropriate solution seems to be making a case by case assessment for each contract.

In conclusion part of the study, the solutions that are derived as discussed in related chapters have been presented to the reader in its entirety. With that thesis, it is intended to demonstrate to the reader that analysing the legal relationship between the providers and the users only with regard to personal data protection law is lacking. At the basis of this relationship there are economic motivations, hence handling these relationships within the framework of contract law with an economic perspective is mandatory. This is the only way to strike the right balance between the rights of the users and the expectations of the providers with the services that they supply to the society. Therefore, as we have supported in this thesis, from now on, our legal order should approach to the legal relationships not only with the principles of the personal data protection law, but also the principles of contract law. This study, on the one hand, revealed different incarnations of actual contractual law regime by analysing a new contract model. On the other hand, with this study, it was intended to provide a comprehensive guideline for possible amendments in order to adapt new requirements of the economic realities. I hope this study will be a useful source to understand the role that is played by personal data in our lives.

ÖZET

Verilerin internet ortamında hızlı biçimde transfer edilebiliyor olması temelinin verilerin oluşturduğu yeni bir ekonomik modelin gelişmesine neden olmuştur. Şüphesiz bu verilerin önemli bir kısmını da kişisel veriler oluşturmaktadır. Bu ekonomik model bir yandan toplumun refah seviyesinin yükselmesi için önemli fırsatlar vadetse de diğer bir taraftan insanların kişisel bütünlüklerine saygı bakımından önemli endişelere yol açmaktadırlar. Ancak bu tez altında kişisel verilerin kişilik hakları bakımından yeri değil, bu ekonomik model kapsamında kurulan sözleşmelerin sözleşme hukukundaki yeri tartışılacaktır. İnsanların birçok dijital hizmet ve içerikten para ödmeden, ancak kişisel verilerini sağlayarak yararlanması çokça karşılan bir sözleşme modeli haline gelmiştir.

Elinizdeki tez bu sözleşme modellerini aşağıda özetlenen başlıkla altında ele almak için yazılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle kişisel verilerin korunması hukuku rejimi anlatılmak istenmiştir. Bu amaç için Türk hukuku ve Avrupa Birliği (AB)'ndeki durum doktrindeki makaleler, doktrindeki şerhler, veri koruma kurumlarının rehberleri, veri koruma kurumlarının kararları, mahkeme kararları gibi birçok farklı kaynak ışığında ele alınmıştır. Tezin ana tartışmalarının yapıldığı ikinci kısımda ise sözleşme hukukunun yerleşik kurumları öğretideki temel kaynakların birçoğundan istifade edilerek açıklanmıştır. Daha sonra bunlar ile tezin konusunu oluşturan kişisel verileri konu edinen sözleşmeler arasındaki ilişkiler özellikle karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler tartışılmıştır. Özellikle aşağıda değinilecek olan yeni AB hukuku düzenlemeleri bu konudaki tartışmaları canlandırmış ve birçok AB üyesi ülkeyi bu konuda adım atmaya yöneltmiştir. Bu ülkelerin çalışmaları bu tez için de ilham verici olmuştur.

Günümüzde kişisel verileri konu edinen bu ilişkiler daha çok özel hayata saygı hakkı çerçevesinde kişisel verilerin korunması hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Buna karşın artık kişisel veriler karşılığında temellerinde tamamen ekonomik motivasyonlar bulunan özel hukuk ilişkileri kurulmaktadır. Bu yüzden kişisel verilerin

sadece kişisel verilerin korunması hukuku bakış açısından ele alınmasının ne kadar yeterli olduğu esasında tartışmalıdır. Ancak bu tartışmayı yapmak için ilk olarak kişisel verilerin korunması hukukunun getirdiği rejimi anlamak gerekir.

Bu kapsamda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation* [GDPR]) hükümlerine bakıldığında ilgili kişilere bilgi alma, verilerin silinmesini talep etme, rızanın geri çekilmesi gibi hakların verildiği görülür. Diğer taraftan ise veri sorumlularının veri işleme ilkelerini uygun faaliyet yürütme, veri güvenliği için gerekli tedbirleri alma gibi sorumlulukları yükler. Bunlar her ne kadar ilgili kişilerin haklarının korunması hukuku bakımından önemli olsalar bile yine de ilgili kişiler ve veri sorumluları arasındaki sözleşme ilişkisinin özelliklerini yeterince karşılamamaktadırlar.

Bu nedenle artık veri ekonomisinin gerçeklerini daha iyi yansıtacak düzenlemelerin arayışına girilmiştir. Avrupa Birliği Tüketici Hakları Yönergesinde (*Consumer Rights Directive* [CRD]) yapılan değişiklikler ile sadece karşılığında para değil kişisel veri sağlanan sözleşmeler de tüketici işlemi kapsamında sayılmıştır. Benzer biçimde Dijital İçerik Yönergesi (*Digital Content Directive* [DCD]) kapsamına karşılığında para yerine kişisel veri sağlanan hukuki işlemler de alınmıştır. Ancak hukukumuzda doğrudan bir karşılığı olmayan bu yönergeler dahi sözleşmenin niteliği, geçerliliği, sona ermesi gibi birçok tartışmalı konuyu düzenlemek yerine devletlerin iç hukukuna bırakmayı tercih etmişlerdir. Bu durum sözleşme hukuku rejimi ile karşılığında kişisel veri sağlanan bu sözleşmelerin değerlendirilmesini zorunlu kılar.

Bu değerlendirmenin öncesinde kişisel verilerin üzerinde kişilerin sahip oldukları hakkın nitelendirilme çalışmasının yapılması gerekir. Bu konuda doktrinde bu hakkın bir kişilik hakkı olduğu, mülkiyet hakkı olduğu, fikri mülkiyet hakkı gibi bir hak olduğu, bunun veri iş gücü olarak kabul edilmesi gerektiği ve son olarak veri üzerinde yönetim hakkı olduğu ileri sürülmüştür. Bu çalışmada veriden ekonomik olarak yararlanma hakkı tanınmadığı sürece kişisel veri üzerindeki hakkın salt kişilik hakkı olarak değerlendirilmesinin mümkün ve yerinde olmadığı, bu yüzden veri üzerindeki hakkın veri iş gücü olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Sözleşme ilişkisi içinde artık bir kullanıcı olan ilgili kişinin ve sağlayıcı olan veri sorumlusunun sözleşmesel hak ve sorumluluklarını tanımlayabilmenin mümkün olması için bu sözleşme ilişkisinin vasıflandırmasının öncelikle yapılması gerekir. İlk

olarak, kullanıcıların sağladıkları kişisel verilerin ekonomik bir değeri olduğu göz önüne alındığında bu sözleşmelerin ivazlı sözleşmeler oldukları kabul edilmelidir. Başka bir deyişle bu sözleşmeler sağlayıcıların kullanıcılar lehine yaptıkları karşılıksız kazandırmalar olarak değerlendirilemez.

Bu sözleşmelerin kanunda düzenlenmiş tip sözleşmelerden hangisinin içine gireceği tespiti daha zordur. Esasında kanunumuzda karşı edimi veri olan bir sözleşme türü bulunmamaktadır. Bu yüzden söz konusu sözleşmelerin *sui generis* bir yapısı olduğu görülmektedir. Buna karşın bu sözleşmelere kıyasen uygulanabilecek sözleşme türleri ele alınabilir. Kanunlarımızda düzenlenen sözleşme tiplerinden en çok vekalet sözleşmesi hükümlerinin bu sözleşmelere uygulanması mümkün gözükmektedir. Tarafların her zaman sözleşmeyi sona erdirebiliyor olması, sağlayıcının bir sonuç borçlanmaması gibi hususlar bu sonucu destekler niteliktedir. Sözleşmenin nasıl vasıflandırıldığından bağımsız olarak bunların birer tüketici işlemi olduğunu kabul etmek gerekir.

Bundan sonraki aşamada kişisel verilerin konu olduğu sözleşmelerin nasıl kurulduğunu incelemek gerekir. Bilindiği üzere sözleşmeler kıta Avrupası ülkelerinde karşılıklı birbirine uygun öneri ve kabul beyanları ile kurulmaktadır. Sağlayıcıların dijital içerik ve hizmetlerini internet ortamına koymalarını bir öneri beyanı olarak kabul etmek gerekir. Diğer taraftan bu hizmet veya içeriklere üye olurken sözleşme koşullarının kabul edildiğini ifade eden kutucuklara tıklanması açık kabul beyanı teşkil edecektir. Hizmet ve içeriklere üye olmadan onları doğrudan kullanma durumu ise ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kullanımlar bakımından bağlanma iradesi çoğu zaman eksik olacağı için bunlar kabul beyanı teşkil etmezler. Ancak güven teorisi uyarınca bu kullanımların iradeyi ortaya koyan davranış olarak kabulü ve bu şekilde sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi mümkündür. Kullanıcıların salt kişisel verilerin kullanımına rıza gösterdiklerini beyan etmiş olmaları ise kabul beyanı olarak değerlendirilemez. Bunlar dışında, öneri ve kabul beyanının tespitinin ötesinde irade oluşmasının varlığı dahi tek başına sorunlu bir durum teşkil etmektedir. Kullanıcıların hizmet ve içeriklerden “ücretsiz” yararlandığının sağlayıcılar tarafından beyan edilmesi ancak aslında kullanıcıların bu hizmet ve içerikleri bir karşılık ödeyerek (kişisel veri sağlama) kullanıyor olması bu noktada tartışılmalıdır. Zira bu durumda hizmetten karşılık ödemediği zanneden kullanıcı aslında bir karşılık öngören bir sözleşme için irade açıklamaktadır. Ancak burada da güven teorisi

uyarınca taraflar arasında en azından farazi olarak bir irade uyuşması olduğunu kabul etmek ve böylece sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek gerekir.

Sözleşmenin kurulduğunun tespitinden sonra bu sözleşmenin geçerliliğinin de ayrıca tartışılması gerekir. Bu kapsamda ilke olarak kişisel verilerin korunması hukukuna aykırı olan sözleşme maddelerinin akıbeti gerek hukuki imkansızlık gerek de emredici hükümlere aykırılıktan geçersizlik olacaktır. Geçersizlik sonucunu doğurabilecek bir diğer husus ise verinin işlenmesine gösterilecek rızanın kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Bu durumda sözleşme Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 23 sınırlarını aştığı için Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 27 uyarınca kesin hükümsüz olacaktır. Sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek diğer bir husus ise taraflardaki ehliyet eksikliğidir. Tam ehliyetsizler bakımından onların menfaatlerine bakılmalı, eğer tam ehliyetsizin menfaati gerektiriyorsa yasal temsilcisinin bu sözleşmeleri kurabileceği ve tam ehliyetsizin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebileceği kabul edilmelidir. Sınırlı ehliyetsizler bakımından da özellikle küçüklerin korunması amacıyla gerek sözleşmenin kurulması gerek de kişisel verilerin işlenmesine gösterilecek rıza için yasal temsilcinin rızası aranmalıdır. Bir diğer geçersizlik hali genel işlem koşullarına ve daha önce bu işlemlerin tüketici işlemi niteliğinde olduğu tespit edildiği için haksız şartlara aykırılıktan doğabilir. Genel işlem koşulu ve haksız şart denetiminden geçemeyen sözleşme hükümleri geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bazı hizmet sağlayıcıların hizmet ve içeriklerini Türkçe sağlamalarına karşın kullanım sözleşmelerini Türkçe hazırlamadıkları görülmektedir. Bu işletmeler 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun uyarınca sözleşmelerinin geçerliliğini riske atmaktadır.

Son olarak, kurulduğu ve geçerli olduğu tespit edilen sözleşmeler aykırılık rejiminin incelenmesi gerekir. Bu bağlamda ilk olarak kişisel verilerin korunması hukukundan gelen rızanın geri çekilmesi ve unutulma hakkının sözleşmeye etkisinin ne olacağı tartışılmalıdır. Rıza geri çekildiğinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği veya sağlayıcının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacağı savunulmaktadır. Ancak gerek rızanın geri çekilmesi gerek de verilerin silinmesinin talep edilmesi ile sağlayıcının kullanıcıdan bir kullanım bedeli talep hakkı olmamalıdır. Diğer bir taraftan hizmet veya içeriğin sağlanmaması durumunda kullanıcının bir şey talep edip edemeyeceği değerlendirilmelidir. Bu sözleşmelere kıyasen vekalet sözleşmesinin uygulanacağı ve bu sözleşme hükümlerinde (genel

işlem koşulu ve haksız şart denetiminden geçtiği sürece) sağlayıcılara sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı verildiği için sağlayıcıların sözleşmeyi sona erdirerek hizmet yükümlülüğünden kurtulma imkanları vardır. Ayrıca sağlayıcılar hizmeti olması gerektiği gibi sağlamayabilirler. Birçok sözleşme söz konusu hizmetlerin “olduğu gibi” sağlanacağına ilişkin hükümler bulundurmaktadır. Aynı zamanda hizmetlerin gereği gibi sağlanmadığı durumlarda sağlayıcıların sorumlu tutulamayacaklarına dair hükümlere de bu sözleşmelerde yer verilmektedir. Bu hükümler TBK m. 115’teki sorumsuzluk anlaşması üzerinden değerlendirildiğinde, bu maddelere sağlayıcıların bütün kusurları için değil sadece sağlayıcının hafif kusuru bakımından etki tanınabileceği sonucuna varılabilir. Ayrıca bu maddelerin çoğu zaman haksız şart denetiminden geçmesi de mümkün gözükmemektedir. Kullanıcıların sağladığı verilerin yanlış olması durumunda bunun sözleşmeye etkisinin ne olacağı da değerlendirilebilir. Burada her sağlayıcı kendi sözleşmesi altında farklı bir tercihte bulunduğu için her sözleşme özelinde ayrı bir değerlendirme yapmak en doğru çözüm gibi durmaktadır.

Çalışmanın sonuç kısmında tartışılan ilgili bölümlerin ışığında varılan çözümler okuyucuya bir bütün halinde sunulmuştur. Bu tez ile amaçlanan kullanıcılar ile sağlayıcılar arasında kurulan hukuki ilişkinin sadece kişisel verileri koruma hukuku ekseninde incelemenin eksik olduğunu okuyucuya gösterebilmektedir. Bu hukuki ilişkilerin temellerinde ekonomik saikler yatmaktadır ve bu yüzden ekonomik bir perspektif ile bu hukuk ilişkilerinin sözleşme hukuku kapsamında ele alınması zorunludur. Ancak bu şekilde kullanıcıların hakları ve sağlayıcıların topluma sağladıkları hizmetlerden beklentileri arasında doğru bir denge kurulmuş olur. Bu yüzden bizim de bu tez de savunduğumuz üzere, bundan böyle, hukuk düzenimizin kullanıcılar ve sağlayıcılar arasındaki hukuki ilişkilere sadece kişisel verileri koruma hukuku ilkeleri üzerinden değil, sözleşme hukuku ilkeleri üzerinde de yaklaşması gereklidir. Bu çalışma bir taraftan mevcut sözleşme hukuku rejimimizin farklı görünümünü yeni bir sözleşme modelini inceleyerek ortaya çıkarmıştır. Diğer bir taraftan, bu çalışma ile hukukumuzda ekonomik gerçeklerin yeni gereklerine ayak uydurabilmek için gelecekte yapılabilecek çalışmalara kapsamlı bir rehber sağlanmak istenmiştir. Umarım bu çalışma okuyucular için kişisel verilerin hayatımızda oynadığı rolü anlamak için yararlı bir kaynak teşkil edebilir.

GİRİŞ

Dünya ekonomisinde bazı değerler zaman zaman ekonominin gidişatında başat rol oynamışlardır. Tarım temelli toplumlarda toprak, ticaretin öne çıktığı zamanlarda değerli madenler, sanayi toplumdan kömür, petrol gibi enerji kaynakları iktisadi politikaların merkezinde olmuştur. Günümüzde ise bu temel değerinin artık veri olduğu ileri sürülmektedir. Siemens CEO'su Joe Kaeser'e göre veri 21. yüzyılın petrolü olarak değerlendirilmelidir çünkü ekonomimizin, toplumumuzun ve demokrasimizin gün geçtikçe daha fazla üzerine inşa olduğu hammadde artık veridir¹. Hatta daha da ileri giden bir metafor, veriyi petrolden farklı olarak her yerde olduğu için veriyi bir enerji kaynağı olarak güneşe benzetmiştir².

Bu tespitlerin çıkış noktası ekonomideki aktörlerin veriyi iktisadi faaliyetlerinin merkezine almalarıdır. Günümüzde özellikle internet platformlarında kullanılan algoritmaların dış dünyadan gelen verilerle beslenmeden düzgün çalışması mümkün değildir. Örneğin tüketici alışkanlıklarını çok az bir hata payı ile tespit edebilen bir yapay zekanın dahi düzgün çalışabilmesi tüketici verilerine erişebilmesi ile mümkün olacaktır. Bir sosyal medya uygulamasının, kullanıcının hoşuna gidebilecek içerikleri tespit eden gelişmiş bir algoritmasının olması onun dış dünyadan gelecek verilere olan bağımlılığını ortadan kaldırmaz. Bugün bu algoritmaları birer fabrikaya benzetirsek veri girdisini bu fabrikada işlenecek olan ham maddelere veya gerçekten yukarıda artık vecize haline gelmiş biçimde fabrikanın enerji ihtiyacını karşılayacak yakıtlara benzetmek mümkündür³.

¹ Shannon Tellis, "Data is the 21st century's oil, says Siemens CEO Joe Kaeser", **The Economic Times**, 24 Mayıs 2018, <https://economictimes.indiatimes.com/magazines/panache/data-is-the-21st-century-oil-says-siemens-ceo-joe-kaeser/articleshow/64298125.cms?from=mdr> (erişim tarihi: 12.02.2022). Dünya Ekonomik Forumu Dünya ekonomisinde gerçekleşmekte olan bu değişimi "Dördüncü Sanayi Devrimi" olarak nitelendirmiştir, bkz. World Economic Forum, "The Fourth Industrial Revolution: What It Means, How To Respond", 14 Ocak 2016, <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/> (erişim tarihi: 25.01.2023).

²Economist, Special Report: The Data Economy, **The Economist**, 22 Şubat 2020, (The Data Economy), s. 4. Şirketler topladıkları verileri reklam, yeni ürünler ve hizmetler geliştirme, mevcut ürünlerini geliştirme, tüketici tercihlerini belirleme gibi birçok farklı amaçla toplamakta ve işlemektedirler, bkz. Sloboda D. Midorovic/Milos B. Sekulic, "A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services", **Zbornik Radova**, Vol. 53, No. 3, 2019 (A New Function of Personal Data) s. 1154.

³ Marc van Lieshout, "The Value of Personal Data", **IFIP Advances in Information and Communication Technology (Conference Paper)**, Mayıs 2015 (Value of Personal Data), s. 3. Verinin ekonomik büyümedeki yeri hakkında bkz. Avrupa Komisyonu, "Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions "Building A European Data Economy"", Brussels, 10.1.2017, COM(2017) 9 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal->

Küresel ekonomide veri ekonomisinin ve ana işletme konusu veri olan şirketlerin işgal ettiği yer ise her geçen gün daha fazla artmaktadır. Örneğin Microsoft, profesyonel iş bağlantıları kurma platformu olan LinkedIn 2020 yılında reklam gelirlerinden 3 milyar dolar kazanarak 2.8 milyar dolar kazanan SnapChat ve 1.9 milyar dolar kazanan Pinterest uygulamalarını geride bıraktığını duyurdu⁴. Çevrimiçi video izleme sitesi olan YouTube için ise bu rakam 2020 yılında neredeyse 7 milyar dolardı⁵.

Burada kullanıcıların bu platformların ücretsiz olarak kullanılabilmelerine rağmen bu platformların nasıl bu kadar ciddi gelirlere ulaşabildikleri sorusu sorulabilir. Gerçekten verilen iki örnekte de gerek LinkedIn gerek de YouTube ayrıca bir ücret ödenmeden kullanılabilirler. Dolayısı ile sözleşmenin diğer tarafındaki kullanıcılar ayrıca bir para ödemedi bu platformlardan yararlanabilir. Bununla beraber bu platformlar kullanıcılarının platformları üzerindeki faaliyetlerini yakından takip ederek toplamakta ve ellerinde kullanıcılarının alışkanlıklarını tespit edebildikleri ciddi bir veri havuzu bulundurmaktadırlar. Bu veriler ile sağlayıcılar hem kendi hizmetlerini geliştirme imkanı bularak önemli bir rekabet avantajı elde etmekte hem de kullanıcılara en çok ilgilerini çekecek reklamları göstererek reklam verenlerin en doğru tüketici kitlesi ile buluşmasına imkan sağlamakta böylece reklam geliri elde etmektedirler⁶. Bu yönü ile bakıldığında bu şirketlerin belki de en önemli mal

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN (Building A European Economy) (erişim tarihi: 30.01.2023) s. 2; Andreas Boering/Nicolai Culik/Christian Doecke/Thomas Hoeren/Tim Juelicher/Charlotte Roettgen/Max V. Schoenfeld, “Data Ownership—A Property Rights Approach from a European Perspective”, **Journal of Civil Law Studies**, Vol. 11, No. 2, 31.12.2018 (A Property Rights Approach) s. 325.

⁴ Megan Graham, “Microsoft says LinkedIn topped \$3 billion in ad revenue in the last year, outpacing Snap and Pinterest”, **CNBC**, 27 Nisan 2021, (çevrimiçi, <https://www.cnbc.com/2021/04/27/microsoft-linked-in-topped-3-billion-in-ad-revenue-in-last-year.html> [erişim tarihi: 12.02.2022]).

⁵ Martin Coulter, “YouTube is a powerhouse for Google, with revenue up 46% to almost \$7 billion”, **INSIDER**, 3 Şubat 2021, <https://www.businessinsider.com/youtube-google-revenue-results-covid-19-2021-2> (erişim tarihi: 12.02.2022). Bu yönde ayrıca bkz. Stacy-Ann Elvy, “Paying for Privacy and the Personal Data Economy”, **Columbia Law Review**, Vol. 117, No. 6, October 2017 (Paying For Privacy) s. 1371.

⁶ Juliette Sénéchal, “Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the Protection of Personal Data”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Consequences of Termination) s. 153. Bu çalışma modelinin bir izahı için bkz. Bundeskartellamt, “Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”, Sector: Social Network, B6-22/16, 6 February 2019, Case Summary (15 February 2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v= (erişim tarihi: 07.12.2022) (Facebook) s. 2-4; Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1391. Bu iş modelinin gelişim süreci için bkz. Imanol Arrieta-Ibarra/Leonard

varlıklarının sahip oldukları veri havuzu olduğunu söylemek mümkündür. Hatta bazı durumlarda şirketlerin ellerindeki veriler uhdelelerindeki parasal değerlerin dahi önüne geçebilmektedir. Örneğin 2014 yılında Facebook, Whatsapp'ı 21.8 milyar dolara aldığı anda aslında Whatsapp 2013 yılı itibarıyla 138 milyon dolar zarardaydı. Ancak Whatsapp'ın 2014 yılında her yıl 1 milyon daha artan 450 milyon kullanıcısı vardı ve bunların 70%'i aktif olarak uygulamayı kullanmaktaydılar⁷. Avrupa Birliği (AB) Rekabet Komisyonu üyesi Margrethe Vestager'e göre şirketleri cazip kılan tek şey ciroları değil sahip oldukları varlıklardır, bunlar içine sahip olunan veriler de girmektedir⁸. Öğretide bunun gibi birleşmelere veri yönlendirmeli (data-driven) birleşmeler denmektedir⁹.

Özellikle büyük verinin kullanılmasıyla beraber şirketlerin işletmesel faaliyetlerinde toplanılan veriler önemli bir noktaya gelmiştir. Bazı şirketler için verinin işletmesel faaliyetin kendisi olduğunu da söylemek mümkündür. Örneğin Google'ın en çok kullanılan arama motoru olmasının¹⁰ nedeni sahip olduğu benzersiz veri tabanıdır. Veri tabanı sayesinde Google'ın algoritması kullanıcı bir kavramı girdiğinde muhtemelen neyi aramak istediğini anlayabilmektedir. Her yeni arama algoritmanın daha büyük bir veri havuzundan yararlanmasını yani elindeki büyük veriyi genişletmesini, böylece yeni bir aramada daha da doğru biçimde çalışmasını sağlar. Bu da Google'ın sahibi Alphabet'in şu an elinde bulundurduğu en kıymetli varlığının oluşturduğu "büyük veri" olduğunu gösterir.

Yukarıda örnekleri sayılan bütün bu işletmeler tüketici verilerini kullanmaktadır. Bu verilerin elde edilmesi için şirketlerin izlediği yol ve bu şekilde oluşan yeni ekonomik düzenin hukuk dünyasındaki karşılığı bu çalışma altında incelenecektir. Bu

Goff/Diego Jiménez-Hernández/Jaron Lanier/E. Glen Weyl, "Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond "Free"", **American Economic Association Papers and Proceedings**, Vol. 108, May 2018 (Moving Beyond "Free") s. 40-41; Hervé Jacquemin, "Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law", **JIPITEC**, Vol. 27, 2017 (DCD Under EU and Belgian/French Law) ¶11.

⁷ Alison L. Deutsch, "WhatsApp: The Best Meta Purchase Ever?", 8 Şubat 2022, <https://www.investopedia.com/articles/investing/032515/whatsapp-best-facebook-purchase-ever.asp> (erişim tarihi: 12.02.2022).

⁸ Bram Visser, "The Facebook:WhatsApp merger case. European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control?", Thesis for: Master in International and European Law, Ağustos 2017, s. 2-3.

⁹ Anca D. Chrita, "Data-Driven Mergers under EU Competition Law", **The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation** (editörler: John Linarelli & Orkun Akseli), Oxford: Hart, 1. Bası, Ağustos 2019 (Data-Driven Mergers), s. 150-151.

¹⁰ 2021 yılında en çok tıklanan arama motorları için bkz. <https://www.oberlo.com/blog/top-search-engines-world> (erişim tarihi: 12.02.2022).

modele göre yukarıda örnekleri verilen ve onlar gibi birçok dijital içerik ve hizmet sağlayıcı kullanıcıların bu hizmet ve içeriklerden “ücretsiz” yararlanmaları karşılığında onların kişisel verilerini işlerler. Başka bir deyişle kullanıcıların kişisel verisi adeta sağlayıcı ve kullanıcı arasındaki sözleşmesel ilişkinin karşı edimi işlevi görür¹¹. Daha önce de altı çizildiği gibi bu çalışmanın konusu sadece kişisel verilerdir. Bu veriler ışığında tüketicilerin kişisel verilerinin dünyanın en büyük şirketleri için paha biçilmez bir kaynak teşkil ettiğini söylemek mümkündür¹². Aşağıda tüketiciler ve onların verilerini işleyen şirketler arasında kurulan ilişkiye hukuk düzeni tarafından çizilen çerçeve ele alınacaktır.

Bu çalışma altında ilk kısımda kişisel verinin hukuk düzeni içerisindeki yeri tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu kısmın amacı ikinci kısımda tartışılacak olan hukuki meselelerin gerçekten tartışmaya layık olup olmadığını ve mevcut veri koruma hukuku düzeninin veri ekonomisinin geldiği noktada ne kadar yeterli olduğunu tespit etmektir. Bunun için ilk olarak kişisel verinin tanımı Türk hukuku ve AB hukuku kapsamında ele alınacaktır. Daha sonra kişisel verilerin mevcut hukuk kuralları çerçevesinde nasıl korunmaya çalışıldığı ilk olarak Türk hukukundaki rejimi anlamak için KVKK, ikinci olarak AB’deki rejimi anlamak için GDPR ekseninde anlatılacaktır. İlk kısmı bitirmeden önce AB hukukunda yakın zamanda yapılan ve kişisel veriler üzerinde tasarrufları özellikle tüketici hukuku bakımından ilgilendiren Avrupa Birliği Dijital İçerik Yönergesi (*Digital Content Directive* [DCD]) kişisel verileri ilgilendiren kısımları ile ele alınacak, son olarak DCD ile paralel biçimde Avrupa Birliği Tüketici Hakları Yönergesi (*Consumer Rights Directive* [CRD]) altında kişisel veriler üzerinden nasıl yenilikler öngörüldüğü okuyucunun dikkatine sunulacaktır. Bundan sonra çalışmanın ikinci kısmına geçilecek ve burada kişisel verinin bir sözleşmenin karşı edimi olup olamayacağı, olacak ise bu ilişkilerden doğacak sorunlara

¹¹ Cemre Bedir, “Contract Law in the Age of Big Data”, **European Review of Contract Law**, Vol. 16, No. 3, 2020 (Age of Big Data) s. 348; Erin Bernstein/Theresa J. Lee, “Where The Consumer Is The Commodity: The Difficulty With The Current Definition Of Commercial Speech”, **Michigan State Law Review**, Vol. 39, 2013 (Consumer Is The Commodity) s. 62; Zohar Efroni, “Gaps and Opportunities: The Rudimentary Protection to ‘Data-Paying Consumers’ under New EU Consumer Protection Law”, **Weizenbaum Series**, 2020, <https://doi.org/10.34669/wi.ws/4> (Gaps and Opportunities) s. 5; Adam B. Thimmesch, “Transacting in Data: Tax, Privacy, and the New Economy”, **Denver Law Review**, Vol. 94, No. 1, Winter 2016 (Transacting in Data) s.146.

¹² Bu iş modeline doktrinde “freemium” modeli de denmektedir. Bu iş modelinde ilke olarak bir hizmetten yararlanmak ücretsizdir ancak daha ileri özelliklerden de yararlanmak için bir ücret ödenmesi gerekir. Ancak bu iş modelinde de kullanıcılar verilerini diğer tarafa sağlamaktadırlar. Bu kullanım için bkz. Elif Beyza Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Aralık 2022 (Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler), s. 83; Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1384, 1387.

halihazırdaki sözleşme hukukunun cevap vermeye ne kadar hazır olduğu tartışılacaktır. Bu kapsamda ilk olarak kişisel verinin sözleşmeye konu olması bağlamında yapılan etik, ekonomik, teknik ve piyasa sorunları ele alınacaktır. İkinci olarak kişisel verisi üzerinde kişinin sahip olduğu hakkın niteliği ve bunun yerindeliği değerlendirilecektir. Üçüncü olarak kişisel verinin konusunu teşkil ettiğı sözleşmelerin vasıflandırılması çalışması içine girilecektir. Dördüncü olarak bu sözleşmelerin kuruluş aşamasına ilişkin tartışmalar sunulacaktır. Daha sonra bu hukuk ilişkilerin borçlar genel hukuku bakış açısından geçerliliğini tartışılacaktır. Son olarak karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelere muhtemel aykırılıkların sonuçları ele alınacaktır.



I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİYE İLİŞKİN YÜRÜRLÜKTE OLAN KORUMALAR

A. Mevcut Hukuki Düzendeki Kişisel Veri Kavramı

Bu çalışma kişisel verilerin işlenmesi şartlarını incelemekten ziyade kişisel verinin kazandığı ekonomik boyutun hukuk dünyasındaki mevcut ve muhtemel etkilerine odaklanmaktadır. Bununla beraber bu etkilere odaklanılması için dahi öncelikle hukukumuzda kişisel verinin halihazırda işgal ettiği yerin tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde çalışmanın ilerleyen bölümlerde ele alacağı tartışmaların eksik kalacağı endişesi kişisel verilerin hukuktaki mevcut konumlarının en azından aşağıdaki gibi incelenmesini zorunlu kılmıştır.

1. Türk Hukukunda Kişisel Veri Kavramı

Çalışmanın giriş kısmında da ifade edildiği gibi elinizdeki çalışma sadece kişisel verilerin durumu ile ilgilenmektedir. Kişisel veri niteliğinde olmayan diğer veri türleri ise çalışmanın konu bakımından kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durum kişisel verinin hukuki niteliğinin tam olarak tespit edilmesini zorunlu kılar. Bir olayda söz konusu verinin niteliğinin tespit edilmesi olaya uygulanacak düzenlemelerin tespiti için hayati derecede önem arz eder¹³. Zira hukuk düzeninin kişisel veriler için getirdiği koruma ile diğer tür veriler için getirdiği düzenlemeler birbirinden oldukça farklıdır.

Kişisel verinin tanımı 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunu¹⁴ m. 3(1)(d) altında verilmektedir. Buna göre kişisel veri “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi” ifade eder¹⁵. Bu tanım üzerinden kişisel verinin unsurları aşağıdaki gibi tespit edilebilir.

¹³ Berk Kapancı, “Özel Hukuk Perspektifinden Büyük Veri: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile Uyumluluk ve Büyük Veriyi Konu Alan Sözleşmesel İlişkiler Üzerine Bir Değerlendirme”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri**, (editörler: Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), İstanbul: Oniki Levha, Aralık 2021, s. 100; AYM, **H.Ö.** Başvurusu, B.N.: 2019/20473, R.G.S.: 31782, R.G.T.: 18.03.2022, K.T.: 03.02.2022 (H.Ö. Başvurusu), ¶ 35 (<https://legalbank.net/arama>).

¹⁴ KVKK metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6698.pdf> (erişim tarihi: 1.7.2022).

¹⁵ Ulusal ve uluslararası birçok metinde benzer bir tanımın benimsendiği hususunda bkz. Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Bası, Ankara: Çakmak, Mart 2010 (Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması), s. 12; Murat Volkan Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Hukuk Akademisi, Kasım 2019 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku) s. 2.

İlk olarak kişisel veriden bahsedilebilmesi için elde bir bilginin bulunması gerekir¹⁶. Bu bilgi içeriği bakımından geniş algılanmalıdır¹⁷. Kişisel veri olarak nitelendirilecek bilgi ses, görüntü, yazı gibi farklı formlarda bulunabilir¹⁸.

Bir verinin kişisel veri olarak etiketlenilebilmesinin ikinci koşulu bu verinin bir gerçek kişiye ilişkin olmasıdır¹⁹. Doktrinde bir görüş tüzel kişilerin verilerinin KVKK kapsamında dışlanması altında yatan sebebin, kişisel verilerin korunmasındaki amacın temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğunu savunmaktadır²⁰. Bununla beraber hukukumuzda bazı düzenlemelerde tüzel kişilerin verilerinin de kişisel veri olarak kabul edildiği olmuştur. Örneğin 24 Temmuz 2012 tarihinde 28363 sayılı resmi gazetede yayınlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik²¹ m. 3(1)(h) uyarınca tüzel kişilerin verilerinin de kişisel ver kapsamında olacağı kabul edilmişti. Ancak daha sonra bu yönetmelik 4 Aralık 2020 tarihli 31324 sayılı resmi gazetede yayınlanan hali ile güncellenmiş ve tüzel kişilerin verileri kişisel veri kapsamından çıkartılmıştır²². Keza KVKK'nın 2008 yılındaki taslağında tüzel kişilere ilişkin verilerin de kanun kapsamında korunacağı kabul edilmişti. 2014 yılında yayınlanan taslakta ise tüzel

¹⁶ Erbil Baytar, **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha, Ekim 2018 (İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması), s. 51; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Kişisel Verileri Koruma Hukuku) s. 37.

¹⁷ Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 13-14. Doktrindeki bir görüşe göre kişisel veri gerçek kişiyi gösteren yahut gösterebilecek her şeyi ifade eder, bkz. Metin Turan, **Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, Dördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2021 (Karşılaştırmalı Hukukta KVK), s. 58; Mustafa Baysal, **KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2022 (KVKK El Kitabı), s. 31-32. Hatta bilginin yanlış olması dahi verinin kişisel veri olma niteliğini değiştirmeyecektir, Mustafa Akgün, **La Légitimité Démocratique Des Autorités Administratives Indépendantes: Reflexions Sur La Cnll Et Kvkk**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Aralık 2022 (Reflexions Sur La Cnll Et Kvkk), s. 48; Yılmaz/ Çavuşoğlu, **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, s. 37.

¹⁸ Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Ankara: Turhan, Şubat 2018 (Kişisel Verilerin Korunması), s. 323; Yılmaz/ Çavuşoğlu, **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, s. 38. Kişisel veri olarak değerlendirilebilecek muhtemel bilgi türlerinin bir sayımı için bkz. Mehmet Bedii Kaya, "Büyük Verinin Hukuki Boyutları", **Büyük Veri Ve Açık Veri Analitiği: Yöntemler Ve Uygulamalar** (editörler: Şeref Sağiroğlu/Orhan Koç), Ankara: Grafiker Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2017 (Büyük Veri Ve Açık Veri Analitiği), s. 184.

¹⁹ Bahri Öztürk/Elif Altınok Çalışkan/Serkan Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı**, Ankara: Seçkin, 2. Baskı, 2022, s. 18. Buna karşın kişisel veriyi işleyenlerin gerçek veya tüzel kişi olması KVKK'nın uygulama alanını değiştirmeyecektir, bkz. Öztürk/Altınok Çalışkan/ Seyhan, , s. 26; Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 17; Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 324; Turan, **Karşılaştırmalı Hukukta KVK**, s. 58.

²⁰ Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 325.

²¹ Resmi Gazete, R.G.T.: 24 Temmuz 2012, R.G.S.: 28363, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120724-2.htm> (erişim tarihi: 6.7.2022).

²² Resmi Gazete, R.G.T.: 4 Aralık 2020, R.G.S.: 31324. Tüzel kişilerin verilerinin de kişisel veri olarak sayılmasının daha yerinde olacağı hakkında görüşü için bkz. Baytar, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 53.

kişiler kanunun kapsama alanına alınmamış ve nihayet yukarıda görüldüğü üzere KVKK sadece gerçek kişilerin verilerini kişisel veri olarak kabul edecek biçimde çıkmıştır²³. KVKK sadece gerçek kişilerin verisini koruduğu için hukuki kişiliği sona eren ölmüş insanların verileri kanun kapsamında korunmayacaktır²⁴.

Verinin nasıl ele geçirilmiş olduğu bu verinin kişisel veri niteliğini etkilemez. Bu bakımdan veri kişilerden doğrudan toplanabileceği gibi dolaylı olarak da temin edilebilir. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcının malın teslimi için müşterisinin adres bilgilerini istemesi durumunda alıcı ile konum bilgilerinin eşleştirilebilmesi konum bilgisini bir kişisel veri haline getirir²⁵.

Son olarak verinin belirli yahut belirlenebilir bir kişiye ait olması ilgili verinin kanunun uygulama alanına dahil olması için aranmıştır²⁶. Belirli yahut belirlenebilir bir kişi olmaktan ne anlaşılabileceği kanunda belirtilmiş değildir. Bununla beraber kanunun gerekçesinde mevcut verilerinin herhangi bir şekilde gerçek bir kişi ile ilişkilendirilmesi yoluyla kişinin tanımlanabilecek hale gelmesinin yeterli olacağı söylenmiştir²⁷. Verinin kişinin şahsını değil de ailesini ilgilendirmesi durumunda da ilgili verinin kişisel veri niteliğinde olduğu kabul edilecektir²⁸.

Keza Anayasa Mahkemesine (AYM) göre bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmesini mümkün kılan bütün veriler kişisel veri olarak kabul edilir²⁹. Bu bakımdan AYM “*ad, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgilerin değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik*

²³ Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 324. Tüzel kişilerin verilerinin de kişisel veri sayılması gerektiği yönünde görüşler hakkında bkz. Yılmaz/ Çavuşoğlu, **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, s. 39.

²⁴ Hüseyin Murat Develioğlu, **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Aralık 2017 (Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü), s. 31; KVK Kurulu, “Ölü kişilerin verilerine yakınlarının erişim talebi hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/09/2019 Tarihli ve 2019/273 Sayılı Karar Özeti”, 2019/273 K., K.T.: 18.9.2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273> (erişim tarihi: 11..04.2023).

²⁵ Öztürk/Altınok Çalışkan/ Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 17-18.

²⁶ Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 323. KVKK öncesinde de kişisel verinin unsurlarından birinin kişinin kimliğinin belirli veya belirlenebilir olduğu kabul edilmekteydi bkz. Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 21.

²⁷ KVKK gerekçesi için bkz. <https://kvkk.pro/kvkk-gerekcesi.html>. Hangi bilgilerin kişiyi belirlenebilir kılacağı hakkında bazı örnekler için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 3.

²⁸ Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 2, S. 1, 2020, (Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış), s. 21.

²⁹ AYM, **Bestami Eroğlu** Başvurusu, B.N.: 2018/23077, R.G.S.: 31273, R.G.T.: 13.10.2020, K.T.: 17.09.2020 (Bestami Eroğlu), ¶ 102 (<https://legalbank.net/arama>).

numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri” gibi geniş bir listenin kişisel veri kapsamında kalacağına hükmetmiştir³⁰.

Kişisel veri kavramı Yargıtay kararlarında da kendine yer bulmuştur. Yargıtay da AYM gibi geniş bir liste ile kişisel verinin bir gerçek kişiyi toplumdaki diğer bireylerden ayırt ederek niteliklerini ortaya koyan her türlü bilgi olarak tanımlamıştır³¹. Örneğin Whatsapp konuşmaları³², dini inanç, doğum yeri, baba adı, doğum tarihi ve vatandaşlık durumu³³, ismi³⁴ gibi bazı bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.

Bunlara paralel olarak KVKK gerekçesinde kişisel verilerin somut içeriği olan ekonomik, fiziksel, psikolojik kimliğini belirleyen veriler yanında sigorta numarası, kimlik numarası gibi bilgilerin de kişisel veri olarak nitelendirileceği söylemiştir³⁵.

Ayrıca tek başına kişisel veri niteliğinde olmayan bilgilerin başka veriler ile birleştirilerek verinin sahibini belirlenebilir bir kişi haline getirmesi durumunda da, bir bütün halinde bu veriler kişisel veri olarak değerlendirilecektir³⁶.

³⁰ AYM, **Arif Ali Cangı** Başvurusu, B.N.: 2016/4060, R.G.S.: 31274, R.G.T.: 14.10.2020, K.T.: 17.09.2020 (Arif Ali Cangı), ¶ 63 (<https://legalbank.net/arama>).; AYM, **H.Ö.** Başvurusu, ¶ 34.

³¹ “nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA’sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları” bkz. Yargıtay, 13. Ceza Dairesi, 2013/9669 E., 2014/3760 K., K.T.: 17.02.2014 (<https://legalbank.net/arama>). Bilgi ve veri kavramları birbirlerine yakın kullanımlara sahip olsalar dahi tamamen aynı anlama gelmezler. Veri daha çok ham olguları veya sayıları ifade ederken, bilgi bu verilerden yapılan çıkarımları ifade eder. Buna karşın hukuki kullanımlarında bu iki kavram arasında bir fark gözetilmemektedir, bkz. Akgün, **Reflexions Sur La Cnll Et Kvkk**, s. 47.

³² Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, 2018/10718 E., 2019/559 K., K.T.:10.1.2019 (<https://www.kazanci.com.tr/>); Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, 2016/14205 E., 2017/9526 K., K.T.: 1.6.2017.

³³ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 2017/4-1340 E., 2018/1622 K., K.T.: 6.11.2018 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

³⁴ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 2014/4-56 E., 2015/1679 K.,K.T.: 17.6.2015 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

³⁵ Kanun gerekçesinde verilen örnekler şu şekildedir “kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.”.

³⁶ Öztürk/Altınok Çalışkan/ Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 19; Mesut Serdar Çekin, **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Temmuz 2020 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku) s. 45.

Kişisel veriler kendi içlerinde genel nitelikli ve özel nitelikli veriler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve bu ayrım çalışmanın ilerleyen kısımlarında da değinileceği üzere KVKK'da da verilerin işlenmesi ve aktarılması bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin tespiti bakımından önemlidir. Bunun dışında doktrinde birincil ve ikincil veriler olmak üzere bir ayrım daha yapılmaktadır. Birincil veriler normal şartlarda değişmeyen kişinin kan grubu, DNAsı, parmak izi gibi verileri iken ikincil veriler kilo, boy gibi değişken verilerden oluşur³⁷. Ancak bahsedilen son ayrımın kanunda bir yeri yoktur.

Türkiye'nin taraf olduğu başkaca uluslararası metinlerde kişisel veri hakkında tanımlarına rastlamak mümkündür. Örneğin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (Kişisel Veri Sözleşmesi) m. 2 uyarınca kişisel veri *“kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgileri ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır³⁸.

2. Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Veri Kavramı

Türkiye'nin iç hukukunda kişisel veri için yapılan tanım kişisel veriler hakkında çıkartılan AB düzenlemeleri ile paraleldir³⁹. Ayrıntısına aşağıda inilecek olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (*General Data Protection Regulation* [GDPR])'nde⁴⁰ kişisel veri kavramı KVKK'dan çok farklı tanımlanmamıştır. GDPR m. 4 uyarınca kişisel veri; *“Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki her bilgiyi ifade eder (veri sahibi): belirlenebilir bir gerçek kişi ad, kimlik, yer bilgisi, online kimlik veya kişinin fiziksel fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliği gibi belirleyici bir özelliklerle doğrudan veya dolaylı olarak*

³⁷ Turan, **Karşılaştırmalı Hukukta KVK**, s. 58.

³⁸ Anlaşmanın metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020140848108_tur.pdf (erişim tarihi: 5.7.2022). 28 Ocak 1981 tarihli olan bu anlaşma aslında Avrupa Konseyi'nin bir çalışmasıdır ancak konseye üye olmayan devletlerin de katılımı sağlanmıştır, bkz. Furkan Güven Taştan, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (**Sözleşme Hukukunda Kişisel Veriler**) s. 9-10 . Bunun dışında 23 Eylül 1980 tarihli OECD Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri, 14 Aralık 1990 tarihli BM Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri, yine taraf olduğumuz ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine bazı eklemeler yapan 18 Mayıs 2018 tarihli 108+ Sözleşmesi gibi farklı uluslararası metinlerde kişisel veri meselesinin ele alındığını görmek mümkündür. Kişisel verilerin konu olduğu uluslararası metinlerin değerlendirilmesi için bkz. Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 50 vd.; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 24 vd.

³⁹ Öztürk/Altınok Çalışkan/ Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 15.

⁴⁰ Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679> (erişim tarihi: 05.07.2022).

belirlenebilen kişidir”⁴¹. GDPR’ın bu düzenlemesi bir önceki Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesi’ndeki (*Data Protection Directive* [DPD])⁴² tanımdan, bazı ufak değişiklikler dışında, farklı değildir⁴³.

GDPR altında kişisel verilerin unsurlarına bakıldığında ise KVKK altında varılardan daha farklı bir sonuca ulaşılmayacağı fark edilir. GDPR altında da belirli yahut belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin bilgiler korunmaktadır⁴⁴. İlk olarak kişisel veri teşkil edebilecek bilginin varlığı aranır, ancak bu bilginin kapsamı geniş yorumlanır⁴⁵.

Bunun yanında GDPR altındaki ikinci şart bu bilginin belirli bir kişiye ilişkin olmasıdır ki Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) bu şartı da geniş yorumlamaktadır⁴⁶. Aynı KVKK’da olduğu gibi GDPR altında da belirli bir kişiyi tanımlayabildiği sürece tek bir veri de kişisel veri olabileceği gibi, birden çok verinin bir araya gelerek belli bir kişiyi tanımlaması durumunda da GDPR uygulama alanı bulacaktır⁴⁷. Bu veriler kişinin özel hayatına ilişkin olabileceği gibi kamuya açık yaşamına ilişkin de olabilir⁴⁸. Buradaki kilit nokta ilgili kişinin eldeki verilere ek bir bilgiye daha ihtiyaç duyulmadan tespit edilebilmesidir. Bu bakımdan kişisel verinin her veri için ex ante olarak tespit edilebilecek bir nitelik olduğundan bahsedilemez. Veriyi işleyenler her olay özelinde eldeki verilerle ilgili kişinin tespit edilme ihtimalini

⁴¹ “‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;”. Çeviri için bkz. AYM, Arif Ali Cangı, § 37. Tanımdan çıkartılabilecek unsurların ayrıntılı incelemesi için bkz. Brendan Van Alsenoy, “Scope of EU Data Protection Law”, **Data Protection Law in the EU: Roles, Responsibilities and Liability**, Cambridge: Intersentia, 2019, s. 25-27.

⁴² Yönerge metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML> (erişim tarihi: 30.03.2023).

⁴³ Lee A Bygrave/Luca Tosoni, “Article 4(1). Personal data”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), Oxford: Oxford University Press, First Edition, 2020 (GDPR Commentary Article 4(1)), s. 108; Murat Volkan Dülger, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 2, Temmuz 2019 (Genel Veri Koruma Tüzüğü), s. 87.

⁴⁴ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), **Handbook on European data protection law**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018, (Handbook on European Data Protection Law) s. 83.

⁴⁵ ABAD tarafından kişisel veri olabileceği kabul edilen bilgi türleri için bkz. Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 109-110.

⁴⁶ Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 110.

⁴⁷ Sharma, **GDPR Handbook**, s. 47; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 110.

⁴⁸ FRA, **Handbook on European Data Protection Law**, s. 86.

değerlendireceklerdir⁴⁹. Bunu yaparken teknolojik imkanları ve gelişmeleri, kişinin belirlenmesi için gereken zaman ve masrafları, verinin işleme amacını dikkate alacaklardır. Eğer bu inceleme neticesinde makul bir emekle kişinin belirlenebileceği sonucuna varılırsa verinin kişisel veri olduğu söylenebilir⁵⁰.

Esasında belirlenebilirlik şartının nasıl uygulanacağının kendisi de yoruma açık bir konudur. Bu konuda örneğin bir taraftan kişisel verinin mutlak bir karaktere sahip olduğu söylenebilir ki bu durumda herhangi bir kişinin o veri ile verinin sahibini belirleyebiliyor olması verinin kişisel veri olarak kabul etmesi için yeterli olacaktır. Diğer bir taraftan kişisel verinin göreceli bir karaktere sahip olduğu bu yüzden de veriyi elinde bulunduran kişiye göre verinin kişisel veri olup olmayacağının değişebileceğini savunulabilir. Buna göre eğer veriyi elinde bulunduran kişinin kendisi ilgili kişiyi tespit edebiliyorsa veri kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Eğer bu kişi ilgili kişiyi tespit edemiyorsa bu durumda kişisel verinin varlığından bahsedilemez⁵¹.

ABAD'na göre bir araya geldiğinde kişinin tespit edilebilmesine yarayan bilgilerin farklı kişilerin elinde bulunması durumunda dahi bu bilgiler kişisel veri olarak değerlendirilmelidir⁵². Davaya konu olayda ilgili kişinin dinamik IP adresi siber saldırıları engellemek için kaydedilmiştir. Dinamik IP adresi erişilen her internet adresi için değişir bundan dolayı statik IP adreslerinden farklı olarak siteye erişim sağlanan cihaza doğrudan ulaşmayı sağlamaz. Cihazın tespiti için yetkili otorite ve hizmet sağlayıcının ellerindeki verileri bir araya getirmeleri gerekir. Başka bir deyişle

⁴⁹ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 34. Yazara göre normalde kişiyi belirleyebilecek en başat veri olan isim dahi bağlamına göre kişisel veri olarak değerlendirilemeyebilir. Örneğin kişinin ismi çok kullanılan bir isim ise araştırma yapılan çevre daraltılmadan sadece isim ile kişi belirlenemez.

⁵⁰ GDPR, **Giriş**, ¶26; Sharma, **GDPR Handbook**, s. 48; FRA, **Handbook on European Data Protection Law**, s. 88, 91.

⁵¹ İlgili tartışma için bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 34; Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 26-27; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 46-47. Göreceliliğe ilişkin bir örnek için bkz. Douwe Korff, "EC Study On Implementation of Data Protection Directive (Study Contract ETD/2001/B5-3001/A/49) - comparative summary of national laws", Cambridge, 2002, <https://gegevensbeschermingsrecht.nl/onewebmedia/douwe.pdf> (erişim tarihi: 16.05.2023) s. 15. Çok ilgisiz gibi gözükken verilerin bir araya getirilmesi ile kişilerin tespit edilmesi mümkündür. Örneğin bir araştırmada ABD'deki insanların %87'sinin posta kodu, cinsiyet ve doğum tarihleri ile tespit edilmelerinin mümkün olduğu ortaya konmuştur, bkz. Omer Tene, "Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws", **Ohio State Law Journal**, Vol. 74, No. 6, 2013 (Privacy Law's Midlife Crisis) s. 1239. GDPR'ın mutlak belirlenebilirlik görüşüne daha yakın olduğu görüşü hakkında bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 49.

⁵² ABAD, İkinci Daire, **Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland**, C-582/14, 19 Ekim 2016 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184668&pageIndex=0&doclang=E N&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6276758> (erişim tarihi: 25.08.2022) ¶44-48; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 111.

dinamik IP tek başına ilgili kişinin tespitine imkan sağlamamaktadır. Bu yönüyle dinamik IP sanki kişisel veri değilmiş gibi gözükse de muhtemel bir siber saldırı durumunda bu iki tarafın bir arada çalışması kuvvetle muhtemel olduğuna için mahkemeye göre dinamik IP'ler dahi kişisel veri olarak kabul edileceklerdir.

GDPR da sadece gerçek kişilerin kişisel verilerini koruma altına almaktadır⁵³. Bu bağlamda KVKK'daki gibi GDPR da ölmüş insanların verilerini koruma altına almamaktadır, ancak üye devletler isterlerse korumayı ölü insanların verilerini kapsayacak biçimde geliştirebilirler⁵⁴.

Kişisel veriler bakımından ele alınabilecek son ayrım anonim veri ve müstear (pseudonym) veri arasındaki farktır. Anonim veri, verinin ilgili kişisinden geri dönülemez biçimde ayrılmasını ifade eder. Anonim veriden hareketle ilgili kişiye ulaşmak hiçbir şekilde mümkün değildir. Örneğin bir anket sonucunda yayınlanan istatistiklerden ankete katılan kişiyi tespit etmek mümkün olmadığı için bu veriler anonim olarak değerlendirilir. Anonim veriler GDPR kapsamında korunmamaktadırlar⁵⁵. Müstear veride ise verinin ilgili kişi ile arasındaki bağlantı tamamen koparılmamaktadır, bu yüzden de anonim veriden farklı olarak müstear veriler koruma kapsamında kalmaya devam eder⁵⁶. Onun yerine veri üçüncü kişilerce anlaşılamayacak bir şekilde sunulurak üçüncü kişilerin veri üzerinden ilgili kişiye ulaşması engellenmektedir. GDPR müsteaştırma faaliyetini madde 4(1)(5)'te kişisel verinin ek bir bilgi olmadan ilgili kişiye atfedilemeyecek işlenmesi olarak tanımlamıştır⁵⁷.

Avrupa Birliği (AB) hukukunda GDPR yanında diğer bazı kurucu metinlerde de kişisel veriler koruma altına alınmıştır. Örneğin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

⁵³ GDPR, Giriş, ¶14; Sharma, **GDPR Handbook**, s. 47; FRA, **Handbook on European Data Protection Law**, s. 85. Bununla beraber üye devletlerin kendi iç düzenlemelerinde tüzel kişilerin verilerini de koruma altına alması mümkündür, bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 30; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 111.

⁵⁴ GDPR, Giriş, ¶27; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(1)**, s. 112.

⁵⁵ GDPR, Giriş, ¶26; Dülger, **Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 88.

⁵⁶ Dülger, **Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 88-89; Akgün **Reflexions Sur La Cnil Et Kvkk**, s. 49.

⁵⁷ İlgili madde için bkz. "pseudonymisation" means the processing of personal data in such a manner that the personal data can no longer be attributed to a specific data subject without the use of additional information, provided that such additional information is kept separately and is subject to technical and organisational measures to ensure that the personal data are not attributed to an identified or identifiable natural person". Anonim veri ve müstear veri karşılaştırması için bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 35-36.

(*Charter Of Fundamental Rights of The European Union* [CFR])⁵⁸ m. 8(1) uyarınca herkesin kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir⁵⁹. Ayrıca Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Anlaşma m. 16(1) da aynı şekilde herkesin kişisel verilerin korunması hakkında sahip olduğunu düzenlemiştir⁶⁰. Dolayısı ile söz konusu korumadan yararlanmak için öncelikle kişisel verinin kendisinin ortaya konması gerekir. Buna karşın her olayda kişisel veri ile kişisel olmayan veri arasındaki farkın tespit edilmesinin kolay olmadığı doktrinde ifade edilmektedir⁶¹.

B. Kişisel Verilerin Korunması

1. Türk Hukukundaki Hukuki Düzenleme

a. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

i. Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Genel İlkeler

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin yapılan uluslararası ilk düzenlemelerin verilerin işlenmesine hakim olan ilkelerin belirlenmesi ile başladığını söylemek mümkündür. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (*Organisation for Economic Co-operation and Development* [OECD]) tarafından yayınlanan ilkeler bu anlamda kişisel verilerin işlenmesine kabul edilen ilk hukuk metinlerinden sayılabilir⁶². Ancak burada öngörülen ilkeler birer *soft-law* kaynağıdır, diğer bir deyişle bağlayıcı bir karakterleri yoktur⁶³. Benzer şekilde Birleşmiş Milletler (BM), OECD'den yaklaşık on yıl sonra Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri yayınlamıştır⁶⁴. BM 2030 hedeflerine ulaşmak için büyük verinin kullanıma dair

⁵⁸ European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 26 October 2012, 2012/C 326/02 (https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf) (erişim tarihi: 30.08.2022).

⁵⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı için bkz. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (erişim tarihi: 5.7.2022).

⁶⁰ Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Anlaşma için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:fr:PDF> (erişim tarihi: 5.7.2022). Kişisel verilere ilişkin AB temel metinlerindeki atıflar için bkz. Hielke Hijmans, "Article 1. Subject-matter and objectives", **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, , 2020 (GDPR Commentary Article 1) 4 vd..

⁶¹ Bu yönde bkz. Carolina Perlingieri, "Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology." **Italian Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 2019 (Data as the Object of a Contract) s. 615-616, 618 vd..

⁶² OECD, Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD/LEGAL/0188, 23.9.1980, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188> (erişim tarihi: 19.7.2022).

⁶³ Dülger, **Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 74; Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Anabilimdalı, 2010 (Kişisel Verilerin Korunması) s. 130.

⁶⁴ İlkeler için bkz. BM, Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, 45/95, 14.12.1990, <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf> (erişim tarihi: 19.7.2022). Açıklamalar için bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 135-137.

ilkeleri içeren bir rehber daha çıkartmıştır⁶⁵. BM daha sonra 2018 yılında yayınladığı Kişisel Verilerin Korunması ve Mahremiyet İlkeleri ile BM kurumları için uygulanacak kişisel veri ilkelerini ortaya koymuştur⁶⁶.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeler hukukumuzda ise KVKK m. 4 altında sayılmıştır. İlk ve en temel ilke kişisel verilerin sadece KVKK ve diğer kanunlarda öngörülen yöntemlerle işlenebilmesi başka bir deyişle kanunilik ilkesidir. Bu ilkeye göre kişisel veriler ancak kanunlarda ön görülen usul ve esaslar çerçevesinde veri işleme faaliyetine konu edilebilirler⁶⁷. Kanun lafzında geçen kanun ifadesinin dar anlaşılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁶⁸.

Kanunilik ilkesi yanında aynı maddenin ikinci fıkrasında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin diğer ilkelere de yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre kişisel veriler ancak hukuka ve dürüstlük kuralına uygun biçimde işlenebilirler⁶⁹. Örneğin bir hizmet sunucunun işlettiği uygulamanın kullanılması için kullanıcılar kullanım şartlarının tamamına onay vermeye zorlaması ve bu şartların altında “aktarım” maddesinin de bulunması KVK Kurulu tarafından hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ilkesine aykırı kabul edilmiştir. Zira kişisel verilerin yurtdışına aktarılması KVKK m. 9 uyarınca sadece ilgili kişinin açık rızası ile mümkün olmaktadır. Kurula göre karara konu işletmenin ise kullanım şartlarına böyle bir madde koyması, böylece de kişinin hem kişisel verilerinin işlenmesine hem de verilerin yurtdışına aktarılmasına tek metinde ve birbirinden ayrılamaz biçimde rıza göstermesinin istenmesi ilgili kişinin rızasını özgürce açıklaması unsuruna zarar vermektedir. Kurula göre bu durum açık rıza saf dışı bırakılmaya çalışıldığı ve ilgili kişinin çıkar ve makul beklentileri göz ardı edildiği için “hukuk ve dürüstlük kuralına uygun olma” ilkesine aykırıdır⁷⁰.

⁶⁵ BM, Data Privacy, Ethics and Protection Guidance Note On Big Data For Achievement of the 2030 Agenda, Kasım 2017, https://unsdg.un.org/sites/default/files/UNDG_BigData_final_web.pdf (erişim tarihi: 19.7.2022).

⁶⁶ BM, Personal Data Protection And Privacy Principles, 11 Ekim 2018, https://unsceb.org/sites/default/files/imported_files/UN-Principles-on-Personal-Data-Protection-Privacy-2018_0.pdf (erişim tarihi: 19.7.2022). Bu hukuk metinlerin açıklamaları için bkz. Dülger, **Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 75-76.

⁶⁷ KVKK Gerekeşi m. 4(1); Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 69.

⁶⁸ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 58.

⁶⁹ Doktrindeki bir görüş buradaki dürüstlük kuralının TMK m. 2(2)’deki dürüstlük kuralı ile eş değer olmadığını, bunun daha çok “adil kullanım” olarak okunması gerektiğini savunmuştur, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 70. Buna karşın diğer bir görüş buradaki dürüstlük kuralının her somut olay bazında ancak TMK m. 2(2) ile paralel olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde fikir belirtmiştir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 175.

⁷⁰ KVK Kurulu, 2021/891 K.,K.T.: 3.9.2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7045/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-YURUTULEN-RESEN-INCELEMEYE-ILISKIN-KAMUOYU->

Kişisel verinin işlenmesine ilişkin bir diğer ilke işlemenin doğru ve güncel olmasıdır. Verilerin güncelliğinin ne zaman aranacağına ise somut işleme faaliyetinin özellikleri ışığında karar verilir⁷¹. Örneğin ilgili kişinin KVKK m. 11(1)(d) maddesi uyarınca verilerin düzeltilmesini talep edebilmesi bu maddenin bir yansıması olarak kabul edilebilir⁷².

Bunun yanında işlemenin güttüğü amaç belirli, açık ve meşru olmak zorundadır. Amacın belirli ve açık olmasının yanında meşru olmasından anlaşılması gereken veri sorumlusunun verileri sunmakta olduğu hizmet ile paralel bir amaç için işliyor olmasıdır. Kanun gerekçesine göre örneğin bir giyim mağazasının müşterilerinin kimlik bilgilerini işlemesi meşru kabul edilebilecek iken kan grubu işlemesi meşru kabul edilmeyecektir⁷³. Bu ilke ile bağlantılı diğer ilkeye göre işleme faaliyetinin bu amaç ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması zorunludur. Örneğin aşağıda kısaca bahsedilecek olan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarının olağan verilere göre daha ağır düzenlenmesi ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır⁷⁴. İşleme faaliyetinin amaç ile sınırlı olması ise veri sorumlusunun veri işleme amacı çerçevesinden çıkmamasıdır. Veri sorumlusu kişisel verileri belirlemiş olduğu amaç dışında işlerse kanun uyarınca sorumlu tutulur. Örneğin KVK Kurulu vermiş olduğu bir kararda bir spor salonunun başka ve daha az veri işleme faaliyeti içeren yollarla aynı sonuca ulaşabilecekken üyelerinin parmak ve el izlerini giriş çıkışları kontrol etmek için işlemesi hukuka aykırı kabul edilmiştir. Kişilerin bu faaliyet için aşağıda incelenecek açık rızalarının alınması bu hukuka aykırılığı kaldırmayacaktır⁷⁵. Şayet süreç içinde verilerin yeni başka amaçlar için işlenmesi ihtiyacı hasıl olmuşsa bunlar için ayrıca

DUYURUSU (erişim tarihi: 7.7.2022). Hukuku ve dürüstlük kuralın aykırı olabilecek diğer bazı örnekler için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 175 vd.

⁷¹ İslam Safa Kaya/Yüksel Tolun, **Türkiye'de, Avrupa'da Ve California'da Kişisel Verilerin İşlenmesi**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2022 (Türkiye'de, Avrupa'da Ve California'da Kişisel Verilerin İşlenmesi) s. 65. Aksi bir görüş için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 202.

⁷² Taştan, **Sözleşme Hukukunda Kişisel Veriler**, s. 38; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 81.

⁷³ KVKK Gerekçe m. 4(3). Amacın meşru olması için işlenen verinin “*veri sorumlusunun yaptığı iş veya sunduğu hizmetle bağlantılı ve bunlar için gerekli olması*” gerekir”, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 187.

⁷⁴ Mesut Serdar Çekin, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) Ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. 74, S. 2, 2016 (**Büyük Veri ve İrade Serbestisi**), s. 635.

⁷⁵ KVK Kurulu, “Spor salonu hizmeti sunan veri sorumlularının, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Karar Özeti”, 2019/81 ve 2019/165 K., 25.03.2019 ve 31.05.2019 K.T., kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165 (erişim tarihi: 11.04.2023).

aşağıda incelenecek olan hukuka uygunluk nedenlerinden birinin dayanak olması gerekir⁷⁶.

Son olarak kanun uyarınca kişisel veriler ancak işleme amacın gerektirdiği veya mevzuatta görülen diğer bir süre kadar saklanabilirler. Kanun lafzında yer alan “işlendikleri amaç için gerekli olan” ifadesi AYM mahkemesi önünde iptal davası ile gelmiştir. Talebin gerekçesine göre ilgili ifade belirsiz olduğu için hem Anayasanın 2. maddesine hem de 90. maddesine Kişisel Veri Sözleşmesine aykırıdır. Ancak mahkeme kişisel verilerin çok farklı amaç ve yöntemlerle işlenebileceği için kanun koyucunun önceden sabit bir süre ön görmesinin mümkün olmadığını gerekçe göstererek iptal talebini reddetmiştir. Ayrıca mahkemeye göre ilgili kişilerin her daim verilerinin işlenmesine ilişkin bilgi edinme haklarının olması, kişisel verinin silinmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi gibi hakları düzenleyen KVKK’nın yeterli güvenceleri sağladığını söylemek mümkündür⁷⁷.

ii. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

Daha önce de vurgulandığı gibi kişisel veriler ancak kanuni bir dayanak ile işlenebilirler. Aksi takdirde yürütülen işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır. Dolayısı ile kişisel verilerin işlenmesinden kuralın verilerin işlenememesi ancak kanunun ön gördüğü hallerde işleme faaliyetinin hukuka uygun hale geleceğini söylemek mümkündür⁷⁸.

Kişisel verilerin korunması bakımından en temel çerçeveyi çizen KVKK içinde madde 5 ve 6 altında kişisel verilerin işlenmesi bazı şartlara tabi tutulmuştur. KVKK m. 5 genel olarak kişisel verilerin işlenme şartlarını ele alırken KVKK m. 6 özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin hangi koşullar altında mümkün olacağını düzenlemektedir⁷⁹.

⁷⁶ KVKK Gerekçesi m. 4(3)-(4). Doktrin GDPR m. 6(4)’te amaç değişikliğinin özel olarak öngörölmüş olmasından hareketle Türk hukuku bakımından da belli şartlar altında amaç değişikliğine rağmen işleme faaliyetinin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 79.

⁷⁷ AYM, 2016/125 E., 2017/143 K., K.T.: 28.9.2017 (<https://www.kanunum.com/>) ¶16. Kararın bir incelemesi için bkz. Dölger, **AYM Kararı Değerlendirmesi**, s. 1-2.

⁷⁸ Dölger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 138. Buna karşın artık uygulamada verilerin işlenmesinin adeta bir kural haline geldiğini, bu yüzden veri sorumluları için hukuka uygunluk hallerinin daha önemli hale geldiğini söylemek mümkündür, bkz. Çekin, **Büyük Veri ve İrade Serbestisi**, s. 636.

⁷⁹ Özel nitelikli kişisel veri kanunda “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli*

1. İlgilinin Açık Rızasının Alınması

KVKK m. 5(1) uyarınca kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren ilk hal ilgilinin açık rızasıdır. İlgilinin açık rızası olmadan yapılan veri işleme faaliyeti hukuka aykırı olacaktır. Bu bakımdan açık rızanın KVKK'nın merkez kavramlarından biri olduğunu söylemek mümkündür. Zira açık rıza sadece kişisel verinin işlenmesinde değil KVKK m. 8 ve 9 uyarınca verilerin gerek yurt içine gerek de yurt dışına aktarımının hukuka uygun olması için gereklidir⁸⁰.

Açık rıza kanunda “*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı*” olarak tanımlanmıştır⁸¹. Kanunun tanımından hareketle öncelikle rızanın konusunun belirli olması gerektiği sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle geniş ve genel geçer ifadelerle verilen bir rıza veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirmeyecektir⁸². Kaldı ki aksinin kabulü zaten bir kişinin kişilik haklarının sınırsız biçimde sınırlandırılmasına rıza göstermesi anlamına gelebilirdi. Böyle bir rıza TMK m. 23 uyarınca da geçersiz olacaktır⁸³.

Açık rıza ile ilgili olarak ikinci önemli husus rızayı veren kişinin aydınlatılmış olmasıdır. İşleme faaliyetinin kapsamı konusunda yeterince bilgilendirilmeyen, bu bakımdan aydınlatılmış bir karar verebilecek durumda olmayan ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz. Ayrıca bilgilendirmenin rızanın alınmasından önce yapılması zorunludur⁸⁴. Rıza alındıktan sonra yapılan bilgilendirme faaliyeti

kişisel veri” olarak tanımlanmıştır. Kanun gerekçesi madde 6’da bu verilerin özel nitelikli olmasının nedeni olarak üçüncü kişilerce öğrenildiği takdirde ilgili kişilerin mağdur olma ve ayrımcılığa uğrama ihtimallerinin yüksek olması gösterilmiştir. Hassas özelliklileri dikkate alınarak bu verilerin işlenmesi kanunen daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Çalışmanın konusu sadece KVKK düzenlemelerinin açıklanması olmadığı için özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartları derinlikli olarak incelenmeyecektir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 82 vd. Kanunun özel nitelikli veriler hakkında getirdiği düzenleme de

⁸⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 67.

⁸¹ Rıza beyanı açıklama faaliyetinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı görüşler açık rıza beyanının bir hukuki işlem olduğunu savunurken bazı görüşler maddi fiil olduğu yönünde fikir belirtmektedirler. Bu tartışmalar hakkında açıklamalar için bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 85-86. Yine doktrinde bir görüş açık rıza beyanının hukuki işlem benzeri olduğunu savunmaktadır, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 87.

⁸² Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 141-142; Çekin, **Büyük Veri ve İrade Serbestisi**, s. 637; Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 68; Murat Altındere, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması), s. 32; KVK Kurumu, **Açık Rıza**, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> (erişim tarihi: 11.04.2023) (Açık Rıza) s. 5.

⁸³ İlknur Deniz, **Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu Ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması) s. 104.

⁸⁴ KVK Kurumu, **Açık Rıza**, s. 6. Zira açık rızanın da veri işleme faaliyetinden önce alınması zorunludur. Sonradan alınan rıza geçmişe dönük olarak veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale

önceden alınan rızayı geçerli hale getirmeyecektir. Bu durumda bilgilendirme yapıldıktan sonra bir kez daha rızasının alınması gerekir⁸⁵. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁸⁶ m. 4'te sayılmış bulunmaktadır. Aydınlatma veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimliği, işlemenin amacı, veriler aktarılabilecek kimlere ve hangi amaçlarla aktarımın yapılacağı, veri toplama yöntemleri ve hukuki sebepleri gibi hususları içermelidir⁸⁷.

Son olarak ilgili kişinin rıza beyanını özgür iradesine dayanarak vermesi gerekir. Bu bakımdan ilk olarak rıza veren kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği söylenebilir. Hata, hile, korkutma gibi irade bozukluğu hallerinin de açık rızayı sakatlayabileceği kabul edilir⁸⁸. Daha çok irade beyanlarının sıhhatine benzeyen bu durumların haricinde hizmet veren kişilerin verdikleri hizmet karşılığında hizmet alanlardan verilen hizmet ile doğrudan ilişkisi olmayan verilerini istemeleri açık rızanın özgürce verilmesi şartına hanel getirebilmektedir⁸⁹. Bunun gibi örneğin verilerin işlenmesi için verilen rızanın, verinin yurtdışına aktarılması için verilen rızaya bitleştirilmesi ve hizmetin kullanımı için olmazsa olmaz bir şart hale getirilmesi durumunda da açık rızanın özgürce verilme şartının sağlanmadığı söylenmektedir⁹⁰. Ancak sadece örneğin müşterilerin bazı ek fırsatlardan yararlanmalarını sağlamak için verilerinin işlenmesi özgürce verilme şartına zarar vermeyecektir⁹¹.

getirmeyecektir, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 88. Ancak bu husus doktrinde tartışmalıdır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 272.

⁸⁵ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 68; Sinem Göçmen Uyarer, **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması) s. 116.

⁸⁶ Tebliğ metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.htm> (erişim tarihi: 11.04.2023).

⁸⁷ KVK Kurumu, **Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi**, Ankara, Nisan 2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5394/Aydinlatma-Yukumlulugunun-Yerine-Getirilmesi-Rehberi> (erişim tarihi: 11.04.2023) (Aydınlatma Yükümlülüğü Rehberi) s. 9-11. Bilgilendirmenin kapsamında hangi hususların olabileceği hakkında bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 143; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 88-89.

⁸⁸ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 69; Deniz, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 106; KVK Kurumu, **Açık Rıza**, s. 7; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 144.

⁸⁹ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 70.

⁹⁰ “Bu bağlamda, herhangi bir ürün ve/veya hizmetin sunumunun, açık rıza verme ön şartına bağlanmaması gerektiği ve eğer yapılan seçimin sonuçları, kişisel veri sahibinin seçim özgürlüğünü etki altında bırakıyorsa, bu durumda rızanın özgürce verildiğini söylemenin mümkün bulunmadığı” ilgili karar için bkz. dpn. 75. Aynı yönde bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 146.

⁹¹ KVK Kurulu, ““Bir market zincirinin sadakat kart uygulamasına ilişkin ihbar ve şikayetler hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/82 sayılı Karar Özeti”, 2019/82 K., 25.03.2019 K.T. Bu yönde bkz. Göçmen Uyarer, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 113.

Açık rıza; ıslak imzayla, elektronik ortamda yahut telefonda alınabilir. Ancak rızanın alınmış olduğunu veri sorumlusunun ispatlaması gerektiği unutulmamalıdır⁹². Bununla beraber rıza beyanının ilgili kişi tarafından verilmesi şarttır. Daha açık bir ifade ile ilgili kişi bir süre sessiz kaldığı için zımnen verilerinin işlenmesine rıza göstermiş kabul edilemez. Açık rızanın alındığını veri sorumlusu ispat edecektir⁹³.

Madde lafzında açıkça yazmasa dahi ilgili kişinin rızayı her zaman geri alabileceği kabul edilmektedir⁹⁴. Keza kurul da açık rıza vermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu bu yüzden de ilgili kişinin her zaman veri sorumlusuna vermiş olduğu rızayı geri çekebileceğini kabul etmiştir. Rızanın geri alınması beyanı veri sorumlusuna ulaştığından itibaren başka bir deyişle ileriye etkili olacak biçimde etki doğurur⁹⁵.

2. KVKK'daki Diğer Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kişisel verilerin işlenmesi için merkez kavram açık rıza olsa dahi kanun bazı hallerde açık rıza olmadan da kişisel verilerin işlenmesine izin vermiştir. Bununla beraber veri sorumlusu yine de ilgili kişiyi verisini hangi hukuki dayanak sebebiyle işlediği konusunda bilgilendirmelidir⁹⁶. Kanunun gerekçesi bu bent için 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununu madde 5⁹⁷ ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu

⁹² KVK Kurumu, “Açık Rıza Alırken Dikkat Edilecek Hususlar”, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar> (erişim tarihi: 11.04.2023); Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 77; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 153..

⁹³ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 71-72.

⁹⁴ Taştan, **Sözleşme Hukukunda Kişisel Veriler**, s. 130; Deniz, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 107; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 97. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rızanın her zaman bir engele takılmaksızın ve en az rıza vermek kadar kolay biçimde geri alınabiliyor olması gerekir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 140, 151.

⁹⁵ KVK Kurumu, “Açık Rıza Alırken Dikkat Edilecek Hususlar”, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar> (erişim tarihi: 11.04.2023). Buna karşın kişisel verilerin korunmasında rıza şartının yeterli bir koruma sağlamadığına yönelik eleştiriler vardır. Bunun ilk nedeni ilgili kişilerin rıza gösterirken çoğu zaman uzun ve karmaşık gizlilik politikaları nedeniyle bilgilendirmemiş olurlar, bkz. Daniel J. Solove, “Introduction: Privacy Self-Management And The Consent Dilemma”, **Harvard Law Review**, Vol. 126: 1880 (Consent Dilemma) s. 1883-1888. Rızanın veri koruması için elverişsiz olduğunun iddia edilmesinin bir nedeni de yapısal sorunlardır. İlgili kişilerin aynı anda veri işleyen birçok yapı ile karşı karşıya kalması, verilerinin başka verilerle birleştirildiğinde kendilerine ilişkin hangi bilgileri ortaya çıkartabileceği dair nadiren bir fikirlerinin olması, verilerin kullanılmasının kendilerine verebileceği zararı bilmemeleri Solove, **Consent Dilemma**, s. 1888-1893.

⁹⁶ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 74.

⁹⁷ İlgili madde şu şekildedir: “*Polis; a) Gönüllü, b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan, c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen, ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan, d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan*

uyarınca ceza mahkumiyetlerine ilişkin verilerin işlenmesini örnek olarak saymaktadır.

Kanunda öngörülen sebeplerden ilki kişisel verinin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmüş olmasıdır⁹⁸. İkinci neden verinin işlenmesinin ilgili kişinin veya bir üçüncü kişinin hayatı ve beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması ancak ilgili kişinin rıza açıklayacak durumda olmaması yahut ilgili kişinin açıklayacağı rızaya hukuki geçerlilik tanınmamasıdır. Kanunda belirtilen üçüncü hukuka uygunluk nedeni KVKK m. 5(2)(c) altındaki kişisel verinin işlenmesinin ilgili kişinin tarafı olduğu bir sözleşmenin ifası veya yine ilgili kişinin tarafı olacağı bir sözleşmenin kurulması için gerekli olmasıdır⁹⁹. Şayet söz konusu sözleşme ilişkisi geçersizse burada bu geçersiz olan ilişki bağlamında ilgili kişinin iradesi ile uyumlu bir işleme faaliyeti olup olmadığına bakılacaktır¹⁰⁰. Veriyi işleyen kişi ile sözleşmenin rafının aynı kişi olmasının zorunlu olup olmadığı da tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş böyle bir zorunluluğunun bulunmadığını ancak sözleşmenin ifası için işleme faaliyetinin üçüncü kişilerce yapılmasının da zorunlu olması gerektiğini savunmuştur¹⁰¹. Kanun gerekçesine göre örneğin ifada bulunabilmek için diğer tarafın hesap numarasının alınması böyledir. Bu neden çalışmanın ilerleyen kısımlarında da ayrıca tartışılacak ve olası etkileri bu sefer sözleşme hukuku kapsamında ele alınacaktır.

Kanunun saydığı dördüncü husus kişisel verinin işlenmesinin “*veri sorumlusunun hukuki bir yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olmasıdır*”. Kanun gerekçesi bu madde özelinde bir işverenin işçisine maaş ödeyebilmesi için

sair yabancı, e) Gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır” mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf (erişim tarihi: 08.07.2022).

⁹⁸ Kanunlarda açıkça öngörülen bazı veri işleme halleri örnekleri için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 289-290.

⁹⁹ Bu yüzden sadece pazarlama veya bilgilendirme için yapılan veri işleme faaliyetleri bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamında değildir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 295. Ancak sözleşmenin yazılı, sözlü veya zımnen kurulmuş olması önemli değildir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 294. Ayrıca veri işlemeyi zorunlu kılan hususların dar algılanması ve sadece sağlayıcının hukukî ifa yükümlülüğü altında bulunduğu borçlar olarak algılamak gerekir. Örneğin kişiselleştirilmiş reklam göstermek için kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti sözleşme için gerekli olma hukuka uygunluk nedenine dayandırılmaz, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 247. Keza sözleşmenin karşı edimi kişisel veri olduğunda da ilgili kişinin sözleşmesel borcunun “kişisel veriyi sağlamak” olduğu iddia edilerek bu hukuka uygunluk haline dayandırılmamalıdır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 248.

¹⁰⁰ Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 105.

¹⁰¹ Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 106-107. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi ilgili kişilerin verilerinin ise ancak veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirmesine dayanılarak işlenebileceği doktrinde ileri sürülmüştür, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 294.

banka hesap numarasını işlemesi, ilgili açık rıza vermemiş olsa dahi hukuka uygundur¹⁰².

Şayet verisini ilgili kişi zaten kendisi alenileştirmişse de bu durum da KVKK m 5(2)(d) uyarınca bu verinin işlenmesi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Burada kişinin alenileştirilmiş olmasının verisinin kişisel veri niteliğini kaybetmesine neden olmayacağının altını çizmek gerekir. 16.12.2020 tarihinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVK Kurumu) tarafından yapılan kamuoyu duyurusunda altının çizildiği gibi bir verinin herkesin erişimine açık biçimde bulundurulması da alenileştirme olarak kabul edilmez. Herkese açık bulundurulan bir verinin KVKK altında alenileştirme olarak kabul edilebilmesi için bunun ilgili kişinin alenileştirme iradesi ile de desteklenmesi gerekmektedir¹⁰³. Kuruma göre bu durumda kişinin hangi amaç ile verisini alenileştirmiş olduğunun tespit edilmesi gerekir. Başka bir deyişle alenileştirilmiş bir verinin kişinin rızası aranmadan hukuka uygun biçimde işlenebilmesi, verinin alenileştirme amacına uygun biçimde işlenmesine bağlıdır. Alenileştirme amacına aşan işleme faaliyeti hukuka uygun olarak kabul edilmeyecektir¹⁰⁴. Kişinin verisini alenileştirilmesi durumunda dahi ilgili veri kişisel veri özelliğini devam ettirdiği için kanunun uygulama alanı kapsamında kalır. Verinin alenileştirilmiş olması sadece kanunun ön gördüğü bazı yükümlülükleri kaldırmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin getirilen ilkeler alenileştirilmiş veriler için de uygulanmaya devam edecektir¹⁰⁵.

Kanun kapsamında getirilen diğer bir hukuka uygunluk nedeni kişisel verilerin işlenmesinin bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunluluk arz etmesidir. Kanun gerekçesine göre örneğin işverene karşı kendi işçisi tarafından açılan bir davada işverenin ispat vasıtası olarak bazı verileri kullanması bu madde kapsamında hukuka uygun kabul edilecektir. Keza kısıtlı bir kişinin haklarının korunması için yasal temsilcisinin kısıtlının mali bilgilerini tutması da bu kapsamdadır.

¹⁰² Bu örneğin aynı zamanda sözleşmenin kurulması ve ifası için zorunlu olma nedeni içine de girebileceği yönünde bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 298.

¹⁰³ Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 80. Keza ilgili kişi dışındaki bir kişinin kişisel veriyi alenileştirmesi durumunda da hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecek bir alenileştirmeden söz edilemez, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 301.

¹⁰⁴ İlgili duyuru için bkz. KVK Kurumu, ”’Alenileştirme’ Hakkında Kamuoyu Duyurusu”, 16.12.2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6843/-ALENILESTIRME-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU> (erişim tarihi: 8.7.2022).

¹⁰⁵ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 77.

Kanun son olarak kişisel verinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine halel getirmemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için işlenmesinin de hukuka uygun kabul edileceğini düzenlemiştir. Bu hükmün anlaşılması için meşru menfaatin nasıl anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Kanunun gerekçesinde bazı örneklerin verildiği görülmektedir. Gerekçeye göre örneğin bir işverenin çalışanlarının zamları, terfileri veya sosyal haklarını düzenlemek yahut rol ve görevleri dağıtarak işletmesini yeniden yapılandırmak için işçilerinin kişisel verilerini işlemesi, işçilerin temel hak ve özgürlüklerine halel getirilmediği sürece mümkündür. Zira burada çalışan işçilerin terfi almasında işverenin de meşru menfaati vardır. Bu hüküm aynı zamanda kendi içinde veri sorumlusu ve ilgili kişi arasında bir menfaat dengesinin kurulmasını zorunlu tutmaktadır¹⁰⁶.

Söz konusu madde uyarınca sadece veri sorumlusunun meşru menfaatleri dikkate alınabilir, veri aktarımının yapıldığı üçüncü kişiler bu maddenin kapsamında değildir¹⁰⁷. Kişisel Verilerin Korunması Kurumu (KVK Kurumu)’na göre veri işlenmesinde veri sorumlusunun menfaati hem meşru olmalı hem de ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile yarışabilecek kadar etkin, belirli ve mevcut bir menfaate ilişkin olmalıdır¹⁰⁸. Menfaat dengesinin nasıl kurulacağı ayrıca KVK Kurumu tarafından çıkartılan Kişisel Verilerin Korunması Kanuna İlişkin Uygulama Rehberinde de izah edilmiştir. Rehberde göre güçlü ve etkin olmayan bir meşru menfaat ilgili kişinin kişisel verisine ilişkin çıkarları daha ağır basacağı için bu maddeden yararlanmak mümkün olmayacaktır¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 306; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 249, 251; Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 81; Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 81. Bu husus KVK Kurulu tarafından “*Kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması*” ifadesi ile desteklenmektedir, bkz. KVK Kurul, “Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmek için işlediği kişisel verileri meşru menfaat çerçevesinde kullanma talebiyle Kuruma yapmış olduğu başvuru” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Karar Özeti”, 2019/78 K., 25.03.2019 K.T. kvkk.gov.tr/Icerik/5434/2019-78 (erişim tarihi: 11.04.2023).

¹⁰⁷ Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 80-81.

¹⁰⁸ KVK Kurumu, **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Ve Uygulaması**, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>, (KVKK ve Uygulaması), s. 53.

¹⁰⁹ KVK Kurumu, **Kişisel Verilerin Korunması Kanuna İlişkin Uygulama Rehberi**, Ankara, Aralık 2019, s. 78 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi> (KVKK Uygulama Rehberi) (erişim tarihi: 8.7.2022). Örneğin veri sorumlusunun salt ekonomik menfaati ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri karşısında zayıf kalabilir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 250; Bedir, **Age of Big Data**, s. 357.

Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli bir nokta diğer hukuka uygunluk nedenlerinden biri bulunurken ilgili kişiden tedbir amaçlı da olsa açık rıza beyanı da almanın mümkün olup olmamasıdır. İlk bakışta veri sorumlusunun veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu perçinlemek için bu yola başvurusu makul gibi gözükse de KVK Kurumuna göre böyle bir faaliyetin ilgili kişide veri işleme faaliyetinin münhasıran açık rızasına dayandığı intibası uyanmaktadır. Kurul bu durumun KVKK m. 4'te zikredilen hukuka ve dürüstlük kurallarına aykırı olmama ilkesine aykırı olacağına karar vermiştir¹¹⁰. Dolayısıyla aslında hiç açık rıza beyanı talep etmeseydi hukuka uygun bir işleme faaliyeti yapacak olan veri sorumlusu bu sefer işlemeye ilişkin ilkeleri ihlal ettiği için hukuka aykırı bir işleme faaliyeti içine girmiş olarak kabul edilmiştir.

Kanunun 5. madde altında saydığı (c), (ç), (e) ve (f) bentleri de açık rıza aranmadan işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesinin kişisel verilere sağlanan anayasal korumanın içeriğini boşaltabileceği, bu kavramların, özellikle de meşru menfaat kavramının, belirsiz olduğu gerekçesiyle bu bentlerin iptal edilmesi için AYM'ye başvurulmuştur¹¹¹. Ancak AYM burada öngörülen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığı çünkü onu kullanılamaz hale getirmedeği, kamu yararı ve özel menfaatler arasında adil bir dengenin kurulmuş olduğu, yeterli yasal güvencelerin sağlandığı gerekçeleri ile iptal talebini reddetmiştir¹¹². Ayrıca AYM “meşru menfaat” kavramının veri sorumlusu ve ilgili kişiler arasında bir denge kurulmasına hizmet etmesi hasebiyle belirsiz olmadığına karar vermiştir¹¹³.

iii. KVKK Altında İlgili Kişinin Hakları ve Sorumlulukları

İlgili kişinin hakları KVKK'nın 11. maddesi altında sayılmış bulunmaktadır. Maddede sayılan haklara bakıldığında zaman bunların çoğunluğunun veri işleme

¹¹⁰ KVK Kurumu, “Hizmetin Açık Rıza Şartına Bağlanması”, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanin-Hizmet-Sartina-Baglanmasi> (erişim tarihi: 24.04.2023). Bu yönde açıklamalar için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 151. Kaldı ki bu şekilde ilgili kişide rızasını geri alma hakkının bulunduğu güvencesi yaratılacaktır, bu da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 244; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 101. Bu görüşün eleştirileri hakkında açıklamaları için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 24. Başka bir aksi görüş GDPR'ın lafzından hareketle hukuka uygunluk nedenleri arasında bir hiyerarşi olmadığı için veri sorumlusunun istediği hukuka uygunluk nedenine dayanabileceğini, ancak diğer hukuka uygunluk nedenleri de bulunmasına rağmen açık rızaya dayanırsa, rıza geri alındığında artık diğer hukuka uygunluk nedenlerine de dayanamayacağını savunmaktadır, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 102-103.

¹¹¹ AYM, 2016/125 E., 2017/143 K., K.T.:28.09.2017 (<https://www.kanunum.com/>) ¶20.

¹¹² A.g.k ¶42-46.

¹¹³ A.g.k ¶47. Kararın bir değerlendirmesi için bkz. Dülger, **AYM Kararı Değerlendirmesi**, s. 2-4.

faaliyetinin farklı aşamaları ve süreçleri hakkında (verinin işlenip işlenmediği, verilerin işlenme amacına uygun işlenip işlenmediğini, verilerin aktarılması gibi) bilgi alma/talep etme niteliğinde olduğu görülür¹¹⁴. Bunun yanında ilgili kişinin verilerde bir eksik veya hata olduğu durumlarda bunların düzeltilmesini ve KVKK m. 7 sınırlarında kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı da bulunmaktadır. İlgili kişi münhasıran otomatik sistemlerle üzerinden yapılan analizlerden kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkına da sahiptir. Kanun gerekçesinde buna örnek olarak bir işçinin performansının otomatik bir sistemde analiz edilmesi verilmiştir. Ancak bu hakkın kullanabilmesi için öncelikle ilgili kişi aleyhine bir sonucun çıkması gerekmektedir¹¹⁵. Son olarak kanun koyucu ilgili kişiye kanuna aykırı olarak yapılan işleme faaliyetlerinden uğradığı zararları tazmin etme imkanı da tanımaktadır. Bu hüküm KVKK m. 14(3) ile beraber okunduğunda tazminatın genel hükümlere göre talep edileceği sonucuna varılır¹¹⁶. Ancak doktrinde maddede kusur şartından bahsedilmediği için buradaki tazminat sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hali olduğu savunulmuştur¹¹⁷.

Kanunun bu madde altında saymış olduğu haklardan yararlanılması bakımından ilgili kişinin vatandaş olup olmaması önemli değildir¹¹⁸. Bununla beraber ilgili kişi ancak kendi verisi bakımından söz konusu hakları kullanabilecektir¹¹⁹.

iv. KVKK Altında Veri İşleyen ve Veri Sorumlusunun Hakları ve Sorumlulukları

1. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi ve Anonimleştirilmesi

Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonimleştirilmesine ilişkin kanunun 7. maddesi, kanunda üçüncü bölüm olan “*Haklar ve Yükümlülükler*” başlığı altında düzenlenmiş değildir. Bununla beraber verilerin imhasına ilişkin bu hükmün son

¹¹⁴ Bilgilendirmenin yapılması için muhakkak ilgili kişiden bir talepte bulunması beklenmez, böyle bir talebin yokluğunda da veri sorumlusu bilgilendirme hakkının gereğini yerine getirmelidir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 351.

¹¹⁵ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 118; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 381.

¹¹⁶ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 119; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 382; Oğulcan Özkan, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Yetkin, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması), s. 177.

¹¹⁷ Çekin, **Büyük Veri ve İrade Serbestisi**, s. 638.

¹¹⁸ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 118.

¹¹⁹ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 118. Örneğin vefat eden kişinin yasal mirasçısı olan kişinin, ölen kişinin verileri hakkında bilgi talep etmesi ancak talebinin cevapsız kalması üzerine KVK Kurulu incelemede bulunmuştur. Netice olarak Kurul’a göre KVKK’nın gerçek kişiler hakkında uygulandığını ancak TMK uyarınca kişiliğin ölümle sona ereceği, KVKK uyarınca da ilgili kişinin ancak kendisi için bilgi talep edebileceği dikkate alındığında ölmüş kişiye ilişkin mirasçının yapmış olduğu talebin KVKK m. 11 kapsamında olmayacaktır. İlgili karar için bkz.dpn. 24.

tahlilde veri sorumlusunun sorumluluğunda olması nedeniyle kanunun sistematüğinden sapılmış ve ilgili hüküm veri sorumlusunun ve işleyeninin hakları ve yükümlölükler altında incelenmiştir.

Kişisel verinin KVKK altında kanuna uygun biçimde işlenmiş oluşu veri sorumlusunun söz konusu veriler hakkında sınırsız biçimde tasarruf hakkı olduğu anlamına gelmez. Kanunun lafzı uyarınca işlemeyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin ortadan kalkması¹²⁰ halinde kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından resen veya ilgili kişinin talebi üzerine silinmesi, yok edilmesi veya anonimleştirilmesi¹²¹ gerekir¹²².

Kanunun gerekçesi uyarınca silinmeden verinin tekrar herhangi bir şekilde kullanılamayacak ve geri dönüştürülemeyecek biçimde verilerin taşındığı araçlardan silinerek imha edilmesi anlaşılır. Yok edilme ise verilerin taşındığı bu araçların bu sefer bizzat kendilerinin imha edilmesi anlamına gelir. Son olarak anonim hale getirme ise verilerin başka veriler ile eşleştirilerek dahi olsa veri sahiplerinin belirlenemeyecek konuma getirilmesini ifade eder.

Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine ve anonimleştirilmesine ilişkin ayrıntıları KVKK m. 7 uyarınca çıkartılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Gerçekten de 28 Ekim 2017 tarihli ve 30224 sayılı Resmi Gazetede “*Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik*”¹²³ çıkmış ve kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonimleştirilmesi hakkında usul ve esaslar bu şekilde belirlenmiştir. Bu çalışma kapsamında yönetmeliğin ayrıntılarına inilmeyecektir. Son olarak imhası gerekmesine rağmen imha edilmeyen verilerin veri

¹²⁰ İşlenmeyi hukuka uygun hale getiren sebeplerin ortadan kalkmasına ilişkin örnekler için bkz. KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 57.

¹²¹ Anonimleştirme ile müstear haline getirme iki farklı kavramdır. Bir veri anonimleştirildiği zaman artık o veri üzerinden ilgili kişiye ulaşılması hiç kimse için mümkün değildir. Rumuzla faaliyetinde ise ilgili kişinin verisi sadece üçüncü kişilerden saklanmaktadır, veri sorumlusu için veri ile ilgili kişinin ilişkilendirilmesi halen daha mümkündür. Başka bir deyişle anonimleştirmede veri ile ilgili kişi arasındaki ilişki kesin olarak kesilmekteyken, rumuzlama faaliyetinde veri ile ilgili kişi arasındaki ilişkinin sadece bazı kişiler için kesilmiştir, bkz. Bölüm I.A.2, s. 11-12. İki kavram arasındaki farkın açıklaması için bkz. Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 92.

¹²² Doktrinde bir görüş verilerin işlenmesini gerekli kılan sebeplerin ortadan kalkması ile ilgili kişiler talepte bulunmasalar bile bu verilerin silineceğine ilişkin somut bir düzenleme getirilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 82.

¹²³ Yönetmeliğin metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171028-10.htm> (erişim tarihi: 8.7.2022).

sorumlusunun cezai sorumluluğunu Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 138 uyarınca doğurabileceğinin hatırlanması gerekir.

2. Kişisel Verilerin Aktarılması

Kişisel verilerin aktarılması hususu da aynı verilerin imha edilmesi gibi veri sorumlusunun/işleyeninin sorumlulukları bölümünde düzenlenmiş değildir. Ancak bir üst başlıktaki benzer sebeplerle kişisel verilerin aktarılması da veri sorumlusu/işleyeninin yükümlülükleri altında incelenecektir.

Verilerin aktarılması kanunda biri yurt içi aktarımlar (KVKK m. 8) diğeri de yurt dışı aktarımlara (KVKK m. 9) ilişkin olmak üzere iki farklı maddede düzenlenmiştir. KVKK m. 8 aynı KVKK m. 5'te olduğu gibi kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılması için ilk olarak ilgili kişinin açık rızasının alınmasını şart koşmuştur. Bununla beraber hükmün devam eden fıkralarında açık rızanın mevcut olmadığı durumlarda da verinin yurt içinde aktarılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Buna göre KVKK m. 5(2)'de sayılan haller (kişinin açık rızası olmadan yapılan işleme faaliyetinin hukuka uygun kabul edildiği haller) veya özel nitelikli kişisel veriler için rıza mevcut olmadan verilerin hukuka uygun olarak işlenebilmesini sağlayan KVKK m. 6(3) hükmünün şartları mevcut ise kişilerin verileri yurt içinde ilgilinin açık rızası olmadan aktartılabilir. Bu bakımdan KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi ve yurtiçinde aktarılmasının hukuka uygun olması aynı şartlara bağlanmıştır¹²⁴.

Kimin üçüncü kişi olarak değerlendirileceği sorusu günümüzdeki karmaşık şirket organizasyonları da düşünüldüğünde gündeme gelebilir. Örneğin KVK Kurulunun verdiği karar uyarınca bir şirketler topluluğu bünyesinde birden çok veri sorumlusu şirketin veri aktarması üçüncü kişiye aktarım olarak değerlendirilecektir¹²⁵. Bununla beraber veri sorumlusu olan bir tüzel kişiliğin içinde (mesela farklı birimleri arasında) gerçekleşen veri aktarımları bu madde kapsamında olmayacaktır¹²⁶. Ayrıca ilgili hüküm kamu kurumlarını kapsam dışında bırakmış değildir. Buna göre kamu

¹²⁴ KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 60.

¹²⁵ KVK Kurulu, "İş Başvurusu Sürecinde İşlenen Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Paylaşılması", 2 Ağustos 2019 <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5410/Is-Basvurusu-Surecinde-Islenen-Kisisel-Verilerin-Hukuka-Aykiri-Sekilde-Paylasilmasi> (erişim tarihi: 8.7.2022); KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 90.

¹²⁶ KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 89; KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 62.

kurumları arasında veya bir kamu kurumu ile bir özel kişi arasında yapılan veri aktarımları için de KVKK m. 8 uygulanacaktır¹²⁷.

Kişisel verilerin yurt dışındaki üçüncü kişilere aktarılması KVKK m. 9 altında düzenlenmektedir. Büyük oranda KVKK m. 8 ile paralel olan düzenleme kişinin açık rızası olmaksızın aktarımın hukuka uygun olması için KVKK m. 8(2)'deki koşullara ek olarak verilerin aktarılacağı yabancı ülkedeki korumanın yeterli olmasını aramıştır. Şayet bu ülkedeki koruma yeterli değilse yabancı ülkedeki veri sorumlularının gerekli koruma için yazılı taahhüt vermeleri ve bu hususta KVK Kurulunun izni olması şarttır¹²⁸. Taahhütname yerine “Bağlayıcı Şirket Kuralları”nın kabul edilmesi ile de kanundaki bu gereklilik yerine getirilebilir¹²⁹. Bağlayıcı Şirket Kuralları yeterli korumanı bulmadığı ülkelerde faaliyet gösteren ve veri aktarımı yapmak isteyen şirketlerin veri aktarımına ilişkin korumayı yazılı olarak garanti ettikleri veri koruma kurallarıdır¹³⁰. Kurulun yeterli korumanın olduğu tespitini yaparken kullanacağı ölçütler bu hükmün dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bununla beraber dediğimiz gibi kurul henüz hangi ülkelerin yeterli koruma sağladığını belirlemediği için ilgili kişinin açık rızasının bulunmadığı her durumda veri aktarımı yapılacak üçüncü kişiden taahhüt ve kuruldanda izin alınması önerilmektedir¹³¹. Keza KVK Kurumu tarafından hazırlanan bilgi notunda, Kurul yeterli korumanın bulunduğu ülkeleri belirlememiş olduğu için bütün ülkelerin yeterli korumanın olmadığı ülke olarak kabul edileceği ifade edilmiştir¹³². Buna karşın KVK Kurulu yeterli korumaya sahip ülkelerin belirlenmesinde kullanılacak ölçütleri yayınlamış bulunmaktadır¹³³.

¹²⁷ KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 90.

¹²⁸ Veri sorumlusundan alınacak taahhütname için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/9243078f-3a85-4f02-ae4b-e9b18048f43f.doc> (erişim tarihi: 8.7.2022); veri işleyenden alınacak taahhütname için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/faab5141-a64c-447f-b4ec-c52349bacb93.doc> (erişim adresi: 8.7.2022).

¹²⁹ Doktrinde taahhütnamelerin çok uluslu şirket toplulukları arasında gerçekleştirilen veri aktarımlarında pratik olmayacağı düşünüldüğü için “Bağlayıcı Şirket Kuralları”nın getirildiği savunulmaktadır, bkz. Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 95.

¹³⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 95.

¹³¹ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 95.

¹³² KVK Kurumu, **Madde Ve Gerekeşi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) Ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü**, Ankara: KVKK Yayınları, Mart 2019 (Bilgi Notu), s. 26.

¹³³ Söz konusu ölçütlere ulaşmak için bkz. KVK Kurulu, 2019/125 K., K.T.: 2.5.2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5469/-Yeterli-korumanin-bulundugu-ulkelerin-tayininde-kullanilmak-uzere-olusturulan-form-hakkindaki-02-05-2019-tarihli-ve-2019-125-sayili-Kurul-Karari> (erişim tarihi: 18.7.2022)

3. Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü

KVKK m. 10 uyarınca veri sorumlusu ilgili kişileri veri işleme faaliyeti hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu bilgilendirme kapsamında veri sorumlusu veri sorumlusu veya temsilcisinin kimliği, verilerin işlenme amacı, verilerin kimlere ve hangi amaçlarla aktarılabileceği, verinin toplanmasının arkasında yatan sebebi ve ilgili kişinin hakları hakkında ilgili kişiyi bilgilendirmekle yükümlüdür. Aydınlatma metninde açık ve sade bir dilin kullanılması; eksik, yanıltıcı ve evleviyetle yanlış bilgilerden kaçınılması esastır¹³⁴. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Aydınlatma Tebliği)¹³⁵ altında düzenlenmiştir¹³⁶.

Veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin açık rızasına yahut kanundaki diğer bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak işlenmesi veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü etkilemez. Veri sorumlusu veriyi nasıl işlemiş olursa olsun ilgili kişiye karşı olan aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır¹³⁷. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün doğması için ilgili kişinin talebi de aranmayacaktır. Veri işleme faaliyetinin ilgilinin açık rızası ile yapıldığı durumlarda aydınlatma metni ile açık rızaya ilişkin metnin birbirinden ayrı olması gerekmektedir. Başka bir deyişle tek metin altında hem rıza alınıp hem de aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilemez¹³⁸. Bu husus Aydınlatma Tebliği m. 5(1)(f)'de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun nedeni iki metnin işlevlerinin birbirinden farklı olmasıdır. Açık rızanın işlevi kişisel verilerin işlenmesine hukuki bir dayanak bulmaktır; oysa aydınlatma metni ile hedeflenen ilgili kişinin işleme faaliyeti bakımından bilgi edinmesini sağlamaktır. Dolayısıyla örneğin bir kişi işleme faaliyeti hakkında bilgi almış olmakla birlikte (aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi), işleme faaliyetine rıza göstermekten imtina edebilir (açık rızanın alınması)¹³⁹.

¹³⁴ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 100.

¹³⁵ RG, R.G.T: 10.3.2018, R.G.S.: 30356, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/03/20180310-5.htm> (erişim tarihi: 11.7.2022).

¹³⁶ Ayrıca KVK Kurumu tarafından çıkartılan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi ile aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılar izah edilmiş bulunmaktadır. İlgili rehber için bkz.dpn. 102. Tebliğ hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 395 vd.

¹³⁷ KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 66; KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 97; KVK Kurumu, **Aydınlatma Yükümlülüğü Rehberi**, s. 9.

¹³⁸ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 99; KVK Kurumu, **Aydınlatma Yükümlülüğü Rehberi**, s. 13.

¹³⁹ KVK Kurulu, “Veri sorumlusu tarafından aydınlatma yükümlülüğü ve açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği ile ilgili” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği an olarak kanun lafzında kişisel verinin alındığı zaman belirlenmişse de uygulamada eğer bu zamanda bütün bilgilerin aktarılması mümkün değilse katmanlı biçimde bilgilendirme yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁴⁰. KVK Kurulu mağazalarda yapılan alışverişlerde müşterilerin telefonlarına SMS ile kod gönderilmesini daha sonra da bu telefonlara ticari maksatlı mesajların gönderilmesine yönelik yaptığı incelemede katmanlı bilgilendirmeden de bahsetmiştir. Kurula göre veri sorumlusunun mağazadaki temsilcilerinin öncelikle gönderilecek SMS'in amacını ve SMS ile gelen kodun verilmesi ile müşteri için doğacak muhtemel sonuçları aktarması gerekir. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini temin etmek için iletilen SMS'lerin içeriğinde de gerekli kanalların bulundurulması gerektiğine karar verilmiştir¹⁴¹. İlgili tebliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca daha sonra çıkabilecek muhtemel bir uyuşmazlıkta aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini veri sorumlusu ispatlayacaktır¹⁴².

4. Veri Sorumlusu ve İşleyen Tedbir Alma ve Denetleme Sorumluluğu

Kanunun beklediği bir başka yükümlülük KVKK m. 12 altında veri sorumlusunun ilgili kişilerin verilerinin hukuka aykırı biçimde işlenmesini ve erişilmesini, aynı zamanda bu verilerin muhafazasını temin edecek biçimde teknik ve idari tedbirleri almasıdır. Bu tedbirlerin ayrıntısı KVK Kurulu tarafından çıkartılan Kişisel Veri Güvenliği Rehberi¹⁴³ altında açıklanmıştır. Rehber teknik ve idari tedbirlere bazı örnekler de vermiştir. Örneğin şifreleme, sızma testi, yedekleme, veri maskeleyme, güvenlik duvarları gibi tedbirler teknik tedbirler sınıfındadırlar¹⁴⁴. İdari tedbirler için ise kişisel veri işleme envanterinin hazırlanması, kurumsal politikalar, gizlilik taahhütnameleri, risk analizleri, periyodik denetimler, eğitimler gibi örnekler

26/07/2018 tarihli ve 2018/90 sayılı Karar Özeti", 2018/90 K., K.T.: 26.7.2018, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90> (erişim tarihi: 11.7.2022).

¹⁴⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 102.

¹⁴¹ KVK Kurulu, "Mağazalarda Alışveriş Sırasında İlgili Kişilere SMS ile Doğrulama Kodu Gönderilmesi Suretiyle Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Kamuoyu Duyurusu", 17.12.2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7104/MAGAZALARDA-ALISVERIS-SIRASINDA-ILGILI-KISILERE-SMS-ILE-DOGRULAMA-KODU-GONDERILMESI-SURETIYILE-KISISEL-VERILERIN-ISLENMESINE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU> (erişim tarihi: 12.7.2022).

¹⁴² KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 66; Kalyon, **Vergi Hukukunda Kişisel Veri**, s. 84.

¹⁴³ KVK Kurumu, **Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)**, Ankara: KVKK Yayınları, Ocak 2018, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf (Kişisel Veri Güvenliği Rehberi).

¹⁴⁴ KVK Kurumu, **Kişisel Veri Güvenliği Rehberi**, s. 28.

sayılmıştır¹⁴⁵. KVKK m. 12(2) uyarınca veri işleyen söz konusu tedbirlerin alınması hususunda veri sorumlusu ile birlikte müştereken sorumlu olacaktır¹⁴⁶.

Bütün veri işleme faaliyetlerinin kapsamı birbirinin farklı olacağı için veri sorumlularının almaları gereken tedbirlerin kapsamı da birbirinden farklı olacaktır. Bu hususta KVK Kurumu alınacak tedbirlerin kapsamı bakımından kullanacak ölçütlerin şirketin büyüklüğünden veya cirosundan bağımsız olacağını söylemektedir. Buna göre esas alınacak ölçüt şirketin büyüklüğünden ziyade şirketin iştigal ettiği iş ve verinin niteliği olacaktır. Zira bazen küçük ölçekli gibi gözükten firmalar ilgili kişiler için önem arz eden verileri işlemek durumunda kalabilmektedirler. Bu durumda bu firmalar büyüklükleri ne olursa olsun işledikleri verinin niteliğine uygun tedbirleri almakla mükellef tutulacaklardır¹⁴⁷.

Veri sorumlusunun gerekli tedbirleri almış olması yükümlülüğünün sona erdiği anlamına gelmemektedir. Veri sorumlusu KVKK m. 12(3) uyarınca ayrıca kanun hükümlerinin uygulandığını temin etme amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmakla mükelleftir¹⁴⁸.

5. Sır Saklama Yükümlülüğü

KVKK m. 12(4) hükmü hem veri sorumlularının hem de veri işleyenlerin veri işleme faaliyeti boyunca vakıf oldukları bilgileri hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere açmama ve ilgili veriler üzerinde işleme amacını aşan tasarruflarda bulunmama yükümlülüğü yüklemektedir. Gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmasında olduğu gibi bu yükümlülük de hem veri sorumlusunu hem de veri işleyeni bağlamaktadır. Ayrıca bu sorumluluk veri işleme faaliyetinin gerçekleştiği zaman diliminin de ötesine taşmaktadır. Veri sorumluları ve veri işleyenler işlemeye ilişkin yetki ve görevleri sona erse bile sır saklama yükümlülüğü altında kalmaya devam ederler¹⁴⁹.

¹⁴⁵ KVK Kurumu, **Kişisel Veri Güvenliği Rehberi**, s. 29.

¹⁴⁶ Örneğin veri sorumlusunun şirketine ilişkin olan kayıtları veri sorumlusu bünyesinde olmayan bir muhasebe şirketi tutuyorsa ilgili verilerin güvenliğini sağlamak için gereken tedbirler bakımından veri işleyen konumundaki muhasebe şirketi veri sorumlusu ile birlikte sorumlu olacaktır. Söz konusu örnek için bkz. KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 98.

¹⁴⁷ KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 67; KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 100.

¹⁴⁸ KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 98.

¹⁴⁹ KVK Kurumu, **KVKK ve Uygulaması**, s. 68; KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 99.

6. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Biçimde Ele Geçirilmesi Durumunda Bildirim Yükümlülüğü

Alınan bütün tedbirlere rağmen üçüncü kişilerin hukuka aykırı olarak ilgili kişilerin verilerine erişim sağlaması, verileri kopyalaması, silmesi; kısaca ilgili kişilerin verilerini ihlal etmesi durumu ile karşı karşıya kalınabilir. KVKK m. 12(5) bu durumda veri sorumlusuna en kısa süre içerisinde veri ihlalinin hem ilgiliye hem de KVK Kuruluna bildirme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlüğün amacı olası bir ihlal durumunda ihlalin istenmeyen sonuçlarının önlenmesi ve olabildiğince en aza indirilmesidir¹⁵⁰. En kısa süre ifadesinden KVK Kurulunun 24.1.2019 tarihinde aldığı 2019/10 sayılı karar ile 72 saatin anlaşılacağı kabul edilmektedir¹⁵¹. Ayrıca söz konusu karara göre veri sorumlusunun verileri ihlal edilen kişilere mümkünse doğrudan ulaşması gerektiği, eğer mümkün değilse kendi internet sitesinden duyuru yapacağı belirtilmiştir. Kurul yapılan bildirimden sonra uygun görürse ihlali kamuoyuna duyurabilir. KVK Kurulu yapılacak bildirimin açık ve sade bir dille yapılmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. Aynı kararda Kurul ihlal bildiriminin içinde ihlalin zamanı, kategorik ayırım da yaparak (özel nitelikli olup olmadığı) hangi kişisel verilerin etkilendiği, ihlalin muhtemel sonuçları, ihlalin menfi sonuçlarını gidermek için alınan ve alınması tavsiye edilen tedbirler, ilgili kişilerin iletişime geçebileceği iletişim adresleri bilgilerinin bulunmasının zorunlu olduğunu söylemiştir¹⁵².

2. Avrupa Birliği Hukuku Altındaki Hukuki Düzenleme

a. GDPR Altındaki Hukuki Düzenleme

Bu başlık altında özellikle GDPR'a ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır. Aslında KVKK, GDPR değil ondan bir önceki AB düzenlemesi olan DPD esas alınarak yapılmıştır¹⁵³. Bununla beraber GDPR'ın söz konusu yönergeyi yürürlükten kaldırmış

¹⁵⁰ KVK Kurumu, **KVKK Uygulama Rehberi**, s. 99; Kaya/Tolun, **Türkiye'de, Avrupa'da Ve California'da Kişisel Verilerin İşlenmesi**, s. 109.

¹⁵¹ KVK Kurulu, "Kişisel Veri İhlali Bildirim Usul Ve Esaslarına İlişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 24.01.2019 Tarih Ve 2019/10 Sayılı Kararına İlişkin Duyuru", 2019/19 K., K.T.: 24.1.2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5362/Veri-Ihlali-Bildirimi> (erişim tarihi: 11.7.2022).

¹⁵² KVK Kurulu, "Veri sorumlusu tarafından ilgili kişiye yapılan veri ihlali bildiriminde yer alması gereken asgari unsurlara ilişkin, Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18.09.2019 tarih ve 2019/271 sayılı Kararı", 2019/271 K., K.T.: 18.9.2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5547/2019-271> (erişim tarihi: 24.04.2023). Veri ihlal bildiriminde göz önünde tutulması gereken hususların bir listesi hakkında bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 420.

¹⁵³ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 16; Taştan, **Sözleşme Hukukunda Kişisel Veriler**, s. 19.

olması¹⁵⁴, KVKK kapsamında kullanılan bazı kavramları daha ayrıntılı olarak açıklaması ve hatta Türkiye’de faaliyet gösteren bazı Türk işletmeciler için uygulanabilecek olması nedeniyle¹⁵⁵ çalışmanın bu kısmında GDPR düzenlemeleri ele alınacaktır.

GDPR’ın temellerinde iki esas amaç yatmaktadır. GDPR bir yandan kişisel verilerin korunmasını hedeflerken diğer yandan kişisel verilerin birlik içinde serbestçe dolaşabilmesini sağlamayı amaçlamaktadır¹⁵⁶. Birbiri ile çelişir gibi gözükse de bu amaçların tüzük altında bir dengeye getirilmesi hedeflenmiştir, bu bakımdan bu iki amaç tüzüğün farklı maddelerinde varlığını hissettirmiştir. Örneğin aşağıda ayrıntısı ile incelenecek olan hukuka uygun işleme nedenlerinden madde 6(1)(a) ilgili kişinin rızasını aradığı için kişilik hakkının korunması amacına bir emsal teşkil edebilir. Keza yine ayrıntısı ile aşağıda incelenecek olan veri taşınabilirliği hakkı, verilerin silinmesi hakkı gibi haklar da kişilik haklarının öne çıktığı örneklerdir. Buna karşın madde 6(1)(f) veri sorumlusunun meşru ve baskın menfaati durumunda veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getireceğini söyleyerek ilgili kişinin korunmasını ikinci plana etmiş ve ikinci amaç olan kişisel verilerin serbest dolaşımına hizmet eden bir anlayış getirmiştir¹⁵⁷.

i. GDPR’da Veri İşlenmesine İlişkin İlkeler

GDPR altında da KVKK’da olduğu gibi kişisel verilerin korunmasına yönelik bazı temel ilkeler sayılmış bulunmaktadır. Bu ilkeler sayesinde tüzüğün ön gördüğü mevzuata teknik anlamda uysa bile ilkelere aykırı olan işleme faaliyetlerinin hukuka

¹⁵⁴ DPD yerine getirilen GDPR’ın bir yönerge olarak değil, tüzük olarak düzenlenmiş olması önemli bir farklılıktır. Zira AB hukukunda yönergeler üye ülkelere yönerge içindeki hükümlere paralel olarak kendi iç düzenlemelerini yapma imkanı tanırken tüzükler bütün üye devletlerde doğrudan uygulanır. Yönergeden GDPR’a geçiş süreci hakkında bkz. Tene, **Privacy Law's Midlife Crisis**, s. 1232-1234.

¹⁵⁵ GDPR m. 3(2)(a) uyarınca işletme sahibi bir kişi kendisi AB’de bulunmasa dahi eğer AB’de bulunan ilgili kişilere mal ve hizmet sunuyorsa, mal ve hizmetler para karşılığında sunulmasa bile GDPR bu kişiler hakkında da uygulanır, bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 17; Cemre Bedir, “Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and The GDPR Conflict”, *Advanced LL.M. In European & International Business Law Thesis*, Leiden University, 2017/2018 (Data As Counter-Performance) s. 8. GDPR’ın giriş kısmında bu maddenin uygulanması için ilgili kişilerin AB dışında faaliyet gösteren bu işletmelerin sitesine erişebiliyor olması tek başına yeterli görülmemiştir. İşletmelerin AB’deki ilgili kişileri adeta hedeflemesi gerekmektedir. GDPR’ın girişindeki 23. paragrafa göre bunun tespiti için sitede kullanılan dil, AB üyeleri tarafından genellikle kullanılan para birimlerinin kullanılması, AB’de yaşayan müşterilerden veya kullanıcılardan bahsedilmesi gibi hususlar kullanılabilir. Ayrıca GDPR m. 3(2)(b) uyarınca AB sınırları içindeki davranışların gözlenmesi durumunda da veri sorumlusu veya işleyen AB sınırlarında olmasa bile GDPR uygulama alanı bulur, bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 19.

¹⁵⁶ GDPR, **Giriş**, ¶3.

¹⁵⁷ Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 150-151.

aykırı olduğu söylenebilecektir¹⁵⁸. Tüzük kapsamında ilkeler 5. madde altında sıralanmış bulunmaktadır. Kısaca isimlerinden bahsetmek gerekirse bu ilkeler; “*hukuka uygunluk, hakkaniyet ve şeffaflık*”, “*sınırlı amaç*”, “*veri minimizasyonu*”, “*doğruluk*”, “*sınırlı süre saklama*”, “*bütünlük ve gizlilik*” ve son olarak “*hesap verilebilirlik*”tir. KVKK ile karşılaştırdığımız zaman hukuka uygunluk, dürüstlük, doğruluk, amaçla sınırlılık ve sınırlı sürede muhafaza etme gibi ilkelerin her iki düzenleme için de ortak olduğunu söylemek mümkündür. KVKK’da GDPR’den farklı olarak güncel olma ve ölçülü olarak işleme gibi ilkelerin zikredildiğini görmek mümkünse de bu ilkelerin GDPR’da açıkça sayılmamış olması GDPR kapsamında bu ilkelere dikkat edilmeyeceği anlamına gelmemelidir. Zira güncellik ilkesinin doğruluk ilkesi ile, ölçülülüğün ise hukuka uygunluk¹⁵⁹ ve sınırlı amaç ilkeleri¹⁶⁰ kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür. Keza örneğin GDPR m. 35(7)(b) hükmünde veri koruma etki değerlendirmesinde veri işleme faaliyeti ve amacı arasındaki ölçülülük değerlendirmesine yer verileceği söylenmiştir. Kaldı ki ABAD vermiş olduğu bazı kararlarda doğrudan ölçülülük incelemesi yapmış ve ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmayan işleme faaliyetlerinin hukuka uygun sayılamayacağına karar vermiştir¹⁶¹. GDPR’ın Giriş paragraflarında da ölçülülük ilkesine doğrudan atıf yapıldığını görmek mümkündür¹⁶².

Buna karşın GDPR’da olup KVKK’da sayılmamış bazı ilkelerin varlığı daha belirgindir. Bunun en büyük nedeni KVKK’nın GDPR’dan önce yürürlükte bulunan

¹⁵⁸ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 44; Waltraut Kotschy, “Article 6. Lawfulness of processing”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, , 2020 (GDPR Commentary Article 6) s. 325.

¹⁵⁹ Söz konusu içtihatlar için bkz. Cécile de Terwangne, “Article 5. Principles relating to processing of personal data”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, , 2020 (GDPR Commentary Article 5) s. 313.

¹⁶⁰ Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 315.

¹⁶¹ Söz konusu içtihatlar için bkz. Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 314. ABAD 2006/24/EC sayılı Yönerge hakkında verdiği bir kararda söz konusu Yönergeden bir ölçülülük şartı çıkartmak yerine bu faaliyetlerin veri işleme faaliyetinin Temel Haklar Şartı m. 7 ve 8’de getirilen haklara müdahale teşkil ettiği, bu yüzden Temel Haklar Şartı m. 52(1) ile uyumlu olması gerektiği gerekçesine dayanmaktadır. Örneğin bkz. ECJ, Grand Chamber, Joined Cases C-293/12 and C-594/12, 8 April 2014, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=150642&part=1&doclang=EN&text=&dir=&occ=first&cid=9022281 (Digital Rights Ireland), ¶37-38. Benzer bir gerekçeye mahkemenin 2002/58/EC sayılı Yönerge hakkında verdiği bir kararda da rastlamak mümkündür, bkz. ECJ, Grand Chamber, Joined Cases C-203/15 and C-698/15, 21 December 2016, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9027272> (Tele2), ¶100, 107.

¹⁶² GDPR, **Giriş**, ¶4.

DPD esas alınarak hazırlanmış olmasıdır. Bunlardan şeffaflık, veri minimizasyonu ve veri bütünlüğü ve gizliliği gibi ilkelerin ayrıca değerlendirilmesi gereklidir.

İlkelere geçecek olursak; şeffaflık ilkesi ilgili kişinin işleme faaliyeti bakımından yeterince bilgilendirilmiş olmasını gerektirmektedir. GDPR’ın giriş kısmında 39. paragrafa bakıldığında şeffaflık ilkesinden tüzüğün ne anladığı açıklanmıştır. Şeffaflık ilkesi ile uyumlu bir işleme faaliyetinin yürütülebilmesi için ilgili kişinin işleme faaliyetine ilişkin bilgilere kolayca ulaşabilmesi, bunların kolayca anlaşılabilir olması, bilgilendirmede kullanılan dilin açık ve sade olması gerekir. Bu kapsamda örneğin ilgili kişiyi veri sorumlusunun kimliğini, işleme amacını, işlenen verilerinin neler olduğunu öğrenebilmesi şeffaflık ilkesinin bir gereğidir. Yine ilgili paragraf uyarınca ilgili kişinin veri işleme faaliyetinin içerdiği riskleri, işleme faaliyetinin tabi olduğu kuralları, korumaları, haklarını ve bu hakları nasıl kullanacağını bilebiliyor olması gerekir¹⁶³. Ayrıca söz konusu amacın hukuka uygun bir amaç olması gerekir, hukuka aykırı bir amaç için yapılan işleme faaliyeti, bu amaç ile sınırlı kalsa bile hukuka uygun kabul edilemez¹⁶⁴. İlgili paragraf ile paralel olarak GPDR m. 12 şeffaflık ilkesinin gereğinin nasıl yerine getirileceğini açıklanmış bulunmaktadır. Örneğin ilgili kişiye kasko yapan sigortacının, sigortalısının sürücülük verilerini toplaması durumunda ilgili kişiye topladığı veriler, varsa otomatik karar verme mekanizması, kullanılan mantık, veri işleme sürecinin sonuçları ve önemi hakkında bilgi vermesi gerekir¹⁶⁵.

Daha önce de söylendiği gibi, KVKK altında şeffaflık ilkesi ayrıca zikredilmemiştir. Buna karşın doktrin KVKK’nın dürüstlük kuralına uygunluk ilkesini de dikkate alarak şeffaflık ilkesinin KVKK altında da cari olan bir ilke olduğunu savunmuştur¹⁶⁶. Keza KVKK altında ilgili kişinin bilgi alma hakkının ayrıca düzenlendiği de dikkate alındığında şeffaflık ilkesinin KVKK için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. GPDR kapsamında da madde 13 ve 14 altında ilgili kişiye sağlanması gereken bilgiler ayrıntısı ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁶³ GDPR, Giriş, ¶39; Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 315; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 179-180.

¹⁶⁴ Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 315.

¹⁶⁵ WP29, “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, 17/EN WP251rev.01, 3 Ekim 2017 (**Guidelines on Automated Decision-Making**), s. 10.

¹⁶⁶ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 45; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 79-80.

GDPR kapsamında ele alınabilecek ikinci ilke amaçla sınırlı işleme ilkesidir ki bu ilkenin KVKK'da da açıkça kendine yer bulduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan çalışmanın üst kısmında yapılan açıklamalar burada da büyük oranda geçerlidir. Ancak yine de belirli olması gereken bu amacın gerek veri işlemenin yapıldığı ilk zamanda gerek de veri işleme faaliyeti esnasında ilgili kişi kişilere bildirilmesi gerektiğinin altının çizilmesinde yarar vardır¹⁶⁷. Bununla beraber GDPR sınırlı amaç ilkesi bakımından KVKK'da bulunmayan başka bir düzenleme daha içermektedir. GDPR m. 6(4) uyarınca ön görülen amacı aşan veri işleme faaliyetleri bazı durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir. Bunun için veri sorumlusunun verinin toplanması için en başta güttüğü amaç ile süreç içinde gelişen yeni amacın uyumlu olduğunu ortaya koyması gerekir. Veri sorumlusunun bu hususu ortaya koyabilmesi için verinin toplanma amacı ve işleme amacı arasındaki bağlantıyı (GDPR m. 6(4)(a)), kişisel verinin hangi bağlamda toplandığı (GDPR m. 6(4)(b)), kişisel verinin türü (GDPR m. 6(4)(c)), ilgili kişinin verinin işlenmesinin muhtemel sonuçları (GDPR m. 6(4)(d) ve şifreleme, müstearlaştırma gibi alınmış olan uygun korumaların varlığı (GDPR m. 6(4)(e)) bu kapsamda değerlendirmeye alınacaktır. Bu düzenlemenin varlık nedenlerinden birinin veri işleme faaliyeti esnasında ortaya çıkabilecek ve verinin toplanması anında fark edilmemiş olan amaçlar için ilgili kişilerden ayrıca rıza talep edilmemesi olduğu söylenebilir¹⁶⁸.

Yine KVKK'da bulunmayan ancak GDPR'da karşımıza çıkan bir ilke de veri minimizasyonu ilkesidir. Aslında KVKK'daki ölçülülük ilkesinin veri minimizasyonu ile benzer amaçları hedeflediği söylenebilse de teknik bir kavram olarak bu ilkenin KVKK bulunmayışı bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Veri minimizasyonu ilkesine göre veri sorumlusu sadece ihtiyaç duyduğu kadar veriyi işlemekle faaliyetini sınırlandırmalıdır. Veri sorumlusu ihtiyaçlarının dışında kalan verileri daha işleme faaliyeti tasarlanırken işlemekten imtina etmelidir¹⁶⁹. Bu husus toplanan verinin sadece adedini değil aynı zamanda niteliğini de kapsar¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 46; Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 315.

¹⁶⁸ Bu gerekliliğin günümüz şartları ile uyumlu olmadığı hakkında bkz. Bedir, **Age of Big Data**, s. 358.

¹⁶⁹ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 47; Sahar Bhaimia, "The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection", **Legal Information Management**, Vol. 18, S. 1, 2018 (GDPR) s. 25.

¹⁷⁰ Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 316.

Tüzük altındaki diğer bir ilke de doğruluk ilkesidir. Bu ilkenin de KVKK'da bulunan doğru ve güncel olma ilkesi ile paralel olduğu söylenebilir. GDPR m. 16 uyarınca ilgili kişinin yanlış olan bilgilerinin veri sorumlusundan düzeltilmesini talep etme hakkı doğruluk ilkesinin tüzükteki somut bir yansımasıdır. Benzer bir düzenlemeye KVKK m. 11(1)(d) rastlamak mümkündür. GDPR'ın giriş paragraflarında da madde lafzına paralel olarak doğru olmayan kişisel verinin silinmesi veya düzeltilmesi için gerekli adımların atılması gerektiği vurgulanmış durumdadır¹⁷¹. Verilerin doğruluğunun sağlanması için GDPR m. 18(1)(a) uyarınca ilgili kişilere verilerin doğruluğunun şüpheli olduğu durumlarda işlemenin sınırlandırılmasını talep etme hakkı verilmiştir.

Sınırlı sürede saklama ilkesi tüzük kapsamında sayılmış bir diğer ilkedir. Buna göre veri sorumlusu işlediği verileri ancak veri işleme amacının gerektirdiği süre boyunca saklayabilecektir. Örneğin verdiği bir kararda CNIL İçişleri Bakanlığının verileri metinlerde öngörülen süreden daha uzun tutmuş olmasının kişisel verilerin korunması hukukuna aykırı olacağını söylemiştir. Bu bakımdan kurul bakanlığın muhafaza etme süresi dolan dosyaların silinmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷². Aynı ilke KVKK m. 4(2)(d) uyarınca ön görülmüştür. KVKK m. 7 uyarınca ilgili kişiler işleme amacının ortadan kalkması durumunda verilerin silinmesini talep edebilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer bir biçimde GDPR m. 17(1)(a) uyarınca ilgili kişinin artık gerekli olmayan verilerin silinmesini talep edebiliyor olması sınırlı sürede saklama ilkesini tamamlayıcı niteliktedir¹⁷³.

Tüzük altında zikredilen bir diğer ilke bütünlük ve gizlilik ilkesidir. Tüzük bu ilkenin gereğinin yerine getirilmesi için veri sorumlularının tabi oldukları yükümlülükleri düzenleme yoluna gitmiştir¹⁷⁴. GDPR'ın Dördüncü Bölümünde

¹⁷¹ GDPR, Giriş, ¶39.

¹⁷² CNIL, "Fichier automatisé des empreintes digitales : rappel à l'ordre du ministère de l'Intérieur", 30 Eylül 2021,

¹⁷³ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 50.

¹⁷⁴ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 50. Açıkça zikredilmemiş olmasına karşın bu ilkenin KVKK bakımından da dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 208-209.

düzenlediği veri sorumlularının ve işleyenlerin yükümlülükleri bu ilkenin bir yansıması niteliğindedir¹⁷⁵.

Bu bağlamda sayılabilecek son ilke sorumluluk ilkesidir ve GDPR m. 5(2) altında düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre veri sorumlusu tüzük altında sayılan bu ilkelere uyumundan sorumlu olmalı ve uyumluluğunu gösterebilecek durumda olmalıdır. Bu ilke de KVKK’da açıkça bir ilke olarak gösterilmemiş olsa da veri sorumlusunun idari, cezai ve hukuki sorumluluğunun kanunun farklı yerlerinde düzenlenmesi ve saklı tutulması sorumluluk ilkesinin yansımalarının KVKK’da da bulunduğunu göstermektedir¹⁷⁶.

ii. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluk Halleri

KVKK’da olduğu gibi GDPR altında da asıl olan veri işlemenin hukuka aykırı olmasıdır. Ancak tüzüğün ön gördüğü hukuka uygunluk halleri ve ilkeler ile uyumlu olması durumunda veri işleme faaliyeti hukuka uygun hale gelebilir¹⁷⁷. Bu hukuka uygunluk halleri arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır¹⁷⁸. KVKK ile GDPR karşılaştırıldığında sayılan hukuka uygunluk hallerinin büyük oranda paralel olduğu görülür.

1. İlgilinin Rızası

Veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren ilk hal ilgili kişinin rızasının alınmasıdır. Madde lafzında açıkça belirtilmemiş olsa dahi rızanın veri işleme faaliyeti başlamadan alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁹. Elbette bu noktada rızanın hangi nitelikleri taşıması gerektiği tartışması yapılabilir. Tüzüğe bakıldığında GDPR m. 4(1)(11)’de rızaya ilişkin bir tanım getirildiği görülür. Bu tanımdan rızanın dört kümülatif unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar özgür irade ile verilme, belirli olma, bilgilendirmeye dayanma ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde verilmiş olmasıdır¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 318.

¹⁷⁶ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 51. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 210-211.

¹⁷⁷ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 51. Bu bakımdan GDPR’ın tahdidi bir liste öngördüğünü söylemek mümkündür, bkz. Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 325, 329.

¹⁷⁸ Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 329.

¹⁷⁹ WP29, “Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679”, 17/EN WP259 rev.01, 28 Kasım 2017 (Guideline on Consent), s. 17.

¹⁸⁰ Lee A. Bygrave/Luca Tosoni, “Article 4(11). Consent”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 4(11)) s. 181.

Tanım üzerinden gidilirse ilk olarak rızanın işlemeye ilişkin bütün aktiviteleri ve bütün amaçları kapsaması gerekir. Dolayısı ile bir hizmet içinde birden fazla veri işleme faaliyeti yürütülüyorsa veya işleme faaliyeti farklı amaçlar için yapılacak ise bunlar için ayrı ayrı rıza alınması gerekir¹⁸¹. Bunun yanında tüzüğün giriş paragraflarında rızanın açık bir olumlu eylemle yapılması gerektiği vurgulanmıştır¹⁸².

Verilen rızanın geçerli olması için rıza beyanı verilmeden önce ilgili kişinin yeterince bilgilendirilmiş olmasıdır. Bu hususun GDPR m. 5(1)(a)'da düzenlenen şeffaflık ilkesinin bir yansıması olduğu söylenebilir¹⁸³. Yeterli bilgilendirme yapılmadan alınan rıza veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Tüzük bilgilendirme faaliyetinin yerine getirildiğinin kabul edilmesi için asgari olarak hangi hususların ilgili kişiye açıklanması gerektiğini belirtmiş değildir. Bilgilendirilmiş bir rıza açıklaması yaptığını temin etmek için ilgili kişinin en azından veri sorumlusunun kimliğini ve işleme faaliyetinin amaçlarını bilebiliyor olması gerekir¹⁸⁴. Örneğin Fransız Kişisel Veri Otoritesi (*Commission nationale de l'informatique et des libertés* [CNIL]) verdiği bir kararda çerezlerin kullanımına dair talep edilen iznin çerezlerin kullanımına dair bir bilgi içermemesi nedeniyle ilgili kişiyi yeterince aydınlatmadığına karar vermiştir¹⁸⁵. Buna paralel olarak Madde 19 Çalışma Grubu (WP29) bilgilendirme faaliyetinin içermesi gereken asgari unsurları saymıştır. Bunlar sorumlunun kimliği, her işlemenin amacı, toplanacak ve kullanılacak bilgilerin türü, rızanın geri çekilebileceği hakkının varlığı, otomatik karar verme sürecinin kullanılması hakkında bilgilendirme, uygunluk kararı ve uygun korumaların yokluğu durumunda veri aktarımının içerebileceği risklerdir¹⁸⁶. Benzer hususların

¹⁸¹ GDPR, Giriş, ¶32. İlgili kişiye bu faaliyetler için ayrı ayrı rıza gösterme imkanının tanınmaması rızanın ilgili kişinin özgür iradesine dayanmadığı dolayısı ile geçersiz olduğu sonucunu doğurabilir, bkz. WP29, **Guideline on Consent**, s. 10; Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 352.

¹⁸² DPD'nin rızanın tanımına ilişkin 2(h) maddesinin lafzı ile karşılaştırıldığında GDPR'ın rızanın açıkça terrüdüde yer bırakmayacak ve aktif bir eylemle ortaya konmasını araması iki yeni vurgudur, bkz. Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 177. Ancak yine de GDPR ile DPD'nin rıza bakımından paralel şartlar getirmiş olduğu kabul edilmektedir, bkz. Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 181.

¹⁸³ Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 184.

¹⁸⁴ GDPR, Giriş, ¶42; Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 351.

¹⁸⁵ CNIL, "Cookies : sanction de 60 millions d'euros à l'encontre de GOOGLE LLC et de 40 millions d'euros à l'encontre de GOOGLE IRELAND LIMITED", 10 Aralık 2020, <https://www.cnil.fr/fr/cookies-sanction-de-60-millions-deuros-lencontre-de-google-llc-et-de-40-millions-deuros-lencontre-de> (erişim tarihi: 8.7.2022). CNIL tarafından verilen ceza daha sonra Fransız Danıştay'ı tarafından da onanmıştır, bkz. CNIL, "Cookies : le Conseil d'État valide la sanction de 2020 prononcée par la CNIL contre Google LLC et Google Ireland Limited", 28 Ocak 2022, <https://www.cnil.fr/fr/cookies-le-conseil-detat-valide-la-sanction-de-2020-prononcee-par-la-cnil-contre-google> (erişim tarihi: 8.7.2022).

¹⁸⁶ WP29, **Guideline on Consent**, s. 13.

aşağıda incelenecek olan ilgili kişinin bilgi alma hakkı (GDPR m. 13 ve 14) ile paralel olduğunu söylemek mümkündür.

Bilgilendirme faaliyetinin nasıl yerine getirileceği hususunda bir kısıtlama öngörülüş değildir. Bu bakımdan bilgilendirmenin yazılı ve sözlü olarak veya sesli veya video mesajlar ile yapılması mümkündür¹⁸⁷. Rıza talebinin GDPR m. 7(2) uyarınca başka hususları da ilgilendiren ve yazılı olarak alınan rıza beyanları için talebin diğer meselelerden açıkça ayrılacak, kolayca anlaşılabilir ve ulaşılabilir biçimde açık ve sade bir dille yapılması gerekir. Öyle ki talebin içeriği hukukçu olmayan biri tarafından dahi kolayca anlaşılabilir olmalıdır. Veri sorumlusu bu hususta verisini işleyebileceği muhtemel kitlenin özelliklerini de dikkate almak durumundadır. Örneğin eğer henüz ergin olmamış bireylerin verisinin işlenmesi söz konusu olacaksa bilgilendirmenin de küçüklere uygun olarak yapılmış olması gerekir¹⁸⁸.

Veri işleme faaliyetine rıza gösterme ile paralel yürüten bir hak olarak rızanın geri çekilmesi hakkı da ilgili kişiye verilmiş durumdadır. GDPR m. 7(3) uyarınca ilgili kişinin verdiği rızayı geri çekebilmesi her zaman mümkündür. Rızanın geri çekilmiş olması o zaman kadar yapılan işleme faaliyetini hukuka aykırı hale getirmeyecektir¹⁸⁹. Doktrindeki bir görüş rızanın geri çekilmesi hakkının GDPR'daki amacın sınırlı olması ilkesi ile de paralel olduğunu savunmaktadır. Buna göre GDPR m. 6(1)(a)'da diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak amacın sınırlılığı hakkında özel bir düzenleme bulunmasa da GDPR m. 7(3) rızanın geri çekilebilmesi ile bir sınır çizmiş olur ve madde 6(1)(a)'yı bu şekilde tamamlar¹⁹⁰. Veri sorumlusunun ilgili kişiyi rızasını geri çekme hakkının bulunduğu yönünde de bilgilendirmesi gerekir¹⁹¹.

Rızanın özgür biçimde verilmesi için ise ilgili kişiye serbest bir seçim hakkı tanınması ve kişiye zarara uğramadan rızasını çekebilme imkanının sağlanması

¹⁸⁷ WP29, **Guideline on Consent**, s. 13; Eleni Kosta, "Article 7. Conditions for consent", **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 7) s. 350.

¹⁸⁸ WP29, **Guideline on Consent**, s. 14.

¹⁸⁹ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 53; WP29, **Guideline on Consent**, s. 22.

¹⁹⁰ Martin Schmidt-Kessel, "Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract", **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Consent Withdrawal and the Contract), s. 139.

¹⁹¹ Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 351.

gerekir¹⁹². Eğer ilgilinin kişinin rızasını geri çekmesi için rıza göstermesi için gerekenden daha fazla aşama ön görülmüşse bu durumda tüzüğe aykırı olacaktır. Örneğin CNIL kişisel verinin işlenmesine onay verme ve vermeme süreçlerinin aynı kolaylıkta olmaması durumunda (örneğin tek bir tıkla işleme onayı verilmesi gerekiyorsa, onayın verilmemesi için birkaç basamaklı bir işlem yapılması gerekiyorsa) rızanın özgür iradeye dayandığının söylenemeyeceğine karar vermiştir¹⁹³. Ayrıca rıza tarafların müzakere edemeyecekleri şartlar arasında konmuşsa veya herhangi bir şekilde ilgili kişi kendini rıza göstermeye mecbur hissediyorsa bu durumda özgürce verilmiş bir rızadan bahsedilemez. Bu değerlendirmede veri sorumlusu ve ilgili kişi arasındaki durum da dikkate alınacaktır¹⁹⁴. Örneğin işe alım sürecinde iki taraf arasında bir güç dengesizliği vardır. Zira iş başvurusunun reddedilmesinden çekinen bir kişinin işverenin taleplerini kolay kolay reddetmesi mümkün değildir. Bu yüzden işçi-işveren ilişkilerinde veri işleme faaliyetinin rızaya dayandırılması pek mümkün gözükmemektedir. Ancak istisnai hallerde işverenin rızaya dayanarak veri işleme faaliyetini yerine getirmesi mümkündür¹⁹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur, şayet işverenin işleme faaliyeti için GDPR m. 6(1)(f)'de düzenlenen meşru menfaat ölçütünü karşılayacak kadar bir menfaati yoksa bunun arkasını işçisinin rızasını alarak dolanamamalıdır¹⁹⁶.

Ayrıca sözleşmenin ifası için gerekli olmamasına rağmen rızanın bu sözleşmeye ilişkin kabul beyanına bağlanması, başka bir deyişle ilgili kişinin sözleşme konusu hizmetten yararlanabilmesi için verilerinin işlenmesine rıza göstermesinin gerekmesi halinde de özgürce verilen bir rızadan söz etmek zor olacaktır. Bu hususun “ayrıca dikkate alınacağı” açıkça GDPR m. 7(4)'te ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu noktada talep edilen rıza beyanının sözleşmenin ifası ile ilişkisi değerlendirilecektir. Buna göre rıza ile sözleşmenin ifasının amacı arasında doğrudan ve objektif bir bağlantı olmamasına rağmen rızanın talep edilmesi halinde rızanın özgürce verilmediği karine olarak kabul edilecektir¹⁹⁷. Piyasaya benzer bir hizmetin veri işleme faaliyetine rıza

¹⁹² GDPR, Giriş, ¶42; WP29, **Guideline on Consent**, s. 5; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 182.

¹⁹³ CNIL, “Cookies : la CNIL sanctionne GOOGLE à hauteur de 150 millions d’euros”, 6 Ocak 2022, <https://www.cnil.fr/fr/cookies-la-cnil-sanctionne-google-hauteur-de-150-millions-deuros> (erişim tarihi: 8.7.2022).

¹⁹⁴ WP29, **Guideline on Consent**, s. 5.

¹⁹⁵ WP29, **Guideline on Consent**, s. 7.

¹⁹⁶ Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 330.

¹⁹⁷ “Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if

gösterme zorunluluğu olmadan başka bir veri sorumlusu tarafından sunulması, vereceği hizmeti ilgili kişinin rızasına bağlayan veri sorumlusunun ilgili kişiye özgürce seçme hakkı tanıdığı anlamına gelmeyecektir¹⁹⁸. Buna karşın GDPR m. 7(4)'ün mutlak bir yasak koymadığını da vurgulamak gerekir. Gerek madde lafzındaki “ayrıca dikkate alınma” gerek de 43. paragraftaki “karine olarak kabul edilir” ifadesi sözleşmenin ifası için gerekli olmamasına rağmen alınan rıza beyanlarının da özgürce verilmiş olabileceğine işaret etmektedir¹⁹⁹. Keza WP29 her ne kadar bu durumun istisnai nitelik taşıyacağını söylese de rızanın ifa için gerekli olmasa bile talep edildiği bazı durumlarda da özgür olarak alındığından bahsedilebileceğini söylemiştir. Ancak her halde rızanın özgür biçimde verildiğini ispatlama yükü veri sorumlusu üzerindedir²⁰⁰. Elbette GDPR m. 7(4)'ün kapsamına giren bir durumda veri sorumlusunun özgür rızayı ortaya koyması çok daha zorlaşacaktır²⁰¹.

Bu hüküm aşağıda ele alınacak olan veri işlemenin sözleşmenin ifası için gerekli olması şartı ile karışma riskini taşır. Aynı KVKK'da olduğu gibi GDPR altında da veri işlemenin ilgili kişi ile veri sorumlusu arasındaki bir sözleşmenin ifası için gerekli olması açık rızadan ayrı bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Bu bakımdan eğer veri işleme faaliyeti sözleşmenin ifası için gerekli ise açık rızadan ziyade sözleşmenin ifası için gerekli olma şartına dayanmak daha anlamlı olacaktır²⁰². DPD döneminde de gündeme gelmiş bu husus hakkında WP29 bu iki maddenin birbiri içine

the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance.” bkz. GDPR, **Giriş**, ¶43. İlgili kişinin sözleşme yapmış olduğu veri sorumlusunun pazardaki gücü de bu noktada değerlendirilebilir. Örneğin Alman Federal Rekabet Kurumu (*Bundeskartellamt*) Facebook tarafından kullanım koşullarına konan bazı maddelerin GDPR m. 6(1)(a) şartlarını sağlayan bir rıza beyanı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, çünkü Facebook'un pazardaki hakim durumu dikkate alındığında kullanıcıların etkin bir rıza göstermek için değil, Facebook hizmetlerinden yararlanabilmek için bu koşullara onay verdiğini söylemiştir, bkz. *Bundeskartellamt*, **Facebook**, s. 10.

¹⁹⁸ WP29, **Guideline on Consent**, s. 9-10. Bu yönde açıklamalar için bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 93.

¹⁹⁹ Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 183; Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 352.

²⁰⁰ Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 349.

²⁰¹ WP29, **Guideline on Consent**, s. 9. Bunun çürütülmesi kolay olmayan bir karine olduğu hakkında bkz. Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 352. Bu konuda verilen bir diğer örnek hastalarla yapıla klinik çalışmalarda alınan rızadır. Esasında burada hasta ile klinik arasında bir güç farkı yer almamaktadır ancak rızayı veren hastanın bir hastalıktan mustarip olması onun durumunu daha kırılgan kılabilmesi için rızasının geçerliliği sorgulanabilir hale gelebilir, bkz. Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 182.

²⁰² WP29, **Guideline on Consent**, s. 8.

geçen değil daha çok doğru orta noktanın bulunmasında kullanılabilecek iki ayrı araç olduğunu söylemiştir²⁰³.

Bunun yanında rızanın belirli bir veri işleme faaliyetine ilişkin olması gerekir. Başka bir deyişle ilgili kişi genel geçer bir şekilde verilerinin bütün işleme faaliyetlerine açık olduğunu beyan ederse bu tüzük kapsamında rıza olarak değerlendirilmeyecektir²⁰⁴. Bu bakımdan işlemenin amacının özelleştirilmesi ve rıza için sağlanan bilgilerin diğer bazı bilgilerden ayrıştırılarak verilmesi gerekir. İlgili kişi veri işleme amacı ne ise onun için ayrıca rıza göstermelidir²⁰⁵.

Rıza yazılı, elektronik (örneğin bir kutucuğun işaretlenmesi ile) yahut sözlü olarak alınabilir²⁰⁶. Burada önemli olan husus ilgili kişinin rızasını aktif biçimde göstermesidir. Keza yukarıda bahsi geçen paragraf uyarınca ilgili kişinin sessiz kalması, önceden işaretlenmiş bir kutucuktan işaretin kaldırılmaması gibi pasif davranışlar rıza yerine geçmeyecektir²⁰⁷. İlgili kişinin verilerinin işlenmesine rıza gösterdiği tereddüde yer bırakmayacak biçimde ortaya konulabiliyor olmalıdır²⁰⁸. Daha önce de vurgulandığı için ilgili kişinin veri sorumlusunun sunduğu hizmetten yararlanmak için veri sorumlusu ile arasındaki sözleşme için kabul beyanında bulunması ile verilerinin işlenmesi için açıkladığı rıza birbirinden farklı olmalıdır²⁰⁹. Bununla beraber rıza metninin veri sorumlusu tarafından hazırlanması mümkündür. Ancak bu metnin anlaşılabilir, kolayca ulaşılabilir bir şekilde, açık ve sade bir dille hazırlanması, hakkaniyete aykırı hükümler içermemesi esastır²¹⁰. KVKK'da olduğu rızanın alındığını ispatlama külfeti veri sorumlusuna yüklenmiştir²¹¹. Bunun GDPR altında geçerli olan hesap verilebilirlik ilkesinin bir görünümü olduğu söylenebilir²¹².

Rıza bakımından GDPR'ın KVKK'da yer almayan bir düzenlemesi de taraflar arasında bir güç dengesizliği olduğu zaman ilgili kişinin verdiği rızasının geçersiz

²⁰³ WP29, "Article 29 Working Party Overview of results of public consultation on Opinion on legitimate interests of the data controller", 14 Kasım 2014 (Opinion 06/2014), s. 6.

²⁰⁴ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 53.

²⁰⁵ WP29, **Guideline on Consent**, s. 11-12.

²⁰⁶ GDPR, Giriş, §32.

²⁰⁷ GDPR, Giriş, §32; Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 185.

²⁰⁸ WP29, **Guideline on Consent**, s. 15.

²⁰⁹ WP29, **Guideline on Consent**, s. 16. Bu şekilde sözleşmeye bağlanan rıza beyanının özgür biçimde verildiğinin şüpheli olacağı hakkında bkz. Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 330. Bu hususun sözleşme hukuku bakımından icap ve kabul beyanları ile ilişkisi tartışmaları için bkz. bölüm II.D., s. 113 vd.

²¹⁰ GDPR, Giriş, §42.

²¹¹ GDPR, Giriş, §42; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 89-90.

²¹² WP29, **Guideline on Consent**, s. 9.

sayılmasıdır. Tüzüğün giriş kısmındaki ilgili paragraf uyarınca örneğin bir tarafın kamu kurumu olduğu ve somut olayın koşulları gereğince rızanın özgür irade ile verildiğine ilişkin bir şüphe olduğunda rızanın geçerli olmadığına karar verilecektir. İşçi-işveren ilişkisinde vurgulanan hususun bir benzer burada da mevcuttur. Şayet kamu kurumunun GDPR m. 6(1)(e)’yi karşılayacak bir zorunluluğu yoksa bunun arkasını ilgilinin rızası ile dolanması da korunmayacaktır²¹³. Ancak yine de kamu kurumlarının açık rızaya dayanabileceği bazı durumlar olabilir. Örneğin uzun sürebilecek bir yol çalışması hakkında e-mail almak isteyen vatandaşları için belediyenin açık rızaya dayanarak e-posta adreslerini toplaması böyledir. Çünkü e-posta adresini vermek tamamen ilgili kişiye kalmıştır ve e-postasını vermeyenler önemli bir kamu hizmetinden mahrum kalmamaktadırlar ve ilgili bilgilendirmeyi belediyenin internet sitesinden de bulabilmektedirler²¹⁴.

Rızanın birçok başka meseleyi de içeren bir dokümanın içinde alınmaya çalışılması istenen bir durum değildir. Bunun kabul edilebileceği hallerde dahi, veri işlenmesi için rıza talebini içeren kısmın belgenin geri kalanından kolayca ayırt edilebilir bir şekilde düzenlenmesi gerekir²¹⁵.

Çocuğun rızasını GDPR’da ayrı bir madde ile düzenlemiştir. Bu maddenin uygulanması için çocuğun sadece pazarlama veya profillemeye gibi faaliyetlere konu olması gerekmez, geniş anlamda verilerinin toplanıyor olması bu maddenin uygulanması için yeterlidir²¹⁶. Tüzük m. 8(1) uyarınca on altı yaşından küçük olan ve büyük olan ilgili kişiler için iki ayrı rejim benimsemiştir. On altı yaşından büyük çocukların bilgi toplumu hizmetlerinden doğrudan yararlanabilmesi mümkündür. Ancak on altı yaşından küçük çocukların verileri için veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olmasının tek olanağı ancak çocuğun yasal temsilcisinin rıza göstermesidir. Veri sorumlusu çocuğun verisini işlerken rızanın yasal temsilci tarafından verildiğini temin etmek için makul çabayı göstermek zorundadır.

Yukarıda da ele alındığı gibi KVKK’da bu kavram “açık rıza” olarak adlandırılmıştır. GDPR kapsamında ise açık rıza kavramının normal veri işleme

²¹³ Bkz. dpn. 196.

²¹⁴ GDPR, Giriş, ¶43; WP29, *Guideline on Consent*, s. 6.

²¹⁵ WP29, *Guideline on Consent*, s. 15.

²¹⁶ GDPR, Giriş, ¶38.

faaliyetleri için alınan rızadan daha farklı bir anlamı vardır²¹⁷. Tüzük altında açık rıza özel nitelikli verilerin işlenmesi, uygun korumaların yokluğunda yurtdışına aktarım, profillemeyi de içeren otomatik karar verme mekanizmalarının kullanılması bakımından aranmıştır. Aslında bakılırsa tüzük altında alınan olağan rıza için dahi beklenen özellikler oldukça niteliklidir. Ancak açık rıza için bir adım daha ileri gidilmesi gerekir. Örneğin ilgili kişinin bir form doldurması, rıza beyanını ifade eden bir mail atması, yazılı olarak rızasını açıklaması hatta ispatlaması zor olsa bile sözlü beyanda bulunulması gibi durumlarda açık rızada bulunulduğu sonucuna varılır²¹⁸. Dikkat edildiği üzere bu sefer ilgili kişinin aktif katılımının derecesi biraz daha yükseltilmiştir.

Alınan rızanın ne kadar süre boyunca geçerli kalacağı hususunda tüzükte açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın veri işleme faaliyetinin önemli ölçüde değiştiği yeniden rıza alınması gerekecektir²¹⁹.

2. Sözleşmenin Kurulması veya İfası İçin Gerekli Olması

Açık rıza kavramında olduğu gibi diğer hukuka uygun halleri bakımında da GDPR ile KVKK arasında benzerliklerin yoğun olduğu görülür. Örneğin sözleşmenin kurulması ve ifası (GDPR m. 6(1)(b) – KVKK m. 5(2)(c))²²⁰ iki düzenlemelerde de karşımıza çıkan hukuka uygunluk nedenlerindendir. Bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilişkili olduğu için veri işlemenin sözleşme için gerekli olması hali üzerinde ayrıca durulacaktır. Aynı KVKK’da olduğu gibi tüzük de veri sorumlusu ve ilgili kişi arasında bulunan bir sözleşmenin hem kurulması hem de ifası için kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olduğu durumlarda ilgili kişinin rızası bulunmasa bile veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olacağını kabul etmiştir²²¹. İlgili kişinin rızasını

²¹⁷ Bygrave/Tosoni, **GDPR Commentary Article 4(11)**, s. 185. “Açık rıza” kavramının GDPR terminolojisi ile karşılaştırıldığında muğlak bir terim olduğu yönünde eleştiriler hakkında bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 140-141. Ayrıca doktrinde bir görüş KVKK’nın her veri işleme faaliyeti için “açık rıza” aramış olmasının ölçüsüz olduğu eleştirisini getirmiştir, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 85.

²¹⁸ WP29, **Guideline on Consent**, s. 18. Açık rızanın bir kutucuğun işaretlenmesi ile alınması halen daha mümkündür. Ancak bu durumda işaretlenecek kutucuk “Verimin işleneceği benim için açıktır” gibi bir ifade yerine “Verilerimin işlenmesine rıza gösteriyorum” gibi açık bir ifadeye yer verilmelidir. Bunun dışında kişinin e-imzası ile rıza vermesinin talep edilmesi, iki aşamalı rıza gibi yöntemlerle açık rıza temin edilebilir, bkz. WP29, **Guideline on Consent**, s. 19.

²¹⁹ WP29, **Guideline on Consent**, s. 21.

²²⁰ Eğer söz konusu sözleşme daha sonra kurulamazsa ilgili verilerin silinmesi yahut ilgili kişiye iade edilmesi gerekir, bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 61.

²²¹ Bu husus ilgili kişinin veri işleme faaliyetine ilişkin rızasını ortadan kaldırması dolayısı ile rızadan doğan hakların da kullanılmasına engel olacağı eleştirilmiştir, bkz. Josef Drexl, **Data Access and Control In The Era Of Connected Devices**, Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC, <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018->

gerektirmemesi sebebiyle doktrinde bu hukuka uygunluk nedeninin kişisel verinin sözleşmenin karşı edimi gibi sunulduğu halleri dışlayacak biçimde dar algılanması gerektiği savunulmuştur²²². Buna göre ilgili kişinin de faydalandığı biçimde örneğin ürünün düzgün ve güvenli biçimde çalışmasını sağlamak için toplanan verilerin işlenmesi için ilgili kişinin rızası gerekmeyecektir. Bu noktada veri sorumlusundan söz konusu veri işleme faaliyeti olmadan sözleşmenin ifasının gerçekleşmesinin neden mümkün olmadığını ortaya koyabiliyor olması beklenir²²³. Sözleşme için gerekli olma şartının dar algılanması gerektiği savunulmaktadır²²⁴. Ancak eğer veri sorumlusu bu verileri sözleşmesel gerekliliğin dışına çıkararak kendi amaçları için kullanmak isterse bu durumda ilk başta verileri GDPR m. 6(1)(b)'ye göre toplamış olsa dahi bu hukuka uygunluk nedenine dayanamaz. Bu yüzden başka amaçlar için verileri kullanmak isteyen veri sorumlusunun başka bir hukuka uygunluk nedeni bulmadığı sürece ilgili kişinin rızasını alması yani GDPR m. 6(1)(a)'ya dayanması gerekir²²⁵.

Veri işleme faaliyetinin sözleşmenin gereklerine dayanması bakımından önemli bir tartışma sözleşmenin yerine getirilmesi bakımından 6(1)(b)'nin sadece veri sorumlusunun sözleşmesel borçlarına mı uygulanacağı yoksa ilgili kişinin sözleşmeden doğan borçları için de bu hükmün uygulanmasının mümkün olup olmayacağıdır. Maddenin lafzından veri sorumlusu ve ilgili kişi arasında yapılan kesin bir ayırım görülmemektedir. Bu bakımdan 6(1)(b)'nin her iki tarafın yükümlülüklerine de uygulanabileceği savunulabilir. Ancak, GDPR'ın giriş kısmına bakıldığında ilgili kişinin borçlarından değil, ilgili kişinin tarafı olduğu bir sözleşmenin ifasından bahsedildiği görülmektedir. Keza doktrinde madde lafzının ikinci kısmında sözleşme öncesi görüşmelerde genelde veri sorumlusunun yükümlülükleri olacağı düşünülerek 6(1)(b)'nin sadece veri sorumlusunun sözleşmesel sorumluluklarını kapsadığının iddia edilebileceği söylenmiştir. Doktrindeki genel kanı da 6(1)(b)'nin hükmün getiriliş amacı ve yapısı gereği dar yorumlanarak sadece veri sorumlusunun borçlarına uygulanmasının daha isabetli olacağı yönündedir. Aksinin kabulü halinde aslında ilgili

121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf (erişim tarihi: 5.8.2022) (**Connected Devices**), s. 128. Gerçekten de GDPR m. 6(1)(b)'ye dayanan bir işleme faaliyetinin önüne geçmek için ilgili kişi ancak söz konusu sözleşmeyi sona erdirmeye yoluna gidebilir, bkz. Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 331.

²²² Drexl, **Connected Devices**, s. 128-129; European Paliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 9.

²²³ Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 331.

²²⁴ WP29, **Guideline on Consent**, s. 8.

²²⁵ Drexl, **Connected Devices**, s. 129.

kişinin rızasının alınması gereken çoğu durumda 6(1)(b)'ye dayanılacağından, 6(1)(a) hükmünün amacının içi boşaltmış olur²²⁶. Bu minvalde ileri sürülen ikinci bir görüş, 6(1)(b)'nin sadece veri işleme faaliyetinin sözleşmenin yan bir unsuru olduğunda uygulanacağını söylemektedir. Başka bir deyişle bu görüş uyarınca eğer sözleşmenin ana konusu zaten veri işleme faaliyetinin kendisi ise 6(1)(b)'ye dayanmak mümkün olmayacaktır²²⁷.

Doktrinde dolaylı ağ etkileri de ayrıca ele alınmıştır. Ağ etkisi bir hizmetin bir hizmetin yeni kullanıcıların eklenmesinin o hizmetten zaten yararlanan kişiler için hizmetin değerini arttırması olarak tanımlanabilir²²⁸. Dolaylı ağ etkisi ise mal veya hizmetlerin kullanımının ortaya çıkarttığı yan ürünlerin esas mal veya hizmetin değerini arttırmasını ifade eder. Bu ürün veya hizmetleri ne kadar çok kişi kullanırsa bu yan ürünler o kadar artacağı için dolaylı ağ etkisi güçlenecektir²²⁹. Bu hususu daha sonra ayrıca izah edilecek olan “veri çekimi” sorunu ile beraber ele almak gerekir²³⁰. Mesela kullanıcısının davranışlarını işleyen bir algoritma ile bu kişinin zevkleri daha iyi tespit edilip ona beğenebileceği içeriklerin sunulması veri çekimine bir örnek olabilir. Uygulama ne kadar çok kullanılırsa (dolayısı ile ne kadar çok veri işlerse), kullanıcısı için o kadar isabetli içerikler bulur. Bu bakımdan ağ etkisi ile veri çekimi birbirini besleyebilir. Ağ etkisi nedeniyle bir hizmete dahil olan kişiler o hizmetin veri havuzunun genişlemesine neden olurlar. Bu o hizmetin algoritmasının daha da gelişmesine yardımcı olur, daha iyi hizmet daha da çok kullanıcı çeker ve ağ etkisi büyür.

Verilerin bu amaçlar ile kullanılması durumunda GDPR m. 6(1)(b)'ye dayanmak yine mümkün olacaktır. Buna karşın verilerin kullanıcıya reklam gösterilmesi için kullanılması halinde artık bu hükme dayanılamayacak ve rıza gibi başka bir hukuka

²²⁶ Paragrafta ileri sürülen gerekçeler için bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 132-133. GDPR m. 6(1)(b)'nin dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Bundeskartellamt, **Facebook**, s. 10.

²²⁷ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 134; Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 112.

²²⁸ “*Un effet de réseau est le phénomène par lequel l'utilisation d'un bien ou service par de nouveaux utilisateurs augmente la valeur de ce même bien ou service pour les utilisateurs déjà existants.*” Bkz. Jean-Marc Zogheib, Effet de réseau, Dictionnaire de droit de la concurrence, **Concurrences**, Art. N° 12231, <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/effet-de-reseau#:~:text=Un%20effet%20de%20r%C3%A9seau%20est,pour%20les%20utilisateurs%20d%C3%A9j%C3%A0%20existants.> (erişim tarihi: 14.04.2023) (Effet de réseau).

²²⁹ “*L'effet de réseau indirect est l'effet de réseau par lequel l'utilisation d'un bien ou service engendre la production de biens complémentaires, ce qui va alors augmenter la valeur initiale de ce bien ou service.*” Bkz. Zogheib, **Effet de réseau**.

²³⁰ Bkz. bölüm II.A.4, s. 93 vd.

uygunluk nedeninin bulunması gerekecektir. Kullanıcının bu şekilde o uygulamaları ücretsiz biçimde kullanıyor olması, başka bir deyişle bu veri işleme faaliyetinden bir şekilde istifade edebiliyor olması bu durumu değiştirmeyecektir²³¹.

3. Diğer Hukuka Uygunluk Halleri

Bunun dışında veri sorumlusunun hukuki sorumluluğunun veri işlenmeyi gerektirmesi (GDPR m. 6(1)(c) – KVKK m. 5(2)(ç))²³², veri sorumlusunun veya üçüncü kişinin hayati derecede önemli bir menfaatinin korunması (GDPR m. 6(1)(d) – KVKK m. 5(2)(d))²³³, veri sorumlusunun meşru menfaati (GDPR m. 6(1)(f) – KVKK m. 5(2)(f)) gibi hukuka uygun nedenlerinin birbirine paralel olduğu görülür²³⁴. Örneğin ilgili kişinin veri sorumlusunun sunduğu bir hizmetin müşterisi olması yahut onun hizmetinde çalışması halinde veri sorumlusunun meşru menfaati olduğu kabul edilebilecektir. Veri sorumlusunun GDPR m. 6(1)(f) hükmüne dayanabilmesi için temelde üç incelemenin yapılabileceğini söyleyebiliriz. İlk olarak veri işleme faaliyetinin gerekliliğine, ikinci olarak meşruluğuna, üçüncü olarak bunlar ile ilgili kişinin hakları arasındaki denge durumuna bakmak gerekecektir²³⁵. Veri işleme faaliyetinin gerekli olup olmadığı incelemesinde veri sorumlusunun daha az müdahale içeren bir işleme faaliyeti ile benzer bir sonuca ulaşmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir²³⁶. Meşruluk incelemesinde ise veri sorumlusunun amacının hukuka uygun, yeterince açık, gerçek ve mevcut bir amaca temas edip etmediği inceleme konusu olacaktır²³⁷.

²³¹ Drexl, **Connected Devices**, s. 129.

²³² Söz konusu hukuki sorumluluk bir kamu kurumuna ait olabileceği gibi özel kişinin hukuki sorumluluğunu yerine getirmek için veri işleme faaliyetini gerçekleştirmesi madde kapsamında kalacaktır, bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 64. Ancak bu hukuki sorumluluğunun sözleşmesel değil kanuni bir hükümden doğması gerekir. Benzer biçimde yetkili bir kamu otoritesinin örneğin kararına uyum sağlamak için veri işleme faaliyeti yapma da bu madde kapsamındadır, bkz. Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 332-333.

²³³ KVKK lafzında bu hukuka uygun nedeni için “*Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan*” kişinin kişisel verisi bakımından rızanın aranmadan

²³⁴ GDPR, Giriş, ¶47.

²³⁵ Václav Janeček/Gianclaudio Malgieri, “Data Extra Commercium”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (**Data Extra Commercium**), s. 113. Meşru menfaat incelemesi bakımından Türk hukukunda da benzer bir yöntem önerilmiştir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 251.

²³⁶ Bu husus GDPR tarafından “Kişisel veri sadece eğer işleme amacı başka makul bir yöntemle yerine getirilemiyorsa işlenmelidir” ifadesi ile vurgulanmıştır, bkz. GDPR, Giriş, ¶39. Kotschy, **GDPR Commentary Article 6**, s. 334.

²³⁷ Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 113. Veri sorumlusunun salt ekonomik menfaatine dayanarak GDPR m. 6(1)(f)’ye dayanması mümkün değildir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 252.

Buna karşın ilgili kişinin verisini alenileştirmesi²³⁸ ve bir hakkın tesisi, korunması ve kurulması gibi KVKK'da bulunan hukuka uygunluk nedenlerine GDPR'da kavramsal olarak yer verilmemiştir²³⁹.

iii. GDPR Altında Haklar ve Sorumluluklar

1. GDPR Altında İlgili Kişinin Hakları

Tüzüğün üçüncü bölümünde ilgili kişinin hakları sayılmış durumdadır. Aşağıda bu hakların içeriği ele alınacaktır.

a. İlgili Kişinin Bilgi Alma Hakkı

Tüzük altında tanınan ilk hak ilgili kişinin bilgi edinme hakkıdır. İlgili kişinin bilgi alma hakkı GDPR m. 13 ve GDPR m. 14 hükümlerinde iki ayrı maddede düzenlenmiştir. GDPR m. 13 verinin doğrudan ilgili kişiden alındığı durumlar, GDPR m. 14 ise verinin doğrudan ilgili kişiden alınmadığı durumlar için uygulanacaktır. Bunun yanında bilgi verme faaliyetinin yöntemi de tüzük tarafından belirlenmiş bulunmaktadır. GDPR m. 12 uyarınca veri sorumlusunun yukarıda zikredilen maddeler uyarınca bilgi verirken bütüncül, şeffaf, anlaşılabilir ve kolayca ulaşılabilir bir şekilde, açık ve sade bir dil kullanması gerekir. Veri sorumlusu bilgilendirmeyi yazılı olarak yapabileceği için elektronik olarak da yapabilir. Bunun yanında başka şekillerde ilgili kişinin tespit edilebilmesi ve ilgili kişi tarafından talep edilmesi durumunda bilginin sözlü olarak verilebilmesi mümkündür. Hatta veri sorumlusu işleme faaliyeti hakkında genel bilgilendirmeyi kolayca görülebilir, anlaşılabilir ve okunabilir bir şekilde yapmak için standartlaşmış görsellerin bir araya getirilmesi ile dahi verebilir.

GDPR'da bu maddelerde düzenlenmeyen ancak ilgili kişinin bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemeler ön gören maddelere rastlamak da mümkündür. Örneğin ilgili kişi GDPR m. 18 uyarınca veri işleme faaliyetinin sınırlandırılmasını sağladığında veri sorumlusu bu sınırlama kalkmadan önce ilgili kişiye haber vermek zorundadır. Bunun gibi GDPR m. 21(4) ilgili kişinin işlemeye itiraz hakkının olduğunu ilgili kişi ile ilk iletişimde onun dikkatine sunmakla mükelleftir. İlgili kişi, örneğin, GDPR m. 38(4)

²³⁸ Verinin alenileştirilmesi nedenine hassas verilerin işlenmesi bakımından sayılan hukuka uygunluk nedenleri arasında, GDPR m. 9(2)(e)'de yer verilmiştir.

²³⁹ KVKK'da olduğu gibi GDPR için de özel nitelikte verilerin işlenmesi bakımından daha ağır düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir. GDPR m. 9 özel nitelikli veriler hem sayılmış hem de kural olarak işlenmesinin yasak olduğu vurgulanmıştır. Bununla beraber GDPR m. 9(2) özel nitelikte verilerin işlenmesinin hukuka uygun olduğu haller sıralanmış bulunmaktadır. İlgili hukuka uygunluk hallerinin açıklaması için bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 70 vd.

uyarınca aşağıda açıklanacak olan veri koruma memuruna veri işleme faaliyeti hakkında ve tüzük altındaki haklarının kullanımı hakkında doğrudan başvurabilir.

b. İlgili Kişinin Veriye Erişim Hakkı

Tüzük kapsamında ilgili kişiye sağlanan haklardan bir diğeri veriye erişim hakkıdır. GDPR m. 15 altında düzenlenen bu hak hakkında ilgili kişinin alabileceği en başat bilgi kişisel verisinin işlenip işlenmediğini öğrenmektir. Bunun yanında ilgili maddede alt alta sıralanan bentler halinde talep edilecek bilgiler sıralanmıştır. İşleme faaliyetinin amacı, işlenen kişisel verilerin kategorileri, özellikle üçüncü ülkeler ve uluslararası kurumlar için verilerin açıklanacağı alıcılar ve alıcı grupları, verinin belirlenmesi mümkünse ne kadar süre boyunca saklanacağı değilse bu sürenin hangi ölçütlerle belirleneceği gibi bilgiler talep edebilir. Ayrıca ilgili kişi, verinin düzeltilmesini, silinmesini, işlenmesinin sınırlandırılmasını talep etme hakları, denetleyici kurumlara başvuru hakkı, eğer veri ilgili kişiden alınmamışsa verinin kaynağı, otomatik veri işleme süreçleri hakkında bilgi alabilir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca verilerin yurtdışına aktarılması durumunda ilgili kişinin uygun korumalar hakkında bilgi alma hakkı da mevcuttur²⁴⁰.

c. İlgili Kişinin Verinin Düzeltmesini Talep Etme Hakkı

GDPR m. 16 uyarınca ilgili kişinin hatalı olduğunu düşündüğü verisinin düzeltilmesini, veri işlemenin amacı dikkate alınarak eksik olan verisinin tamamlanmasını talep etme hakkı vardır. Bu hakkın GDPR altındaki doğruluk ilkesi ile paralel olduğu söylenebilir²⁴¹.

d. İlgili Kişinin Verinin Silinmesini Talep Etme (ve Unutulma) Hakkı

GDPR m. 17 altında bazı hallerde ilgili kişinin veri sorumlusundan verilerinin silinmesini talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu hallerin varlığı ve ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu gecikmeksizin verileri silmek zorundadır. Verilerin silinmesi ve unutulma hakkı diğer bir taraftan Temel Haklar Şartı ve AİHS tarafından da koruma altına alınan ifade özgürlüğü ile çatışma ihtimali olan bir hak olduğu için doktrinde ayrıca tartışılmıştır²⁴². Madde altında bent bent sayılan hallere

²⁴⁰ Bu şekilde hukuka uygun bir veri işleme faaliyetinin yapıldığı ilgili kişi tarafından da denetlenebilir olur, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 353.

²⁴¹ GDPR, Giriş, §39; Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 88.

²⁴² Bu yönde bir inceleme için bkz. Herke Kranenborg, “Article 17. Right to erasure (‘right to be forgotten’),” **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 17), s. 480.

baktığımız zaman ilk olarak kişisel verinin verilerin toplanmasının veya başka şekilde işlemenin amacı için gerekli olmadığı hallerde ilgili kişinin verilerinin silinmesini talep etme hakkı olduğunu görürüz. İkinci olarak eğer ilgili kişi veri işleme faaliyeti için vermiş olduğu rızasını geri çekerse başka bir hukuka uygunluk halinin varlığı söz konusu olmadığı sürece verilerinin silinmesini talep edebilir. İlgili kişi ayrıca GDPR m. 21(1) uyarınca kendi özel durumu gereği veri işlemesine karşı çıkarsa ve veri sorumlusunun bu itiraza rağmen işleme faaliyetini meşru yapacak baskın bir menfaati olmadığını ortaya koyarsa verilerinin silinmesini de talep edebilir. Bununla paralel olarak GDPR m. 21(2) uyarınca eğer ilgili kişi verisinin pazarlama amaçları için işlenmesine karşı çıkarsa, verilerinin silinmesini de talep edebilir. Ayrıca madde kapsamında verilerin hukuka aykırı biçimde işlendiğinin tespit edilmesi yahut AB veya üye devletlerin hukuku gereği verilerin silinmesinin hukuken zorunlu olması durumunda da ilgili kişi verilerini silinmesini talep edebilecektir. Son olarak bilgi toplumu hizmetleri gereği çocuğa verilmiş olan bilgi karşılığında kişisel veri toplanmışsa, talep halinde bu verilerin de silinmesi gerekecektir²⁴³. GDPR m. 17(2) uyarınca veri sorumlusu kişisel veriyi kamusal hale getirmişse ve veriyi silmesi gerekirse veri sorumlusu teknolojik imkanları ve masrafları da değerlendirerek gerekli adımları atmalı ve bu verileri işleyen diğer sorumluları ilgili kişinin verinin silinmesini talep ettiği hakkında bilgilendirmelidir²⁴⁴.

Tüzük bazı hallerde verilerin silinmesi talebine rağmen yukarıdaki iki fıkranın uygulanmayacağını söylemiştir. Eğer ifade ve bilgi alma özgürlüğünün bir gereği olarak, veri sorumlusu AB veya üye ülkeler hukuku tarafından kendisine yüklenen bir sorumluluk ve yetki gereği veriyi işliyorsa, kamu sağlığı hususunda bir kamu menfaati varsa, kamu yararına bir amacın gerçekleşmesi, kamu yararına tutulan bir arşiv, bilimsel veya tarihi bir araştırma veya istatistiksel bir amaç için işlenmesi, bir hukuki hakkın kurulması, kullanılması veya savunması için işleme faaliyetinin gerekli olması halinde ilgili kişinin talebine rağmen kişisel veriler silinmeyecektir. Buna karşın ilgili

²⁴³ Giriş paragraflarında ilgili kişinin çocukken henüz işlemenin risklerini değerlendirmeden işleme faaliyetine rıza göstermesi ancak daha sonra verilerinin silinmesini istemesine ayrıca vurgu yapılmıştır, bkz. GDPR, **Giriş**, ¶65.

²⁴⁴ Aslında veri sorumlusunun bağımsız bir yükümlülüğü olmasına rağmen burada açıklanmasında yarar olan bir diğer husus da veri sorumlusunun bildirim yükümlülüğüdür. Veri sorumlusu GDPR m. 19 uyarınca verilerin düzeltilmesi, silinmesi veya işlemenin sınırlandırılması gibi hususlar gündeme geldiğinde bunları imkansız olmadığı yahut ölçüsüz bir emek gerektirmediği sürece kişisel verinin açıklandığı kişilere bildirmek zorundadır. Veri sorumlusu ilgili kişi talep ederse kişisel verilerin alıcılarını da açıklamak mecburiyeti altındadır.

kişinin verilerinin silinmesini talep etmesi için somut bir zarara uğraması da şart değildir. DPD zamanında verilen *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* kararında mahkeme ilgili kişinin bir zarara uğramamış olsa bile verilerinin silinmesini talep edebileceğini, ilgili kişinin bu hakkının kural olarak gerek veri sorumlusunun (olayda arama motorunun işletmecisi) ekonomik menfaatlerine gerek de kamuoyunun ilgili kişinin ismini aratarak söz konusu bilgiye ulaşması menfaatine baskın olduğuna karar verilmiştir²⁴⁵.

e. İlgili Kişinin İşlemenin Sınırlandırmasını Talep Etme Hakkı

İlgili kişiye GDPR m. 18 uyarınca veri sorumlusundan veri işlemesini sınırlandırmasını talep etme hakkı tanınmıştır²⁴⁶. Talep hakkının doğması için madde kapsamında sayılan hallerin en azından birinin mevcut olması gerekir.

f. İlgili Kişinin Veri Taşınabilirliği Hakkı

KVKK'da mevcut olmayan bu hak (GDPR m. 20) ilgili kişinin veri sorumlusuna sağladığı verilerini²⁴⁷ veri sorumlusu tarafından yapısal biçimde ve makine tarafından okunabilir formatta²⁴⁸ ve başka bir veri sorumlusuna aktarılabilir biçimde alma hakkıdır. Bu şekilde tüzük ilgili kişinin verilerini sağladığı veri sorumlusuna bağımlı hale gelmemesini isterse daha iyi hizmet alabileceği başka bir veri sorumlusuna

²⁴⁵ CJEU, Grand Chambre, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, Judgment, C-131/12, 13 May 2014 (**Google Spain and Google**), ¶90. Bu husus daha sonra Madde 29 Çalışma Grubu tarafından yayınlanan ilgili karara ilişkin rehberde de vurgulanmış bulunmaktadır, bkz. WP29, “Guidelines on The Implementation of The Court of Justice of The European Union Judgment on “Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12”, 14/EN WP 225, 26 Kasım 2014 (**Implementation of AEPD**), s. 2, 5. Burada söz konusu olabilecek ikinci kıyas düşünce özgürlüğü ve ilgili kişinin verileri üzerindeki hakkı arasında yapılabilir. Eğer düşünce özgürlüğüne ilişkin menfaatler daha baskın olurlarsa sonuç listesinden kaldırma tedbiri alınmayacaktır, bkz. WP29, **Implementation of AEPD**, s. 6. Esasında bu karar verilerin silinmesini değil arama motoruna ilgili kişinin ismi yazıldığında dava konusu belgenin sonuçlar listesinde bulunmaması hakkındadır. Yoksa söz konusu belge bu karardan sonra dahi erişime açık kalmıştır, bkz. Kranenborg, **GDPR Commentary Article 17**, s. 479.

²⁴⁶ Sınırlandırma yöntemleri GDPR’ın giriş kısmında sayılmıştır. Bunlar söz konusu verilerin geçici olarak başka bir işleme sisemine alınması, verilerin kullanıcıların erişiminden çıkartılması, verilerin belirli bir siteden geçici olarak silinmesi olabilir, bkz. GDPR, **Giriş**, ¶67.

²⁴⁷ Bu veriler sadece ilgili kişinin kişisel verileridir. Bu bakımdan anonimleştirilmiş veriler veri taşınabilirliği hakkı kapsamında değerlendirilmeyecek ancak müstearlaştırılmış veriler eğer ilgili kişiye kolayca bağdaştırılabilecekse veri taşıma hakkına konu olabilecektir, bkz. WP29, “Guidelines on the right to data portability”, 16/EN WP 242 rev.01, 13 Aralık 2016 (**Guideline on Data Portability**), s. 9.

²⁴⁸ Makine tarafından okunabilecek bir format verilerin sadece elektronik olarak (örneğin pdf gibi) verilmesi demek değildir. Bu yönde bkz., Sergio Cámara Lapuente, “Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Termination of the Contract), s. 168.

verilerini götürerek geçebilmesini temin etmek istemiştir²⁴⁹. Bunun yanında ilgili kişiye bu hak tanınarak verileri üzerinde olabildiğince kontrol sahibi olması sağlanmaya çalışılmıştır²⁵⁰. Bu hak ile ayrıca verilerin AB içinde serbest dolaşımını, veri sorumluları arasındaki rekabet, dijital ortak pazarda yeni hizmetlerin gelişimi sağlanabilecektir²⁵¹.

GDPR’ın ilgili hükmü söz konusu haktan yararlanabilmek için bazı şartların sağlanmasını aramaktadır. Bunlar hakka konu olan verilerin kişisel veri olması, ilgili kişi tarafından sağlanmış olması, işlemenin ilgili kişinin rızasına veya sözleşmeye dayanması ve son olarak işlemenin otomatik araçlarla yapılmış olmasıdır²⁵².

Veri taşınabilirliği hakkı hem hizmet ettiği amaç hem de kapsamı bakımından veriye erişim hakkından ayrılır. Veriye erişim hakkında amaç ilgili kişinin veri işleme faaliyeti hakkındaki farkındalığını arttırmak iken²⁵³ veri taşınabilirliği hakkında amaç veri ekonomisinde rekabeti arttırmaktır. Kapsam noktasındaki farklılık ise veriye erişim hakkının daha geniş olması yönünde ortaya çıkar. Veriye erişim hakkında ilgili kişi kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin farklı türden ek bilgileri de talep edebilir. Oysa veri taşınabilirliği hakkında ilgili kişi veri sorumlusundan sadece ona sağlamış olduğu verileri talep edebilir²⁵⁴.

Hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak amacı ile ilgili kişiye teknik olarak makul olduğu sürece veri aktarımının doğrudan veri sorumlusundan geçiş yapılmak istenen yeni veri sorumlusuna yapılmasını talep etme hakkı verilmiştir. Bu durumda veri sorumlusu ilgili kişiye verilerin aktarılacağı veri sorumlusunun veri koruma yükümlülüklerini yerine getirmemesinden sorumlu olmaz. Zira yeni veri sorumlusunu kendisi değil ilgili kişi seçmiştir. Buna karşın veri sorumlusu veri aktarımının uygun yapıldığını temin etmek durumundadır. Örneğin aktarım yapılmadan önce veri sorumlusuna aktarılmasını istediği verilerin gerçekten hangileri olduğu hususunda

²⁴⁹ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 109; Orla Lynskey, “Article 20. Right to data portability”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 20), s. 499.

²⁵⁰ GDPR, **Giriş**, ¶68. Vurgunun da zamanla piyasadaki rekabetin güçlendirilmesinden ilgili kişilerin dijital ortamlarda faaliyetlerini kolaylaştırmak yönüne doğru kaydığı söylenebilir, bkz. Lynskey, **GDPR Commentary Article 20**, s. 500.

²⁵¹ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 3.

²⁵² Lynskey, **GDPR Commentary Article 20**, s. 502.

²⁵³ GDPR, **Giriş**, ¶63.

²⁵⁴ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 168.

teyit almak isteyebilir. Bununla beraber veri sorumlusunun doğruluk ilkesi saklı kalmak üzere ilgili kişinin verilerinin doğruluğunu kontrol etmek gibi fazladan bir sorumluluğu yoktur. Keza veri sorumlusunun gelecekte ilgili kişi verilerini taşıma hakkını kullanabilme ihtimali nedeniyle verileri olağan olarak saklaması gerekenden daha uzun süre saklamak zorunluluğu bulunmamaktadır²⁵⁵. Dolayısı ile kısaca GDPR'ın ilgili kişiye bu maddede üç hak tanıdığı söylenebilir: ilgili kişinin kişisel verilerini alması, veri sorumlusundan bir engelleme ile karşılaşmaması ve makul ise bir veri sorumlusundan diğerine doğrudan aktarımın sağlanmasını talep etmesi²⁵⁶.

Bu hakkın kullanılabilmesi için veri işleme faaliyetinin kişinin rızasına bağlı olarak yahut bir sözleşmenin ifası için gerekli olduğu için işlenmiş olması ve işleme faaliyetinin otomatik araçlarla gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin kamusal bir sorumluluğunu yerine getirmek için veri işleyen veri sorumlusuna karşı bu hak kullanılamayacaktır. Keza bu hakkın kullanımı ilgili kişinin verilerinin silinmesini talep etme hakkına hanel getirmeyeceği gibi kamu yararı dolayısı ile yapılan veri işleme faaliyetlerini de etkilemeyecektir. Bununla beraber verinin taşınması hakkının kullanılması bu verilerin ilk veri sorumlusundan silineceği anlamına gelmeyecektir. Başka bir deyişle ilgili kişi veri taşıma hakkını kullansa dahi ilk veri sorumlusu verilerini işleyebildiği sürece bu işlemeden dolayı aldığı hizmeti almaya devam edebilecektir²⁵⁷. Ayrıca bu hak veri sorumlularına birbiri ile uyumlu veri işleme sistemleri kullanma yükümlülüğü getirmemektedir²⁵⁸.

Yapılabilecek bir diğer tartışma ise ilgili kişinin sağladığı veriden ne anlaşılması gerektiğidir. İlgili kişinin bizzat veri sorumlusuna sağladığı ve ilgili kişinin bir hizmeti veya cihazı kullanarak veri sorumlusuna sağladığı veriler madde kapsamındadır. Ancak gözlenen veri üzerinden veri sorumlusunun yarattığı veriler bu kapsamda olmayacaktır²⁵⁹. Örneğin kişinin hizmetten yararlanırken bu hizmetin topladığı kişinin hareketlerine ilişkin verileri, mesela uyku verileri, maddenin kapsamında olacaktır. Ancak bu verilerden yola çıkılarak çıkarılan diğer veriler (örneğin kişinin çalışma aralıkları veya sağlık durumu gibi) madde kapsamında olmayacaktır²⁶⁰. Ancak aksi bir görüş bu yorumun madde ile en başında amaçlanandan daha geniş bir kapsama alanına

²⁵⁵ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 6.

²⁵⁶ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 167.

²⁵⁷ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 7.

²⁵⁸ GDPR, Giriş, ¶68.

²⁵⁹ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 9-11; Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 179.

²⁶⁰ Lynskey, **GDPR Commentary Article 20**, s. 503.

neden olduğunu, halbuki bu maddenin dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır²⁶¹. Benzer biçimde Bilgi Politikası ve Liderliği Merkezi (*Centre for Information Policy and Leadership* [CIPL]) de GDPR m. 13 ile GDPR m. 20 arasında bir fark yaratarak, madde 13'teki veri sorumlusu tarafından “toplanan” veri ifadesinin madde 20'deki “sağlanan” ifadesinden daha geniş bir anlama gelmesi gerektiğini, bu yüzden GDPR m. 20'nin sadece ilgili kişinin olumlu bir faaliyeti ile sağlamış olduğu verileri kapsamı gerektiğini savunmuştur²⁶².

Bu hak üçüncü kişilerin haklarını ve özgürlüklerine zarar verecek biçimde kullanılamaz. Dijital ortamlarda çoğu zaman bu içerikler birden çok kişinin katılımı ile beraber üretildikleri için yapılacak her talebin bir şekilde üçüncü kişilerin haklarını ve özgürlüklerini etkileyeceği bu yüzden de aslında bu hakkın çoğu durumda kullanılamayacağı söylenebilir. Ancak burada veri sorumlusuna ilgili kişinin verilerini üçüncü kişilerinkinden ayırt edebilmesi için gerekli araçları sağlama yükümlülüğü yüklenerek bir denge bulunmaya çalışılmıştır²⁶³. Örneğin bu hak kullanıldığında üçüncü kişilerin kişisel verilerinin de taşınacak veriler içine zorunlu olarak dahil olması söz konusu olabilir. Bu durumda bu kişilerin verileri açısından farklı bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması gerekecektir²⁶⁴. Şayet veri sorumlusu üçüncü kişilerin verilerine ilişkin veri işleme faaliyetini sadece ilgili kişiye sunduğu hizmet kapsamında işliyorsaydı bu durumda meşru menfaatlerine uygun bir işleme yaptığı savunmasını yapabilir. Ancak işleme faaliyeti bu kapsamdan çıkar ve örneğin veri sorumlusu üçüncü kişilerin verilerini pazarlama amacı ile kullanmaya başlarsa bu tüzüğün ihlali demek olacaktır²⁶⁵.

Talep halinde veri sorumlusunun ilgili kişiye en geç ne zaman dönüş yapması gerektiği madde lafzında belirtilmiş değildir. Bununla beraber veri sorumlusunun GDPR m. 12(3)'te düzenlenen zaman dilimleri içinde ilgili kişiye dönüş yapabileceği

²⁶¹ Avrupa Komisyonunun görüşünün bu yönde olduğu hakkında bkz. David Meyer, “European Commission, experts uneasy over WP29 data portability interpretation”, 25 Nisan 2017, <https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation-1/> (erişim tarihi: 17.04.2023).

²⁶² CPIL, “Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on the right to data portability” adopted on 13 December 2016”, 15 Şubat 2017, https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_comments_on_wp29_data_portability_guidelines_15_february_2017.pdf (erişim tarihi: 17.04.2023).

²⁶³ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 186; WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 12.

²⁶⁴ Doktrinde bu noktada ilgili kişinin GDPR m. 6(1)(f) yani veri işleyenin meşru menfaati maddesine dayanabileceğini savunmaktadır, bkz. Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 186-187.

²⁶⁵ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 11-12.

kabul edilmektedir. Veri sorumlusu talebi reddedecek olsa dahi ilgili kişiye bir cevap vermek zorundadır²⁶⁶.

Verileri taşıma hakkı ilgili kişinin verileri üzerindeki kontrolünün somutlaştığı başat örneklerden biri olduğu bu hakkın uygulamada da bir engele takılmadan kullanılabiliyor olması önem arz etmektedir. Bu yüzden ilgili kişilerin bu haklarını kullanabilmeleri için gerekli araç ve yöntemlerle donatılmış olması AB'nin kişilerin ürettikleri veriler üzerindeki hakimiyetlerini pekiştirmek için ortaya koyduğu hedeflerden biridir²⁶⁷.

g. İlgili Kişinin İtiraz Hakkı

Daha önce verinin sınırlandırılması hakkında bahsi geçtiği gibi ilgili kişinin kendi özel durumu dolayısı ile verilerinin işlenmesine itiraz etmesi GDPR m. 21 uyarınca her zaman mümkündür. Bu durumda veri sorumlusu ilgili kişinin hak ve özgürlüklerine nazaran zorlayıcı meşru zeminlerinin olduğunu ispatlamadığı sürece bu kişinin verileri için işleme faaliyetini durdurmak zorundadır²⁶⁸. Ancak veri sorumlusu, işleme faaliyeti doğrudan pazarlama amaçları ile yapıldığı durumlarda bu gerekçeyi dahi ileri süremeyecektir.

h. İlgili Kişinin Otomatik Karar Verme Mekanizmalarına İtiraz Hakkı

Tüzük m. 22 altında düzenlenen ve içeriği bakımından Tüzük m. 21'e oldukça benzeyen bu hak uyarınca ilgili kişinin kendisi hakkında önemli etkiler doğuracağını²⁶⁹ düşünüyorsa özel olarak verilerinin otomatik olarak işlenmesine²⁷⁰

²⁶⁶ WP29, **Guideline on Data Portability**, s. 14-15.

²⁶⁷ European Commission, "Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions A European Strategy For Data", Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 66 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> (A European Strategy For Data) (erişim tarihi: 18.08.2022) s. 20.

²⁶⁸ GDPR, Giriş,¶69.

²⁶⁹ Örneğin bir sözleşmenin iptal edilmesi, sosyal bir menfaatin kazanılması veya kaybedilmesi, bir ülkeye giriş veya vatandaşlığa girişe etki etmesi madde kapsamında sayılan önemli etkiler arasında sayılabilir, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 21. Benzer etkiye örnek olarak ise kredi başvurusunun reddedilmesi, internet üzerinden yapılan işe alımlar sayılabilir, bkz. GDPR, Giriş, ¶71. Bu hükmün DPD'deki karşılığı için muhakkak parasal bir etkinin aranmayacağı, ilgili kişinin manevi bütünlüğünü ihlal edebilecek her etkinin kapsamda olduğu savunuluyordu. Bugün GDPR için biraz daha dar bir etki yorumu yapılmakta ve salt duygusal etkilerin madde kapsamında olmadığı savunulmaktadır, bkz. Lee A. Bygrave, "Article 22. Automated individual decision-making, including profiling", **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 22), s. 534.

²⁷⁰ Otomatik karar verme süreci insan dahil olmadan sadece teknolojik gereçlerle karar verme faaliyetidir, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 8; GDPR, Giriş,¶70. DPD

itiraz etme hakkı vardır. Bununla beraber bu maddede sayılan kısıtlamalar ilgili kişi itiraz hakkını kullanmasa da veri sorumluları için uygulanacaktır²⁷¹. İtiraz konusu olacak işleme faaliyetinin otomatik olarak kabul edilmesi için hiçbir insan dahlini içermemesi, başka bir deyişle sadece bu mekanizmaya dayanması gerekir²⁷². Veri sorumlusu sürece çok da bir etkisi olmayan bir insan müdahalesi aşamasını dahil ederek madde 22'in uygulamasından kaçamaz. İnsan dahlinin bu süreç üzerinde bir etkisi olması aranacaktır²⁷³.

Genel kural ilgili kişi üzerinde önemli etkiler doğuran otomatik işleme faaliyetlerinin yasak olmasıdır²⁷⁴. Ancak işleme faaliyeti ilgili kişinin veri sorumlusu ile arasındaki bir sözleşmenin kurulması veya ifası için gerekli ise işleme faaliyeti rızaya dayanıyorsa, işleme faaliyetine AB veya üye ülkelerin hukukları tarafından öngörülmüşse ve uygun korumalar sağlanmışsa itiraz hakkı kullanılamayacaktır²⁷⁵.

Profilleme²⁷⁶ de içeren otomatik karar verme mekanizması verilerin işlenmesi suretiyle ilgili kişiler hakkında kolayca kararlar alabilme imkanı sağlamaktadır. Örneğin kişinin iş yerindeki verimi, sağlık durumu, kişisel tercihler ve ilgi alanları, davranışları, konumu ve hareketleri gibi hususlar profillemeye ile tahmin edilebilmektedir²⁷⁷. Bu şekilde verimliliğin artırılması ve kaynak tasarrufunun artırılması hedeflenir²⁷⁸. Ancak madde lafzından da anlaşılabilceği üzere bu süreçler ilgili kişiler için riskler içerir. Örneğin ilgili kişinin otomatik karar verme

döneminde bu hak sadece profillemeye faaliyetleri için tanınmışken GDPR'da bütün otomatik işleme yöntemleri kapsama alınmıştır, bkz. Bygrave, **GDPR Commentary Article 22**, s. 530.

²⁷¹ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 19.

²⁷² Maddenin uygulama şartları şu şekilde özetlenebilir: ilk olarak bir kararın varlığı, bu kararın tamamen otomatik işleme ve profillemeye yöntemlerine dayanması, bu faaliyetlerin hukuki veya benzer esaslı etkilerinin olması, bkz. Bygrave, **GDPR Commentary Article 22**, s. 532.

²⁷³ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 20-21.

²⁷⁴ Bu bakımdan madde 22'nin genel bir yasak mı içerdiği yoksa ilgili kişiye sadece bir hak mı tanıdığı tartışmalıdır. Ancak genel kanı madde 22'nin genel bir yasak getirdiği yönündedir, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 19. Bu yöndeki tartışmaları için bkz. Bygrave, **GDPR Commentary Article 22**, s. 530-531.

²⁷⁵ Otomatik işleme kadar verimli ve daha makul bir tedbir varsa otomatik veri işleme ve karar alma mekanizması kullanılmamalıdır, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 23; Bygrave, **GDPR Commentary Article 22**, s. 537.

²⁷⁶ Profillemeye GDPR m. 4(4)'te tanımlanmış bulunmaktadır. Tanımdan hareketle profillemeye faaliyetinin üç temel özelliğinin olduğu vurgulanmaktadır. Bunlar otomatik işleme faaliyetinin yapılması, kişisel veri üzerinde işleme yapılması ve işleme faaliyetinin amacının gerçek bir kişinin kişisel özelliklerine ilişkin olması gerekir, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 6-7.

²⁷⁷ GDPR, Giriş, ¶71.

²⁷⁸ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 5.

mekanizmaları yüzünden tek bir profilin dışına çıkamaması ona sunulacak hizmetlerin de sınırlı bir kapsamda kalmasına neden olabilecektir²⁷⁹.

Otomatik karar mekanizması ve profillemeye yolu ile veri işleme durumunda da GDPR m. 5 altında sayılmış olan ilkelere uygunluk aranacaktır²⁸⁰. Örneğin eğer profillemeye faaliyeti hakkaniyete aykırı ve ayrımcı ise GDPR m. 5 uyarınca adil bir işleme olarak kabul edilemeyeceği tüzüğe aykırı kabul edilecektir²⁸¹.

2. GDPR Altında Veri İşleyen ve Veri Sorumlusunun Sorumlulukları

a. Veri Sorumlusunun Gerekli Tedbirleri Alma Sorumluluğu

Tüzük veri sorumlusuna ilk olarak veri işleme faaliyetinin doğası, kapsamı, bağlamı, amaçları ve maruz kaldığı riskleri dikkate alarak²⁸² GDPR m. 24 uyarınca uygun tedbirleri alma sorumluluğu yüklemektedir. Ayrıca veri sorumlusu işleme faaliyeti ile ölçülü olduğu durumlarda uygun veri koruma politikalarını tedbirler içine dahil etmek zorundadır²⁸³. Hangi tedbirlerin alınacağı bakımından veri sorumlusu özgür bırakılmışsa da ona rehber olabilecek bazı tedbir çeşitlerine tüzükte yer verilmiştir²⁸⁴. Genel olarak tedbir alma yükümlülüğü olarak niteleyebileceğimiz²⁸⁵ bu madde dışında veri sorumlusunun özel olarak alması gereken tedbirlerin de ayrıntısı tüzüğün devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin veri sorumlusunun davranış kodları²⁸⁶ veya onaylanmış sertifikasyon mekanizmaları kullanması uygun tedbirlerin alındığına işaret edebilir.

Örneğin GDPR m. 25 veri sorumlusunun henüz işleme metotlarını tasarlarlarken ve işleme faaliyeti aşamasında veri korumasını temin etmek için tedbirler alması gerekir. Daha sonra veri sorumlusu diğer teknik ve organizasyonel tedbirleri dahil

²⁷⁹ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 6.

²⁸⁰ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 9.

²⁸¹ WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 10.

²⁸² GDPR, **Giriş**, ¶74.

²⁸³ DPD döneminde veri sorumlusunun yapması gereken veri işleme faaliyetlerini yetkili otoritelere bildirmek iken GDPR bu bildirim yükümlülüğü yerine işleme faaliyetlerinin kendisinden veri sorumlusunu sorumlu tutarak sorumluluğu genişletmiştir, bkz. Christopher Docksey, "Article 24. Responsibility of the controller", **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 24) s. 561. GDPR m. 25'in veri sorumlusuna yüklediği sorumluluklar, GDPR m. 5(2)'de öngörülen hesap verilebilirlik ikesinin somut bir yansımasıdır, bkz. Docksey, **GDPR Commentary Article 24**, s. 557

²⁸⁴ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 101.

²⁸⁵ Benzer bir niteleme için bkz. Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 101 vd.

²⁸⁶ Davranış kodları GDPR m. 40 ve 41'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde 40 uyarınca tüzüğün farklı veri işleme sektörleri ve işletmelerin boyutuna göre özelliklerinin dikkate alınarak tüzüğün biçimde uygulanmasını

etmeye devam edecektir. Öyle ki bir ihlal olduğunda veri sorumlusu hangi tedbiri almış olursa olsun bu ihlalin yine de gerçekleşeceğini ortaya koyabiliyor olmalıdır²⁸⁷.

Veri sorumlusunun alması veri güvenliği hakkında alması gereken tedbirler ayrıca GDPR m. 32’de de düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada da madde 25’te olduğu işleme faaliyetinin niteliğine göre uygun tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu madde kapsamında uygun kabul edilecek tedbirler olarak müstearlaştırma, şifreleme, gizlilik, bütünlük, ulaşılabilirlik, direnç kabiliyeti, teknik bir durumda verilerin makul bir zamanda tekrar ulaşılabilir hale getirilme kapasitesi, güvenliğin temin edilmesi için düzenli olarak alınan tedbirlerin test edilmesi ve etkinliğinin değerlendirilmesi gibi süreçler sayılmıştır.

Uygun koruma seviyesinin tespit edilmesi için kazaen yahut hukuka aykırı olarak oluşabilecek kayıplar, değiştirmeler, verilerin yetkisiz olarak açıklanması, yetkisiz olarak verilere erişim yahut verilerin aktarılması, depolanması veya başka bir biçimde işlenmesi gibi riskler dikkate alınacaktır. Onaylanmış bir davranış koduna veya sertifikasyon mekanizmasının kabul edilmiş olması madde kapsamında sayılan gerekliliklerin yerine getirildiğine işaret edebilir²⁸⁸.

b. İşleme Faaliyetlerinin Kaydının Tutulması

KVKK’da mevcut olmayan ancak tüzük tarafından veri sorumluları ve eğer varsa veri temsilcileri için ön gördüğü bir diğer sorumluluk işleme faaliyetinin bir kaydının tutulmasıdır. GDPR m. 30 altında düzenlenen bu sorumluluk dahilinde veri sorumlusunun veya sorumlularının isimleri ve iletişim bilgileri, işlemenin amacı, işlenen verilerin kategorileri, verinin alıcıları, yurtdışına aktarım, verinin ne zaman silineceği, teknik ve organizasyonel tedbirler gibi hususlar hakkında kayıt tutulması gerekir. Bunun yanında aynı veri sorumlusu gibi her işleyen veya işleyenin temsilcinin

²⁸⁷ Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 408.

²⁸⁸ DPD döneminde çıkartılan bir WP29 belgesinde veri işleyen kurumların hesap verilebilir olması için organizasyonlarında uygulamaları tavsiye edilen bazı tedbirler listelenmiştir. Bunlar kurum içi işleme politikaları belirlemek, bu politikaları hayata geçirmek için mekanizmalar geliştirmek, uyum raporları oluşturmak, denetimler yapmak, üçüncü kişilerden sertifika hizmetleri almak, gizlilik etki değerlendirmeleri yapmak, veri korunması için sorumluluk paylaşımını belirlemek, üst yüzey yöneticilerin uyumluluklarını sertifikalaştırmak, benimsenen tedbirlerde şeffaf olmaktır. Bu liste için bkz. WP29, “The Future of Privacy: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data”, 02356/09/EN WP 168, 01.12.2009, (The Future of Privacy) s. 19-20. Diğer kaynaklardan yararlanılarak oluşturulmuş daha kapsayıcı bir liste için bkz. Docksey, **GDPR Commentary Article 24**, s. 563-564. Bunlar yanında personele veri koruması hakkında bilgi verilmesi de sayılabilir, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 408.

bütün işleme faaliyetlerinin kaydını tutması gerekecektir. Kaydı tutulacak hususlar GDPR m. 30(2) altında sıralanmış olup veri sorumlusunun tutacağı kayıt ile paralel olarak düzenlenmiştir.

Kayıt tutma faaliyeti yazılı olabileceği gibi elektronik formatta da yapılabilir.

Tüzük işleme faaliyetinin kaydının tutulması bakımından bütün veri sorumlularını yükümlülük altında almamıştır. GDPR m. 30(5) uyarınca iki yüz elli kişiden daha az kişi çalıştıran işletmeler veya kurumlar ilgili kişilerin hak ve özgürlükleri için risk teşkil etmeye yatkın bir işleme faaliyetinde bulunmuyorlar, sürekli olarak veri işlemiyorlar veya işleme faaliyeti GDPR m. 9 uyarınca özel nitelikli veriler veya madde 10 uyarınca ceza hükümlülükleri hakkında değilse işleme faaliyetinin kaydını tutmak zorunda değildir.

Tüzüğün kayıt altına alma yükümlülüğü altında düzenlenmemiş olsa da başka maddeler altında veri sorumlusunun kayıt tutma sorumluluğuna işaret eden düzenlemeler görmek mümkündür. Örneğin çalışmanın ileri kısımlarında ele alınacak olan veri ihlali durumunu düzenleyen GDPR m. 33 uyarınca veri sorumlusunun yetkili otoritenin veri sorumlusunun bu madde ile uyumluluğunu teyit edebilmesi için ihlalleri, ihlale ilişkin olguları, ihlalin etkileri ve alınan tedbirleri belgelendirmesi gerekir.

c. Veri Koruma Etki Değerlendirmesi ve Ön Görüş

Veri sorumlusunun tüzük altındaki bazı yükümlülükleri henüz veri işleme faaliyetine geçilmeden başlar. Bunlardan bir tanesi GDPR m. 35'te düzenlenen veri koruma etki değerlendirmesinin yapılması, diğeri ise GDPR m. 36'da düzenlenen ön görüş sürecidir.

Şayet işleme faaliyetinin doğası, kapsamı, bağlamı, amacı ve yeni teknolojiler hesaba katıldığında ilgili kişiler için önemli riskler doğurabilecek ise veri sorumlusunun işleme faaliyeti başlamadan önce ön görülen işleme faaliyetinin etkilerinin bir değerlendirmesini yapmak zorundadır. Tüzük bu genel tanımlamanın yanında bazı özel hallerde veri koruma etki değerlendirmesinin gerekli olacağını da düzenlemiştir. GDPR m. 35(3)(a) uyarınca ilgili kişinin kişisel özelliklerine ilişkin sistematik ve geniş işleme faaliyetleri otomatik işleme metotlarına ve bu kişiler üzerinde hukuki etki yaratacak kararlara dayanıyorsa veya benzer şekilde gerçek kişileri etkileyebilecek ise veri koruma etki değerlendirmesinin yapılması

zorunludur²⁸⁹. Bunun yanında işleme faaliyetinin özel nitelikli verileri ve cezai hükümlülükleri kapsamı ve herkes tarafından erişilebilecek genişlikte sistematik bir denetim gerektirmesi durumlarında da bu değerlendirme mekanizmasının işletilmesi gerekir.

GDPR m. 35(7) uyarınca değerlendirme planlanan işleme faaliyetlerini ve bunların amaçlarını, eğer varsa veri sorumlusunun meşru menfaatinin sistematik bir tanımını içermelidir²⁹⁰. Bunun yanında işleme faaliyeti ve işleme amaçları arasındaki gereklilik ve ölçülülük değerlendirmesini, ilgili kişilerin maruz kalacakları riskleri, risklerin karşılanması için alınacak tedbirlerin de değerlendirme içinde yer alması gerekmektedir.

Ön görüş mekanizması ise GDPR m. 36'da düzenlenmiş bulunmaktadır. Eğer madde 35 altında yapılan değerlendirme sonucunda yapılmak istenen işleme faaliyetinin yüksek riskler barındırdığı düşünülüyorsa işleme faaliyeti daha başlamadan veri sorumlusunun yetkili otoriteye danışması gerekir. Danışma için yetkili otoriteye veri sorumlusunun sorumlulukları, müşterek veri sorumluları, işleyenler, yapılacak olan işleme sürecinin amacı ve yöntemleri, ilgili kişinin haklarını ve özgürlüklerini korumak için alınması gereken tedbirler ve korumalar, varsa veri koruma memurunun irtibat bilgileri, veri koruma etki değerlendirmesi ve yetkili otoritenin talep edeceği diğer bilgileri sağlamak zorundadır.

d. Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarılması

Kişisel verilerin yurtdışına aktarılması tüzük altında veri sorumlusunun yükümlülüklerini düzenleyen dördüncü bölümde düzenlenmemiştir. Buna karşın verilerin yurtdışına burada sayılan şartlar dışında aktarılmaması veri sorumlusunun yükümlülüğü olduğu için bu başlık altında incelenmiştir.

Buradaki temel mantık ilgili kişilerin verilerinin AB dışına çıkması durumunda AB'nin sağlamış olduğu korumaların etkisiz hale gelmemesidir²⁹¹. Keza bu husus ayrıca yurtdışına aktarım da genel ilkeleri belirleyen GDPR m. 44'te de "bu bölümdeki

²⁸⁹ Örneğin otomatik veri işleme süreçlerinin dahil edilmesi durumunda veri koruma etki değerlendirmesi yapılması şarttır. Hatta bunun için GDPR m. 22'den farklı olarak veri işleme faaliyetinin münhasıran otomatik süreçlere dayandırılması da gerekmez, bkz. WP29, **Guidelines on Automated Decision-Making**, s. 29.

²⁹⁰ Veri koruma etki analizinde bulunması gereken hususlar hakkında açıklamalar için bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 213 vd.

²⁹¹ GDPR, Giriş, ¶101.

bütün hükümler gerçek kişilere bu Tüzük tarafından taahhüt edilen korunma seviyesinin içinin boşaltılmadığının temin edilmesi amacıyla uygulanmalıdır” ifadesi ile vurgulanmıştır. Bu amaçla ilk olarak yurtdışına hukuka uygun bir aktarımın yapılabilmesi için ilk olarak aktarılabilecek verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi gerekir²⁹².

Avrupa Birliğinde kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasında dikkat edilmesi gereken ilk husus “yurtdışı” kavramıdır. Tüzükte yurtdışı kavramından verilerin üçüncü ülkelere uluslararası kuruluşlara aktarımı anlaşılmaktadır. Zira AB altında benimsenmiş olan ilkelerden biri de kişisel verinin birlik içinde serbestçe dolaşımının sağlanmasıdır²⁹³. Bununla beraber AB içinde yapılan veri aktarımlarının tamamen serbest olduğu anlamına gelmemelidir. Bu aktarımların GDPR m. 6 uyarınca hukuki bir dayanağının olması ve ilgili kişinin verinin alıcısı hakkında GDPR m. 13(1)(e) ve m. 14(1)(e) uyarınca bilgilendirilmiş olması gerekir²⁹⁴.

Kişisel verilerin yurtdışına aktarılması bakımından GDPR altında getirilen düzenleme KVKK’ya nazaran çok daha ayrıntılıdır. Tüzük altında esas ilke kişisel verilerin aktarılmasının hukuka aykırı olmasıdır, ancak bazı hallerde verilerin aktarımı hukuka uygun hale gelebilir²⁹⁵. Tüzükte verilerin yurtdışına aktarımının hukuka uygun olması için iki temel zemin olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki AB Komisyonu tarafından alınacak olan uygunluk kararı ikincisi ise uygun korumalar altında yapılan veri aktarımlarıdır.

Uygunluk kararı DPD Yönergesi döneminde üye ülkeler tarafından da verilebilmekteydi. Bununla beraber GDPR altında artık sadece AB Komisyonu uygunluk kararı verebilmektedir²⁹⁶. Uygunluk kararı Komisyonun veri transferi yapılacak ülkenin veri koruması bakımından yeterli korumalara sahip olduğunu tasdik etmesidir. Bir ülke hakkında uygunluk kararı verildiği zaman veri transferinin hukuka uygun olması için ayrıca özel bir yetkilendirme yapılması gerekmez. Uygunluk kararını alırken Komisyon GDPR m. 45(2) uyarınca aktarım yapılacak ülkede

²⁹² Christopher Kuner, “Article 44. General principle for transfers”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 44) s. 757.

²⁹³ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 73.

²⁹⁴ Janeček/Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 106.

²⁹⁵ Bhaimia, **GDPR**, s. 25.

²⁹⁶ Develioğlu, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü**, s. 75.

hukukun üstünlüğü, bu ülkede bulunan bağımsız ve etkin veri koruma otoriterlerinin varlığı, bu ülke veya kurumların veri korumasına ilişkin altına girdikleri uluslararası yükümlülükler gibi hususlar dikkate alır. Komisyonun bir ülke hakkında uygunluk kararı almış olması bu ülkenin bundan sonra her zaman veri aktarımı yapılabilecek bir ülke haline geldiği anlamına gelmez. Komisyon uygunluk kararı değerlendirmesi akabinde bir ülke yahut ülke içindeki özel bir sektör özelinde uygun korumanın sağlanması için dört yılda bir kontrol edileceğini temin edecek biçimde uygulama eylemleri (implementing act) kabul edebilir. Keza komisyon uygunluk kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği devamlı olarak denetleyebilecek eğer bir sorun görürse uygunluk kararının geri alınması, değiştirilmesi veya askıya alınması gibi kararlar alabilir²⁹⁷.

Yurtdışına veri aktarımının hukuka uygun olduğu ikinci hal ise uygun korumaların varlığıdır. Şayet söz konusu ülke ve uluslararası kurum GDPR m. 46 altında gösterilen korumaları sağlayabiliyorsa, AB Komisyonunun uygunluk kararı olmasa bile yapılan veri transferi hukuka uygun olacaktır. Madde kapsamında sayılan korumalar, kamu kurumları arasındaki hukuken bağlayıcı ve icra edilebilir enstrümanlarının bulunması, bağlayıcı kurumsal kuralların bulunması, standart veri koruma şartlarının kabul edilmiş olması, onaylanmış davranış kodlarının bulunması ve onaylanmış sertifikasyon mekanizmalarının mevcudiyetidir.

Yukarıda sayılan bu iki temel hukuka uygunluk zemini mevcut olmasa dahi yurtdışına yapılan veri aktarımları hukuka uygun olabilir. Hangi hallerde veri aktarımının hukuka uygun olacağı GDPR m. 49’da sayılmış bulunmaktadır. Bunlardan ilki ilgili kişinin veri aktarımına açıkça rıza göstermiş olmasıdır. KVKK m. 9’da da yurtdışına aktarım bakımından ilk hukuka uygunluk nedeni olarak ilgili kişinin rızası karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında ilgili kişi ve veri sorumlusu arasındaki bir sözleşmenin ifası veya ilgili kişinin menfaatine olan bir sözleşmenin veri sorumlusu ve ilgili kişi arasında kurulması için veri aktarımı gerekli ise bu aktarım hukuka uygun kabul edilecektir. Ayrıca önemli bir kamu menfaatinin varlığı, hukuki bir talebin kurulması, kullanılması veya korunması veri aktarımının, ilgili kişinin rızasını açıklayacak durumda olmaması halinde ilgili kişi veya bir üçüncü kişinin hayati menfaati için veri aktarımı yapılması gerekiyorsa bunların da hukuka uygun olduğu

²⁹⁷ GDPR, Giriş, ¶169.

kabul edilecektir. Son olarak kamuoyuna bilgilendirme yapılması amacı ile açıklanan siciller için yurt dışına veri aktarımı zorunlu ise de yurtdışına aktarıma izin verilecektir. Kısaca yurtdışına kişisel veri aktarımı yapmak isteyen bir veri sorumlusunun takip etmesi gereken üç adım vardır. İlk olarak uygunluk kararı olup olmadığı kontrol edilmeli, uygunluk kararı yoksa uygun korumaların varlığı araştırılmalı, o da bulunamazsa veri aktarımına yönelik sayılmış olan diğer hukuka uygunluk hallerinin kapsamı içinde bulunulup bulunulmadığı irdelenmelidir²⁹⁸.

Tüzük son bir istisnayı madde 49(2)'de sunmuştur. Madde lafzına göre GDPR m. 45 ve 46 kapsamına girmemesi ve GDPR m. 49(1) istisnalarına da konu olmaması durumunda dahi veri aktarımının hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Bunun için veri işleme faaliyetinin tekrar etmemesi, sınırlı bir ilgili kişi topluluğunu ilgilendirmesi, veri sorumlusunun zorlayıcı menfaatleri ile uyumlu olması ve ilgili kişinin menfaatleri ve haklarının daha baskın olmaması, veri sorumlusunun veri aktarımına ilişkin durumları değerlendirmesi ve verilerin korunması için gerekli tedbirleri alması gerekir. Ayrıca gerek veri işleyen gerek de veri sorumlusu kendi altlarında çalışan ve ellerindeki veriye erişim sağlayan gerçek kişilerin (AB ve üye devlet hukukları aksini ön görmedikçe) onlar tarafından verilen talimatlara aykırı olarak işleyemeyeceğinden emin olmak için gerekli tedbirleri alacaklardır.

e. Veri İhlali Durumunda Bildirim Yükümlülüğü

Yukarıda sayılan bütün bu tedbirlerin alınmasına rağmen kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi mümkündür. Bu durumda ihlalin hem yetkili otoriteye hem de ilgili kişiye haber verilmesi gerekir.

Veri sorumlusunun GDPR m. 33 uyarınca 72 saatten geç olmamak kaydı ile²⁹⁹ ihlali öğrendiğinden en kısa zamanda yetkili otoriteye bildirilmesi gerekir. İhlal gerçek kişinin hak ve özgürlükleri için bir risk doğurmuyorsa bildirimde bulunmaya gerek yoktur. Eğer veri işleyen ihlalin farkına varırsa en kısa zaman içinde ihlali veri sorumlusuna bildirecektir. Tüzük bildiri metninde hangi hususların bulunması gerektiğini de madde kapsamında saymış bulunmaktadır. Buna göre ihlalin doğası, mümkünse ihlalden etkilenen kişilerin yaklaşık olarak sayısı ve kategorileri, veri

²⁹⁸ European Commission, “What rules apply if my organisation transfers data outside the EU?”, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/what-rules-apply-if-my-organisation-transfers-data-outside-eu_en (erişim tarihi: 18.08.2022).

²⁹⁹ 72 saati geçen bildirimler için gecikme nedeninin de bildirilmesi gerekir.

koruma memurunun ve diğer irtibat noktalarının iletişim bilgileri, ihlalin muhtemel sonuçları, muhtemel sonuçların etkilerinin azaltılması için veri sorumlusu tarafından alınan tedbirleri bildiri metninde bulunmalıdır. Bütün bilgilerin aynı anda sunulması mümkün değilse veri sorumlusu bunları geciktirmeden ama peyderpey de sağlayabilir. Bu maddenin yanı sıra GDPR m. 31 uyarınca veri sorumlusu, işleyenin ve temsilcisinin talep halinde üye devletteki yetkili otorite ile beraber çalışma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu bakımdan veri sorumlusunun yetkili otorite ile ihlal halinde iletişimde bulunma yükümlülüğünün tüzüğün bu maddesi uyarınca da güçlendirildiğini söylemek mümkündür.

GDPR m. 34 uyarınca eğer veri ihlali hakları ve özgürlüklerini riske atıyorsa ayrıca ilgili kişiye de bildirim yapılması gerekir. Madde uyarınca ilgili kişiye yapılacak olan bildirimin açık ve sade bir dille yapılması esastır. Bununla beraber bazı koşulların mevcut bulunması durumunda ilgili kişiye bildirimde bulunulmasına gerek olmayacaktır. Örneğin veri sorumlusunun özellikle yetkisiz erişimde veriyi anlaşılmayacak biçime getirenler gibi uygun teknik ve organizasyonel tedbirleri almış olması ve bu tedbirlerin ilgili kişi için de uygulanabiliyor olması durumunda ilgili kişiye bildirimde bulunulması gerekmez. Bunun yanında veri sorumlusunun ilgili kişinin maruz kalabileceği yüksek riskleri bertaraf eden tedbirleri sonradan almış olması ve yapılacak bildirimin ölçsüz bir emek gerektirmesi durumunda ilgili kişiye bildirim yapılmaz. Ancak son durumda bir kamuoyu duyurusu yapılması gerekecektir.

b. Digital İçerik Yönergesi Altındaki Hukuki Düzenleme

Tam adı ile Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Sağlanmasına İlişkin Sözleşmeler Yönergesi³⁰⁰ olan AB düzenlemesinin amacı dijital ortamlar aracılığı ile içerik ve hizmet alan tüketicilerin menfaatlerini korumaktır. Bu bakımdan DCD olarak kısıltacağımız yönerge AB piyasasını yeknesaklaştırmaya çalışır³⁰¹. Fakat DCD hakkında özellikli olan husus tüketici hukukunu dijital piyasalar için uyumlulaştırmaya çalışıyor olması değildir. DCD için diğer düzenlemelerden ayırt edici olan kapsama alanıdır. Yönerge, tüketicilerin içerik veya hizmet karşılığı para ödemek yerine kişisel verilerini sağladıkları veya sağlama yükümlülüğü altına

³⁰⁰ Directive (EU) 2019/770 of The European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services , OJ L 136/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770> (erişim tarihi: 22.09.2022).

³⁰¹ DCD, Giriş, ¶8; Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 10.

girdikleri sözleşmelere de madde 3 uyarınca uygulanmaktadır³⁰². Bu şekilde sadece para ödeyerek değil, kişisel veri sağlayarak dijital içerik ve hizmetlerden yararlanan kişilerin de koruma altına alınması amaçlanmıştır.

DCD'nin uygulama alanının tespiti yönerge henüz taslak halindeyken oldukça tartışılmıştır³⁰³. Örneğin DCD'nin taslak halinde yönergenin kapsamı alanına tüketicinin sadece aktif olarak veri sağladığı sözleşmeler alınmıştı. Dolayısı ile örneğin eğer taslak metni benimsenmiş olsaydı çerezler aracılığı ile toplanan veriler yönerge kapsamında olmayacaktı³⁰⁴. Ancak bu durumun sağlayıcıların DCD kapsamına girmemek için olabildiğince az rıza istemeleri ve hep pasif veri toplama faaliyetlerine sığınmaları gibi istenmeyen bir netice doğurabilirdi³⁰⁵. Sonuç olarak yürürlükte bulunan DCD'de bu hükme yer verilmemiş ve böylece kapsam daha geniş tutulmuştur³⁰⁶.

Bunun gibi ikinci bir tartışma konusu ise taslak metnin açıkça “karşı edim” ifadesini tüketicinin sağlamış olduğu kişisel veriler için kullanmış olmasıdır. Ancak

³⁰² Axel Metzger, “Data as Counter-Performance What Rights and Duties do Parties Have?”, *JIPITEC*, Vol: 8, S: 1, 2017 (Data as Counter-Performance), s. 3; Drechsler, **Data As Counter-Performance**, s. 4.

³⁰³ Bu tartışmalar ve önerilen farklı taslaklar arasında bir karşılaştırma için bkz. Axel Metzger/Zohar Efroni/ Lena Mischau/Jakob Metzger, "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", *JIPITEC*, Vol. 9, No. 1, May 2018 (Data Related Aspects); Philipp Hacker, “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Regulating the Economic Impact of Data) s. 54-55.

³⁰⁴ Aksi bir yaklaşım için bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 17. Taslağa yönetilen bir eleştiri için bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 193; Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 96. Avrupa Komisyonu'nun taslağındaki düzenleme bu şekilde olsa da, Konsey kendi taslağında üye devletlerin yönergenin uygulama alanını pasif olarak toplanmış verilere de uygulanabilecek biçimde genişletebileceğini kabul etmiş, hatta Avrupa Parlamentosu taslağında sadece aktif olarak toplanan değil, üçüncü kişilerin tacir menfaatine topladığı verilerin dahi kapsamda olması gerektiğini söylemiştir, bkz. European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 5; Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 95-96.

³⁰⁵ Bu yönde eleştiriler için bkz. Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s. 1156-1157; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 18; Natali Helberger/Frederik Zuiderveen Borgesius/Agustin Reyna, “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law” (Taslak çalışmadır, son metin için bkz. *Common Market Law Review*, Vol. 54, No. 5, 2017, s. 1427-1465), <https://ssrn.com/abstract=3048844> (The Perfect Match) s. 15. Avrupa Parlamentosu Medeni Haklar, Adalet ve İç İşler Komitesinin bu yöndeki görüşü için bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 96.

³⁰⁶ Yapılan değişikliğe rağmen Giriş kısmındaki ifadeler yüzünden DCD'nin uygulama alanının hala tartışmalı olduğu yönünde bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 155-156; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 19-20. Ancak Efroni çerez uygulamaları gibi durumların DCD'nin dışında bırakmanın normatif olarak inandırıcı olmadığını kanaatindedir, bkz. Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 21.. Taslakta bulunan ancak DCD'ye alınmayan bir diğer şey ise “diğer veri” kavramıydı. Diğer veri kavramı doktrinde uygulama alanını belirsizleştirdiği için eleştirilmiştir, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s.14; European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 4.

bu ifadenin edim karşılığında kişisel veri sağlanan çalışma modelini teşvik edeceğinden endişe duyulmuştur³⁰⁷. Doktrinde bir başka görüş “karşı edim” ifadesinin özünde kişisel verileri koruma hukukuna aykırı olacağını ve bunların GDPR m. 7(4) dikkate alındığında birlikte uygulanmalarının mümkün olmadığını savunmuştu³⁰⁸. Bu şekli ile verilen hizmet ile kişisel veri arasında bir karşılıklılık ilişkisini ima eden karşı edim ifadesine daha sonra DCD’de yer verilmemiştir. Buna karşın DCD’nin şu anki halinin genel olarak kişisel veriye bir karşı edim muamelesi yaptığını söylemek mümkündür³⁰⁹. Bunun önemli bir nedeni sözleşme karşılığında kişisel veri sağlayan kişileri daha az korunmasının işletmecilerin tüketiciler arasında ayrımcılık yaparak kişisel verinin öne çıktığı bir iş modeline yönelmesini engellemektir³¹⁰. Yine DCD taslak aşamasındayken karşı edim olarak sadece kişisel verinin mi DCD kapsamında olacağı yoksa diğer verilerin de kapsama alınıp alınmayacağı tartışılmış, sonuç olarak sadece kişisel veriler kapsama alınmıştır³¹¹. Ayrıca DCD’nin tanımlara ilişkin m. 2(7) hükmünde fiyat, dijital içerik veya hizmet karşılığında “para veya değeri olan dijital bir temsil” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdaki “değeri olan dijital temsil” ifadesinin

³⁰⁷ Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 93.

³⁰⁸ Giuseppe Versaci, “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, **European Review of Contract Law**, Vol. 4, Issue: 4, 1 December 2018 (Challenges and Concerns) s. 378-379.

³⁰⁹ Benzer biçimde AB İç Pazar ve Tüketicinin Korunması Komitesi (IMCO) ve Hukuki İşler Komitesi (JURI)’nin DCD’nin taslağı hakkında hazırlamış olduğu raporda da “karşı edim” ifadesi çıkartılmış, onun yerine “kişisel verinin sağlanması şartı” ifadesine yer verilmiştir, bkz. European Parliament, “Report On The Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council On Certain Aspects Concerning Contracts For The Supply Of Digital Content”, COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD), 27.11.2017, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_EN.pdf (erişim tarihi: 17.09.2022) (IMCO and JURI Report), s. 53. Ancak bu değişiklik önerisinin yönergenin uygulama alanı bakımından fiiliyatta bir değişiklik yaratmayacağı savunulmuştur, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 14; Sebastian Lohsse / Reiner Schulze / Dirk Staudenmayer, “Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Contract Law 2.0) s. 9; Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 155; Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 55; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 10; Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s. 1156.

³¹⁰ DCD, **Giriş**, ¶23; Alberto De Franceschi, “Personal Data as Counter-Performance”, **Privacy and Data Protection in Software Services** (editörler: Roberto Senigaglia/ Claudia Irti/ Alessandro Bernes), Springer, 2022 (Personal Data as Counter-Performance) s. 63.

³¹¹ Kişisel veri olmayan verilerin dışlanması nedeniyle olarak uygulamadaki muhtemel karışıklıkların önüne geçmek istediği ve geniş tanımı nedeniyle kullanıcıların çoğu zaman zaten kişisel veri sağlamış olacakları gerçeği ileri sürülmüştür. Ancak doktrinde bir görüş uyarınca verinin anonimleştirilmesi gibi imkanları da göz önüne aldığımızda diğer verilerin de kapsamda olmasının daha yerinde olacağı savunulmuştur, bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 95. Buna karşın ileride görüleceği üzere kişisel veri olmamasına rağmen bazı kullanıcı verilerinin DCD kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin DCD m. 16(4) sadece kişisel verilere değil, kullanıcının hizmet veya içerikten yararlanırken oluşturduğu içerikleri de kapsar.

bir görüşe göre kişisel verileri de kapsadığını söylemek mümkündür³¹². Bu durumda yönergede kişisel verinin ekonomik değerinin tanınmış olduğuna işaret etmektedir.

Bu yönü ile bu çalışmanın ikinci kısmında ayrıntısına girilecek olan kişisel verinin sözleşmenin karşı edimi olarak ekonomize edilmesi meselesinin AB hukukunda somut bir karşılığı olduğu söylenebilir. Çalışmanın bu kısmında ise kısaca DCD'nin kapsama alanı ve bu çalışma için özellik arz eden hükümleri incelenecektir.

i. DCD'nin Konusu ve Uygulama Alanı

DCD'nin ilk maddesi uyarınca yönerge tüketiciler ve hizmet sağlayıcı tacirler arasında dijital hizmetlerin ve içeriklerin sağlanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanır³¹³. Yönerge bu sözleşmelerde hem tüketiciyi koruyacak hem de iç pazarın işlemlerini sağlayacaktır. Bu kapsamda DCD dijital hizmet ve içeriklerin sözleşmeye uygunluğu, sözleşmeye aykırılık halinde tarafların başvurabilecekleri hakları ve dijital hizmet ve içeriklerin değiştirilmesi hususlarında uygulanır³¹⁴. Dijital hizmet ve içeriklerden ne anlaşılması gerektiği yönergenin giriş kısmında örneklendirilmiştir.

Ancak elbette her tüketici sözleşmesi DCD'nin uygulama alanına girmez. DCD'nin uygulama alanı bulması için ilk olarak sözleşmenin borçlusu tacirin tüketiciye dijital hizmet veya içerik sağlama borcu altında olması gerekir³¹⁵. İlk olarak platform sahipleri tüketici ile doğrudan sözleşmesel ilişki içinde bulunmaları ve kendi işletmelerini yönetiyor oldukları sürece yönerge kapsamında tacir olarak kabul edilir³¹⁶. Bunun dışında başlıca bilgisayar programları, uygulamalar, video ve ses dosyaları, dijital oyunlar, e-kitaplar ve e-yayınlar, dijital ortamlarda içerik yaratmaya,

³¹² Van Erp, **Management as Ownership of Data**, s. 84.

³¹³ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 163. DCD taslak halindeyken de tüketici sözleşmelerine uygulanacak biçimde tasarlanmıştı, bkz. Hugh Beale, "Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment in-depth analysis", **European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union**, 2015. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216> (Contracts In The Digital Environment) s. 11; Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 10; Spindler, **Scope of Application**, s. 190.

³¹⁴ DCD, **Giriş**, ¶11. DCD'nin henüz taslak halindeyken de söz konusu sözleşmeler arasında bir ayrım getirmeyerek konu bakımından uygulama alanını geniş tutmaya bu şekilde sürekli ilerleyen teknolojik gelişmelerin arkasında kalmaması gerektiği savunulmaktaydı, bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 186.

³¹⁵ Bu içeriğin doğrudan internet üzerinden indirilmesi veya fiziki bir ortamda (CD, USB vs.) kullanıcıya sağlanması yönergenin uygulama alanını değiştirmez, bkz. Hugh Beale, "Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply", **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Rules for Contracts on Continuous Supply), s. 3, ¶1.

³¹⁶ DCD, **Giriş**, ¶18.

işlemeye, erişmeye ve saklamaya yarayan programlar, sosyal medya gibi içerikler yönerge kapsamında olacaklardır³¹⁷.

Yönergenin hükümlerine bakıldığında birkaç istisna dışında yönergenin tüketicinin yükümlülüklerinden ziyade haklarına odaklanıldığı görülür. Benzer biçimde tacirin haklarına da yönergede ayrıntılı biçimde değinilmiş değildir. Bu hususlar DCD m. 3(10) uyarınca iç hukuka bırakılmıştır³¹⁸. Buna rağmen hizmet ve içerik karşısında elbette tüketicinin de borçları vardır. Tüketici yönerge uyarınca hizmet ve içeriklerin bedelini para ile ödeyebileceği gibi kişisel verisi ile de karşılayabilir. Tüketici kişisel verisini sözleşme anında tacire sağlayabileceği gibi bunu sözleşme kurulduktan sonra da yapabilir³¹⁹. Başka bir deyişle tüketicinin para vermeden kullandığı ancak karşılığında kişisel verilerini sözleşmenin diğer tarafına sağladığı sözleşmeler de yönergenin uygulama alanında kalmaktadır.

Ancak bu durumdan kişisel verinin karşı tarafa sağlandığı her durumun DCD kapsamına girdiği düşünülmemelidir. Şayet verinin sağlanması sözleşmenin ifası veya yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için gerekli ise bu durumda DCD m. 3(1) uyarınca yönerge uygulama alanı bulmaz³²⁰. Zira bu durumda kişisel verinin toplanma amacı verilen “bedava” hizmetin karşılığını almak değil tüketiciye hizmeti doğru biçimde vermektir. Bu bakımdan sözleşme hukukunun genel ilkeleri bakımından da bunun bir karşı edim olduğu söylenemeyecektir³²¹. Ancak çoğu durumda veri işleme faaliyetinin kullanıcının rızasına dayandığını söylemekte yarar vardır³²².

Bununla beraber bu veriler sözleşmenin ifasının sağlanması için değil tacirin menfaati (mesela pazarlama faaliyetlerinde kullanması için) toplanmışsa bu durumda DCD uygulanacaktır. Dolayısı ile veri işleme faaliyetinin GDPR m. 6(1)(b)’ye veya 6(1)(c)’ye dayandırılabilirdiği durumlarda DCD’nin uygulama alanı bulmayacağı

³¹⁷ DCD, **Giriş**, ¶19.

³¹⁸ Axel Metzger, “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almany: Nomos, 2020 (A Market Model for Personal Data) s. 36-37.

³¹⁹ DCD, **Giriş**, ¶24.

³²⁰ Bu durumda kullanıcının, sağlayıcının topladığı verilerin sözleşmenin ifası veya yasal sorumluluğun yerine getirilmesi amaçlarının ötesine geçtiğini ispatlaması gerekebilir, bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 192. Yönerge ayrıca tacirin sadece metadata topladığı ve tüketicinin içeriğe erişmek için sözleşme kurmadan önce reklama maruz kaldığı durumlarda da uygulanmaz, bkz. DCD, **Giriş**, ¶25.

³²¹ De Franceschi, **Personal Data as Counter-Performance**, s. 64. Buna karşın doktrinde bir görüş her durumda hangi veri işleme faaliyetlerinin sözleşmenin ifasına yönelik olduğunun tespit edilmesinin zor olduğunu savunmuştur, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 20.

³²² Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 31.

söylenebilir³²³. Başka bir deyişle DCD gerçekten tam anlamıyla bir kazandırma teşkil edecek hizmet ve içerik sağlama faaliyetlerine uygulanmayacaktır. Bu yüzden kişisel verilerin işlenmesi GDPR m. 6(1)(b) veya 6(1)(c)'ye dayandırılmışsa bu faaliyet muhtemelen DCD'nin uygulama alanına girmez, ancak eğer GDPR m. 6(1)(a) veya 6(1)(f) söz konusu ise DCD gündeme gelebilecektir³²⁴. Örneğin bir navigasyon uygulamasının kullanıcının konum bilgisini işlemesi olağandır. Uygulamanın kullanıcının nerede olduğunu bilmeden ona gitmesi gereken güzergahı söyleyebilmesi mümkün değildir. Dolayısı ile konum bilgisi münhasıran bu amaç için kullanılırsa DCD uygulanmayacaktır. Ancak eğer bu uygulama yön göstermek için gerekli olmayan kullanıcının cinsiyeti bilgisini de talep ediyorsa bu durumda yönerge uygulanır³²⁵. Benzer biçimde uygulama konum bilgisini kullanıcıya gideceği yeri gösterdikten sonra başka amaçlarla kullanmaya devam ederse, örneğin konum bilgisi ile uyumlu reklamları kullanıcıya yönlendirirse bu durumda da DCD uygulama alanı bulacaktır. Ancak her durumda DCD m. 3(1) ile GDPR m. 6(1)(b)'nin uygulama alanlarının çakışacağı doğru bir çıkarım olmaz. Zira DCD m. 3(1) dijital içerik veya hizmetin sağlanması için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olmasına vurgu yaparken; GDPR m. 6(1)(b) sözleşmenin ifası için verilerin işlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan GDPR m. 6(1)(b)'nin DCD m. 3(1)'e nazaran daha geniş bir uygulama alanı olduğu söylenebilir. Bu karşın çoğu durumda, bu teorik ayrım saklı kalmak üzere, GDPR m. 6(1)(b) ile DCD m. 3(1)'in uygulama alanlarının çakışacağını kabul etmek gerekir³²⁶.

Fark edildiği üzere DCD'de düzenlenen faaliyetlerin çoğu aslında aynı zamanda bir veri işleme faaliyetini de içerir. Bu durumda GDPR da uygulama alanı bulacaktır³²⁷. Yönerge DCD ile GDPR ve hatta diğer AB hukuku düzenlemeleri arasındaki

³²³ Metzger, **A Market Model for Personal Data**, s. 35. DCD taslak halindeyken de benzer bir sonuca varmak mümkündü, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 18; Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 9.

³²⁴ Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 156.

³²⁵ Konum bilgilerinin ticari olarak kullanılmasının kişisel verilerin korunması hukuku ışığında bir değerlendirmesi için bkz. Zohar Efroni, "Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation", **Smart Urban Mobility. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law** (editörler: Michèle Finck, Matthias Lamping, Valentina Moscon & Heiko Richter), Vol. 29, Berlin: Springer, 29 September 2020 (Location Data as Contractual Counter-Performance).

³²⁶ Bu yönde bkz. Efroni, **Location Data as Contractual Counter-Performance**, s. 278.

³²⁷ Aynı işleme birden fazla düzenlemenin uygulanmasının hukuk düzenide olağan olduğu hakkında bkz. Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 5. Ancak doktrinde bir görüş GDPR'ın DCD üzerindeki hakimiyetini onu çok kısıtladığı gerekçesi ile eleştirmektedir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 301.

ilişkiyi düzenlerken diğer düzenlemelerin hükümlerin uygulanmaya devam edeceğini vurgulamıştır. Buna göre örneğin kişisel verinin hukuka uygun işlenip işlenmediği ve rıza gibi meseleler münhasıran GDPR hükümleri uyarınca çözüme kavuşturulur³²⁸. Bunun gibi verilerin silinmesini talep etme, rızanın geri çekilmesi, veri taşınabilirliği haklarına ilgili kişi haklar DCD'nin de uygulama alanı bulması nedeni ile halel gelmez. Bunlar da DCD'den doğan hakların yanında ilgili kişiler tarafından talep edilebilir³²⁹. Bu bakımdan DCD'nin tüketicinin haklarını düzenlerken bir ayırım yapmış olduğu söylenebilir. Tüketicinin kişisel verileri bakımından GDPR düzenlemeleri uygulanacakken, kişisel veri niteliğinde olmayan veriler bakımından DCD düzenlemeleri uygulanacaktır³³⁰.

Buna karşın GDPR ile DCD'nin her zaman tam bir uyum içinde olup olmadığı tartışılır. Özellikle rızaya ilişkin GDPR'ın getirdiği rejim ile DCD arasındaki ilişkinin doğru kurulması gerekir. Daha önce de temas edildiği gibi GDPR m. 7(4) uyarınca eğer sözleşmenin ifası için gerekli olmayan bir veri işleme faaliyetine ilişkin rıza bir sözleşmenin yerine getirilmesinin ön koşulu haline getirilmişse rızanın özgürce verilip verilmediğine ayrıca bakılmalıdır. Buradaki değerlendirme ölçüsünde rızaya ilişkin çok dar bir yaklaşım benimsenirse bu ilişkilerin çoğunda sağlayıcıların, kullanıcıların kişisel verilerini, kullanıcıların açıklamış oldukları rıza beyanına rağmen rızaya geçerlilik tanınmadığı için, hukuka aykırı biçimde işledikleri sonucuna varılacaktır. Çalışmamızın ilk kısmında temas edildiği gibi WP29 bu hususta dar bir yaklaşım belirlenmesi gerektiğini söylemiştir. Doktrin rızanın özgürce verilip verilmediği hususunda üç temel yaklaşımdan bahsetmektedir. İlk yaklaşım uyarınca, belirli ve kapsayıcı bir bilgilendirmenin akabinde verilmesi halinde rızanın özgür olduğu sonucuna varılır. İkinci yaklaşım, ilgili kişinin bilgilendirildiği ve ilgili kişinin hem verilerin toplanma amacı hem de gerekli gördüğü hizmete erişimi bakımından baskı altına alınmamış olması gerekir. Son yaklaşım uyarınca ise, elde edilen menfaatler (mesela alınan hizmetler, erişim sağlanan içerikler) bakımından karşı edim olarak görüldüğü için parasal bir baskı altında olunmadığı zaman özgür rızadan

³²⁸ DCD, **Giriş**, ¶37-38. Bu bakımdan GDPR ve DCD arasında bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi olmadığı, bir arada uygulanacak olan iki paralel düzenleme olduğu doktrinde savunulmuştur, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 10.

³²⁹ DCD, **Giriş**, ¶38-39.

³³⁰ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 174.

bahsedilebilir³³¹. Kanaatimizce veri ekonomisinin geldiği nokta düşünüldüğünde sözleşme ile kişisel verilerin işlenmesini birbirinden uzaklaştırmaya çalışmak yerinde bir çaba olmayacaktır. DCD düzenlemesinin gelmesi bu yöndeki gelişimlere iyi bir örnektir. Bu yüzden GDPR m. 7(4)'ün çok dar algılanmaması gerektiğini, ilgili kişi yeterince bilgilendirildiği sürece vermiş olduğu rızanın özgürce verilmiş olduğunu kabul etmek daha yerinde ve gerçekçi olacaktır. Buna karşın doktrinde bir görüş, kullanıcının yeterince bilgilendirilmiş olmasının üzerinde parasal bir baskı kurulmayacağı anlamına gelmeyeceğini, bu baskı kurulduğunda da verilen rızanın geçerli olmayacağını savunmuştur³³².

En nihayetinde DCD tüketici hukukuna ilişkin sözleşmeleri düzenlediği için sözleşme hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Bununla beraber DCD sözleşme hukukuna dair çoğu konuyu düzenlemek yerine bu meselelerin çözümünü yerel hukuklara bırakmayı tercih etmiştir. Gerçekten de DCD m. 3(10) uyarınca yönerge üye devletlerin genel sözleşme hukukuna ilişkin düzenlemelerine hanel getirmemektedir. Bu yüzden sözleşmenin kurulması, geçerliliği, hükümsüzlüğü, etkisi, sözleşmenin sona ermesinin etkisi gibi meseleler DCD uyarınca değil yerel hukuklar uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Ayrıca DCD bu sözleşmelerin nitelendirilmesini (satış mı, kira mı, sui generis bir sözleşme mi?) yerel hukuklara bırakmıştır³³³.

DCD ile GDPR'ın kişisel veri içeren sözleşmeler için birçok ortak uygulama alanı bulunması bu iki düzenlemenin kapsamının tamamen çakıştığı anlamına gelmemelidir. Bazı durumlar için DCD'nin uygulama alanı GDPR'a göre daha geniştir. Ayrıntısına aşağıda girilecek olan verilerin taşınması hakkı GDPR altında sadece kişisel veriler için ileri sürülebilirken DCD altında kişisel veriler dışında

³³¹ Bu yaklaşımlar için bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 33. GDPR m. 7(4)'ün mutlak bir yasak getirmediği her olay bazında bir değerlendirme zorunluluğu içerdiği yönünde bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 227-228. Yazara göre aksinin kabulü GDPR'daki verilerin serbest dolaşımı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi temel hak ve özgürlüklerin orantsız bir sınırlaması niteliğinde de olacaktır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 229. Kaldı ki GDPR m. 7(4)'ün mutlak bir yasak getirdiği biçimde yorumlanması DCD'nin hiç uygulanamaması anlamına gelebilecektir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 230; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 96; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 12.

³³² Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 34.

³³³ DCD, **Giriş**, ¶12. Ancak bu tercih doktrin tarafından yönergenin yeknesak uygulamasına zarar verebileceği için eleştirilmiştir, bkz. Stepan Richter, "Supply of Digital Content and Services - New Legal Concepts Marred with Old Practical Problems," **Teises Apzvalga Law Review**, Vol. 24, No. 2, 2021 (New Legal Concepts) s. 7.

kullanıcı tarafından dijital ürün kullanılırken üretilen veriler de veri taşıma hakkının kapsamına girebilir³³⁴.

ii. Kişisel Verilerin Tacir ve Tüketicinin Hakları ile İlişkisi

Her ne kadar çalışmanın başlığında tacir ve tüketicinin hakları ifadesine yer verilmiş olsa da DCD tüketicinin kişisel verisini sağladığı sözleşmeler için tacirin ne gibi haklara sahip olacağından bahsetmemektedir. Örneğin kişinin verisinin işlenmesine ilişkin rızasını geri çekmesi üzerine tüketici ile tacir arasındaki sözleşmenin akıbeti iç hukuka bırakılmıştır³³⁵. Aslında tüketicinin kişisel verisini sözleşme karşılığında verme taahhüdü altına girmesi bir yandan sözleşme hukukuna hakim olan ahde vefa ilkesini ilgilendirirken diğer yandan kişisel verilerin korunması hukukundaki rızanın özgür olması şartına temas etmektedir. Bu gibi kişisel verilerin korunması hukuku ile sözleşme hukukunun karşı karşıya geldiği durumlar çalışmanın ikinci bölümünde ele alınacaktır.

DCD en nihayetinde tüketicilerin korunmasına yönelik getirilen bir yönerge olduğu için kapsamı sadece karşılığında kişisel veri sağlanan dijital içeriklerle sınırlı değildir. DCD tüketici ile tacir arasında kurulan sözleşmede uygunluk, sözleşmeye aykırılık halinde tarafların hakları gibi birçok konuya uygulanır. Bu başlık altında ise sadece kişisel verinin karşı edim olarak sunulduğu durumlarda özellik arz eden hususlara değinilmekle yetinilecektir.

1. Genel Olarak

İlk olarak bir dijital içerik veya hizmet için para veya kişisel veri veren kişiler için olabildiğince paralel düzenlemeler getirilmesi önemlidir. Zira DCD'nin amacı tüketici hukukuna ilişkin kuralları yeknesaklaştırarak daha etkin bir tüketici korumasının sağlanması ve işlem maliyetlerinin olabildiğince düşürülmesidir³³⁶. Aynı ürünü para vererek veya kişisel veri sağlayarak alan tüketiciler arasında ayırım yapmanın bu iki amaca uygun düşeceğini söylemek zordur. Kaldı ki tacirin elde ettiği menfaatler için para ve kişisel veri arasında bir fark da yoktur. Kişisel veri sağlayan kişi de bu hizmet veya içerikten “bedava” yararlanmamaktadır³³⁷. Bu bakımından kişisel veri sağlayanın daha düşük bir koruma ile korunmasının daha yerinde olacağı

³³⁴ Metzger/Efroni/Mischau/Metzger, **Data-Related Aspects**, s. 103.

³³⁵ DCD, **Giriş**, ¶40.

³³⁶ Metzger/Efroni/Mischau/Metzger, **Data-Related Aspects**, s. 91; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 206-207.

³³⁷ Mik, **Use of Websites**, s. 78-79; Elvy, **Paying For Privacy**, s. 1384-1385.

iddia etmek yerinde olmaz³³⁸. Örneğin yönerge tacirin sağlama borcu altına girdiği hizmeti sağlayamaması durumunda tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğunu düzenlemiştir (DCD m. 13) ve bunu yaparken sözleşme için para veya kişisel veri veren tüketiciler arasında bir ayrıma gitmemiştir.

Bununla beraber bazı durumlarda bu iki tüketici türü arasında ayırım yapılması kamu politikası ve verinin doğasından kaynaklanan nedenlerle gerekebilir. Bu durumlar için farklı muameleler öngörülmesini anlayışla karşılamak gerekir³³⁹. Örneğin dijital içeriğin veya hizmetin sözleşmeye uygun olmaması durumunda karşı edim olarak para veren tüketici bedelde indirim hakkını kullanabilir. Buna karşın karşı edim olarak kişisel veri sağlayan kişinin bedelde indirim hakkını kullanması mümkün değildir. Bu yüzden aslında DCD m. 14(6) uyarınca sözleşmenin ayıp nedeni ile sona erdirilmesi sadece bu ayıbın önemsiz olmaması durumuna hasredilmişken kişisel veri sağlayan tüketiciler önemsiz ayıplar için dahi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilirler³⁴⁰.

Bu hususlar dikkate alındığında DCD’de iki temel yaklaşımın dengelendiği göze çarpmaktadır. DCD bazı düzenlemeleri ile kişisel verilerin korunması hukukunu öne çıkartırken, başka bazı düzenlemelerinde sözleşme hukukunu öne çıkartmaktadır. Örneğin DCD’nin giriş kısmı 48. Paragraf önce kişisel verileri koruma hukukunun uygulanmasını vurgulayarak kişisel verinin bir temel hak olarak önemine vurgu yapmıştır. Ancak paragrafın devamında aşağıda ele alınacağı üzere GDPR’a aykırılıkların ayıp niteliğinde olacağını söyleyerek sözleşme hukukuna atıfta bulunmuştur³⁴¹.

2. Tacirin Kişisel Veri Koruma Hukukuna Uyuma Yükümlülüğü

Daha önce de ifade edildiği gibi bir tüketici sözleşmesinde tüketicinin karşı tarafa borcu kişisel verilerini sağlamak ise bu durum ister istemez veri işleme

³³⁸ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 20; Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 3-4.

³³⁹ Metzger/Efroni/Mischau/Metzger, **Data-Related Aspects**, s. 106.

³⁴⁰ DCD, **Giriş**, ¶67. Aslında bu noktadan bakıldığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır, hizmet veya içerik karşılığında kişisel veri sağlayan taraf hizmetin kendisine sözleşmeye uygun biçimde sağlanması garantisini altındadır, bkz. Richter, **New Legal Concepts**, s. 10.

³⁴¹ Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 149. Benzer biçimde eğer sözleşme öncesinde satıcı veya sağlayıcı veri işleme faaliyeti hakkında bilgi vermiş ancak daha sonra buna aykırı veri işleme faaliyetleri yapılmışsa bunun da bir ayıp niteliğinde olduğu savunulmaktadır, bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 11.

faaliyetlerine zemin hazırlamaktadır. Dolayısı ile bu tarz sözleşmelerin veri koruma hukuku ile ilişki içinde bulunması doğaldır.

DCD henüz taslak aşamasındayken dahi kişisel verileri korunması bakımından önemli duyarlılıklar ifade edilmişti. Özellikle verinin bir temel hak olmaktan çıkıp sadece bir mal varlığı hakkına dönüşmesi yönünde çekinceler vardı. Bu çekincelerin DCD'ye bir yansıması ise yönergenin GDPR düzenlemelerinin uygulanmasına halel getirmeyeceğinin yönergenin farklı yerlerinde vurgulanmış olmasıdır³⁴². Bu bakımdan tüketicilerin tacirler ile kişisel verileri karşılığında bir sözleşme ilişkisi içine girmiş olmaları, GDPR'dan doğan haklarını kullanmalarına engel teşkil etmez. Bununla beraber DCD bir adım daha atar ve GDPR'da düzenlenmiş olan kişisel veri koruma rejimine aykırılıkların sağlanan hizmet veya içerik bakımından ayıp niteliğinde olabileceğın düzenler. Bu gibi aykırılıkların hem sübjektif hem de objektif ayıp olarak nitelendirilmesi mümkündür³⁴³. Böylece tüketicinin veri koruma hukukundan gelen hakları, girmiş olduğu tüketici hukuku sözleşmesinden doğan sözleşmesel haklar ile perçinlenmiş olmaktadır.

3. Tacirin Verileri Kullanmaktan İmtina Etme Yükümlülüğü

Tacirin DCD altındaki bazı sorumlulukları DCD m. 16'da tacir bakımından sonuçları düzenlenen sözleşmenin sona ermesine bağlıdır³⁴⁴. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de DCD m. 16(3)'te düzenlenen tacirin sözleşme sona erdikten sonra tüketici tarafından uygulama kullanılırken üretilen kişisel veri olmayan içerikleri kullanmaktan imtina etme yükümlülüğüdür. Bunun karşılığında tüketici de DCD m. 17 uyarınca söz konusu dijital içerik veya hizmeti kullanmaktan imtina etmek ve bunları üçüncü kişilere sağlamamak yükümlülüğü altındadır.

³⁴² DCD, **Giriş**, ¶37, 38, 39, 48, 69. Dolayısı ile GDPR ile DCD arasında bir genel hüküm-özel hüküm incelemesi yapılmayacaktır, iki rejim de paralel olarak uygulanacaktır, bkz. Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 5. Veri koruma hukuku ve tüketici hukuku arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğı doktrinde tartışmalıdır. Bir grup yazar bu iki hukuk alanının birbirinden olabildiğince ayrılması gerektiğini düşünürken, aksi görüş bu iki hukuk alanının birbirine paralel olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 2-3.

³⁴³ DCD, **Giriş**, ¶48. Bu husus, DCD henüz taslak halideyken taslakta açıkça yazmamasına rağmen doktrin kullanıcının sözleşmeden veri koruma ilkeleri ile uyumlu olmasını makul olarak bekleyebileceğini, bunun da sağlanan içerik veya hizmetin ayıplı olup olmaması ölçeğinde değerlendirilebileceğini savunmuştur, bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 198.

³⁴⁴ DCD altında sözleşme üç şekilde sona erebilir: Tacir söz konusu hizmet veya içeriğı sağlamaz (DCD m. 13), tacir söz konusu hizmet veya içeriğı ayıplı olarak sunar (DCD m. 14-18), dijital içeriğın veya hizmetin tüketicinin aleyhine değıştirilmesi (DCD m. 19[2]), bkz. Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 163.

Sözleşme ile tacirin etki alanına giren kişisel veriler için ise DCD m. 16(2) GDPR'a atıfta bulunmaktadır. Başka bir deyişle tüketici sözleşme sona erdiğinde sağladığı kişisel veriler için GDPR'dan doğan haklarını kullanacakken, kişisel olmayan veriler bakımından DCD m. 16(3) uygulama alanı bulacaktır. Fark edildiği üzere DCD burada bir yandan kişisel verilerin korunması hukukuna atıfta bulunarak ilgili kişilerin temel haklarını koruma yoluna giderken diğer yandan taraflara karşılıklı olarak içeriklerden yararlanmama yükümlülüğü yükleyerek sözleşme hukukunu andıran bir yaklaşım sergilemektedir³⁴⁵.

GDPR altında tüketicinin sahip olduğu en başat hak yukarıda ayrıntısı ile incelendiği üzere GDPR m. 17'deki kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkıdır. Gerçekten çoğu durumda tüketici sözleşmeyi sona erdirmesi ile birlikte kişisel verilerinin işlenmesine dair rızasını da geri çekecektir.

DCD'deki düzenleme ise kişisel veriler için değil kişisel veri niteliğinde olmayan ancak tüketicinin söz konusu dijital hizmeti kullanırken ürettiği veriler için kullanılır. Ancak GDPR'dan farklı olarak DCD m. 16(3) tüketiciye burada gerçekten bir talep hakkı vermiş değildir. Maddenin lafzına bakıldığında³⁴⁶ tacire söz konusu içerikleri kullanmamak bakımından bir yükümlülük yüklenmiş olsa dahi tüketiciden bahsedilmediği görülmektedir³⁴⁷. Bu durum bir yandan tüketicinin aleyhineymiş gibi gözükse de tacire kendisine bir talep gelmese bile söz konusu içerikleri kullanmaktan imtina etme yükümlülüğü yüklemesi ile bir bakıma daha koruyucudur. Kaldı ki bir alt başlıkta incelendiği gibi tüketiciye bu içerikleri talep etme hakkı DCD m. 16(4)'te verilmiş bulunmaktadır.

GDPR ile DCD verilerin silinmesi bakımından da birbirinden ayrılmaktadır. GDPR m. 17 ilgili kişiye kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı tanımıştır. Bu durumda veri sorumlusu gecikme olmaksızın verileri silmek yükümlülüğü altına girer.

³⁴⁵ Bu yönde bkz. Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 148. Bununla beraber DCD'nin 09.12.2015 sayılı taslağı incelendiğinde madde 13(2)'de sözleşme hukuku ilkelerinin öne çıktığını görmek mümkündür, bkz. Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 148. Keza taslakta tüketicinin kişisel veri sağlamasının bir karşı edim olarak açıkça düzenlenmiş olması da bu yaklaşım ile paraleldir, bkz. Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 153.

³⁴⁶ Maddenin yazar tarafından çevrilen lafzı için bkz. "Tacir , kendisi tarafından sunulan dijital içerik veya hizmet tüketici tarafından kullanılırken tüketici tarafından sağlanan veya üretilen kişisel veri dışındaki içerikleri kullanmaktan imtina etmelidir." (*"The trader shall refrain from using any content other than personal data, which was provided or created by the consumer when using the digital content or digital service supplied by the trader"*).

³⁴⁷ Bu farka rağmen iki hükmün uygulanması açısından sonuçların çok farklı olmayacağı yönünde bkz., Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 170.

Başka bir deyişle GDPR veri sorumlusuna adeta bir sonuç borcu yükler. Oysa DCD m. 16(3)'de içeriklerin silineceğine dair bir ibare yer almamaktadır. Ayrıca yönerge tacire bir sonuç borcu yüklememekte sadece imtina etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu bakımdan tacirin borcu adeta bir özen borcu gibidir³⁴⁸.

DCD ve GDPR'daki düzenlemeler arasındaki bir diğer fark da istisnalara ilişkindir. GDPR'a bakıldığında istisnaların çok daha dar kapsamlı olduğu görülür. Bunlar kısaca ifade özgürlüğü başka bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yasal hakların kullanımı, kamu menfaati gibi durumlardır. DCD ise taciri GDPR'dan çok daha fazla korumaktadır. DCD m. 16(3) temelde dört adet istisna halini saymaktadır. Bu hallerden birinin varlığı halinde tacir söz konusu içerikleri kullanmaktan imtina etmek zorunda kalmayacaktır. Bunlardan DCD m. 16(3)(d) söz konusu verinin başka kullanıcılarca birlikte üretilmiş olması durumunu düzenler ki bu düzenlemenin GDPR'ın istisnaları ile en azından *ratio legis* bakımından paralel olduğunu söylemek mümkündür³⁴⁹. Zira amaç içerikte katkısı bulunan diğer kişilerin menfaatlerini korumaktır. Ancak diğer üç bentte sayılan istisnalarda tacirin tüketiciye kıyasla kayırıldığını söylemek mümkündür. DCD m. 16(3)(a) uyarınca şayet söz konusu içerikler tacir tarafından sunulan dijital içerik veya hizmet dışında tüketici için kullanışlı değilse tacir bunları kullanmaya devam edebilecektir³⁵⁰. İkinci olarak söz konusu veriler sadece tüketicinin bu dijital içerik ve hizmet kullanılırken yaptığı faaliyetlere ilişkin ise tacir bunları sözleşme sona erdikten sonra da kullanmaya devam edecektir. Son olarak eğer bu veriler tacir tarafından başka içerikler ile birlikte toplanmış ve bunların birbirinden ayrılması ölçüsüz bir emek gerektiriyorsa da tacir bu içerikleri kullanmaya devam edebilecektir³⁵¹.

³⁴⁸ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 169. Bununla beraber DCD'nin taslağında yer alan "sağlayıcı kullanmakta imtina etmek için kendisinden beklenebilecek her türlü tedbiri alır" ("*the supplier shall take all measures which could be expected in order to refrain from the use*") ifadesinin yönergeye alınmaması ve bir fiili yapmaktan kaçınmanın da bir tür sonuç borcu olduğu düşünüldüğünde DCD'nin de tacire sonuç borcu yüklediği savunulabilir. Bu yönde bkz. Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 170.

³⁴⁹ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 170

³⁵⁰ İçeriğin kullanışlı olmaması yönergenin giriş kısmında içeriğin tacir ile kıyaslandığında tüketici için önemli pratik kullanışa veya menfaate ("*significant practical use or interest*") sahip olmaması şeklinde açıklanmıştır, bkz. DCD, **Giriş**, ¶71. Doktrinde bu husus "önemli pratik kullanış veya menfaatin" birçok farklı görünümü olabileceği (örneğin kişinin bu içeriklerle anılarını yazmak isteyebilir, onlarla duygusal veya manevi bir bağ kurmuş olabilir) gerekçesi ile eleştirilmiştir, bkz. Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 182.

³⁵¹ Doktrinde bir görüş burada öngörülen istisnaları, taciri haddinden fazla koruduğunu ve bu istisnaların dayanaklarının yeterince ortaya konmadığı gerekçesi ile eleştirmektedir, bkz. Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 181-182

4. Tüketicinin Verilerini Alma Hakkı

Sözleşmenin sona ermesi durumunda DCD'nin tüketiciye tanıdığı haklardan biri ürettiği içeriği tacirden talep etme hakkıdır. DCD m. 16(4) altında düzenlenen bu hak uyarında tüketici tacirden kişisel veriler hariç dijital ürünü kullanırken ürettiği veya sağladığı verileri talep etme hakkına sahip olacaktır. Bunun nedeni tüketicinin uygun olmayan bir ifa durumunda haklarını o zamana kadar bu dijital hizmet veya üründe ürettiği içeriklerden mahrum kalma endişesi duymadan yasal haklarından yararlanabilmesini sağlamaktır³⁵².

Tacirin bu durumda talebi geri çevirmek için ileri sürebileceği istisnalar bir üst başlıkta izah edilen 16(3)(a),(b) ve (c) halleridir³⁵³. Talep halinde tacir bu içerikleri bir bedel almaksızın ve veri sorumlusunun engellemesine maruz kalmadan, makul bir zaman içinde, makine tarafından okunabilecek bir formatta sağlamakla yükümlüdür.

GDPR'da kişisel veriler için bu hakka çok benzer biçimde veri taşıması hakkı tanınmıştır. Orada da ilgili kişi veri sorumlusuna sağladığı kişisel verilerini yapısal biçimde, makine tarafından okunabilecek bir formatta alınmasını ifade eder (GDPR m. 20). Buna karşın DCD ile GDPR'daki ilgili maddelere bakıldığında bazı farklar göze çarpmaktadır³⁵⁴. İlk olarak maddelerin kapsama alanı birbirlerinden farklıdır. GDPR kişisel veriler için uygulanırken, DCD tüketici tarafından dijital hizmet veya içerik kullanılırken oluşturulmuş kişisel olmayan verilere uygulanacaktır.

İkinci önemli fark ise GDPR'dan doğan veri taşıma hakkının her zaman kullanılabilmesine karşın DCD'den doğan hakkın ancak tüketici ile tacir arasındaki sözleşme sona erdikten sonra kullanılabilir olmasıdır. Maddelerin lafızlarına bakıldığında da farklı düzenlendiklerini görmek mümkündür. GDPR altında yapılan bir talepte sağlanacak içeriğin yapısal olarak aktarılması gerektiği açıkça yazmış olsa da DCD altında böyle bir ifadeye rastlamak mümkün değildir. Ancak bu eksiklik alınan verinin başka bir tacire aktarılmasına engel olacak biçimde yorumlanmamalıdır³⁵⁵. Ayrıca GDPR'da yer alan “veri sorumlusunun engellemesine maruz kalmadan” ifadesine DCD'de yer verilmemiştir ki bunun veri pazarında

³⁵² DCD, Giriş, ¶70; Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 103.

³⁵³ İstisnaların kullanıcı lehine dar yorumlanması gerektiği ve her zaman ölçülülük ilkesi uyarınca uygulanması gerektiği hakkında bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 104.

³⁵⁴ DCD'nin taslağı ile GDPR arasında yapılan veri taşıma hakkı bakımından kapsamlı bir karşılaştırma için bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 103 vd.

³⁵⁵ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 171.

rekabetin geliştirilmesi için yerinde bir düzenleme olacağı söylenebilir³⁵⁶. Bu iki düzenleme arasındaki önemli bir başka fark ise bu hakların ileri sürülebileceği çevre ile ilgilidir. GDPR'dan doğan hak ilgili kişi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşme olsun veya olmasın talep edilebilir, oysa DCD'den doğan hakkı tüketici sona ermiş olan sözleşmenin diğer tarafı olan tacirden talep edebilecektir³⁵⁷. Ayrıca GDPR bir veri sorumlusundan diğerine doğrudan veri taşımasına olanak tanıyan bir hak içerse de DCD'de benzer bir düzenleme bulunmamaktadır³⁵⁸. Bununla beraber eğer tüketici ile tacir arasındaki sözleşmede böyle bir hak tüketiciye verilmişse bu sefer sözleşmeye dayanarak tüketicinin tacirden ürettiği içeriğin başka bir tacire aktarılmasını talep etmesi mümkün olacaktır³⁵⁹.

Yönerge ile GDPR arasındaki önemli bir başka fark ise veri taşınabilirliği haklarının kullanılabileceği içeriklerle ilgilidir. Daha önce açıklandığı gibi³⁶⁰ her ne kadar GDPR m. 20'nin lafzında ilgili kişinin veri sorumlusuna sağladığı veriler yazmış olsa da bu ifadeden uygulamada ilgili kişinin aktif olarak sağladığı veriler yanında veri sorumlusu tarafından gözlemlenen veya toplanan yani ilgili kişinin pasif kalarak veri sorumlusuna sağladığı veriler de girer. Bu bakımdan veri sorumlusunun topladığı veriler üzerinde çalışarak ürettiği yeni içerikler GDPR m. 20 kapsamı dışında kalmaktadır.

DCD m. 16(4)'ün lafzına bakıldığında ise tüketicinin tacire sağladığı ve dijital hizmet veya içerik kullanılırken üretilen içerikler için kullanacaktır. Dolayısı ile GDPR m. 20'den farklı olarak tüketicinin pasif olarak tacire sağlamış olduğu veriler üzerinde DCD'den doğan bir taşınabilirlik hakkı bulunmamaktadır³⁶¹. Buna karşın DCD'nin sadece kişisel verilere değil kullanıcı tarafından üretilmiş içerikleri de uygulanabiliyor olması bu bakımdan kapsama alanının daha geniş olduğu sonucunu doğurur³⁶².

³⁵⁶ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 171.

³⁵⁷ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 171.

³⁵⁸ Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 21. DCD taslak halindeyken doktrinde üçüncü kişilere etkili bir talep hakkının kullanıcılara tanınması önerilmişti, bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 104.

³⁵⁹ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 171.

³⁶⁰ Bkz. Bölüm I.B.2.a.iv.f, s. 56-57.

³⁶¹ Lapuente, **Termination of the Contract**, s. 179.

³⁶² Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 103; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 21.

c. Tüketici Hakları Yönergesindeki Değişiklikler

CRD³⁶³ ilk haliyle her ne kadar dijital içeriklere uygulanıyor olsa da yönergenin kapsamına girmek için tüketicilerin bu içerikler karşılığında parasal bir bedel ödemesi gerekiyordu. Yönergenin tasarı aşamasında gerek Parlamento gerek de Konsey bu yönde görüş bildirmişti³⁶⁴.

Ancak daha sonra CRD ile DCD arasındaki uyumsuzlukları gidermek amacıyla CRD’de 2019/2161 sayılı yönerge Avrupa Birliği İcra ve Modernizasyon Yönergesi (*Enforcement and Modernization Directive [EMD]*)³⁶⁵ ile önemli bazı değişiklikler yapıldı³⁶⁶. Bu değişikliklerden biri CRD m. 3(1)’e eski halinde bulunmayan açık biçimde “tüketicinin bir bedel ödediği veya ödeme yükümlülüğü altına girdiği” ifadesinin eklenmesiydi³⁶⁷. Ancak daha da önemlisi CRD m. 3’e eklenen (1a) bendi ile tüketiciye taşınabilir bir ortamda sunulmayan dijital içerik veya hizmet sunan veya sunma borcu altına gire tacire karşı, tüketici bu içerik veya hizmet karşılığında kişisel veri sağlıyor veya sağlama yükümlülüğü altına giriyorsa da CRD’nin kapsamında bir tüketici işlemi olarak değerlendirilecektir. Aynı DCD gibi CRD’de de yapılan değişiklikten sonra verinin sadece dijital içerik veya hizmetin sunulabilmesi veya hukuki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla toplandığı durumlarda uygulanmayacaktır³⁶⁸.

³⁶³Yönergenin metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> (erişim tarihi: 20.04.2023)

³⁶⁴ Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 13. Ancak bu dönemde dahi (başka bir deyişle EMD’den önce) Komisyon, her ne kadar CRD doğrudan tüketicinin “bir bedel ödediği” (*pay a price*) ifadesine satış ve hizmet sözleşmelerini tanımlarkenatif yaparak bunları kapsama almışsa da dijital içerik sözleşmeleri için böyle bir hüküm bulunmadığını bu yüzden bunların da CRD kapsamında olduğunu savunmuştur, bkz. European Commission, “DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council”, Haziran 2014 (DG Justice),s. 64.

³⁶⁵ Yönergenin metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2161&from=EN> (erişim tarihi: 20.04.2023).

³⁶⁶ EMD, **Giriş**, §31-32.

³⁶⁷ Ödenecek bedel parasal değere dönüştürülebilir herhangi bir formda (örneğin hediye kartları, sadakat puanlar vs.) olabilir. Bu CRD’in uygulanabilirliğine etki etmez, bkz. European Commission, “Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights”, 29.12.2021, C 525/1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from=EN) (erişim tarihi: 20.04.2023) (Guidance on CRD) s. 12.

³⁶⁸ EMD, **Giriş**, §33-34; European Commission, **Guidance on CRD**, s. 13. Ayrıca CRD tacirin sadece metaveri (tüketicinin cihazı veya gezinme geçmişi gibi) durumlarda da uygulanmayacaktır, bkz. EMD, **Giriş**, §35.

EMD ile CRD m. 13'e tacir için DCD'deki yükümlülüklerle benzer yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre tüketicinin sözleşmeden döndüğü³⁶⁹ durumda tüketicinin kişisel verileri hakkında tacirin GDPR'a uygun hareket etmek, kişisel veri olmayan ancak tüketiciler tarafından oluşturulan içerikleri de kullanmaktan imtina etmek sorumluluğu vardır³⁷⁰. Tacirin tüketicinin oluşturduğu kişisel veri dışındaki içerikleri kullanmaktan imtina etmesi sorumluluğuna bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların da DCD'deki ilgili istisnalar ile paralel olduğu görülmektedir. Bundan başka yine DCD ile paralel olarak CRD m. 13'e eklenen 7. bent ile tüketiciye dijital içeriğini tacirden talep edebilme hakkı tanınmıştır.

DCD için olduğu gibi CRD için de CRD m. 13(4)'te açıkça ifade edildiği gibi veri işleme faaliyeti için tacirin GDPR ile uyumlu olma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla veri işleme faaliyetinin GDPR m. 6'daki hukuka uygunluk hallerinden birine dayanması gerekmektedir. Hatta GDPR bakımından uygun hukuka uygunluk nedeninin bulunması çalışmasının CRD'nin uygulanıp uygulanmayacağının bulunmasında tacire yardımcı olabilir. Eğer tacir GDPR m. 6(1)(b) (veya GDPR m. 6(1)(c)) bendine dayanabiliyorsa karşı edimi kişisel veri olan bir sözleşme için yüksek ihtimalle CRD uygulama alanı bulmayacaktır, ancak eğer dayanamıyorsa CRD'nin de uygulama alanı bulma ihtimali yüksektir³⁷¹.

³⁶⁹ CRD m. 9 uyarınca bazı istisnalar saklı kalmak üzere tüketicilerin herhangi bir haklı sebep göstermek yükümlülüğü olmaksızın mesafeli olarak yapılan tüketici sözleşmelerinden 14 gün içinde dönme imkanları vardır.

³⁷⁰ Aynı DCD'de olduğu gibi sözleşmenin sona ermesi ile kişisel verilerin akıbetinin ne olacağına GDPR üzerinden karar verilecektir. Kişisel veri olmayan içerikler bakımından ise CRD hükmü uygulanacaktır, bkz. European Commission, **Guidance on CRD**, s. 53.

³⁷¹ European Commission, **Guidance on CRD**, s. 14.

II. SÖZLEŞME HUKUKU KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLER

Bir önceki başlıkta gerek Türkiye’de gerek de AB’de kişisel verilerin korunması hukukunun ilgili kişilere sağladığı haklar ayrıntısı ile ele alınmıştır. Ancak bu koruma rejiminin, ilgili kişilerin kişisel verileri karşılığında girmiş oldukları sözleşme ilişkilerinde sözleşme hukukundan doğan haklarını ne kadar karşılayabildiklerinin tartışılması gerekir. Bu hukuki ilişkilerde kişisel verisini diğer tarafa sağlayan kişiler kişisel verilerin korunması hukuku anlamında “ilgili kişi” olmanın ötesinde aynı zamanda birer “sözleşme tarafı”dır. AB’de yavaş yavaş kişisel verinin sözleşmelerin karşı edimi olduğu iş modellerinin tanınması ile bu noktadaki açığın kapatılmasına yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bunlardan DCD ile CRD’deki değişiklikler bir önceki başlıkta incelenmiştir. Ancak hukukumuzda henüz bu yönde somut bir adım atılmış değildir. Bu yüzden şu anki durumun borçlar hukuku düzenlemeleri ışığında ele alınması gerekecektir. Çalışmanın devamında kişisel verinin sözleşmenin karşı edimi olduğu sözleşmelerin borçlar hukukundaki yansımaları incelenecektir.

A. Kişisel Verinin Sözleşmeye Konu Olmasında Öncü Sorunlar

1. Hukuki Sorunun Takdimi

Teknolojik imkanların gelişmesi ile verilerin çok daha az masrafla elde edilebilmesi içinde kişisel verilerin de bulunduğu büyük veri paketlerinin çok daha kolay biçimde işlenebilmesine veya iletilebilmesine olanak sağlamıştır³⁷². İlk zamanlar yasal bir düzenlemenin bulunmamasını fırsat bilen şirketler önemli miktarlarda veri işlemiş, onlar üzerinde tasarrufta bulunmuş ve bunlardan ciddi miktarlarda kar elde etmiştir. Veri toplayarak bunlardan yüklü miktarda kar elde eden firmalardan ayrıca bir bedel ödmeden hizmet alabilen toplum bu durumu çok sorgulamamıştır. Daha sonra bu şekilde verilerden elde edilen gücün kullanımı konusunda toplum duyarlılığı ise ancak *Cambridge Analytica*³⁷³ ve 2016 ABD

³⁷² Dünya’da üretilen verilerin hacmi 2018’de 33 zettabayt iken bu sayının 2025 yılında 175 zettabayta çıkması beklenmektedir, bkz. European Commission, **A European Strategy For Data**, s. 2.

³⁷³ Cambridge Analytica skandalının arka planı hakkında bkz. Nicholas Confessore, “Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far”, **The New York Times**, 4 Nisan 2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html> (erişim tarihi: 5.7.2022).

seimleri³⁷⁴ skandalları ile oluşmaya bařlamıřtır³⁷⁵. nceki başlıklarda ele alındığı gibi günümüz itibariyle kişisel verilerin işlenmesi merkezinde bir temel hak olarak kişisel verilerin korunmasını esas alan düzenlemelere tabi tutulmuş durumdadır. Bu düzenlemelerde kişisel veri münhasıran kişilik haklarının korunması bakış açısından incelenmektedir³⁷⁶.

Bununla beraber bu çalışma altında da ele alınacağı gibi mevcut düzenlemelerin veri ekonomisinin gerçekleri ile ne kadar uyumlu olduğu tartışmalıdır ve tartışılmalıdır. Zira gerek KVKK gerek de GDPR’a bakıldığı zaman kişisel veri hususunda esas vurgunun kişilerin mahremiyet hakları üzerinde olduğu görülür. KVKK m. 1’de “*başta özel hayatın gizliliği olmak üzere*” diyerek kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliği ile yakın ilişkisini ortaya koymuřtur³⁷⁷. GDPR m. 1 tüzüğün amacı ve konusu altında kişisel verilerin korunmasının temel haklar ile bağlantılı bir mesele olduğunu sylemektedir³⁷⁸.

Keza AYM de kişisel verilerin korunması hakkında verdiği kararlarda özel hayatın gizliliği ile ilgili düzenlemelere ve içtihatlarla atıfta bulunmaktadır³⁷⁹. Kişisel verilerin Anayasal koruma altına alındığı düzenlemenin esasında özel hayatın korunmasına ilişkin olması Anayasa koyucunun kişisel veriye nasıl yaklaştığını ortaya koymaktadır. Yargıtay’ın kararlarında “*Kişisel verilerin korunmasının sağlanması ile birlikte özel hayatının gizliliği korunmuş olacaktır*” gerekçesine yer vermesi Yüksek

³⁷⁴ Amerikan seçimlerine sosyal medyadan yayılan yalan haberlerin etkisi hakkında bir inceleme için bkz. Hunt Allcott/ Matthew Gentzkow, “Social Media and Fake News in the 2016 Election”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol 31., No. 2, Spring 2017, s. 212-213, 220 vd..

³⁷⁵ Sanjay Sharma, **Data Privacy and GDPR Handbook**, New Jersey: Wiley, 2020 (GDPR Handbook), s. 37.

³⁷⁶ Vanessa Mak, “Contract and consumer law”, **Research Handbook in Data Science and Law** (editörler: Vanessa Mak/ Eric Tjong Tjin Tai/ Anna Berlee), Cheltenham/Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2018 (Contract And Consumer Law), s. 21.

³⁷⁷ ztrk/Altınok alışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 20-21. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin bazı düzenlemeler ise kişilik haklarının korunmasını ne çıkartmaktadır, bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 320.

³⁷⁸ Prashant Mali, **GDPR Articles With Commentary & EU Case Laws**, Cyber Infomedia https://archive.org/details/GDPRArticlesWithCommentaryEUCaseLaws_201904/page/n3/mode/2up (erişim tarihi: 6.7.2022), (GDPR Commentary) , s. 1-2.

³⁷⁹ AYM, Arif Ali Cangı, ¶40; AYM, **Aylin Nazlı Kaya Başvurusu (2)**, B.N.: 2018/24439, R.G.S.: 31552, R.G.T.: 29.07.2021, K.T.: 15.06.2021 (Aylin Nazlı Kaya (2)), ¶23 (<https://legalbank.net/arama>); AYM, **Ramazan şahin Başvurusu**, B.N.:2018/11988, R.G.S.: 31814, R.G.T.: 19.04.2022, K.T.: 10.03.2022 (Ramazan şahin), ¶32 (<https://legalbank.net/arama>).

Mahkeme nezdinde de kişisel verilerin korunmasının biri özel hayatın gizliliği meselesi olarak ele alındığını göstermektedir³⁸⁰.

Benzer biçimde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı altında da kişisel verilerin korunması hukukunun özel hayatın gizliliği bağlamında incelendiği görülmektedir³⁸¹. Örneğin S. ve Marper Birleşik Krallık davasında mahkemenin kişisel verilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8 kapsamında korunacağına hükmetmiştir³⁸². Daha önce de belirtildiği gibi tüzel kişilerin verileri GDPR kapsamında korunmamaktadır. Bununla beraber AİHS m. 8'in tüzel kişilerin verileri için de koruma sağladığı kabul edilmektedir³⁸³. Bernh Larsen Holding AS ve diğerleri Norveç kararında mahkeme vergi denetimi esnasında bütün verileri kopyalanan üç şirketin AİHS m. 8 altındaki konuta ve haberleşmenin gizliliği haklarına müdahale teşkil edeceğine karar vermiştir³⁸⁴.

Buraya kadarki yaklaşımların yerinde olmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Halihazırda elimizde bulunan düzenlemelerin henüz ilk on yıllarını dahi doldurmadıklarını da düşündüğümüzde, veri ilgililerinin haklarını büyük oranda geliştğini kabul etmek gerekir. Bununla beraber bu düzenlemelerin kişisel veriye bakışlarının gerçekten yerinde, hiç değilse yeterli olup olmadıklarının tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu mesele sadece kişisel verilere özel bir durum olarak da görülmemelidir. Hukuk dünyasında en başında sadece korunacak bir hak olarak görülen başka bir

³⁸⁰ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 2017/4-1340 E., 2018/1622 K., K.T.: 6.11.2018 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

³⁸¹ Terwangne, **GDPR Commentary Article 5**, s. 313; Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 24, 40.

³⁸² AİHM, Büyük Daire, **S. and Marper v. the United Kingdom**, Başvuru No.: 30562/04 ve 30566/04, Karar, Strazburg, 4 Aralık 2008 (S. ve Marper / Birleşik Krallık), ¶66 (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-90051%22%7D%7D>).

³⁸³ FRA, **Handbook on European Data Protection Law**, s. 84.

³⁸⁴ AİHM, Birinci Daire, **Bernh Larsen Holding As and Others v. Norway**, Başvuru No.: 24117/08, Judgment, Strazburg, 14 Mart 2003, (Bernh Larsen / Norveç) ¶105. Avrupa'da kişisel verinin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve AİHS kapsamında yeri hakkında bkz. Boerding/Culik/Doepke/Hoeren/Juelicher/Roettgen/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 327; European Parliament, "Contracts for the supply of digital content and personal data protection", 15.05.2017,

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI\(2017\)603929_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI(2017)603929_EN.pdf) f (Contracts for the supply of digital content) s. 2-3. Avrupa Birliği'nde serbest dolaşım ilkeler uyarınca verinin durumu hakkında ayrıca bkz. . Boerding/Culik/Doepke/Hoeren/Juelicher/Roettgen/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 329-330.

deyişle sahibinin pasif olarak yararlandığı genel anlamda kişilik haklarının³⁸⁵, gelişen ekonomide hak sahiplerinin bunlardan yararlanmasına yani onları aktif biçimde kullanılmaya başlaması önemli bir paradigma değişimidir³⁸⁶.

Bunun en büyük nedeni bu çalışmanın da ilk bölümünde ele alındığı gibi kişisel verilerin artık ekonominin belki de en büyük dilimlerinden birini oluşturmasıdır. Veri işleyen şirketlerin veri sahipleri ile kurdukları ilişkilerin arka planında daha çok ekonomik motivasyonlar vardır. Kullanıcıların verilerine ulaşamayan bir sağlayıcının bu hizmet veya içerikleri sağlamaya devam edeceğini söylemek çok muhtemel değildir³⁸⁷. Ayrıca veri sahibi gönüllü olarak bu ilişkinin içine girdiğine göre onun da ücret ödmeden hizmet alma yahut bu hizmetten daha iyi yararlanma gibi ekonomik motivasyonlarla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bu durumu sadece mahremiyet ve özel hayata saygı haklarına dayandırarak çözmeye çalışmak meselenin bütün boyutlarını görmemize engel olacaktır. Zira özel hayatın korunmasına ilişkin getirilen koruma daha çok bir yapmama borcu içerir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse özel hayatın korunmasında birey kendi özel hayatını sürdürür ve burada oluşturduğu hayatın gizliliğinin başkaları tarafından ihlal edilmemesini talep eder. Burada özel hayatı korunan kişi pasif bir konumdadır. Üçüncü kişilerden de özel hayatı ihlal eden davranışlarda bulunmamaları beklenecektir. Birey ile üçüncü kişi arasında çoğu zaman sosyal bir temas olması dahi aranmaz.

Oysa kişisel veri ekonomisinde taraflar özgür iradeleri ile bir ilişki içine girmektedirler. Bu bakımdan tesadüfi iki kişinin karşılaşmasından değil, birbiri ile bilerek temasa geçen iki kişiden bahsedilir. Kaldı ki özel hayatın gizliliğinden farklı olarak veri sahibi kişi pasif bir konumda bulunmamakta, harekete geçerek kendi verisini sağlaması karşılığında ücret ödmeden bazı ekonomik menfaatler elde

³⁸⁵ Buna aynı zamanda menfi haklar da denmektedir. Bu haklar uyarınca kişiler ancak bir ihlal durumunda harekete geçebileceklerdir yoksa müspet anlamda bu hakları kullanamazlar. Bu yönde bkz. Corien Prins, "When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter." **SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society**, Vol. 3, No. 4, December 2006 (Personal Data Become a Commodity), s. 280-281.

³⁸⁶ Giorgio Resta, "The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives", **Tulane European & Civil Law Forum**, Vol. 26, 2011 (Personality Rights and the Problem of Commodification) s. 42.

³⁸⁷ Gerald Spindler, "Contracts for the Supply of Digital Content - Scope of Application and Basic Approach - Proposal of the Commission for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content." **European Review of Contract Law**, Vol. 12, No. 3, 2016 (Scope of Application), s. 191-192.

etmektedirler. Diğer yünden bu ilişkinin diğer tarafında olan şirketler elde ettikleri verileri işleyerek önemli miktarda paralar kazanabilmektedirler.

Bu ilişkiler ağı içinde iki tarafın da kendisine kazandırdığı ekonomik kazanımların nasıl bir özel hukuk ilişkisi içinde tanımlanabileceğinin belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde taraflar arasındaki ilişkinin birçok boyutu gözden kaçırılacağı için adil bir menfaatler dengesi kurulamaz. Hatta bazı yazarlar mevcut düzenlemelerin büyük veri sistemleri ve bulut sistemleri karşısında bireyi korumaktan uzak olduğunu savunmuşlardır³⁸⁸.

Sorun zannedildiğinin aksine sadece verisini diğer tarafa sağlayan ilgili kişinin menfaatlerinin adil olmayan biçimde kısıtlanmasında da değildir. Veri işleyen kişinin menfaatleri dikkate alındığında da KVKK veya GDPR gibi düzenlemelerden ilgili kişiye verilen bazı hakların veri işleyen ile ilgili kişi arasındaki sözleşmesel dengeyi bozabilecek durumda olduğu da görülür. Örneğin verisini ücretsiz hizmet almak için hizmet sunucuya sağlayan kişi daha sonra şayet verisinin silinmesini talep ederse, rızasının geri çekerse, işlemenin kısıtlanmasını isterse; kısaca hizmet sağlayanın verdiği hizmet karşılığında edindiği veri üzerindeki tasarruf imkanlarını kısıtlarsa bundan taraflar arasındaki sözleşme nasıl etkileneceği sorusunun cevaplanması gerekir. Halihazırda elimizde bulunan düzenlemeler bu sorulara bir cevap üretebilmiş değildir.

Bu yüzden aşağıdaki bölümlerde kişisel veri ekonomisine yönelik diğer sorunlar ele alındıktan sonra ilk olarak kişisel verinin hukuki niteliği tartışıldıktan sonra kişisel verinin sözleşme ilişkilerine konu olması durumunda ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzluklara mevcut sözleşme hukuku düzenlemeleri uyarınca nasıl cevaplar verilebileceği tartışılacaktır.

³⁸⁸ Omer Tene, “Privacy Law’s Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 74:6, 2013 (Privacy Law’s Midlife Crisis), s. 1239-1240, 1248 vd. Bunun dışında tüketici hukuku düzenlemelerinin kişisel veri koruma hukukunu tamamlayabileceği yönünde bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 24; Rhoen, **Beyond Consent**, s. 6 vd.. Benzer biçimde veri koruma hukukunun karmaşıklığı ve gizlilik sözleşmesi gibi sözleşmelerin artan sayısı nedeniyle gerek insan hakları gerek de veri koruma hukuku bağlamında kişilerin verilerinin korunmasının yeterince etkin olmadığı hakkında bkz. Michiel Rhoen, “Beyond consent: improving data protection through consumer protection law”, *Internet Policy Review*, Vol. 5, Issue 1, 31 March 2016 (Beyond Consent) s. 4-5.

2. Kişisel Verilerin Ekonomik Değeri İle İlgili Etik Sorunlar

Her ne kadar kişisel verilerin iktisadi hayata dahil olması artık bir ekonomik gerçekliğe dönüşmüş olsa da bugün doktrinde hatırı sayılır bir görüş kişisel verilerin ekonomik boyutunun tanınmasının bazı ahlaki sorunlara neden olacağını savunmaktadır. Zira kişisel veri Kıta Avrupasındaki hakim görüş uyarınca öncelikle bir kişilik hakkıdır³⁸⁹. Kişilik hakkı doktrinde “*kişinin toplum içindeki saygınlığının ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü*” olarak tanımlanmıştır³⁹⁰.

Kişilik hakları hakkında TMK m. 24 genel bir hüküm koymuş ve kişilik haklarının içeriğinin doldurulmasını öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Bu bakımdan kişilik haklarının birçok farklı görünümü olabilir. Buna karşın farklı şekillerde ortaya çıkabiliyor olması kişinin birden fazla kişilik hakkı olduğu anlamına gelmez. Son tahlilde kişinin tek bir kişilik hakkı vardır ancak bu kişilik hakkı farklı görünümlere sahiptir³⁹¹. Yukarıda mahkeme içtihatları ile ortaya konduğu gibi kişisel veriler de kişilik haklarının görünüm şekillerinden biridir.

Yukarıda da izah edildiği gibi mevcut yaklaşımlara bakıldığında kişisel verilerin korunması pek çok defa kişinin özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirilmiştir³⁹². Bununla beraber kişisel verilerin korunması hukukunun sadece kişinin mahrem hayatına ilişkin verileri değil kamuya açık olan verileri de koruduğunun altının çizilmesi gerekir. İster kamuya kapalı ister kamuya açık alanda olsun bir gerçek kişiyi belirten yahut belirlenmesine imkan tanıyan bütün veriler kişisel veri olarak kabul edilirler. Örneğin bir kişinin mensup olduğu din ilgili kişinin toplumsal hayatına ilişkin bir veri olmasına karşın bir kişisel veri olduğu için hukuk tarafından korunacaktır³⁹³. Dolayısı ile kişisel verilerin korunması hukukunun kapsamı kişinin özel hayatının ötesine geçmektedir³⁹⁴.

³⁸⁹ Çekin, **Büyük Veri ve İrade Serbestisi**, s. 635; Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 47, 56; Akkurt, **Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış**, s. 26.

³⁹⁰ Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 19. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, Ekim 2021 (Kişiler Hukuku), s. 100.

³⁹¹ Dural/Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s. 101.

³⁹² Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 55.

³⁹³ Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 63.

³⁹⁴ Bir görüşe göre kişisel verinin korunması hakkının temelinde enformasyonel self-determination kavramı vardır. Enformasyonel selfdeterminasyon hakkı hangi kişinin verilerinin kimler tarafından nasıl işlenebileceğine karar verebilme hakkını ifade eder. Bu kavram 1983 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen “*Census*” kararında ortaya atılmıştır, bkz. Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 71; Akkurt, **Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış**, s. 27.

Bu husus kişisel verilerin korunması hukukunun verinin ekonomik değerini tanıyabileceği anlamına gelmez. Kişinin mahrem alanı dışına taşan verilerin de korunuyor olması bir kişilik hakkı olan kişisel veriler kişilerin şahıs varlığı hakkı olduğu yaklaşımını değiştirmeyecektir. Bu yaklaşım uyarınca kişisel verinin kişilik haklarına dahil olması, bireylerin bu hakları üzerinden maddi menfaat elde etmeleri konusunda bazı soru işaretlerinin doğmasına neden olacaktır. Zira kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı oldukları için bu hakların devredilmesi yahut bu haklardan vazgeçilmesi ilke olarak mümkün değildir³⁹⁵.

Bu noktadan hareketle doktrinde kişisel verilerin üzerinde tasarrufta bulunabilecek bir ekonomik değer muamelesi görmesinin kişilik haklarına ve insan onuruna aykırı olacağı savunulmaktadır³⁹⁶. Niteliği gereği şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkın devredilerek karşılığında ekonomik menfaat edilmesi bu yüzden eleştirilere maruz kalmıştır. Örneğin Avrupa Veri Koruma Otoritesi (*European Data Protection Supervisor* [EDPS]) DCD henüz taslak halindeyken vermiş olduğu bir görüşte kişisel verilerin bir mal varlığı değeri olarak kabul edilmesinin kişisel verilerin bir temel hak olarak korunmasına aykırı olacağını savunmuştur. Hatta EDPS kişisel verinin sözleşmeye konu olmasını organ ticaretine benzeterek temel hakların korunması ile kişisel verinin ekonomi içinde ele alınmasının asla bağdaşmayacağını söylemiştir³⁹⁷. Daha sonra DCD'nin son hali verilirken bir nevi orta yol bulunmuştur denebilir. Taslak metinde olan “karşı edim” ifadesi çıkartılmış ancak yine de genel bir yaklaşım olarak kişisel verinin bir sözleşmede tüketicinin borcu olabileceği kabul edilmiştir³⁹⁸. DCD

³⁹⁵ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 104.

³⁹⁶ Bu yönde bir açıklama için bkz. Sjef van Erp, “Management as Ownership of Data” **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Management as Ownership of Data) s 83. Bu görüşün eleştireleri için bkz. Laura Drechsler, “Data As Counter-Performance: A New Way Forward or A Step Back For The Fundamental Right of Data Protection?”, **Datenschutz / LegalTech - Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2018: Data Protection / LegalTech - Proceedings of the 21st International Legal Informatics Symposium**, NOVA MD, 22 Şubat 2018 (Data As Counter-Performance), s. 6; Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 379

³⁹⁷ EDPS, “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, 14 Mart 2017, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (erişim tarihi: 17.08.2022) (Opinion 4/2017), s. 7. Kişisel verinin ekonomikleştirilmesinin insan onuru ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. Drexler, **Connected Devices**, s. 112. Bu çekincelerin azınlıkta kaldığı yönünde bkz. Lohsse / Schulze / Staudenmayer, **Contract Law 2.0**, s. 15. EDPS'nin bu kıyasının bir eleştirisi için bkz. Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 381-382.

³⁹⁸ Kendi taslağında Avrupa Konseyi de karşı edim ifadesine yer vermemiştir, bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 93.

bunu yaparken kişisel verinin bir mal varlığı değeri değil bir kişilik hakkı olduğunu, yönergenin amacının tüketicileri korumak olduğunu ayrıca vurgulamıştır³⁹⁹.

Bu noktada şunu vurgulamak gerekir, ilgili kişilerin rızası olmadan yapılan veri ticareti çoğu hukuk düzeninde gerçekten yasaklanmıştır. Bu yasak sadece özel hukuktan değil ceza hukukundan dahi doğmaktadır. Örneğin Türk Hukukunda TCK m. 136 uyarınca kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde başkasına verilmesi veya yayılmasının iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Benzer yasaklara İngiltere ve Hollanda hukukunda rastlamak da mümkündür. Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu (2018)⁴⁰⁰ m. 170(4) kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde satılmasını yasaklamaktadır. Burada İngiliz yasa koyucusunun açıkça kişisel verilerin satımına atıfta bulunması dikkate şayandır. Benzer bir referansı Danimarka Veri Koruma Kanunu m. 13(5)'te⁴⁰¹ görmek mümkündür. Burada da doğrudan pazarlama amaçları ile kişi listelerinin “satılması” ancak madde sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında mümkün olmaktadır. Birleşik Devletlerde ise verinin ticarileşmesi bakımından daha esnek olduğunu söylemek mümkündür⁴⁰². Örneğin Kaliforniya Tüketici Mahremiyeti Kanununda kişilerin verilerinin satılmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Ancak ilgili kişilere satım hakkında bildirimde bulunulması ve bu kişilere kendi verilerini satımın dışında tutulmasını sağlama hakkının (opt-out) verilmesi gerekir⁴⁰³.

Buna karşın şahıs varlığı haklarından olan kişilik hakkı değerlerine ekonomik bir değer atfetmek hukuk dünyası için tamamen yeni bir durum değildir⁴⁰⁴. Örneğin Los Angeles Yüksek Mahkemesinde görülen *Rufo v. Simpson (2001)*⁴⁰⁵ davasında mahkeme davalı aleyhine hükmedeceği cezalandırıcı tazminatın miktarını belirlemek için ünlü bir sporcu olan davalının ekonomik durumunu da değerlendirmek zorunda kalmıştır. Mahkeme yaptığı değerlendirmede aslında açık biçimde bir kişilik hakkı

³⁹⁹ DCD, Giriş, ¶24. Ayrıca bkz. De Franceschi, **Personal Data as Counter-Performance**, s. 62. Bu tartışmalar için bkz. Bölüm.I.B.2.b.i, s. 74 vd.

⁴⁰⁰ Düzenleme için bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/pdfs/ukpga_20180012_en.pdf (erişim tarihi: 07.12.2022).

⁴⁰¹ Düzenleme için bkz. <https://www.datatilsynet.dk/media/7753/danish-data-protection-act.pdf> (erişim tarihi: 07.12.2022).

⁴⁰² Bu düzenlemeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 106 vd.

⁴⁰³ Bu yönde açıklamalar için bkz. Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s.107 vd.

⁴⁰⁴ Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 4.

⁴⁰⁵ *Rufo v. Simpson*, 103 Cal. Rptr. 2d 492, 86 Cal. App. 4th, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/86/573.html> (erişim tarihi: 18.11.2022) (*Rufo v. Simpson (2001)*).

değeri olan davalının adı ve şöhretinin önemli bir ekonomik değer barındırdığını, bu yüzden bu hususun da cezalandırıcı tazminatın takdirinde dikkate alınacağına hükmetmiştir. Hükmedilen cezalandırıcı tazminat ödenemeyince bu sefer alacaklılar davalının adı ve şöhretinden doğan ekonomik değerın kendilerine devredilmesi için dava açmışlardır. *Goldman v. Simpson*⁴⁰⁶ olarak anacağımız davada bu sefer mahkeme böyle bir kararın daha önce verilmemiş olması, kararın uygulanmasındaki zorluklar ve davalının kişilik haklarının ciddi anlamda sınırlanacağı gerekçeleri ile talebi reddetmiştir. Kişilik haklarının ticarileşmesinin mümkün olduğunu Alman mahkemesi de Marlene Dietrich⁴⁰⁷ davasında kabul etmiştir. Davada ünlü bir sanatçı olan Marlene Dietrich'in yasal mirasçısı, ölümünden sonra sanatçının resimlerinin ve isminin izinsiz kullanılmasına dava açmıştır. Davacı sadece manevi tazminat değil aynı zamanda bu şekilde yapılan kullanımlar sayesinde elde edilen ticari menfaatler üzerinden maddi tazminat da talep etmiş ve mahkeme davayı kabul etmiştir⁴⁰⁸. Bu dava özelinde kişilik haklarının miras yolu ile mirasçılara geçebilecek bir ekonomik yönü olduğunun kabul edilmiş olması önemli bir adımdır. Ancak en nihayetinde bu dava kişinin kendi kişilik haklarını doğrudan ticarileştirerek kullanmasından ziyade kişilik haklarına yapılan bir saldırıyı konu alması hasebiyle kişisel verilerin ticari olarak kullanılması bakımından yeterli tartışmaları yapmamaktadır.

Kişinin kişilik hakları üzerinde ekonomik bir menfaati olabileceğinin kabul edildiği bir diğer dava ise *Douglas & Ors v. Hello! Ltd & Ors*⁴⁰⁹ davasıdır. Burada da iki ünlü, evlilik törenlerinin resimleri için bir dergi ile sözleşme yapmış ancak başka bir dergi bu iki ünlünün rızası olmadan törenin fotoğraflarını elde ederek yayınlamıştır. Mahkeme bu davada bu kişilerin aslında özel hayatlarının korunması hakkına dahil olabilecek isimlerinin ve şöhretlerinin aynı zamanda ekonomik bir değer olduğunun kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ *Goldman v. Simpson*, No. SC036340 (Cal. Super. Ct. W. L.A. Cty. Oct. 31, 2006) (naklen: **Resta, Personality Rights and the Problem of Commodification**, s. 43-44).

⁴⁰⁷ BGH, 1-12-1999, Marlene Dietrich, in JURISTENZEITUNG 1056 (2000) (naklen: **Resta, Personality Rights and the Problem of Commodification**, s. 45-46).

⁴⁰⁸ Kararın başka bir incelemesi için bkz. Werro Franz, "La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias", **Medialex**, 2002, (La Tentation Des Dommages-Intérêts Punitifs) s. 82-83.

⁴⁰⁹ *Douglas v Hello! Ltd* (No. 3) [2005] EWCA Civ 595, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff77560d03e7f57eac969#> (erişim tarihi:21.11.2022).

⁴¹⁰ Kararın bir incelemesi için bkz. Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 283 vd. Kişilik haklarının ekonomik değerinin kişiye sıkı sıkıya bağlı olma özelliklerine gölge düşürdüğü hakkında bkz. Rona Serozan/İlkay Engin/Yeşim M. Atamer, **Serozan Medeni Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Ekim 2022 (Medeni Hukuk) s. 459.

Doktrinde bir görüş ise Roma hukukunda özel hukuk ilişkilerine konu edilemeyen mallar (*res extra commercium*) ile kişisel veriler arasında bir kıyas yaparak kişisel verinin ticarileşmesinin tamamen serbest olmasa bile belli sıkı şartlar altında mümkün olduğunu savunmaktadır⁴¹¹.

Gerek çalışmanın giriş kısmında gerek de bir üst bölümünde izah edildiği gibi günümüzde kişisel verilerin ekonomik saiklerle kullanılması bir gerçeklik hale gelmiştir⁴¹². Günümüzde insanların mahremiyet konusundaki çekincelerine rağmen kişisel verilerini indirimlerden yararlanmak için gönüllü olarak sağlamaktadır⁴¹³. Hatta doktrinde bir görüş verinin adeta bir para birimi haline geldiğini iddia etmiştir⁴¹⁴. Ayrıca bir hususun temel hak olarak korunması ve ekonomik değer taşıması birbirini dışlayan şeyler olmak zorunda değildir⁴¹⁵. Hatta bazı yazarlar kişisel verinin sözleşmeye konu olabilmesinin kişilerin verileri üzerindeki kontrolünü arttıracaklarını da düşünmektedirler⁴¹⁶. Bu durumda muhafazakar bir bakış açısı ile kişisel verilerin ekonomik boyutunu inkar etmek bireylerin kişilik haklarını korumaktan ziyade ortaya çıkan veya çıkabilecek olan sorunları görmezden gelmek demek olacaktır⁴¹⁷. Keza bir bedel karşılığı hizmet veya içerikten yararlanan kişiler arasında para veya kişisel veri sağlamış olmaları bakımından ayırım yapmanın da meşruiyet zemininden yoksun olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak sağlayıcılar için kullanıcıların verileri esaslı bir değere sahip olduğu için bu hizmet ve içerikler veri karşılığında da

⁴¹¹ Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 118.

⁴¹² Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 95; Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 276; Václav Janeček, "Ownership of personal data in the Internet of Things", **Computer Law & Security Review**, Vol. 34, Issue 5, October 2018 (Ownership of Personal Data) s. 1040; Eurpoean Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 3.

⁴¹³ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 13.

⁴¹⁴ Lohsse / Schulze / Staudenmayer, **Contract Law 2.0**, s. 11; Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s. 1154. Aksi yönde bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 85-86; Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1385; Boerding/Culik/Doepke/Hoeren/Juelicher/Roettgen,/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 329. Keza bir şeyin ekonomik bir değerinin olması onun doğrudan paraya denk bir meta haline getirmez, bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 26.

⁴¹⁵ Drechsler, **Data As Counter-Performance**, s. 9-10; Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 386.

⁴¹⁶ Mak, **Contract And Consumer Law**, s. 31. Keza bu yaklaşım (kişisel verilerin ticarileşmesi husus saklı kalmak üzere) tüketicinin daha etkin biçimde korunmasına da hizmet edebilir, bkz. Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 93. Herkes için aynı korumayı öngören veri koruma hukuku düzenlemeleri yerine kişilerin veri koruması hakkında tek tek sözleşme yapmalarına imkan tanımanın daha yerinde olacağı yönünde bkz. Steven A. Bibas, "Contractual Approach to Data Privacy", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol: 17, No: 2, Spring, 1994, HeinOnline (Contractual Approach to Data Privacy) s. 592, 600.

⁴¹⁷ Christopher Rees, "Who owns our data?", **Computer Law & Security Review**, Vol: 30, Issue: 1, Şubat 2014 (Who Owns Our Data) s. 76.

sağlanmaktadır⁴¹⁸. Ayrıca halihazırdaki düzenlemelerin içinde dahi kişisel verinin ekonomik işlevine ilişkin atıflar bulabilmek mümkündür. Örneğin GDPR’ın giriş kısmında paragraf 23 ve madde 3(2)(a) açıkça bir ödeme karşılığı sunulmayan hizmetler için yapılan işlemlerin de tüzük kapsamında kaldığını vurgulamıştır. Bu durumdan GDPR’ın ücret ödenmeksizin verilen hizmetlere ilişkin iş modelini tanıdığı yorumunda bulunulabilir⁴¹⁹.

AB hukuku bakımından bu iş modeli daha sonra açıkça DCD altında tanınmıştır⁴²⁰. Yönerge bir yandan bu iş modelini tanıırken diğer yandan kişisel verilerin bir mal varlığı değeri olmadığını ve kişisel verilerin korunmasının bir temel hak olduğunu da vurgulamıştır. Ancak bu durum sözleşme karşılığında kişisel veri veren tüketicilerin sözleşmesel haklardan mahrum kalacağı anlamına gelmemelidir⁴²¹. Bu yüzden yönerge kişisel verilerin işlenmesine ilişkin GDPR ile getirilen hükümlerle kendi hükümlerinin çatışması halinde GDPR’ın uygulanacağını DCD m. 3(8)’de açıkça zikretmiştir. Benzer biçimde kişisel verilerin hukuka uygun biçimde işlenip işlenmediği de münhasırsan GDPR hükümleri uyarınca tespit edilecektir⁴²². Yapılan sözleşmenin DCD’nin uygulama alanına girmesi, kişisel verilerin işlenmesini konu edinen bir sözleşme için ilgili kişinin GDPR’dan doğan haklarını kullanmasına engel olmayacaktır. Örneğin rızanın geri çekilmesi, silinmesi gibi haklar DCD ile birlikte uygulama alanı bulur⁴²³. Ayrıca EPDS’nin karşıt görüşü yanında bazı veri koruma otoritelerinin sözleşmenin karşı edimi olarak kişisel verinin sağlanmasının veri koruma hukuku bakımından yararlı sonuçları olabileceğini kabul ettikleri görülür. Örneğin Hollanda’daki veri koruma otoritesi, her ne kadar bu hususa eleştirel yaklaşıp da, DCD’nin Hollanda hukukuna aktarılması esnasında kişisel verinin sözleşmenin

⁴¹⁸ Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 94; Christian Twigg-Flesner, “Disruptive Technology - Disrupted Law? How The Digital Revolution Affects (Contract) Law”, **European Contract Law and the Digital Single Market** (editör: A. De Franceschi), 1. Baskı, Intersentia, 2016, <https://ssrn.com/abstract=3039952> (Disruptive Technology and Law) s. 10.

⁴¹⁹ Drechsler, **Data As Counter-Performance**, s. 10.

⁴²⁰ Drexler, **Connected Devices**, s. 112; Mak, **Contract And Consumer Law**, s. 32; Katarzyna Kryla-Cudna, “Consumer contracts and the Internet of Things”, Research Handbook in Data Science and Law (editörler: Vanessa Mak/ Eric Tjong Tjin Tai/ Anna Berlee), Cheltenham/Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2018 (Consumer Contracts and the IoT), s. 92.

⁴²¹ DCD, **Giriş**, ¶24.

⁴²² DCD, **Giriş**, ¶37-38.

⁴²³ DCD, **Giriş**, ¶39.

karşı edimi olması ile piyasadaki bazı tasvip edilemeyecek faaliyetlerin önüne geçebileceğini belirtmiştir⁴²⁴.

Benzer bir görüş Avrupa Temel Haklar Şartı (CFR) üzerinden de savunulabilir. CFR m. 3(2) açıkça insan vücudu ve organları üzerinden ekonomik bir kazanç elde edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Kişisel verilerin korunmasını düzenleyen CFR m. 8’de ise herkesin kişisel verilerin korunması hakkına sahip olduğunu belirtmekle beraber bunlardan ekonomik kazanç elde edilemeyeceğine dair bir açıklamaya yer verilmemiştir⁴²⁵. Hatta doktrinde bir görüş kişilik haklarının korunmasının bir temel hak olmasının yanında, mülkiyet hakkının da bir temel hak olduğunu vurgulamaktadır⁴²⁶. Dolayısıyla bir kişinin aslında ekonomik değeri olan bir “varlığından” yararlanmasının önüne geçilmesi bu sefer mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olabilecektir.

Kişisel verilerin sözleşmeye konu olabileceğini tanıyan bir diğer düzenleme ise Avrupa Ortak Satış Hukukuna İlişkin Tüzük (*Common European Sales Law* [CESL])⁴²⁷ taslağıdır. CESL’e göre dijital içerikler artık bir bedel karşılığında ziyade kişisel verilere erişim gibi maddi olmayan edimler karşılığında kullanıcılara sağlanmaktadır. Bu yüzden CESL’in uygulanması kullanıcıların korunması için sadece parasal bir değer ödendiği ilişkiler ile sınırlandırılmamalıdır⁴²⁸.

Bu düzenlemelere bakıldığı zaman kişisel verilerin korunması hususunda ülkemizin de yakından takip ettiği AB’nin kişisel veriyi bir kişilik hakkı olmaktan çıkartmadan verinin ekonomi hayatındaki işlevini tanımaya çalıştığını söylemek mümkündür. Hukukumuzda henüz DCD gibi kişisel verinin karşı edim olarak kabul edildiği sözleşmelerden taraflar için doğan haklara ilişkin bir düzenleme

⁴²⁴ Marco B. M. Loos, "The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands," *JIPITEC*, Vol. 12, No. 2, April 2021, (DCD in the Netherlands) s. 237.

⁴²⁵ Bu yönde bkz., Janeček/ Malgieri, *Data Extra commercium*, s. 104; Versaci, *Challenges and Concerns*, s. 383; Resta, *Personality Rights and the Problem of Commodification*, s. 26; Van Erp, *Management as Ownership of Data*, s. 86; Midorovic/Sekulic, *New Function of Personal Data*, s. 1157.

⁴²⁶ Van Erp, *Management as Ownership of Data*, s. 85-86. Benzer bir görüş sözleşme özgürlüğü üzerinden de savunulmuştur, bkz. Rhoen, *Beyond Consent*, s. 6.

⁴²⁷ European Commission, Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD), 11.10.2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (erişim tarihi: 17.09.2022) (CESL).

⁴²⁸ CESL, *Giriş*, ¶18.

bulunmamaktadır⁴²⁹. Bu bakımdan bu sözleşmeler için aşağıda inceleneceği üzere medeni kanun ve borçlar kanunu hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Mevcut düzenlemeler ile kişisel verinin sözleşmenin karşı edim olduğu sözleşmeler arasındaki ilişki çalışmanın devamında ele alınacaktır.

3. Kişisel Verilere İlişkin Teknik Sorunlar

Çalışmanın ikinci bölümünde kişisel verilerin sözleşmelere konu olmasının sözleşme hukuku bakımından incelenmesine geçmeden önce bazı teknik hususların izah edilmesi gerekmektedir. Bir tarafın kendi kişisel verisini diğer tarafa sağlayarak yahut sağlama borcu altına girerek verisi üzerinde bireysel bir tasarrufta bulunduğu açıktır. Ancak kişinin veri üzerinde bireysel tasarrufta bulunması sözleşmeden doğan haklarını kullanmakta hiçbir sorun ile karşılaşmayacağı anlamına gelmez.

Olağan koşullarda bir sözleşmede karakteristik edimi borçlanmayan borçlunun borcu sözleşme bedelini para ile ödemektir. Örneğin TBK m. 207 uyarınca satış sözleşmesinde, TBK m. 299 uyarınca kira sözleşmesinde karşı edimi hep bir bedeldir. TBK m. 393 uyarınca hizmet sözleşmesinde işveren işçisine ücret vermeyi borçlanır, TBK m. 502 uyarınca vekalet sözleşmesinde teamül olduğu sürece vekalet veren vekile bir ücret vermek ile borçlu olacaktır. TBK m. 99 konusu para olan borçların ülke parası ile ödeneceğinin esas olduğunu düzenlemiştir. Paranın değeri objektif olduğu için iki taraftan birinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda başvurulabilecek hukuki çarelerin sonuçlarını tespit etmek daha kolaydır. Örneğin kişi borç ifa edilmediği için TBK m. 112 uyarınca gecikme tazminatı talep ederse, bu tazminatın hesaplanması için sözleşmede tarafların belirlemiş oldukları edimlerin değeri kullanılabilir. Yahut bir satış sözleşmesinde malın ayıplı olduğu iddiası üzerine alıcı TBK m. 227(1)(2) uyarınca bedelde indirim talep edebilir. Sözleşmede malın bedeli açıkça ortaya konduğuna göre bu bedel üzerinden indirimin nasıl yapılacağı tespit edilebilecektir.

Kişisel verilerin ekonomik olarak değerinin ne olduğunu tespit etmek kolay değildir⁴³⁰. Bunun nedeni kişisel verinin herkes için genel geçer bir değerinin

⁴²⁹ DCD'nin de bu sözleşmeler için kapsamlı bir çerçeve ortaya koyduğunu söylemek zordur. DCD hükümlerine bakıldığında daha çok tüketicinin haklarının düzenlendiği ancak sözleşmenin diğer tarafının hakları bakımından bir düzenleme getirmediğini söylemek mümkündür, bkz.

⁴³⁰ Bedir, **Age of Big Data**, s. 352. Verinin değerini ölçmek için önerilen bazı metotlar için bkz. Lieshout, **Value of Personal Data**, s. 5 vd. Bu yöntemler şirketin pazar değerlemesi, karı, gelirleri vs. gibi hususların şirketin elindeki birim veri kaydına bulunması mantığı ile çalışır. Ancak birçok dışsalılıktan etkilenecek bu yöntemlerin ne kadar yerinde olduğu tartışmalıdır.

olmamasıdır. Kimi işletme için hayati derecede önemli olan bir veri seti başka bir işletme için değerli olmayabilir⁴³¹. Bu da sağlanan kişisel verinin objektif olarak değerinin tespitini oldukça zorlaştırır. Örneğin nabız bilginiz bir özel hastane için çok değerli olabilir ancak aynı veri bir tekstil firması için kullanışlı değildir. Dolayısı ile aynı veri için özel hastanenin atfettiği değer ile tekstil firmasının değeri birbirinden farklı olacaktır. Oysa nabız bilgisi yerine para veya benzeri bir değer ile ifa gerçekleştirilmiş olsaydı sözleşmeye aykırılığın neden olduğu zararın değerlendirilmesi daha kolay olabilirdi.

Verinin değeri sadece kişiden kişiye değil zamandan zamana da değişebilir. Veri ekonomisinin bu kadar gelişmesinin nedeni büyük veri setlerinin kısa zamanlar içinde kolayca taşınabiliyor olmasıdır. Bu şekilde veriler güncelliklerini kaybetmeden bir kişiden bir diğerine aktarılabilir. Oysa aynı veri güncelliğini kaybettiği zaman büyük oranda değerini de kaybedecektir. Bu da verinin ekonomik değerinin hukuk düzenince hangi ölçüde tanınması gerektiğine yönelik yapılan tartışmada genel geçer bir sonuca varmaya engel olacaktır.

Kişisel verilere ilişkin ikinci önemli risk, bir kişinin verilerinin tek başına genelde pek bir değerinin olmamasıdır. Veri ancak başka veriler ile bir araya getirilerek sonuçlar çıkartılabilecek bir havuz içine girdiğinde üzerinden kar edilebilir bir değer haline gelmektedir⁴³². Veri işleyen işletmeler genellikle topladıkları verileri bir araya getirerek analiz eder, bundan çıkan sonuçlara göre örneğin reklam olarak para kazanırlar. Dolayısı ile aslında bu işletmelerin hizmetlerinden yararlananların verilerinin tek başına ne kadar değerli olduğu kolayca tespit edilebilecek bir husus değildir. Zira bu veri belki de binlerce insanın kişisel verisi olan bir veri setine sokularak analiz edilmeden aslında ekonomik olarak o kadar da değerli değildir. Örnek vermek gerekirse bir veri şirketi kullanıcı A'nın kişisel verilerini genellikle doğrudan başka birine satmaz. Zaten yukarıda da incelendiği gibi kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarımı gerek KVKK gerek de GDPR uyarınca bazı kısıtlamalara tabi tutulmuştur.

⁴³¹ Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1046-1047. Verinin değerinin saptanması için bazı hesaplanma yöntemleri hakkında bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 48 vd. Ancak buradaki yöntemlerin hiçbiri tek başına verinin değerinin tespit etmek için yeterli olmamaktadır, bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 49. Ancak kişinin tespit edilebilirliği arttıkça verinin de değeri artmaktadır, bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 53.

⁴³² Mak, **Contract And Consumer Law**, s. 20, 38; Perlingieri, **Data as the Object of a Contract**, s. 620; Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 49; Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1421-1422; Bedir, **Age of Big Data**, s. 452-453.

Bunun yüzden veri şirketleri A ile yaş, cinsiyet, gelir durumu, eğitim durumu gibi özellikler bakımından benzeşen insanların tüketici alışkanlıklarını tespit eder ve buna göre reklamlar alır, A'ya da bu kişiselleştirilmiş reklamları gösterir. Bu durumda örneğin bu kişi sözleşmeye aykırılık nedeni ile tazminat istediğinde bu tazminatın konusu olacak değer tam olarak ne olduğu, hatta böyle bir değer olup olmadığı tartışmalı hale gelecektir. Çünkü aslında şirket A'nın verisinden tek başına bir menfaat elde etmemiştir, şirket A'nın verileri sayesinde yaptığı çıkarımlardan menfaat elde etmiştir.

Bunun yanında kişisel veri kullanılmakla tükenen bir şey değildir. Örneğin A kişisi X sağlayıcısına ondan para ödemediği hizmet almak için kişisel verileri sağladığında bu durum onu, başka bir bağlamda bu sefer Y sağlayıcısına aynı verileri sağlamaktan alıkoymayacaktır. Dolayısıyla bir kişinin verilerinin konu olduğu bir sözleşme ilişkisi içine girdiğinde bu sözleşmenin diğer tarafa münhasır bir kullanma yetkisi bahşedip bahşetmeyeceği veya böyle bir hususun sözleşme ile karşılaştırılıp karşılaştırılamayacağı sorunu ortaya çıkar⁴³³.

Yukarıda izah edildiği gibi verinin kişisel veri niteliğinde olup olmaması uygulanacak olan koruma rejimini değiştirmektedir. Bu yüzden uygulanacak hükümlerinin tespiti için söz konusu verilerin kişisel veri olup olmadığının ortaya konması gerekir. Örneğin dijital hizmet ve içeriklere ilişkin kurulan bir tüketici sözleşmesinde sözleşme sona erdikten sonra verilerinin taşınmasını talep etme hakkı için tüketicinin bu verilerin niteliğini ortaya koyması gerekir. Eğer bu veriler kişisel veri ise GDPR'daki haklarını kullanacak, kişisel veri değilse DCD'de düzenlenmiş olan rejime tabi olacaktır. Kişisel verilere ilişkin teknik bir başka sorun da bu noktada devreye girmektedir. Zira bir verinin doğası değişmez nitelikte değildir, daha çok dinamik bir yapıdadır. Başka bir deyişle örneğin veri işleme faaliyeti esnasında kişisel veri niteliğinde olmayan veriler, daha sonraki süreçte kişisel veri hüviyetine bürünebilir. Örneğin anonim olarak toplanan veriler daha sonra kişisel veri niteliği kazanabilirler. Bu gibi durumlar da ilgili kişinin haklarının tespiti için bir zorluk teşkil etmektedir⁴³⁴.

⁴³³ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Elvy, **Paying For Privacy**, s. 1458.

⁴³⁴ Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 100, 110; Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1040.

Verinin kendi niteliğinden doğan bu gibi durumlar dikkate alındığında kişisel verinin karşı edim olarak sunulduğu bir sözleşmenin, sözleşme hukuku açısından incelenmesinin niçin önemli olduğu daha iyi anlaşılmaktadır.

4. Kişisel Veri Piyasasındaki Ekonomik Sorunlar

Bütün bunların yanında bir de kişisel veri piyasasının maruz kaldığı ekonomik risklerin de kısaca ele alınması gerekir. Bu kapsamdaki ilk sorun veri piyasasındaki büyük aktörlerin pazarda tek alıcı olmaları yüzünden, dolayısıyla alıcı tekeli oluşturmalarıdır. Bunun nedeni “veri çekimi” denen veri piyasasına ilişkin teknik bir durumdur. Veri çekimi, bir şirketin elindeki veri havuzu ne kadar genişse o kadar çok yeni veri çekeceğini ifade eder. Adeta eski veri yeni veriyi çağırılmaktadır. Böylece bu şirketin veri havuzu genişler, dolayısı ile daha büyük bir veri çekim gücü kazanır, sonuç olarak daha çok yeni veri çeker ve bu döngü böyle devam eder. Bu bir örnekle şu şekilde izah edilmektedir. Örneğin bir şeyi merak ettiğimizde bunu bir arama motoruna yazarak araştırırız. Bu arama motoru ise yeni geliştirilen bir arama motoru yerine muhtemelen Google gibi sıklıkla kullanılan bir arama motoru olacaktır. Elbette bunun nedenlerinden biri müşteri alışkanlığı olabilir ama esasında asıl neden Google’ın elindeki veri havuzunun genişliği nedeni ile arama motoruna yazdığımız anahtar kelimelerden en yerinde çıkarımı yapabilecek yapay zekaya sahip olmasıdır. Biz arama motorunda yeni bir arama yaptığımızda Google’ın veri havuzu eski veri havuzunun genişliği nedeniyle biraz daha büyümüş olur. Bu nedenle elindeki veri havuzu henüz çok dar olan girişimcinin günümüzde bir elin parmaklarını geçmeyen veri şirketleri ile rekabet etmesi neredeyse imkansızdır. Böyle olunca da veri ekonomisinde verilerin sağlanabileceği alıcılar veri piyasasının bu teknik sorunu nedeniyle hiçbir şey yapmasalar bile tekelleşirler. Bu da onlar ile veri sahipleri arasındaki güç dengesizliğin her geçen gün daha da artması demek olacaktır⁴³⁵.

İkinci sorun veri şirketlerinin piyasadan söz konusu verileri (sağladıkları içerikler ve hizmetler bir yana) ücretsiz biçimde toplamalarıdır. Bu durum piyasada önemli bir istihdam ve gelir dağılımı sorunu ortaya çıkartabilecektir⁴³⁶. Çünkü veri şirketlerinin elde ettikleri gelirlerin, bu gelirin oluşmasına kişisel verileri ile dolaylı yoldan neden olan topluma dönüşünün nasıl olacağı önemli bir sorudur. Bu noktada

⁴³⁵ Shoshana Zuboff, **Age of Surveillance Capitalism** (epub), First Edition, New York: Hachette, January 2019 (Age of Surveillance Capitalism) s. 98; Economist, **The Data Economy**, s. 7.

⁴³⁶ Arrieta-Ibarra/Goff/Jiménez-Hernández/Lanier/Weyl, **Moving Beyond Free**, s. 38.

toplumun bu şirketlerin sunduğu hizmetlerden ücretsiz yararlanmaları ya yeterli bir dağılım olarak kabul edilecek ya da alternatif bir mekanizma geliştirilecektir. Ayrıca verinin bedava elde edilmesinin yapay zeka çalışmalarının gelişimi için dahi bazı olumsuz etkileri olabileceği savunulmaktadır⁴³⁷.

Ekonomik soruna diğer bir açıdan da yaklaşmak mümkündür. Veri ekonomisi için göz ardı edilemeyecek bir diğer husus, bu ekonominin toplum refahı için de önemli çıktılarının olmasıdır. Dolayısıyla gerek mevcut veri koruma hukuku gerek de kişisel verilerin sözleşme ilişkilerindeki yerini tartışırken, bu toplumsal refahtan ne kadar fedakarlık yapılabileceğini değerlendirmek gerekir⁴³⁸.

B. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği

Kişisel verinin sözleşmeye konu olmasının sözleşme hukuku bakımından ele alınmasına geçilmesi için daha en başında kişisel verinin niteliğinin tam olarak ne olduğunun ortaya konması gerekir. Zira kişisel verinin ilgili kişinin tasarrufuna açık bir hak olup olmadığı, açık ise bunun bir sınırı olup olmayacağı onun sözleşme hukukuna ne ölçüde dahil olabileceğini belirleyecektir. Bu yüzden bu başlık altında kişisel veri hakkında temel yaklaşımlar izah edilmeye çalışılacaktır.

1. Kişisel Veri Üzerinde Kişilik Hakkı

Özellikle Kıta Avrupası hukukunda hakim olan görüş uyarınca kişinin kendi verisi üzerindeki hakkı bir kişilik hakkıdır⁴³⁹. Başka bir deyişle kişisel veri üzerindeki hak bir şahıs varlığı hakkıdır. Bundan dolayı bazı görüşler kişisel veri üzerinden hak sahibinin ondan ekonomik olarak yararlanmasını sağlayacak bir tasarruf hakkı olmayacağını savunmaktadır. Zira bu insan kişiliğinin korunması için gereklidir⁴⁴⁰. DCD taslağı üzerinde yapılan tartışmalarda değinildiği üzere örneğin EDPS kişisel veri ticaretini organ nakline benzeterek karşı çıkmıştır⁴⁴¹. Eğer bu yaklaşım kabul

⁴³⁷ Bazı yazarlar ayrıca bu durumun bazı sosyal maliyetleri olduğunu savunmaktadırlar. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Arrieta-Ibarra/Goff/Jiménez-Hernández/Lanier/Weyl, **Moving Beyond Free**, s. 38-39.

⁴³⁸ Bu yönde açıklamalar için bkz. Solove, **Consent Dilemma**, s. 1896. Büyük veri uygulamalarının ortaya çıkarttığı yararlar hakkında bkz. Omer Tene/Jules Polonetsky, "Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Vol. 11, Issue 5 (Big Data for All) s. 243 vd.

⁴³⁹ Bkz. Bölüm II.A.2, s. 87 vd.; dpn. 389. Bir insan hakkı olarak kişisel verilerin korunmasının temelinin kişilik hakları olduğu görüşünün baskın görüş olduğu yönde bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 69; Perlingieri, **Data as the Object of a Contract**, dpn. 1; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 19.

⁴⁴⁰ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 280.

⁴⁴¹ Bkz. dpn. 397.

edilecek olursa kişilerin kişisel verilerini sağlayarak bundan ekonomik bir menfaat etmeleri hukuken mümkün olmayacaktır.

Ancak bu yaklaşım farklı nedenlerle eleştirilmiştir. Bunun en büyük nedeni kişisel veri ekonomisinin günümüzün bir gerçekliği haline gelmesi, insanların her gün bu ekonomiye katılmaları ama bu durumun dünyada organ ticareti gibi bir vicdani rahatsızlık doğurmamasıdır⁴⁴².

Bu noktada getirilebilecek ikinci eleştiri ise şudur, kişilik haklarının tamamen ekonomik kullanımdan dışlandığı söylenemez. Örneğin kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı bir kişilik hakkıdır ancak kişi isterse kendi resminin yayınlanmasını içeren bir sözleşme yapabilir. Bu husus daha önceki bölümlerde ele alındığı için bir daha ayrıntısı ile tartışılmayacaktır.

2. Kişisel Veri Üzerinde Mülkiyet Hakkı

Kıta Avrupasından farklı olarak Birleşik Devletler’de kişisel verinin üzerinde kurulan hakkın bir tür mülkiyet hakkı olduğu savunulur⁴⁴³. Örneğin bir görüş tüketici verisinin Yeknesak Ticaret Kanunu (*Uniform Commercial Code* [UCC]) madde 9 uyarınca “genel gayrimaddi” mülkiyet kapsamında olduğunu savunmaktadır⁴⁴⁴. GDPR’ın 68. giriş paragrafında “kendi verisi üzerinde gerçek kişinin kontrolünü arttırmak” ifadesinde de mülkiyet hakkı lehine çıkarımda bulunan bir görüş vardır⁴⁴⁵. Dolayısı ile kişisel veri hak sahiplerinin şahıs varlığı hakkı değil mal varlığı hakları altında değerlendirilir. Bireylere mülkiyet hakkı tanınarak serbest piyasada verileri üzerinde tasarrufta bulunma hakkı verilir. Böylece kişiler kendi verilerini hangi ölçüde koruyacaklarını tespit edebilecekleri gibi verilerinin ekonomik karşılığını da

⁴⁴² De Franceschi, **Personal Data as Counter-Performance**, s. 62.

⁴⁴³ Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 57 vd.; Akkurt, **Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış**, s. 22 vd.; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 17; Özkan, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 21. Bir görüşe göre bunun nedeni ABD’deki veri koruma hukukunun yetersizliğidir, bkz. Nadezhda Purtova, “Property rights in personal data: Learning from the American discourse”, **Computer Law & Security Review**, Vol. 25, Issue 6, 2009 (Property Rights In Personal Data) s. 508

⁴⁴⁴ Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1421. “Genel gayri maddi” mülkiyetin tanımı hakkında bkz. “‘*General intangible*’ means any personal property, including things in action, other than accounts, chattel paper, commercial tort claims, deposit accounts, documents, goods, instruments, investment property, letter-of-credit rights, letters of credit, money, and oil, gas, or other minerals before extraction. The term includes payment intangibles and software.” [https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102#:~:text=\(42\)%20%22General%20intangible%22,or%20other%20minerals%20before%20extracti](https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102#:~:text=(42)%20%22General%20intangible%22,or%20other%20minerals%20before%20extracti) on. (erişim tarihi: 24.01.2023).

⁴⁴⁵ Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1042.

alabileceklerdir⁴⁴⁶. Ayrıca bu yöntem ile veri pazarının daha adil biçimde işleyeceği savunulmaktadır⁴⁴⁷. Keza bu görüş uyarınca mahremiyet üzerinden getirilmeye çalışılan koruma yeterince etkin değildir⁴⁴⁸. Veri koruma hukukunun bazı düzenlemelerine kıyasen veri üzerinde mülkiyet hakkına benzer bir hak olduğu da savunulmuştur. Örneğin kişinin verilerin silinmesi hakkının veriye erişen bütün kişilerden talep edilebilmesini mülkiyet hakkı ile ilişkilendirmiştir, çünkü bu durumda sadece ilgili kişinin ilişkide olduğu kişi değil ilgili kişinin verilerine erişmiş olan bütün üçüncü tarafların da ilgili kişinin unutulma hakkını kullanması ile bağlı olması bu hakkın nisbi bir hak olmadığı izlenimi yaratmaktadır⁴⁴⁹.

Ancak bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Zira mülkiyet hakkı cismani varlığı olan “şeyler” üzerinde kurulur, başka bir deyişle mülkiyet hakkının konusu eşyadır⁴⁵⁰. Oysa kişisel verinin cismani bir varlığı yoktur⁴⁵¹. Hatta yukarıda kişisel veriye ilişkin teknik meselelerde izah edildiği üzere dinamik ve değişken bir yapısı vardır. Buna karşın doktrinde bir görüş verinin de ekonomik bir değeri olduğunu bu yüzden aynı enerji gibi bir eşyaymışçasına muamele görmesinin yerinde olacağını savunmaktadır⁴⁵². Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira enerji gibi kaynakların bir eşya gibi örneğin satış sözleşmesine konu olması için bunlar üzerinde bir hakimiyet kurulabiliyor olması gerekir. Oysa yukarıda belirlilik ilkesi kapsamında yapılan açıklamalarda izah edildiği için veri üzerinde böyle bir fiziki hakimiyet kurulması mümkün değildir. Dolayısıyla kişisel veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceğini söylemek belirlilik ilkesi ile bağdaşmama riskini taşır. İkinci olarak eşya hukukuna hakim olan tipe bağlılık ilkesini de hatırlamak gerekir. Buna göre kanunun ön gördüğü

⁴⁴⁶ Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1422; Özkan, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 22. Ancak veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulmasının kabul edilmesi durumunda bile bu verilerin serbestçe devredilebiliyor olması tartışmalıdır. Bazı yazarlar mülkiyet hakkına rağmen verinin devrine kısıtlama getirilebileceğini savunurlar. Bu yöndeki tartışmalar hakkında açıklamalar için bkz. Purtova, **Property Rights In Personal Data**, s. 518-519.

⁴⁴⁷ Bu görüş için bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 64; Purtova, **Property Rights In Personal Data**, s. 517.

⁴⁴⁸ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 278. Mülkiyet hakkı ile kişilerin verileri üzerinde daha güçlü bir kontrol hakkı olacağı hakkında bkz. Purtova, **Property Rights In Personal Data**, s. 508.

⁴⁴⁹ Jacob M. Victor, “The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy”, **The Yale Law Journal**, Vol. 123, No. 2, November 2013 (Property Regime for Protecting Data Privacy), s. 525.

⁴⁵⁰ Gökhan Antalya/Murat Topuz, **Medeni Hukuku (Giriş, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri)**, 2. Baskıya ek 1. tıpkı basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017 (Medeni Hukuk) s. 100.

⁴⁵¹ Verinin de bir eşya olarak değerlendirilebileceği yönündeki tartışmalar için bkz. Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 282.

⁴⁵² Boerding/Culik/Doecke/Hoeren/Juelicher/Roettgen/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 335-336.

aynı hakların içeriği taraflarca değiştirilemez. Bu durumda maddi bir niteliği olmadığı için eşya statüsünde olamayacak varlıklar üzerinde mülkiyet hakkı kurulması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kişisel verilerin de eşya niteliği olmadığına göre en azından mevcut eşya hukuku bakımından bunlar üzerinde mülkiyet hakkı kurulması şu aşamada mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak mevcut hukuk düzenimiz ile sınırlı bir inceleme yaparsak, eşya hukukunun tipe bağlılık ve belirlilik ilkeleri ile çatışacağından kişisel veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceğini söylemek güçtür⁴⁵³. Ancak yine de doktrinde bu konu hakkında getirilen önerileri ele almakta fayda vardır. Bu yüzden aşağıda ele alınan tartışmaları mevcut hukuktan ziyade olması gereken hukuk bakımından değerlendirmek gerekir⁴⁵⁴.

Mülkiyet hakkının tanınmasıyla bireyler kişisel verileri üzerinde tasarruflarda bulunarak çeşitli menfaatler elde etme imkanına sahip olacaklardır. Kişisel veri üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının sağlayabileceği diğer bir yarar ise kişisel verileri işleyen şirketlerin verilerin toplanması ve işlenmesinden doğan maliyetleri üstlenmek zorunda kalacak olmalarıdır. Bu da şirketlerin veri toplama ve işleme faaliyetleri konusunda daha seçici olmalarına yol açar, böylece kişisel verilerin korunma seviyesi de kendiliğinden artacaktır⁴⁵⁵. Ancak bunun tam tersinin olacağını söylemek de mümkündür. Kişisel verileri mülkiyet hakkının tanınması verilerin değerini artırabilir, bu da veri şirketlerini kişisel veri işlemeye eskisinden çok daha fazla teşvik edebilir⁴⁵⁶.

Bu noktada bazı eleştiriler de getirilebilir. Bu eleştirilerden biri kişisel verinin ekonomik değerinin yukarıda izah edildiği gibi başka verilerle birlikte değerlendirilmesi ile ortaya çıkmasıdır. Dolayısı ile sadece kendi verisinin değerini çekip almak ve bunu mülkiyet hakkına dayandırmak isteyen kişinin verisinin değerinin tam olarak ne olacağını tespit etme sorunu çıkacaktır. Kişisel veri üzerinde mülkiyet

⁴⁵³ Bu yönde bkz. Van Erp, **Management as Ownership of Data**, s. 87-88. Buna karşın mülkiyet kavramı daha geniş ele alındığı için müşterek hukuk bakımından daha farklı bir değerlendirme yapılabilir. Medeni hukuk ve müşterek hukuk sistemlerinde mülkiyet kavramının kısa bir karşılaştırması için bkz. Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1041. Yazar ayrıca eşya hukukunda bir diğer temel ilke olan açıklık ilkesi bakımından da kişisel veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulmasının sorunu olacağını savunmaktadır, bkz. Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1046.

⁴⁵⁴ Eşya hukuku ilkeleri ışığında veri üzerinde mülkiyet hakkı tartışmaları için bkz. . Boerding/Culik/Doepke/Hoeren/Juelicher/Roettgen/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 339

⁴⁵⁵ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 279.

⁴⁵⁶ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 296.

hakkı kurulması gerektiğini düşünen görüşün bu hususa tatmin edici bir cevap ürettiğini söylemek şu an için mümkün değildir⁴⁵⁷.

Aynı bakış açısından getirilebilecek bir diğer çekince ise kişisel verinin ekonomik değerinin çoğu zaman onu işleyen işletmelerce kazandırılıyor olmasıdır. Başka bir deyişle, veri ekonomisinde veri ile aktif olarak işgal eden taraf veriyi sağlayan değil veriyi alan taraftır⁴⁵⁸. Oysa klasik bir ilişkide söz konusu işlemin konusunu teşkil eden ürünü elden çıkartan kişinin o ürün üzerinde yoğun bir emeği olduğunu diğer tarafın ise bu üründen dolayısıyla da o kişinin emeğinden sadece yararlandığını görürüz⁴⁵⁹. Daha önce de ifade edildiği gibi veri şirketleri kişisel verileri ham halde alıp satmaktan ziyade bu verileri işleyerek kendi ürünlerini geliştirmek yahut kullanıcıya özel reklamlar sağlamak yolu ile para kazanırlar. Dolayısı ile veri şirketlerinin bu faaliyetleri olmadan kişisel verinin tek başına değerli olduğunu söylemek kolay değildir. Kişi, kişisel verisinin tek başına ham halde piyasaya sunduğunda bundan beklediği yararı elde edemeyebilir. Zira aslında verisi bu şirketlerin algoritmaları tarafından yapılan analizler neticesinde asıl değerini kazanmıştır. Bu durum ise TMK m. 775 hükmünü akla getirecektir. İlgili hüküm uyarınca eğer bir kimse başkasının mülkiyetindeki bir şeyi (medeni hukuk anlamında) işler veya başka bir şekle sokar ve eğer emeği o şeyin değerinden fazla ise yeni şeyin maliki olur. Bu hükmü kişisel verilere uyguladığımızda kişisel verinin mülkiyetini verinin sahibine atfetmeye çalışırken piyasanın çalışma şekli nedeni ile çoğu zamanda mülkiyetin veri şirketlerine geçmesi gibi bir sonuçla karşı karşıya kalınabilir. Bu durumun kişisel veri üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olması gerektiğini düşünen yazarların akıllarındaki çözüm olmadığı açıktır⁴⁶⁰.

Doktrinde bu sorun *Haslem v. Lockwood* (1871) davası üzerinden de tartışılmıştır. Bu davada Haslem atların yola bırakmış oldukları dışkıları gübre olarak

⁴⁵⁷ Judith Rochfeld, “Contre L’hypothèse De La Qualification Des Données Personnelles Comme Des Biens”, **Les Biens Numériques** (editörler: Emmanuel Netter/ Aurore Chaigneau), Collection Colloques, 2015, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/parutions/18832-les-biens-numeriques> (erişim tarihi: 03.09.2022) (**Qualification Des Données Personnelles**) s. 228; RadicalXChange, “Data Freedom Act”, 2020, <https://www.radicalxchange.org/media/papers/data-freedom-act.pdf> (Data Freedom Act), s. 2.

⁴⁵⁸ Bu yönde bkz. Ali M. Al-Khoury, “Data Ownership: Who Owns 'My Data'?", **International Journal of Management & Information Technology**, Vol. 2, No. 1, November 2012 (Who Owns 'My Data') s. 1-2; . Boerding/Culik/Doepke/Hoeren/Juelicher/Roettgen/Schoenfeld, **A Property Rights Approach**, s. 340-341.

⁴⁵⁹ Zech, **New Data Economy**, s. 6.

⁴⁶⁰ Benzer yönde bkz. Rochfeld, **Qualification Des Données Personnelles**, s. 228-229.

kullanmak üzere toplatır ancak toplattığı yerde bir sonraki gün almak üzere bırakır. Ertesi gün dışkıları toplayan kişi gelene kadar başka biri bunları kaldırır. Bunun üzerine mahkeme önünde dışkıları toplayan kişinin bunlar üzerinde bir mülkiyet hakkı olup olmayacağını tartışmış ve sokağa öylesine bırakılan dışkıların aslında değersiz olduğunu ancak onları bir araya getirmenin gerektirdiği emeğin en nihayetinde mülkiyet hakkını kazandıracacağına Haslem lehine karar vermiştir⁴⁶¹. Doktrindeki bu görüş veri şirketlerinin esasında benzer bir tezi ileri sürdüklerini iddia etmektedir. Veriler internette gezinen kullanıcılar tarafından (aynı sokakta dolaşan atların bıraktıkları dışkılar gibi) öylesine bırakılırlar. Veri şirketleri ise bunları toplayarak onlardan anlamlı bütünler oluştururlar. Sonuç olarak eğer verinin bir sahibi olacak ise bunun veri şirketleri olması gerekir⁴⁶². Ancak söz konusu kıyası gündeme getiren görüş bu teze karşı çıkar. Zira veri şirketleri öylesine bırakılan verileri değil, kullanıcıların rızalarına dayanarak topladıkları verileri kullanmaktadırlar⁴⁶³.

Bunlar dışında bir değerın dar anlamda mülkiyet hakkından bağımsız olarak genel anlamda mal varlığı değeri olarak değerlendirilemesinde bakılacak hususlardan biri de bu değerin sadece birincil piyasalarda değil, ikincil piyasalarda da devredilebiliyor olmasıdır. Başka bir deyişle bu değerin mal varlığı sınıfına girmesi için sadece o değeri ortaya çıkartan tarafından üçüncü kişilere yapılan devirlere değil, aynı zamanda bu üçüncü kişilerin kendi aralarındaki devirlerine de konu olabiliyor olması gerekir⁴⁶⁴. Mevcut veri koruma hukuku düzenlerine baktığımız zaman gerek GDPR gerek de KVKK altında özel şartları sağlandığı sürece verilerin üçüncü kişilere

⁴⁶¹ Karar metni için bkz. Thomas Haslem vs. William A. Lockwood, Supreme Court Of Errors Of Connecticut, Fairfield County 37 Conn. 500; 1871 Conn. LEXIS 85, February Term, 1871, Decided https://sites.oxy.edu/whitney/xaccess/ec357/cases/property/haslem_v_lockwood.htm (erişim tarihi: 26.01.2023).

⁴⁶² Açıklamalar için bkz. Tae Wan Kim/ Jooho Lee/Joseph Xu/Bryan Routledge, “Data and Manure: Are Data Subjects Investors?”, **Berkeley Business Law Journal**, Vol. 18, No. 1, 2021 (Data and Manure) s. 67, 81. Bu yönde bir açıklama için ayrıca bkz. Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1048. Ancak yazara göre bu şekilde ilgili kişiler de malik olabilirler. Örneğin bir form doldurarak verilerini bir araya geçiren ilgili kişi, verilerinin maliki kabul edilecektir. Kişisel olmayan veriler için benzer bir görüş bunlar üzerinde mülkiyet hakkının kurulmaması gerektiğini savunmak için dile getirilmektedir, bkz. Josef Drexl/Reto M. Hilty/Luc Desaunettes/Franziska Greiner/Daria Kim/Heiko Richter/Gintarė Surblytė/Klaus Wiedemann, “Data Ownership and Access to Data”, **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series**, No. 16-10, 2016 (Data Ownership and Access to Data) s. 7.

⁴⁶³ Kim/Lee/Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 82. Ancak yazarlar veri şirketlerinin verdikleri emeğin göz ardı edilemeyeceğini kabul etmekte idiler, bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 85.

⁴⁶⁴ Bu görüş için bkz. Herbert Zech, “Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law”, **Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership Privacy and Safeguarding Competition** (editör: Josef Drexl), Edward Elgar Publishing, Forthcoming, September 2017 (New Data Economy) s. 4.

aktarılmasının mümkün olduğu görülür. Ancak bu aktarımların bu görüşün ima ettiği gibi bir ikinci piyasa oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kişisel veri karşılığında hizmet ve içerik sunan sağlayıcıların bu ekonomide kar etmelerini sağlayan şey yaptıkları doğrudan satışlar değil, bu veriler üzerinden hizmetlerini geliştirmeleri, kişiselleştirmeler, ama özellikle veriler sayesinde yapmış oldukları analizler uyarınca kullanıcılarına gösterdikleri reklamlardır.

Ayrıca bir kişi verisini başka birine devrettiğinde aslında tam anlamı ile zilyetliğin devri gibi bir işlem gerçekleştirilmemektedir. Çünkü bu kişinin yaptığı aslında verinin devri değil veriye erişim hakkının verilmesidir. Bir şeyin zilyetliği fiilen ancak belirli bir kişiye devrebilebilir oysa bir kişinin aynı anda birçok üçüncü kişiye verisine erişim hakkı tanınması mümkün olabilir⁴⁶⁵. Bu husus dikkate alındığında veri üzerinde mülkiyet hakkı kurulabileceğini savunmak daha zor hale gelmektedir.

Kişisel veriyi mülkiyet hakkı üzerinden korumaya çalışmanın asıl sorumluluğun ilgili kişiler omuzlarında kalmasına neden olacağını da kabul etmek gerekir. Verinin gerçek sahibi kişiler ile bu verileri işleyen işletmeler arasındaki güç uçurumunu düşündüğümüz zaman kişisel verileri mülkiyet hakkı üzerinden korumanın önemli riskler barındıracaktır⁴⁶⁶. Mülkiyet hakkı tanınmış olsa dahi veri piyasasında genellikle ilgili kişiler daha zayıf konumdadırlar çünkü veri karşılığında faydalanılmak istenen hizmetler ilgili kişilere göre çok daha büyük ve güçlü aktörler tarafından sunulmaktadır. Bu durumda mülkiyet hakkı ile donanmış olmaları ilgili kişilerin gerçek anlamı ile kendilerini koruyabilecekleri anlamına gelmeyecektir⁴⁶⁷.

Verilerin piyasada dolaşımının kolaylaştırılmasının da kişisel verilerin korunması düzenlemelerinin temel ilkelerinden olduğunu unutmamak gerekir. Örneğin GDPR'ın giriş kısmında ortak bir veri koruma düzenlemesi getirilmesinin

⁴⁶⁵ Zech, **New Data Economy**, s. 6; Kim/Lee/Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 84. Kaldı ki veriye ilişkin teknik sorunlarda izah edildiği gibi veri kullanmakla tükenen bir değer olmadığı aynı anda birden çok kişinin veriye erişim olabilir, bu da özünde münhasır olan mülkiyet hakkının nitelikleri ile bağdaşmaz, bkz. Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1049.

⁴⁶⁶ Conseil National du Numérique (CNNum), "Neutralité Des Plateformes: Réunir Les Conditions D'un Environnement Numérique Ouvert Et Soutenable", Mai 2014, https://cnnumerique.fr/files/2017-09/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf (erişim tarihi: 03.09.2022) (**Neutralité des plateformes**) s. 38. Veri şirketleri ve veri sahipleri arasındaki güç uçurumu yüzünden serbest piyasanın adil biçimde çalışacağını söylemenin mümkün olmadığı yönünde bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 65.

⁴⁶⁷ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 292. Benzer yönde eleştiriler için bkz. Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1422-1423; Özkan, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 23.

nedenlerinden birinin AB içinde verilerin dolaşımını kolaylaştırmak olduğu yazılmıştır⁴⁶⁸. Bunun nedeni verinin ekonomideki verimliliğe yaptığı katkıdır. Şayet kişisel veriye mülkiyet hakkı tanınır ve veriye erişim olması gerekenden çok daha fazla kısıtlanırsa veri sayesinde sağlanan ekonomik büyümeden mahrum kalınacak, bu da bireyin haklarının toplumsal menfaatler lehine ölçsüz korunduğu anlamına gelecektir⁴⁶⁹.

3. Kişisel Veri Üzerinde Fikri Mülkiyet Hakkı

Bir başka görüş uyarınca kişisel veri üzerinde kurulan hakkın niteliği mülkiyet hakkı değil bir tür fikri mülkiyet hakkı olmalıdır⁴⁷⁰. Bu görüş sayesinde hem cismani varlığı olmayan kişisel veri üzerinde ekonomik hayatta üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak tesis edilmekte hem de mülkiyet hakkının kendine has kısıtları bertaraf edilmektedir.

Fikri mülkiyet sahibine temelde iki hak bahşetmektedir. Bunlardan biri hak sahibinin eseri üzerindeki mali hakları diğeri de manevi haklarıdır. Mali haklar eser sahibinin eserinden iktisadi olarak yararlanmasını, nasıl yararlanacağını seçmesini ve üçüncü kişilerin eserinden onun izni olmaksızın kullanmasını engellemesini sağlayan mutlak haklardır⁴⁷¹. Eser sahibinin mali hakları çoğaltma, yayma, işleme, kiralama ve ödünç verme, temsil, umuma iletim, yayın, pay ve takip hakkı gibi haklardan oluşur. Manevi haklar ise herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak ve aynı zamanda inhisari haklardır⁴⁷². Manevi haklar eser sahipliğinden doğduğu için bunların devredilmesi veya miras yolu ile geçmeleri de mümkün değildir⁴⁷³. Manevi hakları ise umuma arz,

⁴⁶⁸ GDPR, Giriş, ¶9.

⁴⁶⁹ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 297-298; Drexel (et. al), **Data Ownership and Access to Data**, s. 2-3. Benzer bir eleştiri ABD’de de ileri sürülmüştür, bkz. Purtova, **Property Rights In Personal Data**, s. 519. Kişisel veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulmasının mümkün olup olmadığının farklı mülkiyet teorileri ile incelemesi hakkında bkz. Janeček, **Ownership of Personal Data**, s. 1047-1049. Keza mülkiyet hakkının tanınması bazı şirketlerin veriye erişimini kısıtlayacağı için bunların ürün ve hizmetlerini geliştirmelerine engel olabilir, bkz. Drexel (et. al), **Data Ownership and Access to Data**, s. 8.

⁴⁷⁰ Aksoy, **Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması**, s. 60 vd.; Akkurt, **Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış**, s. 24 vd.; bu yöndeki görüş hakkında bilgi edinmek için bkz. Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 66-67. Bu yönde bir açıklama için bkz. Van Erp, **Management as Ownership of Data**, s. 83.

⁴⁷¹ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Dördüncü Bası, İstanbul: Arıkan, 2005 (Fikri Mülkiyet Hukuku) s. 169. Mali haklar ile eser sahibinin eserden ekonomik beklentileri karşılanmaya çalışılır, bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017 (Fikri Haklar), s. 240.

⁴⁷² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 151.

⁴⁷³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 153; Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 243. Manevi hakların miras yolu ile geçebileceği hakkında bkz. Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 244.

eser sahibi olarak tanınma, eserin bütünlüğünü isteme, eserin aslına ulaşma hakkı gibi haklardır.

Hak sahibi eser üzerindeki mali hakları üzerinde üçüncü kişilerle sözleşmeler yaparak tasarrufta bulunabilir ve bu haklarını devredebilir. Ancak hak sahibinin eserinin üzerindeki maddi haklarda tasarruf ediyor olması manevi haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Hatta eser sahibinin, eser üzerindeki manevi haklarını devretmesi veya bunlardan feragat etmesi de mümkün değildir⁴⁷⁴. Ancak manevi hakların kullanım hakkının devredilmesi mümkün olduğu gibi, mirasçıların ve eser sahibinin yakınlarının manevi hakları kullanmaları da mümkündür⁴⁷⁵. Örneğin eser sahibi eserinin umuma arz edilip edilmeyeceğini, nasıl arz edileceğini belirleyebilir. Eserin ismini de eser sahibi belirleyecektir. Hatta bazı manevi haklardan eser sahibinin feragat etmesi mümkün değildir. Örneğin eserin yayımlanma şekli eser sahibinin şeref ve haysiyetini etkileyecek nitelikte ise eser sahibi bunu men edebilir ve eser sahibinin menetme yetkisinden feragat etmesi mümkün değildir.

Fikri mülkiyet hakkına ilişkin bu özelliklere bakıldığında kişisel veri hukuku ile birçok benzerlik kurulabilir. Aynı fikri mülkiyete konu olan eserler gibi kişisel verinin de bir mali bir de manevi yanı vardır. Kişisel veri sahibi öyle veya böyle kişisel verisi ile veri ekonomisine dahil olduğunda ondan bazı mali çıkarlar elde eder buna karşın kişisel verilerin korunması hukukuna ilişkin vaz geçemeyeceği bazı hakları da vardır. Bu haklar ile eser sahibinin manevi hakları arasında bir paralellik kurulabilir⁴⁷⁶.

Mevcut hukuki düzenlemelerde de aslında kişilik hakkı olan bazı haklar bakımından fikri mülkiyet hukuku koruması getirildiğini görmek mümkündür. Örneğin İtalyan hukukunda kişinin kendi resmi ve özel haberleşmelerine ilişkin değerler İtalyan Telif Hakları Statüsü⁴⁷⁷ (madde 93 vd.) altında korunmaktadır.

⁴⁷⁴ İlhami Güneş, **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022 (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku) s. 316; Halil Alperen Evrensel, **Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Telif Hakları Sözleşmesi) s. 193; Rauf Karasu/Cahit Suluk/Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Fikri Mülkiyet Hukuku) s. 79. Örneğin bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 156,159, 162.

⁴⁷⁵ Güneş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, s. 318; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.153; Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 243.

⁴⁷⁶ Victor, **Property Regime for Protecting Data Privacy**, s. 524; Perlingieri, **Data As The Object Of A Contract**, dpn. 1; Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 18. Ancak doktrinde bir görüş bu durumu ilgili kişinin rıza gösterdikten sonra bile “mülkiyet” hakkının en azından bir kısmını koruyacağı şekilde yorumlamıştır, bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 83.

⁴⁷⁷ Statünün resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it211en.pdf> (erişim tarihi: 02.12.2022).

Kişisel veriler ile eser arasında kurulan ilişkiye getirilen eleştiri bu ikisi arasındaki temel nitelik farkıdır. Fikri mülkiyet korumasından yararlanan eser, eser sahibinin emeği sonucunda ortaya çıkmıştır⁴⁷⁸. Fikri mülkiyet hukukunun amacı da son tahlilde bu emeği korumaktır. Kişisel veri ise kişinin emeği sonucunda üretilen bir ürün değildir. Hatta çoğu zaman ilgili kişi kişisel veri sağladığının farkında bile olmaz. Bu bakımdan fikri mülkiye ürünleri ortaya koyan kişilerin bu emeklerini sürdürmeleri için bir nevi teşvik niteliğinde olan haklar ile kişisel veriler arasında kıyas yapmanın yerinde olmayacağı söylenmiştir⁴⁷⁹. Diğer bir yönden bu hak da veri üzerinde mutlak ve münhasır bir hak içerdiği için mülkiyet hakkı tartışmasında ele alınan iktisadi riskleri taşımaktadır.

4. Veri İş Gücü Kavramı

Doktrinde son zamanlarda ortaya çıkan yeni bir kavram ise veri iş gücü kavramıdır⁴⁸⁰. Bu kavram ile kişilerin aynı işçiler gibi bir araya gelip sendika benzeri yapılar ile haklarının savunmalarının gerçek bir koruma sağlayabileceği savunulmuştur. Nasıl ki iş gücü piyasasında olduğu gibi büyük ve güçlü işverenler karşısında daha zayıf konumda olan işçiler bir araya gelip kazanımlar elde edebiliyorlarsa, kişiler de kişisel verilerinin oluşturduğu ekonomiden mahrum kalmak istemiyorlarsa bir araya gelerek ortak çıkarları üzerinden toplu halde kendilerini savunulabilirler⁴⁸¹. Bu görüşün hareket noktası kişisel verilerin etkin biçimde korunması için bireysel değil, kolektif koruma yöntemlerinin tercih edilmesi gerektiğidir⁴⁸².

Ayrıca kişilerin bireysel zararlarının çok küçük kalması, bu yüzden kişilerin haklarını aramakta istekli olmadıklarını da düşündüğümüzde kişisel veriye “iş gücü”

⁴⁷⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 106; Ivan Cherpillod, **L’objet du droit d’auteur**, Lausanne: CEDIDAC, 1985 (L’objet du droit d’auteur), s. 125.

⁴⁷⁹ Prins, **Personal Data Become a Commodity**, s. 295-296; Özkan, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 24; Yılmaz/ Çavuşoğlu, **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, s. 61.

⁴⁸⁰ Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 160. Hatta doktrinde bir yaklaşım veri iş gücünün aslında ücretsiz olması gerektiği düşüncesini kadın emeğinin veya Amerika’daki siyahilerin emeğinin uzun süre karşılıksız olması gerektiği düşüncesi ile kıyaslamaktadır, bkz. Eric A. Posner/E. Glen Weyl, **Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society**, Princeton University Press, 2018, (Radical Markets) s. 206.

⁴⁸¹ Bu yönde bkz. Economist, “Data Workers Of The World, Unite”, 7 July 2018 <https://www.economist.com/the-world-if/2018/07/07/data-workers-of-the-world-unite> (erişim tarihi: 03.09.2022); Arrieta-Ibarra/Goff/Jiménez-Hernández/Lanier/Weyl, **Moving Beyond Free**, s. 41; Posner/Weyl, **Radical Markets**, s. 215; RadicalXChange, **Data Freedom Act**, s. 4-5.

⁴⁸² Kolektif hareket etmenin veri koruma hukuku özelinde de iyi bir yöntem olabileceği önerisi hakkında bkz. Solove, **Consent Dilemma**, s. 1902; Posner/Weyl, **Radical Markets**, s. 215.

benzeri bir nitelikle yaklaşmak anlamlıdır⁴⁸³. Bu özellikle kişisel verinin ancak birçok kişinin verisinin bir araya gelmesi ile değerli olması ile paraleldir. Örneğin GDPR'daki bağlayıcı kurumsal kurallar kişisel verilerin bütüncül olarak korunmasına ilişkin bir hüküm olarak düşünülebilir⁴⁸⁴. Ancak günümüzde bu yaklaşım hukuki kavramlar kapsamında tartışılmamaktadır.

5. Veri Üzerinde Yönetim Hakkı

Veri üzerinde mülkiyet hakkının kurulmaması gerektiğini savunan bir başka görüş ise genel olarak mevcut hukuk düzenindeki “mülkiyet” konseptinin veri ekonomisi için yetersiz olduğunu savunmaktadır. Bu görüş uyarınca veri çoğu zaman fikri mülkiyet hakkı kapsamına da girmez. Buna göre veri kimsenin mülkiyetine ait olmamalıdır ve bir tasarrufa konu olabilmesi için muhakkak birinin mülkiyetinde olmasına da gerek yoktur yeter ki veri üzerinde kimin “idare etme” yetkisine sahip olduğu belli olsun. Bu noktada “trust” ilişkisini düzenleyen Québec Medeni Kanunu m. 1278 atıf yapılmaktadır. Müsterek hukuk bakımından bir trust ilişkisinin üç tarafı vardır bunlar kurucu (settlor), “trust” konusu malın sahibi güvenilen ve bu mallardan ekonomik olarak yararlanandır. Kurucu “trust” ilişkisi kurulduktan sonra ilişkiden çıkar ve ilişki malın sahibi ile yararlanan arasında devam eder. Ancak Quebec Medeni Kanunu m. 1278'te esasında kimse bir şeyin sahibi değildir. Güvenilen “trust” konusu varlıkların maliki değildir, sadece onu kullanma yetkisine sahiptir. Diğer yandan yararlanan kişi de “trust” konusu varlıkların maliki değildir, o da sadece getirilerden yararlanma hakkına sahiptir. Yazar bu ilişki ile veri koruma hukukundaki ilgili kişi, veri sorumlusu ve veri işleyen arasında bir ilişki kurmaktadır. Çünkü burada da aslında

⁴⁸³ Rochfeld, *Qualification Des Données Personnelles*, s. 234.

⁴⁸⁴ Rochfeld, *Qualification Des Données Personnelles*, s. 236. Verinin iş gücü olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığını savunan bir görüş için bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, *Data and Manure*, s. 68 vd. Bu görüş ilginç biçimde ilgili kişilerin saikleri ne olursa olsun veri şirketlerine ekonomik bir katkıda bulundukları için “yatırımcı” olarak değerlendirilmeleri gerektiğini savunmaktadır. Yazarlara göre ilgili kişilerin yatırımcı olarak nitelendirilmesi onları aynı zamanda bir tüketici veya işçi olarak değerlendirilerek ek korumalardan yararlanmalarına engel olmayacaktır. Yazarlar bu tanımlamaları ile verilerin değerinin şirketin finansal tablolarında bir şekilde gösterileceğini bunun karşılığında ise ilgili kişilere finansal bir karşılık (hisse vb.) verilebileceğini iddia etmektedirler. Zira kullanıcıların kişisel verilerini diğer tarafa sağlamış olmaları veriler üzerindeki haklarını tamamen kaybettikleri anlamına gelmez bu yüzden de basit bir değiş-tokuş ilişkisi kullanıcı ile tüketici arasındaki ilişkiyi tanımlayamaya yetmez, bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, *Data and Manure*, s. 72 vd. Yazarlar ayrıca kişisel veriler anonimleştirilmiş olsa bile finansal karşılığın verileceğini savunurlar, örnekler için bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, *Data and Manure*, s. 78-79. Kişisel verinin iş gücü olarak tanımlanmasının getirileri hakkında bkz. Arrieta-Ibarra/Goff/Jiménez-Hernández/Lanier/Weyl, *Moving Beyond Free*, s. 39-40. Yazarlara göre bu ayrıca daha önce açıklanan piyasadaki rekabet sorununa da çözüm getirebilecek alternatif bir iş modeli olabilir, bkz. Arrieta-Ibarra/Goff/Jiménez-Hernández/Lanier/Weyl, *Moving Beyond Free*, s. 41.

yapılan verinin kime ait olduğundan ziyade, özellikle veri sorumlusu ve veri işleyen bakımından veriyi kimin hangi seviyede idare ettiğini tespit etmektir⁴⁸⁵.

6. Değerlendirme

Bütün bu tartışmalar ışığında gerek olan hukuk gerek de olması gereken hukuk bakımından veri üzerinde mülkiyet gibi bir hakkının kurulmasına izin vermenin zannedildiğinden çok daha yoğun bir ekonomik analiz gerektirdiğini kabul etmek gerekir. Kaldı ki kişisel verinin üzerinde mülkiyet veya fikri mülkiyet hakkı gibi hakların olduğunu ileri sürmek yukarıda açıklanan verinin tek başına değerinin tespitindeki zorluklar, verinin dinamik yapısı, başka veriler ile bir araya gelmeden ekonomik değerini kazanamaması gibi birçok gerekçe yüzünden çoğu zaman veri piyasasının gerçekleri ile de uyuşmayacaktır. Diğer bir taraftan kişisel veriler üzerindeki hakkın kişilik hakkı olduğu görüşünü savunmak da kişisel verilerin artık ekonomik bir değer olduklarına ilişkin önemli bir gerçeğin görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Aslında, mevcut görüşlerin aksine, kişisel veriler üzerindeki hakkın kişilik hakkı olması onun özel hukuk ilişkilerine konu olamayacağı biçimde algılanmamalıdır. Daha önce de ele alındığı gibi kişilik haklarından TMK m. 23 sınırları içinde kalındığı sürece ekonomik olarak faydalanmak mümkündür. Bu yüzden kanaatimizce kişilik hakkı görüşü, bu hakkın kişisel verilerden, belirli sınırlar içinde de olsa, ancak ekonomik olarak yararlanma hakkını da verdiğini kabul ederek genişlettiğimiz takdirde savunulabilir olur. Diğer bir taraftan kişilik haklarının salt bireyci bir koruma modeli sağlaması, veri iş gücü kavramını savunan kişiler tarafından gerekli görülen kolektif koruma yönetmeleri için sorunlu olabilir. Bu nedenle veri iş gücü kavramının verinin ekonomik değerini ve piyasa gerçekleri için daha yerinde kavram olduğu söylenebilir. Keza daha sonra kişisel verilerin konusu olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesi yapılırken tespit edileceği gibi bu sözleşmelere vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ile kişisel veri üzerindeki hakkın iş gücüne benzer bir hak olduğu çıkarımı birbiri ile uyumludur.

Bu noktada yapılması gereken ilk aşamada ilgili kişiler (aynı zamanda kullanıcılar) ve veri sorumluları (aynı zamanda hizmet ve içerik sağlayıcılar) arasındaki hukuki ilişkinin bağlamını doğru biçimde tanımlamaktır. Bu şekilde tarafların karşılıklı hak ve borçları daha iyi anlaşılır ve veri ekonomisinden doğan

⁴⁸⁵ Bu görüş için bkz. Van Erp, **Management as Ownership of Data**, s. 87 vd. Benzer yönde bir kıyaslama için bkz. Kim/Lee/ Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 82.

menfaatlerin topluma nüfuz etmesi kolaylaştırılmış olur. Başka bir deyişle kişisel verinin bir “mutlak” hak olarak niteliğinin ortaya konmasından daha önce kişisel verinin “nisbi” bir ilişkide tarafların hak ve borçlarını nasıl etkilediğini ele almak daha yerinde bir tercih olacaktır.

C. Kişisel Verinin Karşı Edimi Olduğu Sözleşmelerin Vasıflandırılması

Bir tarafının borcunun kişisel veri sağlamak olduğu sözleşmelerde sözleşmenin kurulması aşamasından ifası ve sona ermesi aşamasına kadar olan süreçte tarafların borçlarının ve haklarının tespit edilebilmesi bu sözleşmelerinin nitelendirilebilmesine bağlıdır. Bu başlık altında kişisel verinin borcun konusu olduğu sözleşmelerin genel sözleşme hukuku yarınca vasıflandırılması yapılmaya çalışılacaktır.

1. Edim İlişkisi Uyarınca Kişisel Verinin Konusu Olduğu Sözleşmelerin Nitelendirilmesi

Kişisel verinin karşı edim teşkil ettiği sözleşmelerin yukarıda sayılan sözleşme sınıflarından hangisine gireceği doktrinde tartışılmıştır. İnternet üzerinden hizmet sağlayan platformların pek çok defa bu uygulamaların bedava olduğuna dair vurgular yaptığı görülür. Örneğin Meta Hizmet Koşullarında “*Aksini belirtmediğimiz takdirde, Facebook'u veya bu Koşullar kapsamındaki diğer ürün ve hizmetleri kullanımınız için sizden ücret almaz.*”⁴⁸⁶ hükmüne yer vermiştir. Bununla birlikte daha önce de üzerinde durulduğu gibi bu sözleşmelerden ücret alınmıyor olması kullanıcıların bu hizmeti bir karşılık ödemededen kullandığı anlamına gelmeyecektir. Hizmet sağlayıcılar, kullanıcıların kişisel verileri karşılığında hizmet sunduklarına göre bu sözleşmelerin klasik tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak vasıflandırılması mümkün olmayacaktır⁴⁸⁷. Keza DCD’nin uygulama alanını inceleyen bazı yazarlar da yönergenin sadece ivazlı ve tam iki taraflı sözleşmelere uygulanacağını söyleyerek bu sözleşmelerin niteliği hakkında bu yönde görüş bildirmişlerdir⁴⁸⁸.

Buna karşın hala aksi görüşün de savunulması mümkün olabilir. İlk olarak kullanıcılar bu şekilde bir sözleşme yaptıklarında mal varlıklarından bir şey eksilmemektedir. Ayrıca kullanıcıların başka hizmet sağlayıcılar ile aynı veriler

⁴⁸⁶ Bkz. Meta Hizmet Koşulları, <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (erişim tarihi: 17.09.2022).

⁴⁸⁷ Benzer yönde bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 23. Çekya’nın DCD’yi iç hukuka geçirirken kişisel veri ile ödemenin para ile ödeme ile aynı olduğunu açık biçimde belirtmemiş olmasının hatalı olduğu yönünde bkz. Richter, **New Legal Concepts**, s. 12.

⁴⁸⁸ Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 156.

üzerinden başka sözleşmeler yapmaları dahi mümkündür⁴⁸⁹. Mevcut düzenlemelerde kişisel verinin konusunu teşkil ettiği sözleşmelere tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler gibi yaklaşan hükümlerin varlığı gözlenebilmektedir. Örneğin taslak halinde kalmış olmasına rağmen CESL m. 107 uyarınca eğer sözleşmenin karşı edimi olarak paradan başka bir şey sağlayan tarafın sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifayı talep etme, kendi edimini ifa etmekten çekinme, sözleşmeyi sona erdirmeye, bedelde indirim talep etme gibi hakları yoktur. Bu kişi ancak zararın tazminini dava edebilir. Benzer biçimde CESL m. 100(g) ayıp hali için karşı tarafın bekleyebileceği özelliklerin aranacağını ancak kullanıcının karşı edim olarak parasal bir değer sağlamamış olmasının dikkate alınacağını söylemektedir. Bu yaklaşım doktrinde kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler gibi anlaşıldığı şeklinde yorumlanmıştır⁴⁹⁰. Avrupa Parlamentosunda bu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür. Buna göre örneğin bir çevrimiçi oyunu oynamak için verisini diğer tarafa sağlayan kişinin sözleşmesi, kişinin veri işleme faaliyetine rıza göstermesi geciktirici şartına bağlanmış tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olacaktır⁴⁹¹. Doktrinde ayrıca karşı tarafın kullanıcıdan rıza göstermesini talep edememesi veya kişisel veri transferine zorlayamaması nedeni ile bu sözleşmenin tam iki taraflı olmayacağı ifade edilmiştir⁴⁹².

Ancak verilen mahkeme kararlarına bakıldığında ise bu sözleşmelerin tam iki taraflı olup olmadıklarına yönelik bir çıkarıma henüz varılmamışsa da en azından ivazlı (*contrat onéreux*) olduklarına dair tespitleri görmek mümkündür. Paris Mahkemesi Twitter'ın tüketici hukuku bakımından tacir olup olmadığını tespit etmek için kullanıcılar ile Twitter arasındaki sözleşmeyi incelemiş ve bu sözleşmelerin Twitter için de CC m. 1107 uyarınca "menfaat" barındırmaları nedeniyle ivazlı sözleşmeler olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre kullanıcıların platforma girdiklerinde verilerini toplayan ve bunları ticari olarak kullanan Twitter, işlemlerinde kar gütmeye amacını sürdürmektedir⁴⁹³. Paris Mahkemesi benzer bir sonuca daha sonra

⁴⁸⁹ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 23.

⁴⁹⁰ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 25.

⁴⁹¹ European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 8.

⁴⁹² Irene Kull, "Transposition Of The Digital Content Directive (EU) 2019/770 Into Estonian Legal System", **JIPETEC**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Transposition of DCD Into Estonian Law) s. 255.

⁴⁹³ "Ainsi, la fourniture de données collectées gratuitement puis exploitées et valorisées par TWITTER doit s'analyser en un "avantage" au sens de l'article 1107 du code civil, qui constitue la contrepartie de celui que TWITTER procure à l'utilisateur, de sorte que le contrat conclu avec TWITTER est un contrat à titre onéreux.." ("Yani, ücretsiz biçimde toplanan verilerin sağlanması ve Twitter tarafından kullanılması ve değerlendirilmesi CC m. 1107 anlamında Twitter'ın kullanıcıya sağladığının bir

Google’a karşı açılan dava bakımından 12 Şubat 2019 tarihli⁴⁹⁴ ve Facebook’a karşı açılan bir dava bakımından 9 Nisan 2019 tarihli⁴⁹⁵ kararlarında da varmıştır. Her ne kadar bu davalarda mahkemenin amacı haksız şartların iptali talebini değerlendirmek için ortada bir tüketici işlemi olup olmadığını tespit etmekse de mahkeme bunun tespiti için mecburen bu sözleşmeleri kısmen de olsa vasıflandırmak zorunda kalmıştır. Bu bakımdan mahkemece ulaşılan sonuçların çalışmanın bu kısmı için de uygun ve önemlidir⁴⁹⁶.

Kanaatimizce de söz konusu sözleşmelerin ivazsız olarak kabul edilmesinin imkanı bulunmamaktadır. Böyle bir sonuç yukarıda da açıklandığı üzere veri ekonomisi üzerine kurulan piyasaların çalışma mantığı ve söz konusu hizmet ve içerikleri sağlayan işletmelerin motivasyonları ile de çelişecektir. Dolayısıyla Paris Mahkemesinin de tespit ettiği üzere bu sözleşmelerin iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler altında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Hatta bir adım daha atarak bu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunun savunulabileceği görüşündeyiz. Bu sonuca karşılaştırmalı hukuktan yapılacak kıyaslamalarla desteklemek mümkündür. Örneğin DCD, yönergenin hizmet veya içerik için para ödeyenler ve kişisel veri sağlayanlar arasındaki farklılıkları gidermeyi amaçladığına ve bir hizmet veya içerik karşılığında para ödenmesi durumunda bunun tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu da kabul etmek gerektiğine göre, karşılığında kişisel veri sağlanan sözleşmeler de bunlara denk olacağından bu sözleşmelerin de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu sonucuna varılabilir. Diğer bir taraftan DCD karşılığında kişisel veri sağlanan sözleşmelerde hizmetin ayıplı sunulması durumunda kullanıcıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı da vermektedir. Karşılığında para verilen sözleşmeler için dahi bu hakkın bazı sınırlamalara tabi olduğu düşünüldüğünde, DCD’nin tipik bir tam iki tarafa borç

karşılığı teşkil eden bir “menfaat” olarak değerlendirilmelidir; bu yüzden Twitter ile kurulan sözleşme ivazlı bir sözleşme olacaktır [yazar çevirisi]). Bkz. Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI), Décision du 07 Août 2018, N° 14/07300, <https://entreprises.claiss-associates.com/wp-content/uploads/2018/08/TGI-Paris-7-ao%C3%BBt-2018-UFC-Twitter.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2023) (Que Choisir v. Twitter) s. 11.

⁴⁹⁴ TGI, Décision du 12 Février 2019, N° 14/07300, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-12-fevrier-2019/> (erişim tarihi: 19.10.2022) (Que Choisir v. Google).

⁴⁹⁵ TGI, Décision du 9 Avril 2019, N° 14/07298, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-9-avril-2019/> (erişim tarihi: Que Choisir v. Facebook). Bu davada da Facebook savunmasında kullanıcı ile arasındaki sözleşmenin ivazlı olmadığını bu yüzden de tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.

⁴⁹⁶ İlgili kararların bu yönde bir incelemesi için bkz. Sénéchal, **Consequences of Termination**, s. 157-158.

yükleyen sözleşme yaptırımı olan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kişisel veri sağlayana da verilmesinin önemli olduğunu düşünüyoruz.

2. Özel Sözleşme Türleri

Kişisel verinin bir ifa konusu olduğu sözleşmelerin nitelendirilmesi ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta hangi sözleşme tipi hükümlerinin doğrudan veya kıyas yolu ile uygulanacağını bulmak için önemlidir.

Kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmelerden doğrudan bahseden DCD bu iş modelini tanımakla birlikte söz konusu sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesini yapmamış, bu hususu tamamen ulusal hukuklara bırakmayı tercih etmiştir⁴⁹⁷. Oysa yine bir Avrupa Birliği düzenlemesi olan CRD taşınabilir bir ortamda sağlanmayan dijital içeriklerin satımının satış veya hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça söylemişti⁴⁹⁸. DCD altındaki sözleşmelerin tüketici işleri hakkında olduğu açığa kavuşturulmuş olsa dahi bu tespit tek başına bu işlemlerin sözleşme hukukuna bağlanması için yeterli değildir⁴⁹⁹.

Bunun için söz konusu sözleşmelerin borçlar hukukundaki mevcut düzenlemeler ile ilişkisini tespit edilmesi gerekir. Aşağıdaki başlıklarda kısaca kişisel verilerin dijital hizmet ve içeriklerin karşılığı olan sözleşmeler ile arasında ilişki kurulabilecek başlıca sözleşme tiplerinin genel özellikleri ana hatları ile açıklanmıştır. Daha sonra da kişisel verinin konusunu teşkil ettiği sözleşmeler ile bu sözleşme tipleri arasında bir değerlendirmeye gidilmiştir.

Aşağıda yapılacak olan ayrıntılı incelemeden önce söz konusu sözleşmelerin önemli kısmının yabancılık unsuru içerdiği ve bir hukuk seçim maddesi de bulundurduğunun ifade edilmesi gerekir. Dolayısı ile esasında bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti için yapılması gereken şey Milletlerarası Özel Hukuk ve

⁴⁹⁷ DCD, **Giriş**, ¶12; Laurynas Didziulis, "EU Digital Content Directive and Evolution of Lithuanian Contract Law", **JIPITEC**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Lithuanian Contract Law) s. 263; Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 250.

⁴⁹⁸ "Similarly to contracts for the supply of water, gas or electricity, where they are not put up for sale in a limited volume or set quantity, or of district heating, contracts for digital content which is not supplied on a tangible medium should be classified, for the purpose of this Directive, neither as sales contracts nor as service contracts." (Su, gaz veya elektrik tedariki veya bölgesel ısıtma sözleşmelerine benzer olarak, sınırlı bir hacme veya belirli bir miktara satış için konmadıkları sürece, taşınabilir bir ortamda tedarik edilmeyen dijital içerik sözleşmeleri bu Yönergenin amaçları doğrultusunda ne satış ne de hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir [yazar çevirisi]) bkz. CRD, **Giriş**, ¶19. Ayrıca bkz. Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 263.

⁴⁹⁹ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 263.

Usul Hukukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca bu sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk hükümlerini tespit etmektir. Çalışmanın devamında ilgili olduğu yerlerde bu husus tekrardan ele alınacaktır. Ancak her halde hangi MÖHUK maddesinin uygulanacağını tespiti için öncelikle bir vasıflandırma çalışması yapmak gerekir. Şu aşamada zaten yapılan çalışma bir tür vasıflandırma faaliyeti olduğundan, vasıflandırma faaliyeti ise hakimin hukukuna göre yürütüleceğinden⁵⁰⁰ aşağıda incelemenin TBK bakımından yapılmasında bir beis görülmemiştir.

a. Kişisel Verinin Karşı Edimi Olduğu Sözleşmelerin Nitelendirilmesi

Sözleşmelerinin vasıflandırılabilmesi için değerlendirilmesi gereken en başat unsur sözleşmenin karakteristik edimidir. Kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmelerde sözleşmenin karakteristik edimi dijital hizmet veya içeriktir⁵⁰¹. Dijital ürün veya hizmet karşılığında yerine getirilen edim ise kişisel veridir. Aynı zamanda hizmet ve içerik sağlayıcılar kullanıcılarına bir tür karşı edim olarak reklam da göstermektedirler. Buradaki mekanizmayı şu şekilde izah etmemiz mümkündür. Hizmet ve içerik sağlayıcılar kullanıcıların kişisel olan ve olmayan verilerini toplar, bunlar üzerinde analizler yaparlar, bu analizlerin neticesinde de kullanıcılarına kişiselleştirilmiş reklamlar gösterirler. Vasıflandırmayı doğru yapabilmek adına belli başlı bazı sözleşme hükümlerini görmek yerinde olacaktır.

i. Uygulamadaki Bazı Sözleşme Hükümleri

Aşağıdaki bölümde farklı dijital içerik ve hizmet sağlayıcıların kullanıcıları ile yapmış oldukları sözleşmeler bu sözleşmelerin genel hatları hakkında bir fikir sahibi olunması için ele alınmıştır. Aşağıda bu içerik ve hizmet sağlayıcıların hem kullanım koşulları hem de gizlilik politikaları ele alınmıştır. Zira gizlilik politikaları her ne kadar başlıklarında sözleşme ifadesine yer vermeseler de esasen kullanıcıların kişisel verilerinin nasıl değerlendirileceğini düzenledikleri için kanaatimizce kullanıcı ile sağlayıcı arasındaki özel hukuk ilişkisine dahildirler, bu yüzden başlıklarından bağımsız olarak bir sözleşme olarak incelenmelidirler. Kaldı ki kullanım

⁵⁰⁰ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020 (Milletlerarası Özel Hukuk) s. 45; Ergin Nomer, **Devletler Husui Hukuku**, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, Ekim 2017 (Devletler Hususi Hukuku) s. 100.

⁵⁰¹ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 264.

sözleşmelerinde kullanıcıların gizlilik politikaları ile de bağlı olacağına ilişkin yapılan atıflar da bu çıkarımı desteklemektedir⁵⁰².

1. Twitter Hizmet Koşulları ve Gizlilik Politikası

Twitter'ın gizlilik politikasında açıkça kullanıcıların bazı verileri verdiği, Twitter'ın bunları topladığı, bunun karşılığında kişiye kullanışlı hizmetler sağlandığı yazılmıştır⁵⁰³. Bu verilerden bazıları doğrudan kullanıcılar tarafından sağlanırken bazıları Twitter tarafından kullanıcı uygulamayı kullanırken toplanır, bazıları ise üçüncü kişilerden edinilirler. Twitter'da kişisel hesabı olan bir kişinin kullanıcı hesabı, doğum tarihi, eposta adresi, telefon numarası, dili, eğer tercih ettiyse konum bilgileri gibi veriler kişinin kendisini sağladığı verilere örnek teşkil eder. Kullanım verilerine örnek olarak ise atılan tweetler, yapılan yayınlar, diğer paylaşımlarla yapılan etkileşimler (retweet, beğenme, alıntılama, etiketleme gibi), diğer kullanıcılar ile yapılan etkileşimler, IP adresi, tarayıcı tipi gibi cihaz verileri; bunlar yanında yaklaşık konum⁵⁰⁴ sayılabilir⁵⁰⁵. Kullanıcılar Twitter'a bir hesapla giriş yapmasalar bile bir içeriği görüntülediklerinde veya bir içerik ile etkileşime geçtiklerinde Twitter bu verileri toplar. Mesela kullanıcının IP adresi, tarayıcı tipi, dili, işlemcisi, ziyaret edilen sayfalar, erişim saati, konum, cihaz bilgileri, bunlardan sadece bazılarıdır. Keza kullanıcının bir reklam ile etkileşmesi durumunda Twitter bu verileri toplar. Çerezlerle toplanan ve üçüncü kişi siteleri üzerinden yapılan etkileşimler de kullanıcı verileri olarak toplanan veriler arasındadır⁵⁰⁶. Son olarak reklam geliştiriciler, ortaklar, yayıncılar gibi üçüncü kişilerden de veri toplanmaktadır⁵⁰⁷.

Twitter topladığı verilerle sunduğu hizmet geliştirmeyi ve kişiselleştirmeyi amaçlamaktadır⁵⁰⁸. Örneğin bu veriler ile kullanıcıya ilgisini çekebilecek içerikler veya reklamlar gösterilmektedir⁵⁰⁹.

⁵⁰² TikTok, **Kullanım Şartları**, <https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/tr-TR> (erişim tarihi: 01.12.2022) (Kullanım Şartları), Accepting the Terms.

⁵⁰³ Orijinal ifade için bkz. "You give some data, we get some data. In return we offer useful services", Twitter, **Privacy Policy**, m. 1.

⁵⁰⁴ Başka bir deyişle kişi tam konumunu vermese bile Twitter kullanıcı uygulamayı kullanırken onun yaklaşık konumunu toplamakta ve kullanıcıya ona göre hizmet (örneğin reklam) sağlamaktadır.

⁵⁰⁵ Twitter, **Privacy Policy**, m. 1.1.

⁵⁰⁶ Twitter, **Privacy Policy**, m. 1.2.

⁵⁰⁷ Twitter, **Privacy Policy**, m. 1.3.

⁵⁰⁸ Bunun dışında güvenlik, hizmetlerin değerlendirilmesi ve iyileştirilmesi, hizmetlerden kullanıcıların haberdar edilmesi, araştırma gibi amaçlarla da veriler kullanılmaktadır, bkz. Twitter, **Privacy Policy**, m. 2.

⁵⁰⁹ Twitter, **Privacy Policy**, m. 2.1.

Kullanıcıdan alınan bu veriler karşılığında ise Twitter kullanıcıya sunduğu hizmete erişim ve o hizmeti kullanma hakkı vermektedir. Bu hak için kullanıcıya; kişisel, küresel, telifsiz, devredilemez ve basit bir lisans verilir. Lisansın tek amacı kullanıcının hizmetten yararlanmasını sağlamaktır⁵¹⁰. Bununla birlikte Twitter kullanıcıya hizmeti “olduğu gibi” sunar. Başka bir deyişle Twitter, sunduğu hizmette yaşanan aksamalar veya hatalar gibi durumlar için sorumluluk kabul etmemektedir⁵¹¹.

Bu açıklamalar ışığında kullanıcının sözleşme uyarınca hizmet sağlayıcıya kişisel olan ve olmayan verilerini sağladığını, ayrıca reklamlara maruz kalmayı da kabul ettiğini; bunun karşılığında ise Twitter’dan hizmetleri kullanmasına yarayan bir lisans aldığını söylemek mümkündür⁵¹².

Söz konusu sözleşmenin Twitter tarafından sona erdirilmesi her zaman mümkündür⁵¹³. Benzer biçimde kullanıcı da Twitter ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir⁵¹⁴.

2. Facebook Hizmet Koşulları ve Gizlilik İlkesi

Facebook Hizmet Koşulları incelendiğinde hizmetin kendini, diğer kişilerin kullanıcılara uygun reklamların gösterilmesi için ödedikleri ücretlerle finanse ettiği görülür. Başka bir deyişle Meta kullanıcıların verilerini doğrudan satmamaktadır. Bunun yerine, verilerini kullanarak hangi kullanıcıya hangi reklamların gösterilmesinin daha yararlı olacağını tespit eder ve bu reklamları ilgili kullanıcılara gösterir⁵¹⁵. Kullanıcı ise söz konusu hizmetleri kullanarak Facebook’un alakalı olduğunu düşündüğü reklamların kendisine gösterilmesine rıza göstermiş olur⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Maddenin orijinali için bkz. “Twitter gives you a personal, worldwide, royalty-free, non-assignable and non-exclusive license to use the software provided to you as part of the Services. This license has the sole purpose of enabling you to use and enjoy the benefit of the Services as provided by Twitter, in the manner permitted by these Terms”, bkz. Twitter, **Terms of Service**, m. 4.

⁵¹¹ “Your access to and use of the Services or any Content are at your own risk. You understand and agree that the Services are provided to you on an ‘AS IS’ and ‘AS AVAILABLE’ basis.” bkz. Twitter, **Terms of Service**, m. 5.

⁵¹² “In consideration for Twitter granting you access to and use of the Services, you agree that Twitter and its third-party providers and partners may place advertising on the Services or in connection with the display of Content or information from the Services whether submitted by you or others.” bkz. Twitter, **Terms of Service**, m.4.

⁵¹³ “We may stop (permanently or temporarily) providing the Services or any features within the Services to you or to users generally.” bkz. Twitter, **Terms of Service**, m. 4.

⁵¹⁴ “You may end your legal agreement with Twitter at any time by deactivating your accounts and discontinuing your use of the Services.” bkz. Twitter, **Terms of Service**, m. 4.

⁵¹⁵ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 2. Hizmetlerimize nasıl fon sağlanır?; Meta, **Gizlilik İlkesi**, Bilgilerinizi nasıl kullanırız?.

⁵¹⁶ Facebook, **Hizmet Koşulları**, Giriş. Bu yükümlülüğün sözleşmeye doğrudan bir yansıması için bkz. “Adınızı, profil resminizi ve Facebook’ta gerçekleştirdiğiniz eylemler hakkındaki bilgileri, size herhangi

Kullanıcının Meta'ya sağladığı veriler ürünleri kullanım şekline göre farklılık arz edecektir. Şöyle ki kullanıcının hesap açmadan bir Meta hizmetinden yararlanması durumunda dahi bazı verileri toplanacaktır. Toplanan verilere kullanıcının hareketleri, kullanıcının sağladığı bilgiler (oluşturulan içerikler, görüntülenen veya etkileşimde bulunulan içerik türleri, kullanılan uygulamalar vs.), uygulama, tarayıcı ve cihaz bilgileri gibi bilgiler örnek olarak gösterilebilir⁵¹⁷. Bunun karşılığında ise kullanıcı Facebook'un sağlamış olduğu hizmetlerden parasal bir ücret ödmeden yararlanma hakkını kazanmış olur⁵¹⁸.

Kısaca kullanıcı, Meta ile Facebook hizmeti için girdiği sözleşme ile verilerini sağlamayı ve reklama maruz kalmayı kabul etmiş olur, bunun karşılığında ise Meta'dan hizmetlerden yararlanmasını sağlayan bir lisans alma hakkını kazanır. Buna karşın aynı Twitter gibi Meta da kullanıcıya hizmeti "olduğu gibi" sunar⁵¹⁹.

Sözleşmenin sona erme koşullarına da Hizmet Koşullarında temas edilmiştir. İlk olarak kullanıcıların gerek platforma paylaşmış oldukları içerikleri gerek de hesaplarının kendisini silme hakkı vardır⁵²⁰. Meta ise tamamen kendi takdirinde olmak üzere koşul ve ilkelerinin kullanıcı tarafından ihlal edilmesi veya kullanıcının kaydolduktan sonra hesabının onaylanmaması, kullanılmaması, uzun süre aktif olmaması gibi durumlarda kullanıcının hesabını dondurma veya tamamen silme hakkını elinde bulundurmaktadır⁵²¹.

*bir bedel ödemeksizin, Ürünlerimizde göstermekte olduğumuz reklamların, tekliflerin veya diğer sponsorlu veya ticari içeriklerin yanında veya bunlarla bağlantılı olarak kullanmamıza izin verirsiniz.”, bkz. Facebook, **Hizmet Koşulları**, Facebook'a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler.*

⁵¹⁷ Meta, **Gizlilik İlkesi**, Hangi bilgileri topluyoruz?.

⁵¹⁸ “Facebook’u ve sunduğumuz diğer ürün ve hizmetleri kullanmak için ödeme yapmak yerine, bu Koşullar kapsamındaki Facebook Ürünleri’ni kullanarak, işletme ve kuruluşların Facebook Şirketi Ürünleri üzerinden veya başka yollarla tanıtımını yapmamız için ödeme yaptığı reklamları size gösterebileceğimizi kabul etmektesiniz. Size kişiselleştirilmiş reklamlar sunmak için kullanıcı davranışlarınız ve ilgi alanlarınız hakkındaki bilgiler gibi kişisel verilerinizi işleriz.” bkz. Facebook, **Hizmet Koşulları**, 2. Hizmetlerimize nasıl fon sağlanır?.

⁵¹⁹ “Sunabileceğimiz en iyi Ürünleri sunmak ve bu Ürünleri kullanan herkesin uyacağı açık ve anlaşılır kurallar belirlemek için elimizden geleni yapıyoruz. Ancak Ürünlerimiz yasaların izin verdiği ölçüde ve "olduğu gibi" sunulmaktadır. Dolayısıyla ürünlerimizin daima emniyetli, güvenli veya hatalardan arınmış olacağını ya da kesintisiz, gecikmesiz veya kusursuz şekilde çalışacağını garanti etmiyoruz.” bkz. Facebook, **Hizmet Koşulları**, 4. Ek hükümler, 3. Sorumluluğun sınırlandırılması.

⁵²⁰ “Paylaştığınız ve yüklediğiniz içerikleri istediğiniz zaman silebilirsiniz. Ek olarak, hesabınızı silerseniz kişisel hesabınızda paylaşılan tüm içerikler silinir.” bkz. Facebook, **Hizmet Koşulları**, 3. Facebook'a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler, 3. Bize verdiğiniz izinler.

⁵²¹ “Kendi takdirimize bağlı olmak kaydıyla Topluluk Standartları başta olmak üzere Koşullarımızı veya İlkelerimizi açıkça, ciddi şekilde ya da sürekli olarak ihlal ettiğinizi belirlememiz halinde Meta Şirketi Ürünlerine erişiminizi durdurabilir veya kalıcı olarak engelleyebilir ve hesabınızı kalıcı olacak kapatabilir veya silebiliriz... Kaydolduktan sonra hesabınız onaylanmazsa, kullanılmazsa ve uzun bir süre boyunca aktif olmazsa ya da birisinin hesabınızı izniniz olmadan kullanmış olabileceğini tespit

3. Google Hizmet Şartları ve Gizlilik Politikası

Google'ın kullanıcılarına sunduğu hizmetler için yukarıda açıklanan örneklerden daha farklı bir rejim önermediğini söylemek mümkündür. Gizlilik Politikasına göre Google bazıları basit (kullanılan dil vs.) bazıları görece daha karmaşık (kullanıcının işine yarayacak reklamlar, beğenilebilecek YouTube reklamlar vs.) birçok veriyi toplamaktadır⁵²². Kullanıcı Google üzerinde bir hesap açmadan hizmetlerden yararlandığında dahi bazı bilgileri Google tarafından toplanacaktır⁵²³. Keza kullanıcı hesap açtığında da birçok kişisel verisini (isim, soyisim, telefon numarası vs.) hizmet sağlayıcıya sağlamış olacaktır. Kullanıcı söz konusu hizmetlerden yararlanırken cihaz, tarayıcı, işletim sistemi, telefon numarası, IP adresi, sistem etkinliği gibi bilgileri Google tarafından toplanacaktır. Bunların yanında kullanıcın aramalarda kullandığı terimler, izlediği videolar, içerik ve reklamlarla etkileşimler, konuşma ve ses bilgileri, iletişim kurulan kişiler, tarama geçmişi, konum bilgisi gibi hususlarda toplanacak veriler arasındadır⁵²⁴. Google topladığı bu verileri kullanıcıya hizmet sağlama, hizmetlerini geliştirme, yeni hizmetler üretme, içerik ve reklamlarını kişiselleştirme, kendi performansını ölçme, kullanıcılar ile iletişim kurma, güvenlik gibi farklı amaçlarla kullanır⁵²⁵. Son tahlilde Google, kendi hizmetlerini fonlayabilmek için üçüncü kişilerden reklam almakta, bu reklamların hangi kullanıcılara gösterileceğini tespit etmek için elindeki verilerden yararlanmaktadır⁵²⁶.

Toplanan bu veriler karşılığında Google'ın kullanıcılara önerdiği hizmetler ise Hizmet Şartlarında sayılmıştır. Bunlar kabaca uygulamalar ve siteler, platformlar, entegre hizmetler, cihazlar olabilir⁵²⁷. Google, hizmetlerinden yararlanılabilmesi için kullanıcılarına dünya çapında geçerli, münhasır olmayan, telifsiz, kişiye özel ve

edersek ve hesabın size ait olduğunu onaylayamazsak hesabınızı kapatabilir veya silebiliriz” bkz. Facebook, **Hizmet Koşulları**, 4. Ek hükümler, 2. Hesabın durdurulması veya kapatılması.

⁵²² Google, **Gizlilik Politikası**, Google'ın Topladığı Bilgiler, <https://policies.google.com/privacy?hl=tr&fg=1> (erişim tarihi: 26.09.2022) (Gizlilik Politikası).

⁵²³ İlgili hüküm için bkz. Google, **Gizlilik Politikası**, Google'ın Topladığı Bilgiler; “*Kullanıcı Google üzerinde bir hesap açmadan hizmetlerden yararlandığında dahi bazı bilgileri Google tarafından toplanacaktır*”.

⁵²⁴ Google, **Gizlilik Politikası**, Google'ın Topladığı Bilgiler.

⁵²⁵ Google, **Gizlilik Politikası**, Google Neden Veri Topluyor?

⁵²⁶ Google, **Çalışma Şeklimiz**, <https://about.google/how-our-business-works/> (erişim tarihi: 26.09.2022) (Çalışma Şeklimiz); Google, **How We Make Money With Advertising**, <https://howwemakemoney.withgoogle.com/> (erişim tarihi: 26.09.2022) (How We Make Money With Advertising).

⁵²⁷ Google, **Hizmet Şartları**, Google'la ilişkiniz, <https://policies.google.com/terms?hl=tr&fg=1> (erişim tarihi: 26.09.2022) (Hizmet Şartları).

devredilemez bir lisans verir⁵²⁸. Bu lisans sayesinde kullanıcı Google tarafından kendisine sağlanan hizmetlerden istifade edebilecektir. Ancak Google kullanıcılarına bu hizmetleri sadece “makul beceri ve özenle” sunmayı taahhüt etmektedir. Başka bir deyişle Google’ın hizmetlerini sağlaması gereken bir asgari kalite yoktur. Kullanıcı eğer hizmetlerin garanti standartlarına uymadığını düşünüyorsa bu hususu Google ile paylaşır ve bu şekilde sorun çözülmeye çalışılır⁵²⁹.

Kısaca Google ortaya koymuş olduğu şartlarla kullanıcılarına onlardan para talep etmeden hizmetlerden yararlanmaya yarayan bir lisans verme borcu altına girerken kullanıcıların ise kişisel olan ve olmayan verilerinin işlenmesine rıza göstermesi, işleme faaliyetleri neticesinde kendilerine reklam gösterilmesini kabul etmeleri gerekir.

Kullanıcı istediği zaman sözleşmeyi sona erdirebilme hakkına sahiptir⁵³⁰. Google’ın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ise bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre kullanıcının şartları esaslı veya sürekli biçimde ihlal etmesi, kanuni bir yükümlülüğe veya bir mahkeme kararına uyma zorunluluğu, kullanıcının davranışları ile başka bir kullanıcı, üçüncü kişi veya Google’a zarar vermesi gibi durumlarda Google sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁵³¹.

4. Amazon Kullanım Şartları ve Gizlilik Bildirim

Kullanım şartlarında doğrudan kişisel verilere bir atıfta bulunulmuş olmasa da Gizlilik Bildiriminde Amazon ürünlerini ve hizmetlerini sunabilmek ve iyileştirebilmek için kişisel bilgileri topladığını belirtmiştir. Bu bilgiler kullanıcıların Amazon ile paylaştığı veriler (“*bizimle paylaştığınız bilgiler*”), kullanıcıların hizmet ve içeriklerle etkileşimleri sonucu toplanan veriler (“*otomatik bilgiler*”) ve “*diğer kaynaklardan alınan bilgiler*” olmak üzere üç türdür⁵³². Bu üçlü ayrım bakımından da yukarıda incelenen diğer hizmet ve içerik sağlayıcıların çalışma şekillerine yakın bir modelin benimsendiğini söylemek mümkündür.

⁵²⁸ Google, **Hizmet Şartları**, Google hizmetlerindeki yazılım.

⁵²⁹ Google, **Hizmet Şartları**, Sorun veya uyuşmazlık durumunda.

⁵³⁰ Hizmet Şartlarında bu husus “*İstedığınız zaman hizmetlerimizi kullanmayı bırakabilirsiniz.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu ifadeden kullanıcıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının verildiği çıkarımında yapılabilir.

⁵³¹ Google, **Hizmet Şartları**, Sorun veya uyuşmazlık durumunda.

⁵³² Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Amazon Müşteriler Hakkında Hangi Kişisel Bilgileri Topluyor? https://www.amazon.com.tr/gp/help/customer/display.html?ref_=hp_left_v4_sib&nodeId=GX7NJQ4ZB8MHFRNJ (erişim tarihi: 26.09.2022) (Gizlilik Bildirimi).

Diğer hizmet sağlayıcılarda da olduğu gibi Amazon kullanıcılarına, hizmetlerinden yararlanabilmelerini sağlamak için sınırlı, basit, devredilemez, alt lisans verilemeyen bir lisans verir⁵³³. Ancak Amazon, sunduğu hizmetin erişilebilirliğini ve hata içermemesini garanti etmemektedir⁵³⁴.

Amazon diğer üç platformdan farklı olarak aynı zamanda ürün satımına olanak sağlamak, ürünlerin teslimi gibi faaliyetlerde de bulunduğu için elde ettiği verileri gelen siparişleri organize etmek, ürünlerin teslimini sağlamak, ödemeleri temin etmek gibi hususlarda da kullanır. Ama bunun dışındaki faaliyetler bakımından Amazon'un verileri işleme amaçlarının da diğer platformlar ile benzer olduğunu söylemek mümkündür. Bunlara örnek olarak hizmetlerin geliştirilmesi, kişiselleştirilmiş öneriler sunma, güvenlik, kişiselleştirilmiş tanıtımlar gibi hususlar sayılabilir⁵³⁵. Bu gibi amaçlar dışında Amazon kullanıcılarının verilerini üçüncü kişilere satmadığını açıkça beyan etmektedir⁵³⁶.

Gerek Kullanım Şartlarında gerek de Gizlilik Bildiriminde kullanıcıların verileri ile sunulan hizmetler arasında bir karşılıklıktan bahsedilmiş değildir. Bununla birlikte Amazon gizlilik şartlarında kullanıcıların bazı bilgileri vermekten imtina edebileceklerini ancak bu durumda birçok hizmetten yararlanmalarının mümkün olmayacağını belirtmiştir⁵³⁷. Bilgilerini vermeyen kişinin Amazon hizmetlerinden yararlanamama nedeninin bu bilgiler olmadan söz konusu hizmetin verilmesinin imkansız olması mı yoksa Amazon'un bu veriler olmadan kullanıcıya hizmet sağlama motivasyonunun da kalmayacağı mı olduğu belirtilmemiştir. Ancak kişisel verilerine erişim sağlamadan da Amazon'un kullanıcılarına hizmetlerini sağlayabileceği açık olduğu için kanaatimizce bu durumun arkasında ikinci neden yatmaktadır.

Daha sonra Amazon'un kişisel verileri işleme faaliyetlerinin hukuka uygunluk dayanakları arasında (her ne kadar yerindeliği tartışılabilir olsa da) Amazon'un

⁵³³ Amazon, **Kullanım Koşulları**, Lisans ve Erişim, https://www.amazon.com.tr/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000&ref_=footer_cou#G-UID-52F4AF4B-7B17-4555-BCFB-0355BC97CFA8_SECTION_895994B529BF46EEAB591B33FCD6F687 (erişim tarihi: 26.09.2022) (Kullanım Koşulları).

⁵³⁴ "Amazon Hizmetleri'nin erişilebilirliğinin kesintisiz olmasını ve iletimlerin hata içermemesini sağlamak için elimizden geleni yapacağız. Ancak, internetin doğası gereği bu durum garanti edilememektedir." bkz. Amazon, **Kullanım Koşulları**, Yükümlülüğümüz.

⁵³⁵ Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Amazon Kişisel Bilgilerinizi Hangi Amaçla İşliyor?

⁵³⁶ Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Amazon Kişisel Bilgilerinizi Paylaşıyor mu?

⁵³⁷ Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Ne Gibi Seçeneklerim Var?

meşru menfaati de sayılmıştır⁵³⁸. Bu meşru menfaatler arasında “*ilgi alanına dayalı tanıtımlar*” sunma da vardır. İlgili alanına dayalı tanıtımlar Amazon’un kullanıcılarına ilgilerini çekebilecek ürün ve hizmetleri göstermesi olarak tanımlanabilir⁵³⁹. Bu tanıtımların sağlanması için kullanıcıların ilgileri ise kullanıcıların Amazon’daki site, içerik ve hizmetleri ile etkileşimlerinden elden edilen bilgilerle tespit edilmektedir⁵⁴⁰. Amazon’un hangi bilgileri topladığı ise Gizlilik Bildiriminde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu veriler kullanıcıların sağladıkları Amazon’da yaptıkları aramalar, kullanıcıların sepetlerine ekledikleri veya çıkarttıkları ürünler, kullanıcının hesabında veya profilinde sunduğu bilgiler gibi örneklerden oluşur. Otomatik bilgilere emsal olarak ise IP adresi, oturum açma eposta adresi, cihazın konumu, içeriklerle etkileşim bilgileri, satın alma ve içerik kullanma geçmişi gibi veriler sayılabilir⁵⁴¹.

Kullanıcıların ilgi alanlarına dayalı tanıtım almamayı talep etmeleri de mümkündür. Bu durumda kullanıcılar tanıtımları görmeye devam ederler ancak bunlar ilgi alanlarına dayandırılmaz⁵⁴².

Bu açıklamalar ışığında Amazon’un kurulan sözleşme ile borcunun kullanıcıya hizmetlerden yararlanabilmesi için lisans vermesi; kullanıcının borcunun ise kişisel olan veya olmayan verilerinin işlenmesine ve tanıtımlara maruz kalmaya rıza göstermesi olduğu tespiti yapılabilir.

Amazon kullanıcı ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirme yetkisini saklı tutmaktadır⁵⁴³.

5. TikTok Kullanım Koşulları ve Gizlilik Politikası

TikTok kullanım şartları incelendiğinde doğrudan kişisel verilere yoğun bir atıf göze çarpmaz. Buna karşın kullanım koşullarında TikTok kullanıcıların sözleşme ile bağlı olarak TikTok’un onların uygulamayı kullanmalarından gelir elde edebileceğini

⁵³⁸ Sayılan diğer hukuka uygunluk halleri sözleşmenin ifası, müşterilerin menfaati, rıza ve hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesidir, bkz. Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Hukuki Sebepler.

⁵³⁹ Amazon, **İlgili Alanına Dayalı Tanıtımlar**, Giriş <https://www.amazon.com.tr/gp/help/customer/display.html/?nodeId=G64JFZVFDY66XG9K> (erişim tarihi: 26.09.2022) (İlgili Alanına Dayalı Tanıtımlar).

⁵⁴⁰ Amazon, **İlgili Alanına Dayalı Tanıtımlar**, İlgili alanına dayalı tanıtımları göstermek için ne tür bilgileri kullanıyoruz?

⁵⁴¹ Amazon, **Gizlilik Bildirimi**, Toplanan Bilgilere Örnekler.

⁵⁴² Amazon, **İlgili Alanına Dayalı Tanıtımlar**, Reklam Tercihleri.

⁵⁴³ İlgili hüküm “*Hizmet vermeyi reddetme veya hesapları sona erdirme hakkını saklı tutmaktayız. Uygulanan kanunları, geçerli sözleşme hükümlerini, kılavuz ilkelerimizi veya politikalarımızı ihlal etmeniz halinde, bu durum özellikle söz konusu olacaktır.*” bkz. Amazon, **Kullanım Koşulları**, Hesabım.

ve bu gelir üzerinde kullanıcıların bir hakkı olmayacağını kabul etmiş olacaklarını söylemektedir⁵⁴⁴. Bununla beraber açıkça kişisel veri olan bazı unsurlar bakımından kullanıcıların kullanıcı içerikleri için TikTok’a bedava bir lisans sağlamış olacağına ilişkin bir hükme kullanım koşullarında yer verilmiştir. Buna göre “*Ayrıca herhangi bir kullanıcı içeriğinin kaynağı olarak bize isminizin, resminizin, sesinizin ve sizi teşhis edebilecek şeyleri kullanabilmemiz için bize ücretsiz bir lisans verirsiniz.*”⁵⁴⁵. Esasında bu hüküm kullanıcının kişisel verilerini ilgilendirse de daha çok kullanıcının ürettiği içeriklerin TikTok tarafından kullanılmasını içerdiği için doğrudan bu çalışmanın konusunu teşkil etmemektedir. Ancak yine de kişisel verilere ilişkin bir düzenleme içerdiği için burada değinilmesinde yarar görülmüştür. Diğer platformlarda olduğu gibi TikTok da hizmet ve içeriklerini “olduğu gibi” sunacağını, bunun ötesinde bir hizmet sunma taahhüdü altına girmediğini vurgulamaktadır.

TikTok Gizlilik Politikası’nda ise kullanıcıların hesap oluşturmaları veya içerik yüklemeleri ile sağladıkları bilgilerin toplandığı ve işlendiği açıkça yazılmıştır⁵⁴⁶. Bu bilgiler kullanıcı adı, doğum tarihi, email adresi, telefon numarası gibi oluşturulan hesaptan toplanabilecek verileri veya kullanıcının TikTok’u kullanırken yüklediği bir içerikten görüntülere (yüz ve vücut özellikleri dahil) ve seslere (sesin mahiyeti, kullanılan dil, kullanılan sözcüklerin metni dahil) ilişkin verileri toplamaktadır. Ayrıca kullanıcının etkileşime geçtiği içerikler, örneğin takip ettiği kişiler, beğendiği ve kaydettiği videolar, izlediği reklamlar gibi sadece TikTok’u pasif olarak kullanımına ilişkin veriler de toplanan veriler arasındadır. TikTok bunun yanında kullanıcının ilgi alanları, cinsiyeti, yaşı gibi hususlarda çıkarımlarda da bulunmaktadır. Hatta TikTok’un kullanıldığı cihaz üzerinden her ne kadar kişisel veri olmasa da ekran çözünürlüğü, saat dilimi, ses ayarları, kullanıcının “tuş vuruşu düzen veya ritimleri” gibi veriler de toplanmaktadır. Bunun yanında cihaz üzerinden kişisel veri niteliğinde olabilecek IP adresi, (yaklaşık) konum bilgileri gibi veriler de elde edilmektedir⁵⁴⁷.

TikTok topladığı verileri farklı amaçlarla kullanabilmektedir. Bunlar hizmetlerin geliştirilmesi, kullanıcı desteği sağlanması, hizmetlerin en iyi biçimde sunulması gibi

⁵⁴⁴ “You acknowledge and agree that we may generate revenues, increase goodwill or otherwise increase our value from your use of the Services” bkz. TikTok, **Kullanım Koşulları**, Content.

⁵⁴⁵ “You further grant us a royalty-free license to use your user name, image, voice, and likeness to identify you as the source of any of your User Content.” bkz. TikTok, **Kullanım Koşulları**, Content.

⁵⁴⁶ TikTok, **Gizlilik Politikası**, <https://www.tiktok.com/legal/page/row/privacy-policy/tr-TR> (erişim tarihi: 01.12.2022) (Gizlilik Politikası), Sizden hangi bilgileri topluyoruz?.

⁵⁴⁷ TikTok, **Gizlilik Politikası**, Topladığımız kişisel veri türleri.

kullanıcının hizmetten yararlanmasının temini için olabileceği gibi kişiselleştirilmiş reklam sunmak gibi iktisadi bir amaca da hizmet ediyor olabilir⁵⁴⁸. Bununla birlikte TikTok Kullanım Koşulları veya Gizlilik Politikasında toplanılan verilerin kullanıcı sözleşmeleri bir edim veya karşılık ilişkisi içinde olup olmadığına dair yol gösterici bir hüküm getirilmemiştir.

ii. Uygulamadaki Hükümlerin Sözleşme Hukuku Işığında Değerlendirilmesi

Yukarıda incelenen beş sözleşme düzeninde de hizmet sağlayıcının kullanıcıya hizmetlerden yararlanabilmesi için basit bir lisans verirken, kullanıcı ise hizmet sağlayıcının kişisel verilerini toplamasına ve kendisine reklam göstermesine rıza göstermektedir⁵⁴⁹. Bu ilişkinin mevcut borçlar hukuku düzeninde nasıl vasıflandırılacağı incelenen sözleşme tipleri ışığında aşağıdaki gibi değerlendirilebilir.

İlk olarak satış sözleşmesinin konusu her ne kadar genellikle cismani şeylerden oluşsa da ABAD doğrudan internetten indirilen yazılımlar hakkında yapılan sözleşmelerin, bunların CD-DVD gibi formatlarla satılan hallerinden bir farkı olmadığını, bu yüzden bu sözleşmelerin de birer satış sözleşmesi olarak vasıflandırılmasının yerinde olacağına *UsedSoft* davasında karar vermiştir⁵⁵⁰. Kaldı ki hukukumuzda da cismani olmayan varlıkların da satımın konusu olabileceği kabul edilmektedir⁵⁵¹. *UsedSoft* davasında görüldüğü gibi dijital içerik ve hizmetlerin para

⁵⁴⁸ TikTok'un verileri nasıl kullandığına ilişkin listenin tamamı için bkz. TikTok, **Gizlilik Politikası**, Kişisel verilerinizi nasıl kullanıyoruz.

⁵⁴⁹ Benzer bir değerlendirme için bkz. Perlingieri, **Data as the Object of a Contract**, s. 625.

⁵⁵⁰ ECJ, Grand Chamber, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, Case C-128/11, 3 July 2012 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AACFB5C67967D2E0B471F5E59D4544AD?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=396783> (erişim tarihi: 22.09.2022) (*UsedSoft*) ¶47-48. Benzer bir sonuca Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından *Hoge Raad 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (Beeldbrigade)* kararında varılmıştır, bkz. Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 230.

⁵⁵¹ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Birinci Cilt)**, 11. Baskı, Ankara: Beta Yayınları, 2022 (Özel Hükümler I), s. 65; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1999 (Özel Bölüm), s. 56. Nesnel varlığa sahip olmamakla birlikte üzerine egemenlik ve mülkiyet ilişkisi kurulabilen elektrik, doğal gaz gibi doğal güçlerin de TMK m. 762 göndermesi ile satım sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir, bkz. Aydın Zevkliler/Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2021 (Özel Borç İlişkileri), s. 36. Buna karşın yazarlar örneğin kişilik hakkına giren değerlerin satıma konu olamayacağını savunmaktadırlar, bkz. Zevkliler/Gökyayla, **Özel Borç İlişkileri**, s. 37. Doktrinde ayrıca özel bir sözleşmeye konu olmayan ve satımı da yasaklanmamış olan her şeyin satış sözleşmesine konu olabileceği savunulmuştur. Örneğin bilgi dahi satıma konu olabilir, bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, **Özel Bölüm**, s. 124; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Cilt 1**, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008 (Özel Borç İlişkileri Cilt 1) s. 78-79. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta da satış sözleşmesinin kapsamının daha geniş belirlendiğini görmek de mümkündür. Örneğin Estonya borçlar hukukunda hakların satımının da satış sözleşmesi uyarınca yapılabileceğine izin verildiği görülmektedir, bkz. Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 252. Maddenin lafzı için bkz. “(3) The provisions of this Act concerning the sale of things apply to the

karşılığı internetten indirilmesi satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmektedir. Doktrinde de karşılığında para alınarak edinilen dijital içeriklerin konusunu teşkil ettiği sözleşmelerin satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin, en azından bu sözleşmelere satış hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanmasının yerinde olacağı savunulmuştur⁵⁵². Keza DCD ile yine AB hukukundaki Mal Satımı Yönergesinin birbirini tamamlayıcı nitelikte olması gerektiği de savunulmuştur⁵⁵³.

Ancak *UsedSoft* kararında söz konusu programın karşılığında kullanıcının borcu bir para borcudur. Oysa çalışmamızın konusunu teşkil eden sözleşmelerde kullanıcılar aldıkları lisans için bir para ödememektedirler. Sonuç olarak çalışmamızın konusunu oluşturan sözleşmelerin mevcut düzende satış sözleşmesi olarak vasıflandırılması olanağı bulunmamaktadır⁵⁵⁴. Doktrinde bir görüş böyle bir sözleşmede para yerine kişisel verinin sağlandığı durumlarda bu sözleşmenin mal değişim sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmuştur. Ancak karşılaştırmalı hukukta trampa sözleşmesi hükümlerinin bu sözleşmelere doğrudan uygulanamayacak olduğu, çünkü trampa sözleşmesinin konusunu ancak cismani varlıkların oluşturulabileceği savunulmuştur⁵⁵⁵.

Bunun yanında karşılığında kişisel verinin sağlandığı sözleşmeler genellikle bir bilgisayar programının kalıcı olarak indirilmesini içermez. Onun yerine kullanıcıya devamlı olarak bir hizmetten yararlanma imkanı tanınır. Oysa *UsedSoft* kararında kullanıcı sabit bir yazılımı bilgisayarına indirmiştir. Bu çalışmada incelenen sözleşmelerde ise kullanıcılar sabit bir yazılımı kullanma hakkından ziyade bir hizmete sürekli erişim hakkı kazanmaktadırlar. Bu bakımdan söz konusu sözleşmelerin kanaatimizce bu yönü ile de mal değişim sözleşmesi veya satış

sale of rights and other objects...”, (şeylerin satımına ilişkin bu kanunun hükümleri hakların satımına ve diğer nesnelere de uygulanı [yazarın çeviris]) <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide> (erişim tarihi: 18.10.2022). Gerçekten de 818 sayılı kanunda satış sözleşmesinin konusu “mal” olarak ifade edilmiş olmasına rağmen mevcut borçlar kanunumuzda İsviçre Borçlar Kanuna uygun olarak “satılan” (la chose vendue) terimini kullanmıştır. Bu yüzden maddi nitelikte olmayan değerlerin de satış sözleşmesine konu olabileceği görüşü hakkında bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2021 (Özel Hükümler), s. 41.

⁵⁵² Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 265.

⁵⁵³ Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 252.

⁵⁵⁴ Hollanda borçlar hukuku bakımından durum daha farklı değildir; bkz. Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 231. Ancak Çek hukuku bakımından doktrinde bir görüş söz konusu sözleşmelerin *sui generis* nitelikte olduğunu ancak en çok lisans sözleşmelerine benzer biçimde düzenlendiklerini savunmaktadır, bkz. Richter, **New Legal Concepts**, s. 11-12.

⁵⁵⁵ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 265. Buna karşın doktrinde bir başka görüş bunların bir tür trampa (*barter*) sözleşmesi olarak nitelendirmektedir, bkz. Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1385.

sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Doktrinde de bu sözleşmelerin daha çok geniş anlamı ile hizmet sözleşmeleri altında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak son tahlilde kullanıcı karşı edim olarak kişisel veri sağlayacağı için bu sözleşmelerin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, hizmet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği doktrinde savunulmuştur⁵⁵⁶.

Bilgisayar programları Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca eser kapsamında koruma altına alındığına göre internet üzerinden hizmet sağlayıcıların sağladıkları gerek hizmetler gerek de içeriklerin bir eser niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla söz konusu ürünlerin haklarını ellerine bulunduran kişilerin bu ürünler hakkında yapmış oldukları tasarruf işlemlerinin de fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde ele alınması mümkündür. Kaldı ki yukarıda incelenen beş sözleşmede de hizmet sağlayıcılar kullanıcıların hizmetlerinden yararlanmaları için kendilerine ana hatları ile devredilemez, kişisel, basit ve telifsiz bir lisans verdiklerini yazmaktadırlar. Ancak burada da iki önemli hususun ayrıca ele alınması gerekir. İlk olarak lisans sözleşmelerinin yazılı olarak kurulması zorunludur⁵⁵⁷. Yazılılık şartı TBK m. 13 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m. 14 uyarınca kanunun yazılı olarak yapılmasını aradığı işlemlerin altında borç altına giren kişilerin imzalarının bulunması gerekir. İmza, TBK m. 15 uyarınca kişilerin el yazısı ile atılabileceği gibi imzanın güvenlik elektronik imza ile atılması da mümkündür. Oysa hizmet sağlayıcılar ile kullanıcıları arasında kurulan sözleşmelerin hiçbirinde tarafların altına imza attıkları bir belge bulunmaz. Bu durumda tarafların arasındaki sözleşmenin geçerliliği tartışmalı hale gelecektir. Bu sözleşmeler için tartışmalı olan ikinci husus ise aynı satış sözleşmelerinde olduğu gibi lisanstan yararlanan kişilerin karşı edimlerinin para olmamasıdır⁵⁵⁸.

Karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelerin tartışılabilceği bir diğer sözleşme tipi ise vekalet sözleşmesidir. Yukarıda da izah edildiği gibi vekalet sözleşmesinin

⁵⁵⁶ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 265.

⁵⁵⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 219; Güneş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, s. 322; Karasu/Suluk/Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s. 116; Kılıçoğlu, **Fikri Haklar**, s. 305; Fırat Öztan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, Kasım 2008 (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 567.

⁵⁵⁸ Buna karşın doktrinde bir görüş bu sözleşmelerin lisans benzeri bir hukuki ilişki teşkil ettiğini savunmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 197-198. Ancak yine de ifade edilen uyumsuzluklar nedeniyle bu sözleşmenin tam anlamıyla bir lisans sözleşmesi de olmadığı bu görüş uyarınca da kabul edilmektedir.

konusunu teşkil eden iş görme borcu geniş algılanmaktadır⁵⁵⁹. Zira Alman ve Fransız doktrininden farklı olarak Türk-İsviçre doktrini vekalet sözleşmesine konu olacak iş görme edimlerini sadece vekil adına yapılacak işlemlerle sınırlamamış, maddi fiillerin dahi vekalet sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmiştir⁵⁶⁰. Ayrıca iş görme faaliyetinin hem vekilin hem de müvekkilin lehine olması vekalet sözleşmesi bakımından bir sorun arz etmemektedir. Bu hususlar ışığında hizmet veya içerik sağlayıcının basit lisans vererek yerine getirdiği hizmet sunma ediminin vekalet sözleşmesine konu olması pek tabi mümkündür. Vekalet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasında bir bağımlılık ilişkisi olmaması bakımından da karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelerin bu sözleşme türü ile uyumlu olduğu söylenebilir. Benzer bir sonuca kişisel verinin niteliğini “veri iş gücü” olarak kabul eden görüş uyarınca da varmak mümkündür⁵⁶¹.

Hizmet sağlayıcılar ile kullanıcılar arasındaki sözleşmeler ile vekalet sözleşmesi arasında kurulabilecek bir diğer paralellik, hizmet sağlayıcıların genelde hizmetin sağlanma şekli hakkında bir garanti altına girmemeleridir. Hizmet sağlayıcılar,

⁵⁵⁹ Vekalet sözleşmesi ani edimli yahut sürekli edimli olarak akdedilebilir, bkz. Christoph Müller, **Contrats De Droit Suisse Présentation Systématique Des Contrats Les Plus Importants En Pratique**, Stämpfli Verlag AG, 2021 <https://www.swisslex.ch/fr/recherche/search/new> (Contrats De Droit Suisse), s. 553.

⁵⁶⁰ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İkinci Cilt)**, 11. Baskı, Ankara: Beta Yayınları, 2022 (Özel Hükümler II), s. 1262; Şahin Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya: Sayram Yayınları, Aralık 2004 (Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi), s. 4; Müller, **Contrats De Droit Suisse**, s. 555; Kılıçoğlu, **Özel Hükümler**, s. 540. Alman ve Fransız doktrini için bkz. Akıncı, **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 4. Alman Borçlar Kanunu (BGB) m. 662 vekalet sözleşmesinde vekilin “bir işlemi” ücretsiz olarak yapma borcu altına girdiğini söylemektedir. Maddenin İngilizce çevirisi için bkz. “By accepting a mandate, the mandatary agrees to carry out a transaction entrusted to him by the mandator for the mandator gratuitously.” https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (erişim tarihi: 23.09.2022). Fransız Medeni Kanunu (CC) m. 1984 ise vekalet sözleşmesinin bir kişinin başka bir kişiye bir şeyi kendi adına yapma yetkisi verdiği sözleşme olarak tanımlamıştır. Maddenin Fransızca aslı için bkz. “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.” <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/> (erişim tarihi: 23.09.2022). Tanım için ayrıca bkz. Philippe Malaurie/Laurent Aynés/ Pierre-Yves Gautier, **Droit Des Contrats Spéciaux**, 8e édition, Issy-les-Moulineaux: Lextenso éditions 2016 (Droit Des Contrats Spéciaux) s. 299. Bu bakımdan Fransız hukukunda vekalet sözleşmesi için vekilin müvekkili adına bir işlem yapıyor olması şarttır. Örneğin bir avukat müvekkilinin sorduğu bir soruya cevap verirse müvekkili ile kendisi arasında bir vekalet ilişkisi kurulmuş olmaz. Çünkü cevap verme faaliyeti esnasında avukat vekilinin herhangi bir şekilde temsil etmiş değildir. Ancak eğer avukat müvekkilinin bir işini onun adına yaparsa aralarındaki vekalet sözleşmesi olarak adlandırılabilir, bkz. Malaurie/ Aynés/ Gautier, **Droit Des Contrats Spéciaux**, s. 293; Yavuz/Acar/Özen, **Özel Hükümler II**, s. 1270. Oysa İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 394 ise vekalet sözleşmesinin, vekilin borç altına girdiği bir işi yapmak veya bir hizmeti vermek olarak tanımlamıştır. Maddenin Fransızca aslı için bkz. “Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s’oblige, dans les termes de la convention, à gérer l’affaire dont il s’est chargé ou à rendre les services qu’il a promis.” https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr (erişim tarihi: 23.09.2022). Bu hükmün yukarıda verildiği gibi “bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı” ifadesini taşıyan TBK m. 502 ile paralellik arz ettiğini söylemek mümkündür.

⁵⁶¹ Bölüm II.B.4, s. 107.

hizmetleri olduğu gibi sunmakla mükelleftir, hizmetlerini sağlamaya çalışacaklarından daha fazlasını sözleşmelerinde yazmamaktadırlar. Bu durumda, eser sözleşmesinden farklı olarak vekilin bir sonuç borçlanmadığı vekalet sözleşmelerinin bu özelliğinin, kullanıcı ile hizmet sağlayıcılar arasındaki sözleşmeler ile uyum içinde olduğu söylenebilir. Tam olarak bu yüzden de söz konusu sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Ayrıca vekalet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz olması, karşı edim olarak kişisel verinin bir ücret olarak sağlanıp sağlanamayacağı tartışmasının sonucu ne olursa olsun bu sözleşmelerin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu göstermektedir.

Söz konusu sözleşmelerde genelde gerek hizmet sağlayıcının gerek de kullanıcının sözleşmeyi sona erdirmeye haklarına sahip oldukları görülür. Tarafların istedikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilecekleri vekalet sözleşmeleri bakımından da bu hususun daha farklı olmadığı görülmektedir⁵⁶².

Bu açıklamalar ışığında kullanıcının kişisel verisini, hizmet sağlayıcının hizmet ve içeriklerinin kullanımını sağladığı sözleşmeler yukarıda sayılan sözleşme tiplerinden en çok vekalet sözleşmesine benzemektedir. Kanaatimizce de bu sözleşmelere vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir. Zira her ne kadar söz konusu sözleşmeler ile vekalet sözleşmeleri arasında birçok paralellik bulunsa da karşı edim olarak kişisel verinin sağlanması önemli bir yenilik arz etmektedir⁵⁶³.

⁵⁶² Ancak doktrinde bir görüş açık rızasının geri alınmasının her zaman sözleşmenin sona erdirilme beyanı olmadığını, aynı zamanda geri alma beyanı uygun olmayan bir zamanda yapıldığında tazminat yükümü doğduğu için vekalet sözleşmesinin bu özelliği ile açık rıza beyanının geri alınabilmesinin doğru olmadığını savunmuştur, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 297.

⁵⁶³ Doktrinde bir görüş bu sözleşmelere vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre vekalet sözleşmesinde vekil müvekkil lehine hareket eder, ancak kişisel verilerin işlenmesinde her ne kadar ilgili kişinin menfaati de olsa aslı menfaat işleyene aittir. Bunun yanında vekilin sorumluluğun esasları hizmet veya içerik sağlayıcının durumu ile uyumlu değildir. Ayrıca vekil işten elde ettiği menfaatleri müvekkile devir borcu altındayken veri işleme ilişkisinde böyle bir durum da yoktur. Son olarak müvekkilik vekilin masraflarını ödeme yükümünün söz konusu ilişkiler için cari olabileceğini kabul etmek mümkün değildir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 202-203. Kanaatimizce yazarın bu yöndeki itirazları yerindedir ancak bunlar ancak vekalet sözleşmesinin neden doğrudan bu sözleşmelere uygulanamayacağının gerekçeleri olabilir. Söz konusu itirazların vekalet sözleşmesinin niçin kıyasen bu sözleşmelere uygulanmasına engel olacağı anlaşılamamıştır. Bir sözleşmesinin bir hukuki ilişkiye kıyasen uygulanması zaten o sözleşmenin niteliği uygun düştüğü ölçüde söz konusu ilişkiye uygulanmasını ifade eder. Yazarın haklı olarak saydığı vekalet sözleşmesine ilişkin bu özellikli haller bu yüzden karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelere uygulanmayacak, ancak bu çalışma altında sayılan

Son olarak bu sözleşmelerin birer tüketici işlemi olup olmadıkları hususu da incelenebilir. Tüketici işleminden bahsedilebilmesi için söz konusu işlemin Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) uyarınca bir tüketici ile mesleki veya ticari amaçlarla hareket eden hizmet veya mal sağlayıcı arasında gerçekleşmesi gerekir⁵⁶⁴. Hizmet sağlayıcılar ile ticari saiklerle sözleşme kurulabilmesi mümkündür. Örneğin bu platformlarda işletmesinin reklamını vermek isteyen kişi ile hizmet sağlayıcı arasındaki sözleşmenin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte karşı edim olarak kişisel veri sağlanmadığı için bahsi geçen sözleşmeler bu çalışmanın kapsamına girmemektedir. Kişisel veri sağlayarak hizmetten yararlanan kullanıcılar genellikle ticari amaçlarla hareket etmedikleri için tüketici olarak değerlendirilebilirler. Hizmet sağlayıcıların piyasada ticari amaçlarla hareket ettikleri tüketicilere kıyasla çok daha belirgindir⁵⁶⁵. Özellikle piyasaya reklam hizmeti vermeleri bakımından bu hizmetlerin sunulma nedeninin ticari olduğu açıktır. Keza konu bakımından da tüketici işlemlerinin konusu hizmetleri de kapsayacak biçimde geniş algılandığı için bir sorun ile karşılaşılmaz. Kaldı ki kanun vekalet sözleşmelerinin de uygulama alanı içinde kaldığını söylemektedir. Yukarıdaki paragrafta söz konusu sözleşmelerin vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini ortaya koyduğumuz için sözleşmelerin bu anlamda da TKHK altında ele alınmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz⁵⁶⁶. Son ve önemli bir husus ise ancak ivazlı işlemlerin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmasıdır⁵⁶⁷. Daha önce de üzerinde durulduğu üzere kullanıcılar bu sözleşmelerde genellikle karşı edim olarak kişisel verilerini sağlamaktadırlar. Bu noktada kişisel verinin gerçekten bir ivaz olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. İki görüş de doktrinde savunuluyor olsa da kanaatimizce kişisel verinin sağlanmasının bir ivaz olarak değerlendirilmesi gerektiği için bu şart uyarınca da bir tüketici işleminin varlığından bahsetmek mümkündür. Keza Paris Mahkemesinin verdiği kararlarda da bu sözleşmelerin birer tüketici işlemi olduklarını

söz konusu hukuki ilişkiler ile uyumlu olan diğer hususlar yine niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmelere uygulanabilecektir.

⁵⁶⁴ Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Cilt 1)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014 (TKHK Şerhi), s. 13.

⁵⁶⁵ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 232.

⁵⁶⁶ Benzer yönde bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 208.

⁵⁶⁷ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, s. 64; Yahya Deryal/Yakup Korkmaz, **Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı**, Üçüncü Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2015 (Tüketici Hukuku), s. 62. Ayrıca yapılan tanımlarda zaten mal veya hizmet tedarikinin ücret veya menfaat karşılığı denilerek bu işlemlerin ivazlı olması gerektiği kanunda belirtilmiştir, bkz. Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Tüketici Hukuku**, Birinci Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ocak 2021 (Tüketici Hukuku) s.130.

kabul ettiği görülmektedir⁵⁶⁸. EMD ile yapılmış olan eklemeler ile karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelerin CRM kapsamına alınması bu sözleşmelerin AB’de tüketici işlemi olarak görüleceğini göstermektedir. Bu çıkarımı destekleyen düzenlemelerden biri Facebook Hizmet Koşullarında bulunmaktadır. İhtilaf maddesi sözleşmede kullanıcı “tüketici” olarak tanımlanmış ve kanaatimizce bu şekilde işlemin de esasın da bir tüketici işlemi olduğuna yönelik önemli bir beyanda bulunulmuştur⁵⁶⁹. Buna karşın ABD Temyiz Mahkemesi 11. Dairesi bir kişinin bedava olarak sunulan bir içeriğe erişmek için telefonuna uygulamaya üye olmadan veya veri sağlamak zorunda olmadan bir uygulama indirmesinin onu tüketici yapmayacağı yönünde bir karar vermiştir⁵⁷⁰. Mahkeme bu davada Video Mahremiyet Koruması Yasası (*Video Privacy Act* 18 U.S.C.)⁵⁷¹ § 2710 kapsamında inceleme yapmıştır. Bu yasaya göre tüketici bir video kaset hizmeti sağlayıcısından bir hizmeti veya ürünü kiralayan, satın alan veya ona üye olan kişidir. Derece mahkemesine göre bir kişinin “abone” (subscriber) olarak nitelendirilmesi için muhakkak bir ücret ödemesi gerekmez. Kullanıcı olan davacı söz konusu uygulamayı sırf indirmiş olduğu için bir “abone” (subscriber), dolayısıyla da Video Mahremiyet Koruması Yasası § 2710(a)(1) uyarınca bir tüketicidir⁵⁷². Temyiz Mahkemesi ise davacının sağlayıcıya kişisel verisini sağlamamış olduğunu da vurgulayarak salt uygulamayı indirmiş olması nedeniyle kullanıcının bir “abone” olamayacağına karar vermiştir⁵⁷³. Aslında bunun ters anlamında şayet davacı bu uygulama üzerinden sağlayıcıya kişisel verilerini verseydi mahkemenin kullanıcıyı “üye” olarak nitelendirebileceği sonucuna varmak mümkündür.

En nihayetinde bir işlemin tüketici işlemi olması tek başına onun sözleşme hukukuna nasıl bağlanacağını göstermemektedir, bunun yapılabilmesi için bu sözleşmelerin yukarıda yapılmaya çalışıldığı gibi nitelendirilmesi gerekir⁵⁷⁴. Ancak yine de bir işlemin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi örneğin ileride

⁵⁶⁸ Söz konusu kararlar için bkz. dpn. 493, 494, 495.

⁵⁶⁹ Facebook, **Hizmet Koşulları**, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> (erişim tarihi: 13.01.2023) (Hizmet Koşulları), 4. Ek hükümler, 4. İhtilaflar.

⁵⁷⁰ The United States Court Of Appeals, The Eleventh Circuit, Mark Ellis v. The Cartoon Network, INC., No. 14-15046, D.C. Docket No. 1:14-cv-00484-TWT, 9 October 2015, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca11/14-15046/14-15046-2015-10-09.html> (erişim tarihi: 24.01.2023) (Ellis v. Cartoon Network) s. 10, 14.

⁵⁷¹ Düzenleme için bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2710> (erişim tarihi: 24.01.2023).

⁵⁷² **Ellis v. Cartoon Network**, s. 7.

⁵⁷³ **Ellis v. Cartoon Network**, s. 13.

⁵⁷⁴ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 263. Keza mahkemelerin hangi sözleşme şartlarının haksız olup olmadığını tespit etmeleri bakımından da sözleşmenin vasıflandırılması yol gösterici olabilir, bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 195.

değerlendirilecek olan haksız şartlara ilişkin korumanın uygulanabilmesi için önemlidir⁵⁷⁵.

Doktrinde bir görüş mevcut sözleşme tiplerinin kıyasen uygulanarak söz konusu sözleşmelerin nitelendirme sorununa çözüm üretilmesinin etkisiz bir çaba olduğunu düşünmektedir. Buna göre bu sözleşmeler *sui generis* birer sözleşme niteliğindedirler ve diğer tip sözleşmelerden bağımsız olarak incelenmelidirler. Bu yüzden yeni bir sözleşme tipinin yaratılmasının daha yerinde bir çözüm olacağı savunulmuştur⁵⁷⁶. Yeni bir sözleşme tipinin benimsenmesi bir yandan işlem maliyetlerini azaltırken diğer yandan tarafların arasındaki sözleşmenin oluşturulması için yol gösterici olabilir. Kaldı ki bu şekilde söz konusu sözleşmelerin sonradan denetimi de daha kolay biçimde yapılabilecektir⁵⁷⁷.

Bu konuda yol gösterici olması bakımından AB ülkelerinin DCD'yi iç hukuklarına nasıl geçirdiğine de bakılabilir. İlginç olarak sadece DCD'nin değil bu ülkelerin de karşı edim olarak kişisel veri sağlanan sözleşmeleri yasal olarak nitelendirmekten imtina ettiği görülmektedir. Örneğin 01.01.2022 tarihinde BGB'de yapılan değişiklik sonrası yürürlüğe giren BGB m. 327 ve devamı maddeler ile, m. 312(1a) cümle (2) şartlarını taşımadıkları sürece, tüketicinin kişisel veri sağladığı yahut sağlama yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelere de tüketicinin korunmasına ilişkin bölümlerin uygulanacağı söylenmiştir⁵⁷⁸. Bu şekilde, Alman hukukunda tüketici işlemlerine ilişkin hükümler özel değil genel hükümlere ilişkin kısımda yer aldığından kişisel verinin konusunu teşkil ettiği sözleşmeler bakımından ayrıca bir

⁵⁷⁵ Esasında şu anki baskın görüşün de bu olduğu iddia edilebilir. Ancak kullanıcıların tüketici olarak değerlendirilmesinin yerinde olmayacağı hakkında bkz. Kim/Lee/Xu/Routledge, **Data and Manure**, s. 85-86.

⁵⁷⁶ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 266, 267; Axel Metzger, 'Dienste gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag' (2016) 216 AcP 817, 835-838 (naklen: Zech, **New Data Economy**, s. 11). Çekya, Polanya ve Avusturya için de bu sözleşmelerin *sui generis* olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Richter, **New Legal Concepts**, s. 12. Ülkelerin de veriyi bir ödeme biçimi veya bir bedel olarak kabul etmedikleri sürece DCD'yi iç hukukuna alacak ülkelerin de bu yolu seçmesinin muhtemel olduğu yönünde bkz. Bedir, **Age of Big Data**, s. 356. DCD'yi iç hukukuna aktarmak isteyen Hollanda hükümeti de meclise önerdiği taslakta yeni hükümler getirmeyi tercih etmiştir, bkz. Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 233.

⁵⁷⁷ Zech, **New Data Economy**, s. 13.

⁵⁷⁸ Maddenin orijinali için bkz. "(1a) The provisions of Chapters 1 and 2 of this Subtitle also are to be applied to consumer contracts in which the consumer makes available personal data to the trader or enters into obligation to do so. This does not apply if the trader processes the personal data provided by the consumer exclusively in order to comply with its duty of performance or legal requirements made of it, and does not process them for any other purpose.". Bu madde hükmü ve benzer biçimde Avusturya'nın DCD'yi iç hukuka aktarma hakkında yasama faaliyetleri hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 149.

nitelendirme yapılmaksızın tüm sözleşme tiplerine uygulanabilecek bir düzenleme getirilmiştir⁵⁷⁹. Benzer bir yaklaşım Çekya ve İspanya tarafından da benimsenmiştir⁵⁸⁰. Litvanya DCD'yi iç hukukuna almak için hazırlamış olduğu ön taslakta söz konusu sözleşmeleri borçlar hukukunun özel hükümler bölümüne değil genel hükümler bölümü altına koymayı tercih etmiştir⁵⁸¹. Hollanda'da DCD'yi iç hukuka almak için hazırlanan taslakta ise düzenlemenin özel hükümler bölümüne eklenmesi önerilmiştir⁵⁸². Estonya hukuku bakımından DCD'nin borçlar hukukunun genel hükümleri, kısmen de özel hükümlerine girdiği savunulmuştur. Estonya Adalet Bakanlığı'nın öneri taslağında tercih ise Borçlar Kanununun genel hükümlerine "Dijital İçerik ve Dijital Hizmet Sözleşmesi" bölümünün eklenmesi yönünde olmuştur. Taslağa göre niteliklerine uygun düştüğü sürece genel nitelikli düzenlemelerin sevk edilecek bu kısım kapsamındaki işlemlere uygulanması da mümkündür⁵⁸³. Bu çalışmalardan Avrupa ülkelerinin DCD'yi iç hukuklarına geçirirken daha çok tüketici hukuku bakış açısından yaklaştıkları ve genellikle genel hükümler üzerinden düzenleme yaparak bu işlemlerin tüketici işlemi olmalarından başka hangi özel sözleşme tipi içine girdiklerini tespit etmekten imtina ettikleri tespitinde bulunulabilir.

Kanaatimizce her ne kadar vekalet sözleşmesi hükümleri bu sözleşmelere şimdilik kıyasen uygulanabilecekse de kişisel verinin karşı edim olması bakımından yeni bir hukuki yaklaşıma, dolayısıyla sözleşme tipine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yüzden söz konusu sözleşmelerin sui generis niteliğini kabul etmek, yasa koyucu bir düzenleme getirene kadar bu sözleşmelere kıyasen vekalet sözleşmesi hükümlerini uygulamak en yerinde çözüm olacaktır. Diğer taraftan AB'nin de benimsemiş olduğu yaklaşımla paralel olarak bu işlemlerin birer tüketici işlemi niteliğinde olduğunu kabul etmek ve sağlayıcılar ile kişisel verileri karşılığında sözleşme ilişkisine giren ilgili kişileri tüketici hukuku korumasından yararlandırmak yerinde olacaktır.

3. Niteliği Bakımından Kişisel Veri Sağlama Borcu ve Eksik Borç Kavramı

Bir alacak hakkına sahip olmanın alacaklıya vermiş olduğu en başat hak alacağın konusu edimi dava ve cebri icra yolu ile tahsil ettirebilmedir. Buna karşın öyle bazı

⁵⁷⁹ Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s. 195-196.

⁵⁸⁰ Richter, *New Legal Concepts*, s. 10-11.

⁵⁸¹ Laurynas, *Lithuanian Contract Law*, s. 266.

⁵⁸² Loos, *DCD in the Netherlands*, s. 240.

⁵⁸³ Keza Estonya'da tüketici ilişkilerine ilişkin kuralların borçlar hukuku sistematigi içinde yorumlandığı söylenmiştir, bkz. Kull, *Transposition of DCD Into Estonian Law*, s. 252-253.

borçlar vardır ki bunların geçerliliği hukuk düzenince tanınsa dahi dava ve icra yolu ile tahsil edilmelerine imkan verilmez⁵⁸⁴. Bu borçlara eksik borçlar denir. Eksik borçların alacaklısı tarafından borçluya karşı dava ve cebri icra ile ileri sürülmesi mümkün değildir.

Eksik borcun ifa edilmesi veya ifa edilmemesi borçluya bırakılmıştır. Borçlu eksik borcu yerine getirmediği için bir yaptırım ile karşı karşıya kalmaz⁵⁸⁵. Ancak eğer eksik borç bir şekilde borçlu tarafından ifa edilirse ortada geçerli bir ifa vardır ve gerçekleştirilen ifa sebepsiz zenginleşme veya bağışlama teşkil etmez⁵⁸⁶. Çünkü her ne kadar borcun alacaklı tarafından talep edilmesi mümkün olmasa da borçlu ifada bulunduğu geçerli bir borcu ifa etmiş olur. Bu yüzden bir eksik borcu ifa eden borçlunun yerine getirdiği edimin iadesini talep etme hakkı bulunmaz⁵⁸⁷.

Kanunun bazı borçları eksik borç olarak tanımlamasının hukuk politikası ile açıklanabilecek farklı nedenleri olabilir. Örneğin kumar borcunun TBK m. 604 uyarınca eksik borç olmasının arkasında emek verilmeden elde edilen kazancın kınanması, evlenme simsarlığından doğan ücretin TBK m. 524 uyarınca talep edilememesinde para karşılığı evliliğe aracılık etmenin ahlaka aykırı kabul edilmesi gibi nedenler vardır⁵⁸⁸. Bir borcun sonradan eksik borç haline gelmesi de mümkündür. Örneğin zamanaşımı süresi dolmuş bir borç eğer zamanaşımı def'ini yargılamada uygun zamanda ileri sürülebilirse eksik borç haline gelecektir⁵⁸⁹.

Her ne kadar sözleşmenin vasıflandırılması başlığı altında ele alınmış olsa da fark edildiği üzere bir borcun eksik borç olup olmaması ile bu borcu doğuran sözleşmenin niteliği arasında bir ilişki yoktur. Eksik borç kavramı onu doğuran sözleşmesinin vasıflandırılmasının değil, dar anlamda borcun kendisinin vasıflandırılması ile tespit edilir.

Kişisel verinin sözleşmenin karşı edimi olduğu durumlarda bu borcun niteliğinin ne olacağını da tespit etmek yerinde olacaktır. Kişisel verinin sözleşmenin karşı edimi

⁵⁸⁴ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 91; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, Eylül 2016 (Borçlar Genel Hükümler I) s. 32.

⁵⁸⁵ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 91; Kudret Güven, "Eksik Borçlar, Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme", **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2016 (Eksik Borç) s. 38.

⁵⁸⁶ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 92; Güven, **Eksik Borç**, s. 54-55.

⁵⁸⁷ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 92.

⁵⁸⁸ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 92-93.

⁵⁸⁹ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 97.

olduğu durumlarda genelde veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getiren durum kişinin açık rızası olacaktır⁵⁹⁰. Zira diğer durumlarda verinin işlenmesi ile sözleşmenin karşı edimi olması arasında bir karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi bulmak mümkün değildir⁵⁹¹. Diğer bir deyişle bu durumda kişisel veri, sözleşmenin karşı edimi olarak değil sadece sözleşmenin ifası için zorunlu olduğu için elde edilir.

Gerek KVKK gerek de GDPR altında bir kişinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermeye zorlanması mümkün değildir⁵⁹². Hatta veri işlenmesine cebir altındaki bir kişinin rızası, rızanın özgür biçimde açıklanması gerektiği için geçerli bir rıza olarak da kabul edilmeyecektir. Bu noktada değinilmesi gereken ikinci husus ise ilgili kişinin rızasını her zaman geri çekme hakkına sahip olmasıdır. Yukarıda da vurgulandığı gibi kişinin rızasını geri çekme hakkından feragat etmesi mümkün değildir⁵⁹³. Bu koşullar altında kişinin hizmet alma karşılığında kişisel verisini diğer tarafa sağlama borcu altına girdiği sözleşmelerde gerçekten tam bir borç altına mı girdiği yoksa bir eksik borç altına mı girdiği tespit edilmelidir. Zira kişi, hizmet sağlayıcı ile sözleşme ilişkisi içine girmiş olsa dahi hizmet sağlayıcının dava veya cebri icra yolu ile kişinin rızasını temin etme hakkı yoktur. Benzer biçimde ilgili kişi daha sonra rızasını geri çektiğinde ve hatta verilerinin silinmesi hakkını kullandığında hizmet sağlayıcının ilgili kişiye karşı bir yaptırım uygulaması da mümkün değildir. Bu gerekçeler doktrinde bir görüş kişisel veri sağlama borcunun bir eksik borç olduğunu savunmaktadır⁵⁹⁴.

D. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerin Kurulması

Kişisel verinin bir sözleşmenin karşı edimi olduğundan bahsedilebilmesi öncesinde bu sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Sözleşmenin kurulması sorunu ise borçlar genel hukuku uyarınca açıklığa kavuşturulabilecek bir husustur. Bu yüzden kişisel veri hukukuna ilişkin bazı düzenlemelerin sözleşmenin kurulması aşamasında borçlar genel hükümleri ile nasıl birlikte uygulanabileceğinin tespit edilmesi

⁵⁹⁰ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 31.

⁵⁹¹ DCD ile getirilen düzenleme de genel olarak GDPR m. 6(1)(a) ile ilgili durumlara uygulanır, bkz. Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 255. DCD'nin diğer hukuka uygunluk nedenleri ile sözleşme arasındaki ilişki hakkında tatmin edici açıklamalar getirdiğini söylemek mümkün değildir, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 35.

⁵⁹² Benzer yönde bkz. Twigg-Flesner, **Disruptive Technology and Law**, s. 10.

⁵⁹³ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 136. Bu husus çalışmanın devamında ayrıca tartışılacaktır, bkz. Bölüm II.F.1, s. 209 vd.

⁵⁹⁴ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 140; Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s. 1158.

gerekir⁵⁹⁵. Çünkü her ne kadar bazı çakışmalar olacaksa da kişisel verilerin korunması hukuku ile sözleşme hukuku farklı rejimlere tabidir. Örneğin GDPR m. 6(1)(b) veya 9(2)(h) gibi hükümlerde açıkça sözleşme kavramına atıfta bulunulması ancak tüzükte sözleşmenin geçerliliğinin düzenlenmemesinden bu iki rejim arasındaki farka işaret etmektedir⁵⁹⁶. Bu başlık altında sözleşmenin kurulmasına ilişkin Türk hukuku düzenlemelerin kişisel verilerin korunması hukuku ile ilişkisi incelenerek muhtemel sorunlara cevap üretilmeye çalışılacaktır.

1. Öneri Beyanı Açıklamasının Tespiti

Türk hukukunda bir sözleşme, taraflar arasında TBK m. 1 uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyuşması ile kurulur⁵⁹⁷. Bu bağlamda bir sözleşmenin kurulabilmesi için önce bir tarafın karşı tarafa bir öneride bulunması, bunun akabinde önerinin muhatabının kabul beyanını açıklaması gerekir. Öneri karşı tarafa niyet edilen hukuk ilişkisinin kurulması sonucunu doğurabilecek şekilde bağlanma iradesini taşıyan ve sözleşmenin kurulması teklifini kapsayan zaman bakımından önce olan beyandır⁵⁹⁸. Öneri beyanının sözleşmenin esaslı unsurlarını içeriyor olması gerekir⁵⁹⁹.

Bu iki kavramın birazdan ayrıca değineceğimiz öneriye davet kavramı da ele alınabilir. Öneri ile öneriye davet arasındaki en önemli fark bu beyanların beyan sahibini bağlama gücündedir. Öneri, kabul ile sözleşmeyi kurabilen, kesin ve bağlayıcı tek taraflı bir irade beyanıdır. Öneriye davette ise beyan sahibi kesin ve bağlayıcı olmayan veya sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyen beyanda bulunmakta, diğer

⁵⁹⁵ DCD m. 3(10) uyarınca da sözleşmenin kurulması, geçerliliği, butlanı, etkisi ve sona ermesinin sonuçları gibi hususlar üye ülkelerin genel sözleşme hukuku düzenlemelerine bırakılmıştır, bkz. Metzger, **A Market Model for Personal Data**, s. 30.

⁵⁹⁶ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 131.

⁵⁹⁷ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021 (Genel Hükümler), s. 42; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1992, s. 106; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974 (Borçlar Hukuku) s. 59; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2012 (Borçlar Genel Hükümler) s. 28-29; Philippe Malaurie/Laurent Aynés/Philipp Stoffel-Munck, **Les Obligations**, 2. Bası, Paris: Répertoire Defrénois, 2005 (Les Obligations) s. 225; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Borçlar Genel Hükümler) s. 267; Sefa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012 (Borçlar Genel Hükümler) s. 62.

⁵⁹⁸ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Genel Hükümler), s. 148.

⁵⁹⁹ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 238; Bilgehan Çetiner/Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2022 (Genel Hükümler) s. 99.

tarafı öneride bulunmaya davet etmektedir⁶⁰⁰. Bir beyanın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu açık değilse beyanların yorumlanması gerekir. Beyanın muhatabı bu beyanın bir öneri olduğunu fiilen anlayabilmişse burada bir öneri olduğu kabul edilir. Eğer böyle bir durum yoksa hakim, güven teorisi uyarınca beyanın niteliğini ortaya koyacaktır⁶⁰¹.

Bir beyanın hukuki olarak öneri olarak nitelendirilebilmesi başka bir deyişle sözleşme kurmaya muktedir olabilmesi için bazı şartları taşıyor olması gerekir⁶⁰². İlk olarak önerinin belli bir kişiye yönelmiş olması gerekir. Başka bir deyişle belirli bir kişiye yönelmeyen, genele yapılan açıklamalara kural olarak öneri teşkil etmezler⁶⁰³. Kişisel verilerin konusunu teşkil ettiği sözleşmelerin genelde sosyal medya platformları tarafından sunulan hizmetlere ilişkin olduğu düşünüldüğünde bu noktanın ayrıca ele alınması gerekir. Zira bu platformlar ile kullanıcıları arasındaki sözleşmelerde platformlar kullanıcılarla doğrudan iletişime geçmezler. Kullanıcılar bu platformlara kaydolarak veya bu uygulamaları kullanarak söz konusu platformlarla etkileşime geçerler. Bu noktada hangi tarafın beyanının öneri, hangi tarafın beyanının kabul olduğunu ortaya koymak gerekir. Beyanların niteliklerini ortaya koymak için iki yorum yapılabilir. İlk olarak hizmet veren tarafın hizmetini internet ortamına koymasını öneri olarak kabul edip, kişisel veri sağlayanın bu hizmete kaydolması yahut onu kullanmasının kabul beyanı olarak nitelendirilmesi mümkündür. İkinci olarak ise kişisel veri sağlayan kullanıcının hizmete kaydolması veya onu kullanmasını öneri, hizmet verenin hizmeti sağlamasını ise kabul olarak nitelendirilebilir. Bu ikinci durumda hizmet sağlayıcısının hizmetini çevrimiçi bir ortama koyması öneriye davet olarak nitelendirilecektir. Zira her halde hizmetten yararlandırılmanın koşullarını tek taraflı olarak belirleyen taraf hizmet sağlayıcıdır.

⁶⁰⁰ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 287; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 25. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014 (Genel Hükümler) s. 65; Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 249; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 97.

⁶⁰¹ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 287. Güven teorisi kavramı çalışmanın devamında ayrıca ele alınacaktır.

⁶⁰² Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 96; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 148. Önerinin sahip olması gereken özellikler için bkz. Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 283 vd.; Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 238 vd.

⁶⁰³ Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 99; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 148. Aşağıda ele alınacak özel durum haricinde de bazı durumlarda herkese yapılmış ilanının öneri niteliğinde olabileceği kabul edilmiştir. Bunlara örnek olarak caddelere konulmuş olan otomatlar verilebilir, bkz. Reisoğlu, **Genel Hükümler**, s. 65.

İnternet üzerinden yapılan ilanların öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu doktrinde tartışılmıştır. Bu noktada ilk olarak bir görüş internet üzerinden yapılan ilanların öneriye davet olarak vasıflandırılması gerektiğini savunmuştur⁶⁰⁴. İnternet üzerinden yapılan ilanları öneri değil, öneriye davet olarak nitelendirilmesinin en önemli nedenlerinden biri internetten yapılan bir ilana kaç kişinin cevap vereceğinin önceden belli olmaması, ilan verenin sınırsız ve belirsiz sayıda sözleşmeyi ifa etmek yükümlülüğü altına sokulmasının hakkaniyete aykırı olacağı endişesidir. Bu durumda ilan veren kişi elindeki sınırlı stokla sınırsız sayıda talebi karşılamak zorunda kalabilecektir. Ayrıca ilan veren kişi, karşı tarafın ödeme gücünü bilebilecek durumda olmadığı için normal koşullarda sözleşme yapmak istemeyeceği biri ile ilan üzerinden sözleşme ilişkisi içine girmesi yerinde görülmemiştir⁶⁰⁵. Buna karşın dikkat edilirse internet üzerinden sağlanan hizmetlerin neredeyse hiçbirinde stok sorunu mevcut değildir⁶⁰⁶. Örneğin bir kişi bir sosyal medya uygulamasına kaydolduğunda bu durum o sosyal medya uygulamasının diğer kişilere hizmet sunma kabiliyetini düşürmez. Bunun gibi kullanıcı hizmetten yararlanma karşılığında kişisel veri sağlıyorsa ödeme gücü bakımından da hizmet sağlayanın ayrıca bir değerlendirme yapması gerekmez. Bu şartlar bir arada düşünüldüğünde hizmet sağlayıcıların hizmetlerini internet ortamına koymalarının öneri olarak değerlendirilmesinde bir beis olmadığı görülecektir⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Çiğdem Kırca, “İnternette Sözleşme Kurulması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)**, Aralık 2000, c. XX, S. 4 (İnternette Sözleşme Kurulması) s. 103-104; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 98. Doktrinde diğer bir görüş burada bir ayrıma gidilmesi gerektiği yönünde fikir beyan etmektedir. Buna göre eğer internet sitesine bir ürün konulur ve bu ürünün altına örneğin “üç ürün kalmıştır” vs. gibi bir açıklama iliştilirirse bunun bir öneri olduğu kabul edilmelidir. Buna karşın böyle bir açıklamanın yokluğunda bir öneriden değil öneriye davetten söz etmek gerekecektir, bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 150.

⁶⁰⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017 (Borçlar Genel Hükümler) s. 183-184; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 151.

⁶⁰⁶ Benzer biçimde internetten doğrudan indirilebilen ürünler için internet üzerinden yapılan ilanların stok sorunu olmadığı için öneri olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 187-188. Aynı yönde örnekler için bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 151.

⁶⁰⁷ Bu yönde bkz. Rona Serozan/Başak Baysal/Keren Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, Ocak 2019 (Özel Bölüm), s. 129. İnternet alışverişlerinde de ödemenin genellikle kredi kartı ile yapılıyor olması alıcının ödeme gücü hakkındaki belirsizlikleri giderdiği için bu gibi ilanların öneri olarak kabul edilebileceği doktrinde savunulmuştur, bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003 (Elektronik Sözleşmeler) s. 58-59; Kırca, İnternette Sözleşme Kurulması, s. 104. Keza Türk hukukunda doktrinde bir görüş kişisel verilerin paylaşılmasına karşılık çevrimiçi bir programın veya platformun kullanılması veya bir üründe özel indirim imkanlarının sunulmasının teklif edilmesinin öneri niteliğinde olduğu savunulmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 150-151

Tarafların irade beyanlarının dürüstlük kuralı uyarınca yorumlanması sonucunda da farklı bir sonuca varılmayacaktır. Bir hizmet sağlayıcı hizmetini internet ortamına koyduğu zaman muhtemel kullanıcıların bu hizmet ile etkileşmesini temenni etmekte, hizmet kullanıldığında veya hizmete üye olduğunda ayrıca bir denetleme yapmadan kullanıcıları hizmetten yararlandırmaktadır. Dolayısı ile hizmetin çevrimiçi ortama konulması ile hizmet sağlayıcının bağlanma iradesini ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.

Keza sadece Türk hukuku bakımından değil karşılaştırmalı sözleşme hukuku doktrini uyarınca da önerinin hizmet sağlayıcıdan geldiği kabul edilmektedir⁶⁰⁸. Kullanım koşullarında “sözleşme” gibi ifadeler yer veriliyor olması, kullanım koşullarının tipik bir sözleşme formatında hazırlanıyor olması hizmet sağlayıcıların da hizmetlerini internet ortamına koyarken bir öneride bulunduklarının farkında olduklarını işaret etmektedir⁶⁰⁹. Kaldı ki şüphe halinde başvurulacak olan güven teorisi uyarınca da bu ifadelerin bir öneri gücünde olduğunu kabul etmek gerekecektir. Buna karşın doktrinde bir görüş ayrıca üye olunmadan kullanılan hizmetler bakımından

⁶⁰⁸ Metzger, **A Market Model for Personal Data**, s. 30. Yazar burada Alman Hukuku bakımından bir inceleme yaparak BGB m. 157 uyarınca irade beyanının objektif yorum uyarınca yorumlanması için makul bir tüketicinin esas alınması gerektiğini, makul tüketicinin de hizmet sağlayıcının beyan ve davranışlarını öneri olarak kabul edeceğini savunmuştur. Anglosakson hukukunda da benzer bir görüş savunulmaktadır. Buradaki öneriyi otomat makinelerine benzeten görüş için bkz., Eliza Mik, “Contracts Governing The Use of Websites”, **Singapore Journal of Legal Studies**, Vol. Mar, 2016 (Use of Websites) s. 82. Buna karşın bizim hukukumuzda otomat makinelerinin de bir öneriye davet niteliğinde olduğu, otomata para atılmasının öneri, otomatin ürüü vermesini ise kabul beyanı olacağı da savunulmaktadır, bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 152.

⁶⁰⁹ Metzger, **A Market Model for Personal Data**, s. 31. Örneğin Meta Hizmet Koşulları’nda sözleşme ibaresine açıkça rastlamak mümkündür “*Hesabınızı silmeniz veya hesabınızı kapatmamız veya silmemiz halinde bu Koşullar feshedilerek artık aramızda bir **sözleşme** teşkil etmeyecek, ancak aşağıdaki hükümler yürürlükte kalmaya devam edecektir*” bkz. <https://www.facebook.com/legal/terms/update> (erişim tarihi: 12.09.2022); Twitter’ın Hizmet Koşulların’da da benzer bir kullanım daha bariz biçimde göze çarpmaktadır “*You may use the Services only if you agree to form a **binding contract** with Twitter...*” (Hizmeti kullanabilmeniz ancak Twitter ile bağlayıcı bir sözleşme akdetmeniz şartı ile mümkündür [yazar çevirisi]) bkz. <https://twitter.com/en/tos> (erişim tarihi: 12.09.2022); keza Google’ın Hizmet Şartlarında da sözleşme kavramına doğrudan atıf vardır, “*Yasa gereği, **bu hizmet şartları gibi bir sözleşme** ile sınırlandırılmayacak bazı haklarınız vardır. Bu şartlar hiçbir şekilde söz konusu hakları kısıtlamayı amaçlamamaktadır.*” bkz. <https://policies.google.com/terms?hl=tr&fg=1> (erişim tarihi: 12.09.2022); benzer biçimde Amazon’un Kullanım Koşullarında da “*Amazon Hizmetleri’ni kullanarak, bu koşullarla bağlı olmayı kabul etmektesiniz.*” ifadesine yer verilmiştir bkz. https://www.amazon.com.tr/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000&ref_=footer_cou (erişim tarihi: 21.09.2022) (vurgular eklenmiştir). Benzer bir ifade için bkz. TikTok, **Kullanım Şartları**, Your Relationship With Us. Doktrinde LinkedIn’in kullanım şartları üzerinden savunulan aynı yönde bir görüş için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 151.

bunların sadece internet ortamına yerleştirilmiş olmasının bir öneri olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır⁶¹⁰.

Kanaatimizce de içerik veya hizmetin internet ortamına konulması tek başına bir öneri teşkil eder. Bu husus, sağlayıcılar tarafından hazırlanan sözleşmelerde kullanıcıların aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, bu hizmet veya içeriklere üye olmaları, onları kullanmaları vs. ile sözleşmenin kurulmuş olacağını yazmaları ile de desteklenmektedir⁶¹¹.

2. Kabul Beyanı Açıklamasının Tespiti

Bir üst başlıkta öneri beyanının çevrimiçi sunulan hizmetlerde genellikle hizmet sağlayıcıdan geldiğini tespit ettikten sonra kullanıcının kabul beyanının da ortaya konması gerekir. Öneren tarafından yöneltilen öneriye uygun olarak sözleşme kurma arzusunu taşıyan beyana kabul denir⁶¹². Sözleşmenin kurulması öneriye uygun bir kabul beyanının açıklanmasına bağlıdır. Aynı öneride olduğu gibi kabul beyanının da öneri sahibine yöneltilmesi gerekir⁶¹³. Öneriye uygun kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlayacaktır⁶¹⁴.

Sözleşme hukuku uyarınca kabul beyanı açık bir irade beyanı ile yapılabileceği gibi örtülü bir şekilde de açıklanabilir. Kişisel verilerin konu olduğu sözleşmelerde kanaatimizce kabul beyanının açıklanmasındaki iki ihtimali de tartışmak mümkündür.

⁶¹⁰ Yazarar göre örneğin bir internet sitesinin URL'sine tıklanıldığında sayfa doğrudan açılıyor ve söz konusu site erişimi engelleyen bir *pop-up* olmaksızın kullanılabiliyorsa burada öneri olmayacağı için kullanıcının hangi davranışlarının kabul beyanı olduğunu tartışmaya da gerek yoktur, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 167. Buna karşın yazar çalışmasının daha önceki kısmında “*sonuç itibarıyla girişimcinin veri işleme faaliyetine yönelik bilgilendirmeyi de içeren önerisini, ilgili ürün kullanılmadan önce tüketicinin dikkatine sunmak durumunda olması veri sorumlusunun yükümlülüklerini yerine getirmesiyle ilgili olmakla birlikte taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmasına tek başına engel değildir.*” açıklamasına yer vermiştir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 152. Yazara göre hizmet alan kişinin reklamlara maruz kalması, ancak yine de söz konusu hizmeti kullanmayı sürdürmesi bu kişinin kişisel verilerinin işlenmesini içeren bir sözleşme ilişkisi içine girdiği farkındalığına sahip olduğuna dalalet eden bir unsur olarak ele alınmalıdır. Kanaatimizce yazarın bu görüşünden hareketle pratikte neredeyse çevrimiçi hizmet sunan bütün sağlayıcıların reklamlarla kendilerini finanse ettikleri de dikkate alındığında, tek başına çevrimiçin hizmeti internet ortamına koymanın öneri niteliğinde olabileceğini kabul etmek gerekecektir. Ayrıca bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 158.

⁶¹¹ Bkz. dpn. 636.

⁶¹² Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 265; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 103; Gümüüş, **Genel Hükümler**, s. 164.

⁶¹³ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 296; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022 (Borçlar Genel Hükümler), s. 67.

⁶¹⁴ Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 70; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 105.

Keza karşılaştırmalı hukukta kullanıcının bir internet sitesi üzerinden içerik veya hizmete erişimi bakımından iki sözleşme ihtimalin olabileceği ifade edilmiştir. İlk olarak kullanıcı bir siteye girdiğinde kendisine bu siteden yararlanması için sitenin koşullarını kabul etmesi istenebilir ki bunlara “tıklama sözleşmesi” (*click-wrap agreement*) denir⁶¹⁵. Burada kullanıcı aktif bir fiili ile sitenin koşullarına onay verdiğini ortaya koymaktadır. İkinci ihtimalde ise kullanıcı bir irade beyanı ile doğrudan koşulları kabul etmez ancak sitede gezinmesi veya siteyi kullanması bir sitenin koşullarına onay verildiği anlamına gelebilir. Bu sözleşmelere de “gezinme sözleşmesi” (*browse wrap agreement*) denir⁶¹⁶. Kanun sözleşme için ayrıca bir şekil şartı öngörmediği sürece bir kutucuğa tıklamak, sitede sadece gezinmek gibi faaliyetlerin de sözleşme kurmaya muktedir irade ortaya koyan davranışlar olabileceğini kabul etmek gerekir⁶¹⁷. Çalışmanın devamında borçlar hukuku genel hükümler çerçevesinde bu sözleşmelerin ve bunların yanında kişisel verileri koruma hukukuna dair beyanların değerlendirmesi yapılacaktır.

a. Açık Kabul Beyanı Açıklaması

Açık kabulde kişi kabul iradesini açık bir beyan ile yapmaktadır⁶¹⁸. Burada kişinin iradesi herhangi bir tereddüde mahal vermeksizin tespit edilmiş olur⁶¹⁹.

Bazı hizmetlerden yararlanmak için kullanıcının o hizmete üye olması şarttır. Bu durumda kullanıcı kendisinden talep edilen bilgileri doldurarak hizmete üye olur ve hizmetten yararlanmaya başlar. Kanaatimizce hizmete üye olmak kabul beyanının açık bir ifadesi teşkil eder. Zira kişiler bunun gibi üye olma süreçlerinde genellikle hizmet koşullarını kabul ettiklerini söyleyen metinleri doğrudan işaretlerler veya üye olarak bu şartları kabul ettiklerine dair uyarılırlar⁶²⁰. Bu bakımdan kullanıcının ilgili hizmete

⁶¹⁵ Mario Iskander, “Blockchain: The Future of All Data”, *Intellectual Property and Technology Law Journal*, Vol. 22, No. 1, Fall 2017 (Future of All Data) s. 2.

⁶¹⁶ Mik, *Use of Websites*, s. 73; Iskander, *Future of All Data*, s. 2.

⁶¹⁷ Mik, *Use of Websites*, s. 76.

⁶¹⁸ Eren, *Borçlar Genel Hükümler*, s. 296; Antalya, *Borçlar Genel Hükümler I*, s. 93.

⁶¹⁹ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 27. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022 (Medeni Hukuk) s. 185; Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I (Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku)*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022 (Medeni Hukuk Dersleri) s. 176; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016 (Borçlar Hukuku) s. 120; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri)*, 16. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021 (Temel Kavramlar) s. 200; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Medeni Hukuk) s. 130; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 21. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Eylül 2017 (Genel Hükümler) s. 61; Antalya, *Borçlar Genel Hükümler I*, s. 267; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 45; Gümüş, *Genel Hükümler*, s. 122.

⁶²⁰ Örneğin Meta şirketi kullanıcının hizmete üye olması ile birlikte hizmetin şartlarını kabul etmiş sayılacağını söylemiştir bkz. “Kaydol düğmesine tıklayarak, Koşullarımızı, Gizlilik İlkemizi ve Çerezler

üye olma işleminin açık kabul beyanı olarak kabul edilmesinin gerekeceği kanaatindeyiz⁶²¹. Benzer biçimde yukarıda izah edilen tıklama sözleşmeleri bakımından da açık kabul beyanının varlığından şüphe edilmemelidir. Burada da kullanıcı kullandığı sitenin şartlarını kabul ettiğini aktif bir fiili ile ortaya koymaktadır. Bu davranışın da bir açık kabul beyanı niteliğinde olduğunu kabul etmek yerinde olur. Kanaatimizce bu tarz sözleşmeler tıklama ile kurulan sözleşmelere tipik bir örnek teşkil etmektedir. Örneğin *DeJohn v. The. TV Corp. Intern.* davasında mahkeme kullanıcının koşulları kabul ettiğini belirten kutucuğa tıklaması ile sözleşme ile bağlı hale geldiğine karar vermiştir⁶²².

b. Örtülü Kabul Beyanı Açıklaması

Örtülü kabul iradesinde irade beyanı açıkça ifade edilmez ancak bir davranışla ortaya konulur⁶²³. Açık olmayan her kabul beyanının örtülü kabul beyanı olarak kabul edilmesi gerektiği de savunulmuştur⁶²⁴. İradenin tespit edilebilmesi, iradenin ortaya konduğu bağlam ile birlikte değerlendirilmesine bağlıdır⁶²⁵.

Bazı uygulamalara üye olup giriş yaparak kullanmak mümkün olduğu gibi, bir üst paragrafta bahsedildiği gibi bir üyelik süreci yürütülmeden, dolayısıyla da ilgili dijital içeriğin hizmet koşullarını onayladıklarını beyan eden metinleri işaretlemeyen kullanmak mümkündür. Bu durumda da hizmet sağlayıcılar kullanıcılardan bazı verilerini toplamaktadırlar⁶²⁶. Örneğin Twitter Gizlilik Politikasında “*Bir hesap oluşturmasanız veya hesabınızla giriş yapmasanız dahi bir içeriğe baktığınızda veya*

İlkemizi kabul etmiş olursun. Bizden SMS Bildirimleri alabilir ve bu bildirimleri istediğin zaman durdurabilirsin.” <https://tr-tr.facebook.com/> (erişim tarihi:12.09.2022); benzer bir kullanım Twitter’da şu şekildedir “*Kaydolarak Koşullarımızı, Gizlilik Politikamızı ve Çerez Kullanımımızı kabul etmiş olursun.*” bkz. <https://twitter.com/i/flow/signup> (erişim tarihi: 12.09.2022).

⁶²¹ Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 159. Bu koşulların gerçekten okunup okunmadığının kabul beyanının varlığı bakımından önemli olmadığı hakkında bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 153.

⁶²² *DeJohn v. The .TV Corp., Int’l*, 245 F.Supp. 2d 913 (N.D. EI. 2003) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/245/913/2514874/> (erişim tarihi: 27.01.2023) s. 919.

⁶²³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 205. Örtülü irade beyanı iradeyi gösteren bir davranışla ortaya konabileceği gibi bir irade faaliyetiyle de ortaya konabilir. İradeyi gösteren davranış kişinin dış dünyaya yansıyan davranışlarının içinde bulunduğu bağlam ile birlikte yorumlandığında işaret ettiği iradeye denir. Bunun yanında örtülü irade beyanının doğrudan ifa fiili ile ortaya konması da mümkündür, bkz. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 94; Dural/Sarı, **Temel Kavramlar**, s. 201.

⁶²⁴ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 268.

⁶²⁵ Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 123; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 176; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 121; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 185; Altaş, **Medeni Hukuk**, s. 131; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 45.

⁶²⁶ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 34.

ürünlerimiz ve hizmetlerimizle başka bir şekilde etkileşime geçtiğinizde bilgilerinizi alırız” hükmüne yer vermiştir. Benzer biçimde Facebook Gizlilik İlkesinde şu ifadeye yer verilmiştir: “*Hakkınızda topladığımız ve işlediğimiz bilgiler, Ürünlerimizi nasıl kullandığınıza bağlıdır. Örneğin, Marketplace’te bir mobilya sattığınızda ve Instagram’da bir Reels videosu paylaştığınızda birbirinden farklı bilgiler toplarız. Ürünlerimizi kullandığınızda, sizin hakkınızda bazı bilgiler toplarız.*”⁶²⁷. Bu bilgiler kullanıcının IP adresi, tarayıcısının tipi ve dili, işlemci sistemi, erişim saatleri, erişilen sayfalar, kullanıcının konumu, cihaz bilgileri vs. gibi çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır⁶²⁸. Kullanıcının IP adresi veya konum bilgisi gibi bilgilerin kişisel veri teşkil etme riski vardır. Benzer bir durum Amazonun Kullanım Koşullarında⁶²⁹ ve Gizlilik Bildiriminde de göze çarpmaktadır. Gizlilik Bildirimindeki ilgili hüküm şu şekildedir “*Amazon Hizmetleri aracılığıyla sunulan hizmetlerle ve içerikle etkileşiminiz de dahil olmak üzere, Amazon Hizmetleri kullanımınıza ilişkin bazı bilgilerinizi otomatik olarak toplamakta ve saklamaktayız.*”⁶³⁰. Dikkat edildiği üzere aslında burada da kayıtlı bir hesap ile hizmete giriş yapmadan hizmetten yararlanan kişi de bazıları kişisel veri olabilecek verilerini hizmet sağlayıcıya sağlayarak hizmetten yararlanmaktadır. Buradaki sorun kullanıcının ilgili hizmetten veya içerikten yararlanmasının gerçekten bir kabul beyanı olarak anlaşılıp anlaşılamayacağıdır.

Bir öneri karşısında sadece susma kural olarak kabul beyanı teşkil etmez⁶³¹. Buradaki örneklerde ise kullanıcının sustuğundan bahsetmek mümkün değildir. Kullanıcı aktif bir fiil icra ederek, sözleşmeye konu dijital hizmet veya içerikten yararlanarak, bu hizmet veya içerikten yararlanma iradesini ortaya koymaktadır. Ancak buradaki sorun kullanıcının bu faaliyeti yaparken gerçekten bir kabul beyanı

⁶²⁷ Meta, **Gizlilik İlkesi**, Hangi bilgileri topluyoruz?.

⁶²⁸ Hükümün orijinal metni için bkz. “We may receive information when you view content on or otherwise interact with our products and services, even if you have not created an account or are signed out” Twitter Gizlilik Şartları, https://cdn.cms-twddigitalassets.com/content/dam/legal-twitter/site-assets/privacy-june-10-2022/Twitter_Privacy_Policy_EN.pdf (erişim tarihi: 18.09.2022).

⁶²⁹ “Lütfen Amazon Hizmetleri’ni kullanmadan önce bu koşulları dikkatli bir şekilde okuyunuz. Amazon Hizmetleri’ni kullanarak, bu koşullarla bağlı olmayı kabul etmektesiniz” bkz. Amazon, **Kullanım Koşulları**, Giriş.

⁶³⁰ Amazon Gizlilik Bildirimi için bkz. https://www.amazon.com.tr/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909010&ref_=footer_privacy#GUID-76613C0D-37C3-4817-8287-6FF3811CB687__SECTION_60E44070B3B74D83B51778D69117FA68 (erişim tarihi: 21.09.2022).

⁶³¹ Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 69; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 121; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 188; Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 268; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 46-47; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 104; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 164.

açıklamakta olduğunun farkında olup olmadığını tespit etmektir. Zira çoğu durumda kullanıcı böyle bir hizmet veya içerikten ona üye olmadan yararlandığında sağlayıcı ile bir sözleşme yapmış olabileceğinin farkında olmaz. Bu durumda kullanıcının davranışları ile ortaya koyduğu iradesinde gerçekten bir bağlanma iradesi olduğu tartışmalı hale gelecektir. Doktrinde Anglosakson hukukundan bir görüş sözleşme için tarafların sözleşmenin bütün sonuçlarının olmasa bile en azından bir değiş-tokuş ilişkisinin varlığının farkında olmaları gerektiğini savunmuştur⁶³². Kullanıcının bağlanma iradesi olmadan açıkladığı iradenin bir sözleşme meydana getirmesi kural olarak mümkün değildir. Bu durumda kullanıcının sadece söz konusu hizmetlerin kullanımı ile kabul beyanını ortaya koyduğunu söylenemeyecektir. Avrupa Komisyonu da CRD'in dijital içeriklere ilişkin sözleşmelere uygulanabilirliğini incelediği görüşünde bir internet sitesinin sadece görüntülenmesinin veya o internet sitesinden bir içeriğin indirilmesinin tek başına sözleşmenin kurulduğuna dalalet etmeyeceğini savunmuştur⁶³³.

Bununla beraber doktrinde bir görüş, bazı şartlar altında kullanıcının siteyi doğrudan kullanmasının kabul beyanı teşkil etme ihtimalini tartışmıştır. Buna göre, şayet sağlayıcı sözleşme koşullarına atıfta bulunan bağlantıyı yeterince açık biçimde siteye koyarsa bunu incelemeyen siteyi kullanmaya devam eden kişinin bu fiili ile kabul beyanını da ortaya koyduğundan bahsedilebilir⁶³⁴. İlgili bağlantı adresinin açık biçimde siteye konulup konulmadığını anlamak için her sitenin içeriğinin ve tasarımının ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bağlantının sitede görünür olması, açıkça “Koşullar”, “Hukuki Koşullar” gibi ifadeleri içermesi gibi hususlara bakılabilir. Bu durumda kullanıcı kendisinin itina göstermesi gereken bir husus hakkında yeterli incelemeyi yapmamış, dolayısıyla kendisinin korunmasında hukuken bir meşruiyet kalmamıştır. Bu görüşün zayıf noktası bir bağlantı adresinin diğer tarafa bildirilmesi ile bağlanma iradesine ulaşarak aslında sözleşme hukuku bakımından esaslı bir sonuca varması, buna karşı çıkan görüşün zayıf noktası ise sağlayıcının koşullarını muhtemel kullanıcılara sunmasına bir sonuç bağlamamasıdır⁶³⁵. Buna karşın uygulamadaki bazı sözleşme hükümleri kullanıcıların hizmetlere erişim sağlamasının kullanım koşullarını

⁶³² Mik, *Use of Websites*, s. 84.

⁶³³ European Commission, *DG Justice*, s. 64. Benzer yönde yaklaşımlar hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s.168.

⁶³⁴ Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s. 159.

⁶³⁵ Mik, *Use of Websites*, s. 86-87.

kabul etmek olarak kabul edileceğini söylemektedir⁶³⁶. Bu şekilde kurulan sözleşmelere doktrinde daha önce de izah edildiği gibi gezinerek kurulan sözleşmeler anlamında Browsewrap sözleşmeler denmektedir. Gerek tıklanarak gerek de gezinerek kabul beyanının gösterilmesi makul bir bildirimin yapılmış olmasına ve kabulün anlaşılır olmasına bağlıdır⁶³⁷.

Kanaatimizce bir internet sitesinde sadece göz atmış olmanın örtülü bir irade beyanı teşkil etmesi için daha başka verilerle desteklenmesi önemlidir. Bu konuda *Ellis v. Cartoon Network* davasında yapılan çıkarımları hatırlamakta fayda vardır⁶³⁸. Kullanıcının ek bazı faaliyetlerde bulunmadan, örneğin internet sitesini erişim sağlayarak sözleşmeyi kabul etmiş sayılacağını söyleyen bir *pop-up* ekranını kapatması ve uygulamayı kullanmaya devam etmesi, örtülü kabul beyanında bulunduğu kabul edilemez. Dolayısıyla yukarıda şayet kullanım koşullarına yeterince dikkat çekilmişse kullanıcının internet sitesine salt erişim sağlayarak örtülü kabul beyanında bulunmuş olacağını savunan görüşe hiçbir şekilde bu yönde bir iradesi bulunmayan bir kişinin davranışları örtülü kabul beyanı sayılamayacağı için katılmıyoruz. Ancak kullanıcının dikkati kullanım koşullarına yeterince çekilmişse bu

⁶³⁶ “By accessing or using our Services, you confirm that you can form a binding contract with TikTok, that you accept these Terms and that you agree to comply with them (Hizmetlerimize erişerek veya onları kullanarak, TikTok ile hükümlerini kabul ettiğiniz ve onlara uyacağınızı kabul ettiğiniz bağlayıcı bir sözleşme kurduğunuzu teyit etmiş olursunuz. [yazar çevirisi])” TikTok, **Kullanım Koşulları**, Accepting the Terms. Benzer bir maddeye LinkedIn’in Kullanıcı Sözleşmesinde rastlamak da mümkündür. LinkedIn kullanıcılar ile iki şekilde sözleşme ilişkisinin kurulacağına sözleşmesinde yer vermiştir. Buna göre kullanıcılar LinkedIn’e üye olarak veya uygulamaya erişim sağlayarak sözleşme ilişkisine girmiş olurlar: “You agree that by clicking “Join Now”, “Join LinkedIn”, “Sign Up” or similar, registering, accessing or using our services (described below), you are agreeing to enter into a legally binding contract with LinkedIn (even if you are using our Services on behalf of a company). If you do not agree to this contract (“Contract” or “User Agreement”), do not click “Join Now” (or similar) and do not access or otherwise use any of our Services.” (“Şimdi Katıl”, “LinkedIn’e Katıl”, “Kaydol” veya benzerlerine tıklayarak, kaydolarak, (aşağıda tasvir edilen) hizmetlerimize erişerek, LinkedIn ile bağlayıcı bir sözleşmeye girmeye onay verirsiniz (Hizmetlerimizi bir şirket adına kullanıyor olsanız bile). Eğer bu sözleşmeye onay vermek istemiyorsanız (“Sözleşme” veya “Kullanıcı Sözleşmesi”) “Şimdi Katıl” (veya benzerlerine) tıklamayınız ve Hizmetlerimizin hiçbirine erişim sağlamayınız veya onları diğer bir şekilde kullanmayınız [yazarın çevirisi]), bkz LinkedIn, **Kullanıcı Sözleşmesi**, Introduction, 1.1 Contract, <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement> (erişim tarihi:19.05.2023), (Kullanıcı Sözleşmesi). Tinder isimli uygulamanın çok benzer bir maddesi Norveç Tüketici Konseyi tarafından denetlenmesi bakımından Ombudsmannın dikkatine bir şikayet ile sunulmuştur, bkz. Forbrukerrådet, “Complaint regarding unfair contractual terms in the Terms of Use for the mobile application Tinder”, Oslo, 3 Mart 2016, <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2016/03/20160302-Complaint-Tinder.pdf> (erişim tarihi: 20.04.2023).

⁶³⁷ Bu konudaki bazı yabancı mahkeme kararları için bkz. Iskander, **Future of All Data**, s. 3 vd. Kayıt gerektirmeyen hizmetler bakımından bile kullanıcının kabul beyanının açık olmasının aranmaması gerektiği hakkında bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 169.

⁶³⁸ Bkz. bölüm II.C.2.g.ii, s. 142 vd.

durum aşağıda inceleneceği üzere iradeyi ortaya koyan davranış olarak kabul edilebilir ki bu da bizi sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna götürecektir.

c. Kullanıcının Sağlanan Hizmet veya İçerikten Yararlanması ve İradeyi Ortaya Koyan Davranış

Bazen kişi belirli bir hukuki işlemi gerçekleştirmek için bir irade beyan etme niyetinde olmasa bile ortaya koyduğu davranışlar yüzünden o yönde bir iradesi varmış gibi değerlendirilir ve bu davranışlara irade beyanları gibi sonuç bağlanır. Buna iradeyi ortaya koyan davranış denilmektedir⁶³⁹. Örtülü irade beyanı ile iradeyi ortaya koyan davranış arasındaki fark, davranış sahibinin örtülü irade beyanından farklı olarak beyan açıklama iradesinin bulunmamasıdır⁶⁴⁰. Ancak bunun ayrımın anlaşılması için öncelikle irade beyanının unsurlarının ele alınmasında yarar vardır.

İrade beyanını temelde iki unsuru vardır. Bunlardan biri kişinin irade beyanının dış aleme yansması olan “beyan” diğer ise kişinin bu beyanda bulunmasına neden olan iç dünyasındaki “irade”dir. İradenin de kendi içinde üç unsuru vardır. Fiil iradesi dış dünyada iradeyi gösterecek hareketine yönelik iradedir. Örneğin bir sözleşmenin altına imza atmak isteyen kişinin el hareketine yönelik iradesi fiil iradesidir. İkinci olarak beyan iradesi kişinin iç iradesini dış dünyaya aktarmak arzusunu, başka bir deyişle beyanının dış dünyada hukuken önem taşıyan bir beyan olduğunu ifade eder. Son olarak hukuki sonuç iradesi ise beyanın içeriğini teşkil eden belli bir hukuki sonuca yönelen iradeyi teşkil etmektedir⁶⁴¹. Bu unsurlardan herhangi birinin eksikliği irade beyanının sıhhatini farklı biçimlerde etkileyebilir. Beyan sahibinin fiil iradesi mevcut değilse ilgili işlem yoklukla malul olacaktır, zira kişinin iradeyi ortaya koyduğu iddia edilen hareketi gerçekleştirme amacı bile bulunmamaktadır. Buna karşın beyan iradesi ve hukuki sonuç iradesinin eksik olması durumunda güven teorisine başvurmak gerekecektir⁶⁴².

Güven teorisi esasında bir tarafın beyanı ile iradesi arasında bir uyumsuzluk olduğunda ve karşı taraf da karşı tarafın iradesini bilmediğinde işlemin hangi şartlarda kurulup kurulamayacağı sorusuna cevap aramaktadır. Güven teorisi uyarınca

⁶³⁹ Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 186; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 47-48.

⁶⁴⁰ Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 187; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 177.

⁶⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 131. Farklı bir adlandırma için bkz., Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 182; Dural/Sarı, **Temel Kavramlar**, s. 199; Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 89 vd.; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 118-119.

⁶⁴² Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 132; Dural/Sarı, **Temel Kavramlar**, s. 199.

görünüşteki beyanın karşı tarafta haklı olarak uyandırdığı anlamı, beyan sahibinin iç iradesine tutmak gerekir. Zira aksinin kabulü (ki beyan sahibinin iç iradesine öncelik tanıyan bu görüşe irade teorisi denir) durumunda beyan sahibi aşırı ölçüde korunmuş olur ve bu kişiye çoğu durumda beyanın iç iradesini yansıtmadığını iddia ederek yükümlülüklerinden kaçma imkanı tanınmış olur. Ayrıca bu durumda piyasadaki işlemlerin haklı görünüşlerine duyulan güven de azalacaktır. Bu yüzden güven teorisi irade sahibinin beyanının ortaya çıkarttığı görüntüyü, beyan sahibinin iç iradesine üstün tutmakta; beyanın muhatabının söz konusu beyanı olayın tüm şartları da değerlendirilerek dürüstlük kuralına uygun olarak vereceği anlam üzerinden iki taraf arasında uyuşma sağlanacağını kabul etmektedir⁶⁴³. Başka bir deyişle, beyanın niteliğinin tespitinde beyan sahibinin değil makul bir üçüncü kişinin anlayışı esas alınacaktır⁶⁴⁴. Doktrinde bir görüş Türk-İsviçre hukukunda güven teorisinden objektif bir üçüncü kişi değil “makul ve dürüst karşı tarafı” anlayışını esas alan modern güven teorisinin baskın olduğunu savunmuştur. Modern güven teorisinde yapılacak değerlendirmede bir üçüncü kişiyi değil sözleşmenin tarafı olarak sözleşme şartlarına vakıf olan kişiyi esas almıştır⁶⁴⁵. Ancak aşağıda yapılacak değerlendirme bakımından güven teorisinin hangi alt ayrımının benimsendiği varılacak sonucu değiştirmeyecektir.

Bu noktada kullanıcının bir sözleşme ilişkisine girdiğini fark etmeden hizmet veya içerikten yararlanmasının hukuken nasıl değerlendirileceği sorununun ayrıca ele almak gerekir. Zira bu durumda kullanıcının bir beyan iradesi bulunmamaktadır, kullanıcı bir sözleşme ilişkisi içine girebileceğinin ayırında dahi olmayabilir. Şayet hizmet sağlayıcı dürüstlük kuralı uyarınca sağladığı hizmet veya içeriklerin kullanıcılar tarafından kullanılmasının bir kabul beyanı teşkil ettiğini düşünmekte haklı ise hizmet sağlayıcı ile kullanıcı arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunu, kullanıcının verilerinin de bu sözleşmenin karşı edimi olarak işlendiğini söylemek mümkün olacaktır. Aksi durumda ise, kullanıcının kabul beyanında bağlanma iradesinin de bulunmadığı varsayımında, kullanıcı ile hizmet sağlayıcı arasında bir sözleşme kurulmamış olacak ve kullanılan hizmet veya içerik ile toplanan verilerin sözleşme hukuku bakımından hukuki sebebi eksik olacaktır.

⁶⁴³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 133; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuku**, s. 183; Serozan/Engin/Atamer, **Medeni Hukuk**, s. 319.

⁶⁴⁴ Dural/Sarı, **Temel Kavramlar**, s. 200.

⁶⁴⁵ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 230.

Bir üst başlıkta kullanıcının sağlanan hizmet veya içerikten sadece yararlanmasının bağlanma iradesi eksik olduğu için kabul beyanı olarak değerlendirilemesinin mümkün olmadığı savunulmuştur. Dolayısıyla burada beyan iradesinden yoksun bir irade beyanına güven teorisi uyarınca etki tanınabilir mi sorusunu sormak gerekir. Eğer güven teorisinin beyan iradesi eksikliğini de giderebileceği kabul edilirse kullanıcı ile sağlayıcı arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu sonucuna varılacak; eğer güven teorisinin burada uygulama alanı bulmayacağı kabul edilirse hizmet ve içerikten yararlanma eyleminin iradeyi ortaya koyan bir davranış da olmayacağı sonucuna varılacaktır. Alman doktrinindeki eski ve klasik görüş beyan iradesinin bulunmadığı bir irade beyanının yoklukla malul olduğunu savunmaktaydı⁶⁴⁶. Günümüzde Alman hukuku ve Türk-İsviçre hukukunda taraftar bulan bir ikinci görüş ise beyan iradesinin yokluğunda dahi güven teorisine başvurulabileceğini savunmaktadır. Buna göre eğer beyan sahibi ortaya koymuş olduğu hareketlerin hukuki bir bağlayıcılığı olabileceğini makul bir özen ve araştırma sonucunda öğrenebilecek durumdaysa dürüstlük kuralı uyarınca ortaya çıkarttığı hukuki görünüşün sonuçları ile bağlı olacaktır⁶⁴⁷. Kanaatimizce de güven teorisinin beyan iradesinin eksik olduğu hallere uygulanması gerekir.

Güven teorisinin beyan iradesinin eksik olduğu durumlara uygulanacağını tespit etmek ortaya konan sorunun çözümü için yeterli değildir. Güven teorisi uyarınca kullanıcının bu faaliyetinin irade beyanı olarak anlaşılıp anlaşılamayacağını tespit etmek için davranışların ortaya konduğu bağlamın da anlaşılması gerekir. Günümüzde dijital olarak sunulan hizmet ve içeriklerin çoğunun para yerine kişisel veri karşılığı sağlandığı ekonomik bir gerçek haline gelmiştir⁶⁴⁸. Benzer biçimde kullanıcıların da para vermeden yararlandıkları hizmetlerin aslında ücretsiz olmadıkları konusundaki farkındalıkları yükselmektedir⁶⁴⁹. Bu şartlar altında internet üzerinden hizmet alan bir kişinin de aldığı hizmetin bedelinin veri olduğunu bilmesi kendisinden beklenebilir.

Kanaatimizce bir üst başlıkta tartışılan kullanıcının dikkatinin sözleşme ilişkisine yeterince çekilmesi güven teorisi kapsamında ele alınmalıdır. Eğer

⁶⁴⁶ Bu yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 140.

⁶⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 140. Bu kişinin daha sonra irade sakatlığı hükümlerine dayanarak söz konusu işlemi iptal ettirmesi mümkündür, bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 140-141; Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 90.

⁶⁴⁸ Lohsse / Schulze / Staudenmayer, **Contract Law 2.0**, s. 10.

⁶⁴⁹ Lohsse/Schulze/Staudenmayer, **Contract Law 2.0**, s. 11.

kullanıcının dikkati söz konusu dijital hizmetin koşullarına yeterince çekilmişse, örneğin bir *pop-up* ile kişiye kullanım sözleşmesinin bağlantısı gösterilmiş veya dijital hizmet veya içerik kullanımı boyunca kullanım sözleşmesine ilişkin bağlantı adresi görünür olacak biçimde tasarlanmışsa, burada kullanıcının bu sözleşme ilişkisinin varlığından haberdar olmadığı yönündeki savunması dinlenmeyecektir. Dolayısıyla hizmet sağlayıcının piyasa koşulları ve dijital hizmet veya içeriğinin tasarımı göz önüne alındığında kullanıcının bir sözleşme ile bağlanma iradesi olmasa dahi hizmet veya içeriği kullanmasını dürüstlük kuralı uyarınca iradeyi ortaya koyan davranış olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır. Daha da ileri giderek bu kullanımın aslında bir kabul beyanı olarak da değerlendirilebileceğini savunan bir görüş uyarınca, kullanıcının bir hizmetten yararlanmasının karşılıksız olacağına dair düşüncesinin de korunmasına yer bulunmamaktadır⁶⁵⁰.

Sonuç olarak kişinin ilgili siteyi kullanarak hizmetten veya içerikten yararlanması kabul beyanı olmasa da somut olayın şartlarına göre iradeyi ortaya koyan davranış olarak değerlendirilebilecek, bu şekilde kullanıcı ile sağlayıcı arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilecektir.

d. Verilerin İşlenmesine Gösterilen Rıza ve Kabul Beyanı Açıklaması

Kabul beyanının tespitinde söz konusu içerik ve hizmetlerin kullanılmasının yanında karşımıza çıkabilecek bir diğer husus ise kişinin verilerinin işlenmesine gösterdiği rıza ile bu rızanın alındığı sözleşmeye ilişkin kabul beyanının arasındaki ilişkidir. Sözleşme hukuku bakımından önerinin muhtabının doğrudan ifade bulunması bir örtülü kabul halidir⁶⁵¹. Kabul beyanının (kişisel verinin sağlanmasının geçerli bir ifa olduğu kabul edildiği varsayımında) doğrudan sözleşme uyarınca ifade bulunarak ortaya konması mümkündür. Kişinin verisini diğer tarafa sağlayarak sözleşmenin “karşı edimini” yerine getirdiğini, bu şekilde sözleşmeye taraf olduğu iddia edilebilir.

Bununla beraber kişisel verilerin korunması hukukuna ait bir kavram olan rıza ile sözleşme hukukuna ait bir kavram olan kabul beyanı arasında ayırım yapmak yerinde olacaktır. Çünkü bu iki bağımsız kavram nitelikleri gereği de birbirlerinden

⁶⁵⁰ Mik, **Use of Websites**, s. 90, 93. Benzer bir görüş Akkanat-Öztürk tarafından da savunulmuştur. Yazara göre kullanım şartları ve gizlilik politikasının internet sitesinin altında göze çarpmayacak biçimde yer aldığı durumlarda bile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu savunulabilir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 153.

⁶⁵¹ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 268.

oldukça farklıdır⁶⁵². Kişinin verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olması her zaman bir sözleşmeye de taraf olmak istediğini göstermediği gibi, kişinin dijital içerik veya hizmetlerin sağlandığı bir sözleşmeye taraf olması da verilerinin işlenmesine rıza gösterdiği anlamına gelmeyecektir. Kabul beyanı ile rızanın aynı anda açıklanmış olması da bu durumu değiştirmemelidir. Kaldı ki kişisel verilerin korunması hukuku bakımından rızanın özgürce verilmesi ve hiçbir sınırlamaya maruz kalmadan geri çekilebiliyor olması esastır⁶⁵³. Her ne kadar farklı görüşler olsa da rızanın geri çekilmesi hakkında feragat etmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶⁵⁴.

Ayrıca GDPR m. 7(2) uyarınca kişisel verilerin işlenmesi bakımından verilecek rızanın diğer hususlardan kolayca ayırt edilebiliyor olması gerekir. Özellikle GDPR m. 7(4) hükmünün bir sözleşme kapsamında verildiğinde rızanın özgürce verilip verilmediğine ayrıca dikkat edileceğini söylediğini hatırladığımızda kabul beyanı ile rıza arasındaki ilişkinin ortaya konmasının önemi daha çok çıkacaktır⁶⁵⁵. Halbuki sözleşme hukukunda “*pacta sunt servanda*” ilkesi geçerlidir. Bu ilke uyarınca sözleşmenin taraflarının beyanları ile bağlılığı esastır, sonuç olarak bir sözleşmenin tarafının kendisine bu hak kanunla yahut sözleşme ile ayrıca verilmediği sürece kabul beyanını geri çekmesi mümkün değildir. Dolayısıyla açık rıza beyanı ile kabul beyanının her zaman tam olarak birbirine denk olabileceklerini söylemek mümkün değildir. Ancak kişinin rızasını her zaman geri çekebiliyor olması tek başına kişisel veriler hakkında sözleşme yapılabilmesine engel olmamaktadır⁶⁵⁶.

⁶⁵² Bedir, **Age of Big Data**, s. 357. Türk hukukunda da kişisel verinin işlenmesine rıza gösterilmiş olmasının her zaman taraflar arasında bir sözleşme kurulduğu anlamına gelmeyeceği savunulmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 150.

⁶⁵³ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 32.

⁶⁵⁴ De Franceschi, **Personal Data as Counter-Performance**, s. 67; Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 138; Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 347. Schmidt-Kessel’e göre CFR m. 8 ve DCD’nin 39. giriş paragrafı da bu hususu desteklemektedir.

⁶⁵⁵ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 33; Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 131. Avrupa Parlamentosuna göre bu ifadeden sözleşme için kabul beyanı ile veri koruma hukuku bakımından rızanın birbirinden farklı olduğunu anlamak gerekir, bkz. European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 8. GDPR m. 7(4)’ün DCD’nin kişisel veriyi bir karşı edim olarak tanınması gerçeği ışığında yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Metzger, **Data as Counter-Performance**, s. 5. Doktrinde savunulan çok daha sınırlayıcı bir yorum ise GDPR m. 7(4)’ün sözleşme altındaki bütün borcun kişisel verinin ticarileşmesi üzerine inşa olduğu sözleşmelerde uygulanmayacağını savunmaktadır, bkz. Carmen Langhanke/Schmidt-Kessel, Martin, “Consumer Data as Consideration”, **Journal of European Consumer and Market Law**, Vol. 4, Issue 6, 2015, s. 220 (naklen: Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 26).

⁶⁵⁶ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 36; Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 94.

Açık rıza ile kabul beyanı iradelerinin ayrı meseleler olmalarına rağmen kullanıcıların çerez kullanımına ilişkin eyleminin yine de ayrıca ele alınması gerekir. Çoğu zaman kullanıcıların söz konusu hizmetleri üye olmadan kullandıklarında dahi önlerine genelde çerez kullanımını onaylayıp onaylamadıklarını sorgulayan metinler çıkartılır⁶⁵⁷. Acaba bu metinlerin onaylanması veya reddedilmesi kullanıcı ile hizmet sağlayıcı arasındaki sözleşme hukuku bakımından oluşan ilişkiye (açık rızanın doğrudan kabul beyanı teşkil edemeyecek olmasından bağımsız olarak) yukarıda izah edilen iradeyi ortaya koyan davranış olarak etki edecek midir? Başka bir deyişle çerez kullanımını onaylayan beyanı aynı zamanda iradeyi ortaya koyan davranış olarak değerlendirmek mümkün müdür? Bu soruya cevap vermeden önce çerez kavramını kısaca izah etmek gerekir.

Çerezler kısaca “*bir internet sayfası ziyaret edildiğinde kullanıcılara ilişkin birtakım bilgilerin kullanıcıların terminal cihazlarında depolanmasına izin veren düşük boyutlu zengin metin biçimli text formatlar.*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁵⁸. Bazı çerezlerin kullanımı internet sayfasının çalışabilmesi için zorunludur. Kullanımları için genellikle açık rıza dışındaki hukuka uygunluk hallerine dayanıldığı için bu çerezler tartışmanın konusunu oluşturmazlar⁶⁵⁹. Ancak bazı çerezler kişiselleştirilmiş reklamcılık, pazar araştırması, analitik araştırma gibi başka amaçlarla da kullanılabilir. Bu çerezlerin hukuka uygun biçimde kullanılabilmesi için kullanıcıların açık rızasının alınması gerekir⁶⁶⁰. Daha önce de vurgulandığı gibi kişilerin verilerinin işlenmesine açık rıza vermiş olduklarının ortaya konması için söz konusu rıza beyanlarının bu kişilerin aktif bir eylemine dayanması şarttır. Bu yüzden çerez yönetim panellerinin kullanılması, bu panellerde “kabul et”, “reddet” veya “tercihler” gibi butonların olması önerilmektedir⁶⁶¹. Uygulamada da bu gibi panellere oldukça sık başvurulmaktadır⁶⁶². Burada borçlar hukukuna geri dönersek acaba söz

⁶⁵⁷ Kullanıcılar bu hizmet ve içeriklere üye olduklarında zaten kabul beyanlarını açık olarak ortaya koymuş olacakları için bir daha çerezlere ilişkin bir tartışma yapılmasına gerek olmaz.

⁶⁵⁸ KVK Kurumu, **Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber**, Haziran 2022, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fb193dbb-b159-4221-8a7b-3addc083d33f.pdf> (erişim tarihi: 07.10.2022) (Çerez Uygulamaları) s. 8.

⁶⁵⁹ KVK Kurumu, **Çerez Uygulamaları**, s. 10. Bu çerezlere Kriter A ve Kriter B statüsündeki çerezler denmektedir. Kriter A ve Kriter B senaryolarında çerez kullanımı örnekleri için bkz. KVK Kurumu, **Çerez Uygulamaları**, s. 18 vd.

⁶⁶⁰ KVK Kurumu, **Çerez Uygulamaları**, s. 27.

⁶⁶¹ KVK Kurumu, **Çerez Uygulamaları**, s. 29-30.

⁶⁶² Nisan 2020 yılında yapılan bir araştırmaya göre internet sitelerinin %81’i kullanıcıları işletmelerinin çerez politikası hakkında bilgilendirmek amacı ile bildirimler kullanmaktadır. Bunların %75’i site üzerinde bir şerit olarak (*banner*), 10%’u beliren bir kutucuk olarak (*pop-up*), %15’i ise internet sitesinin önünde beliren bir duvar olarak (*wall*) kullanılmaktadır, bkz. Deloitte, **Cookie Benchmark**

konusu içerik veya hizmet sağlayan siteye üye olmayan ama ilk girişinde çerez kullanımına onay veren bir kişinin bu hareketi kişisel veri hukuku bakımından açık rıza teşkil etmesinin yanında aynı zamanda bir kabul beyanı olarak değerlendirilebilir mi?

Dikkat edilirse çerezler bakımından yaptığımız tartışma verilerinin işlenmesine rıza gösteren kişinin bu beyanının aynı zamanda bir kabul beyanı teşkil edip etmemesindeki tartışmadan başkadır. Açık rıza ile kabul beyanının her zaman birbirine denk olmayabileceği meselesi yukarıda izah edildiği gibi bu iki beyanın nitelikleri arasındaki farklardan kaynaklanmaktadır. Burada yapılan tartışma ise çerez kullanımına rıza göstermek için yapılan eylemin (örneğin bir kutucuğun tıklanması) bir kabul beyanı olarak değil ama iradeyi ortaya koyan davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Aynı hizmet veya içerikten doğrudan yararlanan kişi gibi buradaki kullanıcı da söz konusu kutucuğu işaretlerken yararlandığı hizmet veya içerik karşılığında kişisel verilerini sağladığının ayırdında olmayabilir. Böyle bir durumda kişinin yaptığı beyanın içinde bir beyan iradesi olmadığı sorununu gündeme getirecektir. Bu noktada güven teorisinin beyan iradesi dahi bulunmayan bir irade beyanına güven teorisi uyarınca etki tanınıp tanınamayacağı sorusunu ortaya çıkartır. Yukarıda da izah edildiği gibi Türk doktrini güven teorisini beyan iradesi eksik olan irade beyanlarına da uygulamaktadır. Ancak bu durumda da söz konusu eylemin ve eylemin ortaya konduğu bağlamın incelenerek çerezleri kabul eden bu eyleme kabul beyanı gibi etki tanınıp tanınamayacağına bakılması gerekir.

İradeyi ortaya koyan davranışın kullanıcının doğrudan sağlanan hizmet veya içerikten yararlanmasının tartışıldığı bir üst başlıkta bu eylemi iradeyi ortaya koyan davranış olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştı. İlk olarak, burada da verilerinin işlenmesi bakımından açık rıza veren kişinin aynı zamanda bir sözleşme kurma iradesi de çoğu zaman bulunmamaktadır. Zaten doğrudan örtülü kabul beyanının tartışılması yerine iradeyi ortaya koyan davranışın ele alınmasının nedeni de budur. Bununla beraber çerezlerin kabulü bakımından daha farklı bir inceleme yapılması gerekir. Bunun nedeni çerezlerin kullanımına dair rızanın talep edildiği

panellerde de bir sözleşmeden çoğu defa bahsedilmemesi ve ilgili metinlerde sadece çerezler ve kişisel verilerin kullanımı hakkında bilgi verilmesidir. Bu şartlar altında çerezlerin kullanımına gösterilen açık rızanın aynı zamanda sözleşme kurmaya muktedir bir iradeyi ortaya koyan davranış olarak değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır. Söz konusu panellerin içeriğinde bir sözleşmeden bahsedilmediği göz önüne alındığında kullanıcıların bu paneller üzerinden çerez kullanımına açık rıza gösterirken dürüstlük kuralı uyarınca kişisel verileri karşılığında girdikleri bir sözleşme ilişkisinden haberdar oldukları da savunulamaz. Dolayısıyla bir internet sitesine girdiğinde çerez kullanımına rıza gösterdiğini söyleyen bir kutucuğu tıklayarak kişisel verilerin korunması hukuku bakımından rıza açıklayan kullanıcının aynı zamanda hizmet sağlayıcı ile sözleşme yapma iradesini ortaya koyduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır. Meğerki bu kutucukta kişisel verilerin işlenmesinin yararlanılan hizmetin karşılığında kişiden alındığı belirtilsin veya bunu ifade eden kullanım koşullarına ayrıca atıfta bulunulsun. Tabi bu durumda rıza beyanı ile hizmet veya içerikten yararlanmak için gereken kabul beyanının birbirine bağlanması, dolayısıyla GDPR m. 7(4)'te ifade edildiği gibi rızanın özgür olarak verilmediği sonucuna varılmasına neden olabilir. Bu tartışmaya iki nedenle burada girmiyoruz. İlk olarak bu tartışmalar daha önce de yapıldığı için burada o kısımlara atıf vermekle yetiniyoruz⁶⁶³. İkinci olarak bu başlık altında kabul beyanının geçerliliği ele alınmaktadır, kişisel veri hukuku bakımından rıza beyanının değil. Rıza beyanı ile kabul beyanının varlığı birbirinden ayrı incelemelere konu olduğuna bu tartışmanın burada yapılmasına yer yoktur.

Bununla beraber burada yapılan ayrımın uygulamada çok fazla şey değiştirmeyeceğini de kabul etmek gerekir. Kişi önüne çıkan çerez panelinde çerez kullanımını onayladıktan hemen sonra söz konusu hizmet veya içerikten yararlanmaya başlayacaktır. Dolayısıyla çok kısa bir süre içinde kabul beyanı yerine geçecek iradeyi ortaya koyan davranışı yerine getirmiş olacak, başka bir deyişle çok kısa süre içinde hizmet veya içerik sağlayıcı ile kullanıcı arasındaki sözleşme savunduğumuz görüş uyarınca kurulmuş olacaktır⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Bölüm I.B.2.b.i, s. 78-79.

⁶⁶⁴ Burada akla gelebilecek bir soru da kullanıcının çerez kullanımını reddetme ihtimalinde ne olacaktır. Bazı sağlayıcılar çerez kullanımına onay verilmediğinde hizmet veya içerikten yararlanılmasına da izin vermemektedirler. Kişisel verilerin korunması hukuku bakımından bu tarz bir rıza talebinin geçerliliği oldukça sorunlu olsa dahi çerezler üzerinden kişisel verisini sağlamayan kullanıcı hizmet veya içerikten de yararlanmayacağı için sözleşme hukuku bakımından bir sorun ortaya

3. İrade Beyanlarının Uyuşması

Bir sözleşmenin kurulması TBK m. 2 uyarınca tarafların ikinci derecedeki noktaların üzerinde durulmamış olsa dahi esaslı noktalarda uyuşmasına bağlıdır⁶⁶⁵. Bir sözleşmenin esaslı noktaları doktrinde subjektif ve objektif esaslı noktalar olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif esaslı nokta, bir sözleşmenin tanımı gereği içinde bulunması zorunlu olan asgari hususları işaret eder. Bu bakımdan objektif esaslı unsurların “sözleşmenin tipik unsurları” oldukları söylenebilir. Örneğin bir satış sözleşmesinde zilyetliği devredilecek mal ve o mal karşılığında ödenecek para objektif birer esaslı nokta olacaklardır⁶⁶⁶. Subjektif esaslı noktalar ise aslında kurulmak istenen sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan asgari şartlardan olmasalar bile tarafların ayrıca özel bir önem attettikleri noktalardır⁶⁶⁷. Örneğin bir araba satım sözleşmesinde, arabanın yıllık bakımının yetkili servisçe ücretsiz olarak yapılacağının yazılması ve bu hususun taraflar için o sözleşmenin olmazsa olmaz özelliklerinden biri olması durumunda, ücretsiz servis bakımı bir subjektif esaslı nokta teşkil edecektir. Zira bir araba satımı sözleşmesinin olmazsa olmaz özelliklerinden biri arabanın servis ihtiyacının nasıl karşılanacağı değildir ancak taraflar yine de bu hususu ayrıca düzenlemek ve ona özel bir önem atfetmek yönünde tercihte bulunmuşlardır. Ancak

çıkamaz. Bazı durumlarda ise kullanıcı kişisel verisini vermese dahi hizmet veya içerikten yararlanmaya devam edebilmektedir. Ancak bu durumlarda da kullanıcının bir nevi karşı edim olarak yerine getirdiği şey kişiselleştirilmesi mümkün olmadığı için rastgele karşına çıkartılan reklamlara maruz kalmak olacaktır. Buradaki karşı edim reklama maruz kalma şeklinde ortaya çıktığı için çalışmamızın kapsamında değildir bu yüzden de ayrıca incelenmeyecektir. Ancak bu hususta AB’de bir düzenleme olduğunu da belirtmek gerekir. Daha önce incelenmiş olan CRD’ye EMD ile yapılan ekleme ile kullanıcıların içerik ve hizmetlere erişim sağlamak için sağlayıcılar ile sözleşme yapmadan sadece reklam izledikleri durumlarda CRD uygulama alanı bulmayacaktır meğer ki bu ilişki ulusal hukukça bir sözleşme olarak tanımlansın, bkz. EMD, **Giriş**, §35. Dikkat edilirse bu konu hakkında özel bir hüküm sevk eden EMD bakımından bile aradaki ilişkinin sözleşme olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. Kullanıcının çerezleri reddetmesi ama hizmet veya içerikten yararlanmaya devam etmesi durumunda aynı zamanda bu davranışın iradeyi ortaya koyan bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorgulanabilir. Kanaatimizce çerez hakkındaki kutucukta kullanım koşullarına dair bir bilgilendirme yapılmadığı sürece iradeyi ortaya koyan davranış üzerinden sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemeyecektir.

⁶⁶⁵ Nomer, **Genel Hükümler**, s. 49; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, **Genel Hükümler**, s. 103. Bu noktada doktrin TBK m. 2’deki “esaslı unsurlar” ifadesinden sadece objektif esaslı unsurların aranması gerektiğini çünkü maddenin aslında objektif esaslı noktalarda anlaşıldığı sürece sözleşmenin kurulmuş olduğuna dair bir karine getirdiğini savunmaktadır. Buna göre, objektif esaslı unsurlarda anlaşılmış olmasına karşın sözleşmenin kurulmadığını iddia eden tarafın bu sefer bir yan noktanın subjektif esaslı nokta haline getirildiğini ispatlaması, başka bir deyişle TBK m. 2’nin getirdiği karineyi çürütmesi gerekecektir, bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 144.

⁶⁶⁶ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 234-235; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 51-52; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 143.

⁶⁶⁷ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 235; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 143.

ikinci derece noktaların esaslı nokta haline getirilebilmeleri için iki tarafın anlaşmış olması gerekir⁶⁶⁸.

Taraflar arasında uyuşmanın gerçekleşip gerçekleşmediği, dolayısıyla sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususunda şüpheyi düşüldüğünde de yorum metotlarına başvurulacaktır⁶⁶⁹. TBK m. 19 uyarınca bir sözleşmenin yorumunda ilk olarak tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınmalıdır. Ancak tarafların ortak ve gerçek iradesi tespit edilemezse güven teorisine başvurulacaktır⁶⁷⁰. Buna göre taraflar arasında bir uyuşma olmadığında tarafların öneri veya kabul beyanına karşı tarafın dürüstlük kuralı uyarınca bilmesi veya bilmesi gereken şartlar altında vereceği anlam esas alınacaktır. Eğer bu şekilde yapılan çıkarım neticesinde iradelerin birbirine uygun olduğu sonucuna varılırsa sözleşme de kurulmuş sayılacaktır⁶⁷¹.

Kişisel verilerin karşı edimini teşkil ettiği sözleşmelerde öneri ve kabul beyanlarının tek başına durumlarının yanında bu öneri ve kabul beyanlarının ne ölçüde uyuşup uyuşmadıklarının da değerlendirilmesi gerekecektir. Çünkü her ne kadar fiiliyatta bu hukuki ilişkilerde bir tarafın borcu kişisel verilerin sağlanması olsa da sağlayıcıların hizmet ve içeriklerini karşılıksız bir kazandırma gibi gösterdikleri de görülür. Örneğin Facebook Hizmet Koşullarında “*Aksini belirtmediğimiz takdirde, Facebook'u veya bu Koşullar kapsamındaki diğer ürün ve hizmetleri kullanımınız için sizden ücret almayız.*” ifadesine yer vermiştir⁶⁷². Aslında bu ifade bir açıdan doğrudur çünkü Facebook gerçekten kullanıcılarından hizmetlerinden yararlanmaları için bir ücret talep etmemektedir. Benzer biçimde Google Çalışma Şekillerini açıklarken “*...Arama, Haritalar ve Gmail gibi ürünlerimizin birçoğunu herkes için erişilebilir ve ücretsiz yapmamızın nedeni budur.*” ifadelerini kullanmaktadır⁶⁷³. Buna karşın aslında daha önce de açıklandığı üzere bu hizmet ve içeriklerin bedava olmadıkları da bir

⁶⁶⁸ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 236. Buna karşın doktrinde başka bir görüş bir hususun sübjektif esaslı nokta haline gelmesi için tarafların bu konuda anlaşmış olmasını, hatta bu konuda bir görüşme yapmış olmalarını dahi aramaz. Karşı tarafın bu noktaya dikkatinin çekilmiş olması yeterlidir, bkz. Gümü, **Genel Hükümler**, s. 144.

⁶⁶⁹ Bu yorum metoduna doktrinde kurucu yorum da denilmektedir bkz. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 439.

⁶⁷⁰ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 490; Nomer, **Genel Hükümler**, s. 50; Gümü, **Genel Hükümler**, s. 120-121. Burada da modern güven teorisinin kullanılması gerektiği hk. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 231.

⁶⁷¹ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 231-232.

⁶⁷² Facebook, **Hizmet Koşulları**, Giriş.

⁶⁷³ Google, **Çalışma Şeklimiz**, <https://about.google/how-our-business-works/> (erişim tarihi: 14.10.2022) (Çalışma Şeklimiz).

gerçektir⁶⁷⁴. Çünkü sağlayıcıların hizmet ve içerik sağlamalarının arkasında yatan neden kullanıcıların kişisel verilerini işleyebilmek, bu şekilde hem kendi ürünlerini geliştirmek hem de kullanıcılara kişiselleştirmiş reklamlar sunarak kar etmektir.

Acaba bu noktada gerçekten bedava bir hizmetten karşılıksız yararlandığını düşünen bir kullanıcı ile sağlayıcı arasında aslında bir irade uyuşmasının gerçekleşmediği ve bu yüzden arada bir sözleşme kurulmadığı iddia edilebilir mi? Zira sözleşmesel bir ilişkide bir tarafın ana borcu hakkı esaslı bir nokta teşkil eder ve bu noktada bir uyuşma olmadığı sonucuna varılırsa sözleşme kurulmamış olacaktır.

Yukarıda izah edildiği gibi bu uyuşmazlığın giderilmesi için güven teorisine başvurmak gerekecektir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kanaatimizce günümüzde bu tarz hizmet ve içeriklerden para vermeden yararlanan kişiler kişisel verilerinin sağlayıcılar tarafından işlenmekte olduğunu ve kendilerinin bu yüzden bu hizmet ve içeriklerden yararlandıklarını bilmektedirler. Kaldı ki bu hususlar kullanılan hizmet ve içeriklerin şartları veya güvenlik politikalarında da bulunmaktadır. Örneğin Facebook Hizmet Koşullarında “*Yukarıda tanımlanan hizmetleri size sunmak üzere kişisel verilerinizi topluyor ve kullanıyoruz.*” ifadesi görülmektedir⁶⁷⁵. Keza Google’ın Gizlilik Politikasında “*Ayarlarınıza bağlı olarak, size ilgi alanlarınıza göre kişiselleştirilmiş reklamlar da gösterebiliriz.*” denmektedir⁶⁷⁶. Bu nedenle gerek klasik güven teorisi gerek de modern güven teorisi uyarınca kullanıcılar fiilen bu hizmet ve içeriklerden “bedava” yararlandıklarını düşünseler dahi bir uyuşma olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, sonuç olarak taraflar arasında en azından farazi olarak irade uyuşması bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁶⁷⁷.

E. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerin Geçerliliği

Karşılığında kişisel veri sağlanmış olan sözleşmelerin vasıflandırılması ve kurulmuş olması tek başına borçlar hukuku bakımından bütün tartışmaların sona erdiği anlamına gelmez. Ayrıca bu sözleşmelerin hükümlerinin mevcut hukukumuzda geçerliliklerinin ele alınması gerekir. Devam eden bölümlerde tespit edilen bazı muhtemel geçersizlik halleri tartışılacaktır.

⁶⁷⁴ Bkz. dpn. 11.

⁶⁷⁵ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 2. Hizmetlerimize nasıl fon sağlanır?.

⁶⁷⁶ Google, **Gizlilik Politikası**, Google’ın Topladığı Bilgiler.

⁶⁷⁷ Bu tartışma DCD altında açığa kavuşturulmuş değildir, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 34. Buna karşın birçok kişinin de sağladıkları verinin değerinin farkında olmadıklarını da söylemek gerekir, bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 63.

1. Kişisel Veri Koruma Hukukuna Aykırı Sözleşme Maddeleri

Sözleşme hukuku ile kişisel verilerin korunması hukuku her ne kadar birbirlerinden bağımsız rejimler olsa da bunlar arasında özellikle kişisel verinin karşı edim olarak nitelendirilebileceği sözleşmeler bakımından yakın ilişkiler bulunabilir. Bu ilişkilerden biri de sözleşme içerisine yazılan bir hükmün kişisel veri koruma hukukunun öngördüğü düzene aykırı olmasıdır.

Kanaatimizce kişisel verilerin korunması bakımından getirilen rejim özellikle ilgili kişiyi koruyan maddeleri bakımından emredici olduğu kabul edilmelidir. Gerek bu maddelerin düzenleniş amacı gerek de lafızlardan hareketle ilgili hükümlerin emredici oldukları sonucuna varılabilir. Doktrinde de kişisel veri koruma hukukundan doğan yükümlülüklerin iki tarafın arasındaki sözleşme ile bertaraf edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁷⁸. Emredici hükümlere aykırı bir sözleşme hükmünün akıbeti ise kesin hükümsüzlük olacaktır. Dolayısıyla kullanıcı ile sağlayıcı arasında yapılan sözleşmede kişisel veri koruma hukukunun özellikle ilgili kişinin korunması için getirilen maddelerine bir aykırılık varsa, sözleşmenin ilgili maddelerinin kesin hükümsüzlük ile batıl olduğunu kabul etmek gerekecektir⁶⁷⁹. Örneğin ilgili kişinin rızasını geri çekme hakkını veya veri işlemeye itiraz hakkını kısıtlayan sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilecektir⁶⁸⁰.

Kişisel verilerin korunması hukuku ile uyumlu olmayan sözleşmelerin karşılaşılabileceği diğer bir sorun da imkansızlık olabilir⁶⁸¹. Zira kişisel verileri koruma hukukunun izin vermediği bazı işlemlerin yapılması sözleşmenin ifası bakımından gerekli ise bu durumda bir hukuki imkansızlık ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Bilindiği üzere hukuki imkansızlık edimin fiilen yerine getirilebilecek olmasına rağmen hukuki nedenlerle gerçekleştirilememesini ifade eder⁶⁸².

⁶⁷⁸ Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 388.

⁶⁷⁹ Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 57-58. Her kişisel veri hukukuna aykırı düzenlemenin sonucunun kesin hükümsüzlükle sonuçlanacağını söylemek de doğru olmayacaktır. Örneğin bir veri sorumlusu ile ondan farklı bir veri işleyen arasındaki sözleşme GDPR m. 28(3) şartlarını karşılamıyorsa veri işleyen, diğer veri sorumlusu yanında müşterek veri sorumlusu olarak değerlendirilir ancak aralarındaki sözleşme geçerli kalacaktır, bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 136.

⁶⁸⁰ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 136; Bedir, **Age of Big Data**, s. 352; Efroni, **Gaps and Opportunities**, s. 11. Ancak bu hususta aksi görüşler de vardır ve çalışmanın devamında tartışılacaktır³ Bu tartışmalar için bkz. Bölüm II.F.1., s. 208 vd.

⁶⁸¹ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 137.

⁶⁸² Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 389.

Hukumumuz ifası mümkün olmayan sözleşmeler için ikili bir ayrıma giderek sözleşmenin kurulmasından önce ve sonra ortaya çıkan imkansızlık hallerinin hukuki sonuçlarını birbirinden farklı düzenlemiştir. Eğer bir sözleşmenin ifası daha kurulma aşamasındayken imkansızsa TBK m. 27 uyarınca bu sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılacaktır. Sözleşmenin başlangıçtaki imkansızlığından, sözleşmenin ifasının sadece sözleşmenin tarafları için değil herkes için imkansız olması anlaşılır⁶⁸³. Eğer sözleşmenin ifası herkes için değil de sadece borçlu için imkansızsa buna sübjektif imkansızlık denir. Sübjektif imkansızlık halinin sonucunun ne olacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş sübjektif imkansızlığın bir imkansızlık hali olmadığını savunurken diğer bir görüş sübjektif imkansızlığın da bir imkansızlık hali olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır⁶⁸⁴.

Kanaatimizce sübjektif imkansızlık durumunun kişisel verilerin korunması hukuku bakımından gündeme gelmesi çok muhtemel değildir. Çoğu durumda hukuka uygunluk nedenlerinden mahrum olan bir işleme faaliyeti herkes için aynı şekilde imkansız olacaktır. Dolayısıyla kişisel verilerin konusunu teşkil ettiği sözleşmeler bakımından karşı karşıya kalınabilecek durum objektif imkansızlıktır. Bundan dolayı şayet sözleşme daha kurulmadan önce kişisel verilerin korunması hukuku bakımından bir hukuki imkansızlık varsa bunun da yaptırımı kesin hükümsüzlük olacaktır.

Aslında gerçekten, gerek DCD'nin ilgili hükümleri gerek de GDPR ve KVKK sözleşme hukuku bakımından sözleşmenin kurulması veya geçerliliği hakkında bir hüküm getirmemekte kendilerini veri ile ilgili hususlar ile sınırlandırmaktadırlar⁶⁸⁵. Bu noktadan hareket eden doktrindeki karşıt bir görüş ise veri koruma hukukunun gerekleri ile sözleşme hukukunun geçerlilik incelemesinin birbirinden ayrı değerlendirilemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş duruşunu dört gerekçe üzerine inşa etmektedir. İlk olarak veri sorumlusunun işleme faaliyetinin tamamının geçersiz olması her zaman karşılaşılan bir durum değildir. İşleme faaliyetinin bir kısmının hukuka aykırı olması ancak bir kısmının hukuka uygun olması oldukça muhtemel bir senaryodur. Örneğin ilgili kişinin açık rızası alınmadığı için hukuka aykırı olan işleme

⁶⁸³ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 388.

⁶⁸⁴ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 389.

⁶⁸⁵ Buna karşın Avrupa Parlamentosu rapörtörleri gerek DPD'ye gerek de GDPR'a, Yönerge veya GDPR'a aykırı olan sözleşme maddelerinin tüketici için bağlayıcı olmayacağı, ancak bu maddeler olmadan sözleşme ayakta kalabiliyorsa sözleşmenin kalanının geçerli olacağına ilişkin bir madde (madde 4a) eklemeyi önermişlerdir, bkz. European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 6.

faaliyetinin bir kısmı sözleşmenin ifası veya kurulması hukuka uygunluk sebebine dayandırılabilir. Bu durumda veri işleme faaliyetinin kısmen geçersiz olması sözleşmenin de kısmen geçersiz kılınmasını gerektirebilir ancak hizmet ve içerik sağlayıcıların genellikle bu hizmet ve içeriklere erişim izni vererek kendi borçlarını ifa ettikleri düşünüldüğünde kısmi geçersizliğin uygulanması pratik olarak imkansız olacaktır⁶⁸⁶. İkinci olarak hukuka aykırı veri işleme faaliyetleri ön gördüğü için sözleşme geçersiz kabul edilmesi kişisel verilerin koruma hukukunun amaçları ile bağdaşmaz. Zira kişisel verilerin korunması hukukunun amacı veri sahiplerinin korunmasıdır. Hukuka aykırı veri işleme faaliyeti bakımından zaten bir kere mağdur olan ilgili kişiler üstüne bir de veri sorumluları ile aralarındaki sözleşmenin geçersizliği nedeniyle zarara uğrayabilirler çünkü bu durumda veri sorumluları sözleşmeden doğan hizmet veya içerik sağlama borcundan da kurtulmuş olacaklardır. Böylece ilgili kişiler sözleşme hukukundan doğan haklarını ileri sürme haklarını kaybedeceklerdir⁶⁸⁷. Üçüncüsü, kişisel verilerin korunması hukuku ile sözleşme hukukunun birbirine bu kadar bağdaştırılmasının sözleşme hukuku bakımından belirsizlikler doğuracağı endişesidir. Bunun nedeni kişisel verilerin korunması hukukunun veri işleme faaliyetine ilişkin ilkeler, ilgili kişi ve veri sorumlusu arasındaki menfaat dengesi (GDPR m. 6[1][f] – KVKK m. 5[1][f]) gibi kavramların sözleşme hukuku ile ilişkilendirilmesinin zor olmasıdır⁶⁸⁸. Son olarak hukuka aykırı işleme faaliyetleri için kişisel verileri koruma hukukundan gelen yaptırım araçlarının zaten yeterli olmasıdır. Kişisel verilerin korunması için sözleşme hukuku enstrümanlarına başvurmaya bu anlamda gerek yoktur⁶⁸⁹. DCD'nin kişisel verilerin korunması hukukuna yaklaşımında da bu görüşü destekleyen noktalar bulunmaktadır. Örneğin GDPR düzenlemelerine aykırılık bir geçersizlik halinden ziyade ayıp olarak değerlendirilmiştir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 58-59. Benzer yönde bkz. Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s. 263. Ancak doktrinde aksi bir görüş açık rıza beyanının geçersiz olması durumunda kısmi geçersizlik olacağını savunmaktadır. Bu görüş hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s. 274-275.

⁶⁸⁷ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 59. Türk hukukunda da kişisel veri hukuku bakımından geçersiz olan rızanın sözleşme ilişkisinin geçerliliğine etki etmemesi gerektiği, ancak rızası düzgün biçimde alınmayan tarafa haklı sebeple feshetme veya hile nedeniyle sözleşmeyi iptal etme haklarının verilebileceği ifade edilmiştir, bkz. Akkanat-Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler*, s. 262-263.

⁶⁸⁸ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 60.

⁶⁸⁹ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 60.

⁶⁹⁰ DCD, *Giriş*, ¶48; Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 61.

Doktrinde bir görüş hukuka aykırı olarak verinin ticari olarak kullanılmasından doğan sorumluluğun tespiti için Roma Hukuku'ndaki *res extra commercium* kavramından yola çıkarak ticari olarak kullanılması mümkün olmayan verileri *data extra commercium* olarak tanımlamış ve iki aşamalı bir test önermiştir. Buna göre ilk olarak eğer bir taraf ticari ilişkisine konu yaptığı verinin aslında bir *data extra commercium* olduğunu biliyorsa veya konumu gereği bilebilecek durumdaysa bu hukuka aykırılığın doğurmuş olduğu menfi sonuçlardan sorumlu olmalıdır. İkinci aşamada ise bu kişiye ilgili kişinin açık rızasının varlığı, veri sorumlusunun üstün menfaati gibi bir hukuka uygunluk nedeni varsa bunu sunma imkanı verilmeli. Eğer böyle bir hukuka uygunluk nedeni mevcutsa bu kişinin sorumluluğuna gidilmemeli, ancak mevcut değilse kişinin sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır⁶⁹¹.

Kanaatimizce kişisel verileri koruma hukukuna aykırı biçimde düzenlenmiş bir sözleşme maddesi gerek emredici hükümlere aykırılıktan gerek hukuki imkansızlıktan dolayı kesin hükümsüzdür. Burada iddia edilebilecek bir husus yukarıda da izah edilen görüşe paralel olarak bu geçersizliğin aslında korunması gereken veri sahiplerini daha da kötü duruma düşürdüğü, bu yüzden kanunun getirdiği koruma ile somut olayda ortaya çıkan sonucun birbiri ile uyumlu olmadığı için kanunda bu yönde bir örtülü boşluk oluştuğudur. Bu durumda TMK m. 1(2) uyarınca bu boşluğun doldurması gerekir. Veri piyasasında bir örf ve adetin oluştuğunu kabul etmek zor olacağı için bu durumda hakim yasa koyucu olsaydı nasıl bir çözüm öngörecektse ona göre karar vermesi gerekir. Hakimin boşluk doldurması üzerinden izah edilen ikinci görüşte olduğu gibi bu sözleşmelerin kanunun emredici kurallarına aykırılığa rağmen geçersiz olmadıkları sonucuna varılabilir. Ancak kanaatimizce bu sözleşmeleri ayakta tutmak ilgili kişilerin iddia edildiği kadar menfaatine değildir. İlk olarak her ne kadar bu sözleşmelerin ihlallerin hukuk düzenince ele alınması gerekiyorsa da henüz bu yönde tatmin edici bir aşama kaydedilmemiştir. Hukukumuzda göre bir adım önde bir gelişme olan DCD'de dahi hukuka aykırı olarak toplanmış veriler karşılığında yapılmış sözleşmelerin akıbeti ve tarafların hakları düzenlenmiş değildir. Bu durumda ilgili kişilerin sözleşme ile bağlı tutularak henüz tam olarak oturmamış hukuki çarelere başvurmalarını onlardan beklemek kesin hükümsüzlüğü düzeltecek derecede bir hukuki boşluk yaratmaz. Kaldı ki bu işlemlerde veri işleme faaliyetlerine ilişkin

⁶⁹¹ Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 117-120. Bu yöntemin yazarlarca savunulan yararları hakkında bkz., Janeček/ Malgieri, **Data Extra Commercium**, s. 120 vd.

neredeyse bütün araçların sözleşmenin diğer tarafının elinde olduğu düşünüldüğünde ilgili kişi zaten zayıf konumda olduğu bir ilişkiyi sürdürmek zorunda kalabilir. Ayrıca işleme faaliyetlerinin bir kısmının hukuka uygun olması nedeniyle kısmi butlan durumunun ortaya çıkacağını savunmak da yerinde olmayacaktır. Bunun nedeni kişilik haklarının mutlak yapısı yüzünden kişilik haklarına aykırı olan bir sözleşme maddesinin bir kısmının değil tamamının geçersiz olmasıdır. Elbette hukuka aykırılık nedeniyle ortaya çıkan hükümsüzlük durumunda ilgili kişilerin söz konusu hizmet ve içeriklere erişemiyor olması onlar için dezavantajlı bir durumdur. Ancak diğer taraftan kullanıcılarını kaybetmenin de hizmet ve içerik sağlayıcılar için ağır bir durum olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yüzden, bu ağır yükü çekmek istemeyen hizmet ve içerik sağlayıcılar için kesin hükümsüzlük yaptırımı, söz konusu sözleşme koşullarını daha ihtiyatlı ve ilgili kişi lehine olacak şekilde düzenlemek için yerinde bir caydırıcı unsur olacaktır. Başka bir deyişle kesin hükümsüzlük yaptırımı, daha büyük ölçekte ilgili kişilerin verileri üzerindeki haklarının korunması için işlevsel olabilecektir. Bu nedenlerle, kişisel verileri koruma rejimine aykırı sözleşme maddelerinin (örneğin hukuka aykırı bir işleme faaliyeti öngören) yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

Bu durumda kesin hükümsüz bir sözleşme üzerinden sağlanan kişisel veriler ve bunun karşılığında yararlanılan hizmet veya içerikler bakımından taraflar arasında nasıl bir iade sürecinin yürütüleceği sorusu gündeme gelebilir. Kanaatimizce ne sağlanan kişisel verilerin ne de yararlanılan hizmetin iadesi bu noktada pratik olarak mümkün olmadığı gibi ekonomik olarak anlamlı da değildir. Çünkü ilgili kişinin geçmişe ait kişisel verilerinden yararlanmasının imkanı yoktur, artık güncelliğini kaybeden bu verilerin piyasa için de sözleşmenin ifası esnasında sahip olduğu değerde olmayacaktır. Diğer taraftan ilgili kişinin yararlandığı hizmet veya içeriği iade etmesi de mümkün değildir. Bu yüzden kanaatimizce burada sözleşmenin etkisizliğinin ileriye etkili olduğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır. Benzer bir çözüm hukukumuzda TBK m. 394(3) uyarınca hizmet sözleşmeleri için öngörülmüştür. Madde lafzına göre “*Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.*” Aslında bu hüküm ile amaçlanan hizmet sözleşmesi kurulurken sözleşmenin geçersizliğinin farkında olmayan işçiyi korumak ve çalıştığı süre boyunca

hizmet sözleşmesinden doğan haklardan yararlanmasını sağlamaktır⁶⁹². Kişisel verilerin işlenmesini içeren sözleşmeler bakımından ise aslında böyle bir durum yoktur. Hatta tam tersine söz konusu sözleşmenin geçersiz olmasının gerekçesi ilgili kişinin kişilik haklarının korunmasıdır. Ancak sözleşmenin geçersizliğinin geriye etkili olması durumunda ilgili kişinin, sağlayıcının hizmet ve içeriklerinden geçerli bir hukuki dayanağa sahip olmaksızın yararlanmış olması ona karşı sebepsiz zenginleşme taleplerinin ileri sürülmesine neden olabilir. Bu bakımdan aşağıda savunulacak olan ileriye etkili geçersizlik görüşü esasında ilgili kişinin de lehinedir.

Kanaatimizce yukarıda izah edilen kanun boşluğu durumunun tam olarak burada mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Zira hukukumuzda kişisel verileri konu edinen sözleşmelerin geçersizliğini düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca genel sözleşme hukukunun bize sağladığı çözümler yukarıda izah edildiği gibi anlamlı ve pratik olarak mümkün çözümler sağlamamaktadır. Bu yüzden burada bir kanun boşluğu olduğunu kabul etmek gerekir. Önüne bu şekilde bir dava gelen hakim TMK m. 1(2) uyarınca bu boşluğu aynı hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi geçersizliğin ileriye etkili olduğu şekilde dolduracaktır. Böylece sözleşmenin aslında geçersiz olmaması gerektiğini savunan görüşün ileri sürdüğü çoğu savunmanın da karşılanacağı açıktır. Çünkü geriye etkili olarak sözleşme geçersiz olmadığı için bir kısmi veya tam butlan tartışması yapılmayacak, ilgili kişi bu süreç boyunca söz konusu hizmet veya içerikten geçerli bir sözleşme uyarınca yararlanmış olacağı için ayrıca sözleşme hukukundan doğan çarelere (etkin çarelerin getirildiği varsayımında) başvurmak zorunda da kalmayacaktır. Keza sağlayıcı da kendisine karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talepte bulunamayacaktır.

Buradaki tek ve yine de önemli bir sorun bu şekilde kişilik haklarına aykırı bir veri işleme faaliyetinin en azından bu durum tespit edilene kadar geçerli bir zemin bulmasıdır çünkü geçersizlik tespit edilene kadar veri sorumlusu ve ilgili kişi

⁶⁹² İş sözleşmelerinin geçersizliğinin etkisi hakkında açıklamalar için bkz. Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 1, 2014, s. 135 vd. Belirtmek gerekir ki maddenin gerekçesinde doğrudan işçinin korunmasına yönelik bir atıf bulunmamaktadır, bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>. Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay, 22. Hukuk Dairesi, 2011/18524 E., 2012/9992 K., 16.05.2012 (<https://www.kazanci.com.tr/>); Yargıtay, 22. Hukuk Dairesi, 2011/12951 E., 2012/16944 K., 13.07.2012 T. (<https://www.kazanci.com.tr/>). Bununla beraber henüz yasal dayanağı yokken iş sözleşmenin geçersizliğinin ileriye etkili olması gerektiğine hükmeden, bunun nedeninin de işçinin korunması olduğuna gerekçesinde yer veren Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1957/20 E., 1958/9 K., 18.6.1958 T. (<https://www.kazanci.com.tr/>).

arasındaki sözleşme hüküm doğuracaktır. Bununla beraber kanaatimizce bu da ilgili kişiyi olduğundan daha kötü bir duruma getirmeyecektir. Zira hakim, boşluk doldurma faaliyetini sadece sözleşme hukuku kapsamında yapmaktadır. Yoksa veri sorumlusu ile arasındaki sözleşmenin geçerliliğinden bağımsız olarak ilgili kişinin kişisel verilerin korunması hukukundan doğan haklarına zarar gelmeyeceğini söylemek gerekir. Örneğin kullanıcılar sözleşmenin geçersizliği anlaşılan kadar yapılan işleme faaliyetinden bir zararları varsa bunu KVKK m. 14(3) uyarınca talep edebilecekler veya KVKK m. 11'deki haklarını kullanabileceklerdir.

Bu noktada sorulabilecek son bir soru ilgili kişilerin verilerinin bir şekilde kişisel verilerin korunması hukukuna aykırı biçimde alınması ve kullanılması durumunda nasıl hareket edileceğidir. Kişisel verileri koruma hukukuna aykırı olarak elde edildiği için acaba bu verileri hala geçerli bir ifa olarak değerlendirmek mümkün olacak mıdır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk olarak şunu kabul etmek gerekir ki hukuka aykırı biçimde elde edilmiş olsa dahi bu verilerin hala maddi bir değeri vardır⁶⁹³. Bu yüzden her ne kadar hizmet ve içerik sağlayıcılar ilgili kişileri kişisel verilerin korunması hukukuna aykırı olarak veri sağlamaya zorlayamasalar da, eğer böyle bir veri akışı sağlanmışsa artık bunun ilgili kişi bakımından geçerli bir karşı edim olduğunun kabul edilmesi gerekir⁶⁹⁴. İlginç biçimde DCD kapsam maddesinde kişisel veri ifadesi kullanılmışsa da bu verinin hukuka uygun mu yoksa aykırı mı olarak alındığına dair bir şart getirilmemiştir. Doktrinde bir görüş buna dayanarak DCD'nin hukuka aykırı olarak elde edilmiş kişisel veriler bakımından da uygulama alanı bulabileceğini söylemiştir⁶⁹⁵. Bu çözümün yukarıda ileri sürdüğümüz ileriye etkili geçersizlik görüşü ile de tutarlı olduğunu söylemek gerekir. Her ne kadar hukuka aykırı biçimde işlenmişse de bu sözleşmeler geçmişe etkili olarak geçersiz olmayacakları için bu sözleşme kapsamında yapılan ifaların da geçerli olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki ilgili kişinin kişisel verilerin korunması hukukundan (yani GDPR veya KVKK'dan) doğan hakları saklı olacaktır.

⁶⁹³ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 56.

⁶⁹⁴ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 59.

⁶⁹⁵ Hacker, *Regulating the Economic Impact of Data*, s. 60-61.

2. Veri İşlemeye Gösterilen Rıza ve Sözleşme Hukuku Bakımından Kişilik Haklarına Aykırılık

İki tarafın irade beyanlarının karşılıklı olarak uyuşması bir sözleşmenin kurulması için gerekli olsa da geçerlilik kazanması için yeterli değildir. Kanun koyucu bazı hususlarda sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlamış olabilir. Bu hususun en açık biçimde ifade edildiği yerlerden biri TBK m. 27'dir. Buna göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ama bu çalışma bakımından ayrıca önemli olan kişilik haklarına aykırılık durumunda sözleşme kesin hükümsüz olacak, başka bir deyişle hukuk düzeninde etki doğurmayacaktır. Buradaki sonuç kişiliğin korunmasına yönelik TMK m. 23(2) ile de paraleldir⁶⁹⁶. Bu başlık altında veri koruma hukukuna aykırılıktan bağımsız olarak, bir karşı edim olarak kişisel verinin sözleşme hukukuna konu olup olmayacağını etik tartışmaların ötesine geçerek somut hukuk bakımından ele alacağız.

Doktrin kişilik haklarına aykırılık bakımından ikili bir ayrım yapmaktadır. Eğer bir sözleşme kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı temel kişilik değerlerine aykırılık teşkil ediyorsa, bu sözleşme kesin hükümsüz olacaktır⁶⁹⁷. Örneğin bir kişinin şeref ve itibarına ilişkin bir konuda tanıklıkta bulunmaya zorlayan sözleşme hukuken geçersiz kabul edilecektir⁶⁹⁸. İkinci ihtimal ise sözleşmenin kendisi kişilik haklarının özünü ihlal etmese bile, süresi ve yoğunluğu itibarıyla kişilik haklarına aykırı kabul edilecek durumlardır⁶⁹⁹. Bunlar da doğrudan kişilik haklarından vazgeçmek anlamına gelmeseler bile yoğunlukları nedeni ile kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirileceklerinden kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracaklardır⁷⁰⁰. Ancak

⁶⁹⁶ “Bir bütün olarak kişilik hakkı ve içerdği değerler sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğundan bu hakka ve bu hakkın içerdği değerlere aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu durumda kişilik hak ve özgürlüklerini konu edinen sözleşmesel kısıtlamalar hakkında TMK’nın 23’üncü ve 818 sayılı BK’nın 19/2’nci (6098 sayılı TBK’nın 27/1’inci) maddeleri gözetilerek değerlendirme yapılacak ve sözleşme hükümleri anılan kanun maddelerinin koruma amaçlarına aykırı düştüğü ölçüde kişilik hakkını ihlâl nedeniyle geçersiz olacaktır. Örneğin sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayarak, onu çok uzun bir süre için bağlayan sözleşmeler, kişilik hakkının ihlali nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.”bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2019/25 E., 2019/874 K.,K.T: 4.7.2019 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁶⁹⁷ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 377; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Eylül 2020 (Genel Hükümler) s. 259. Ancak doktrinde bir görüş bu geçersizliğin sadece kişilik hakkı ihlal edilen tarafça ileri sürülebileceğini savunmaktadır, bkz. Nomer, **Genel Hükümler**, s. 95.

⁶⁹⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2020/2014 E., 2021/4239 K., K.T: 6.7.2021 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁶⁹⁹ Bu yönde bir inceleme için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2017/5343 E., 2019/1793 K., K.T: 4.3.2019 (<https://www.lexpera.com.tr/>); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/12111 E., 2018/3973 K., K.T: 28.5.2018 (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁷⁰⁰ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 378; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **Genel Hükümler**, s. 260.

doktrinde bir görüş burada amaç taraflardan sadece birini korumak olduğu için hükümsüzlüğü sadece korunan tarafın ileri sürebileceğini savunmuştur⁷⁰¹. Aynı zamanda kişilik haklarına aykırı çoğu durumun ahlaka da aykırı olacağından bahisle, ahlaka aykırılık üzerinden de benzer bir sonuca varmak mümkündür⁷⁰².

Özellikle ikinci durum bakımından her durum özelinde bir inceleme yapılması gerekir. Aslında kişilerin kişilik haklarından ekonomik olarak yararlanmalarının gündeme geldiği tek sözleşme tipi kişisel veriler hakkında değildir. Bundan önce de kişilerin başka şekillerde kişilik haklarından yararlanarak ekonomik menfaat elde etmek için sözleşme yaptıkları görülmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir davada davacı üzerinde kişilik hakkının bulunduğu tartışmasız olan cinsellik barındıran fotoğraflarının internet üzerinden yayınlanmasına ilişkin bir sözleşme yapmıştır. Sözleşme uyarınca davacı yüzü tanınabilir olmadığı sürece fotoğraflarının internette yayınlanmasına rıza göstermiştir. Buna göre sözleşmenin diğer tarafında bulunan ajans fotoğrafları kullanmak, kaydetmek ve ticarileştirme haklarına sahiptir. Davacı eğer altı aydan önce sözleşmeden dönmek isterse 390 frank tutarında ceza koşulu ödemek zorunda kalacaktır. Davacı sözleşmeyi sona erdirmek ister ve bunun için ceza koşulunu öder ancak ajans çekilen cinsel içerikli görüntülerin yayınlanmasının durdurulması için 4500 frank değerinde bir ödeme yapılması gerektiğini savunur. Bunun üzerine davacı ajansa dava açar ve nihayetinde dava Federal Mahkeme önüne kadar gelir. Federal Mahkeme resim üzerindeki hakkın bir kişilik hakkını tanımakla beraber, bazı koşullarda kişilik hakkına dahil olan hakların da sözleşmeye konu olabileceklerini kabul eder. Mahkeme iki aşamalı bir inceleme öngörmektedir. İlk olarak söz konusu kişilik hakkının “çekirdek” bir kişilik hakkı olup olmadığına bakmak gerekecektir. Örneğin isim, ses veya resim üzerindeki haklar insan olmanın özüne dokunan çekirdek haklardan değildir bu yüzden sözleşmeye konu olabilir⁷⁰³. Başka bir deyişle kişinin özgürlüğü, bedensel ve zihinsel bütünlüğü gibi çekirdek alanda kalan kişilik hakları için zaten sözleşme yapmak mümkün değildir. Eğer söz konusu kişilik hakkı çekirdek hakların içinde değilse sözleşmeye konu olabilir. Ancak bu durumda da ikinci adımdaki incelemelerin yapılması gerekir çünkü kişilik hakkının çekirdek haklar içine girmemesi durumunda bile kişinin vereceği

⁷⁰¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **Genel Hükümler**, s. 260.

⁷⁰² Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 87.

⁷⁰³ Benzer bir görüş için bkz. Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 387. Buna göre kişinin verdiği rıza özel ve belirleyici olmalı ve her zaman rıza verenin lehine dar biçimde yorumlanmalıdır.

rızanın bir sınırı olmadığı sonucuna ulaşılamaz. Bu durumda yapılan sözleşmenin CC m. 27(2) (Türk hukukundaki TBK m. 27[2]) sınırları içinde kalıp kalmadığına bakılacaktır. Eğer CC m. 27(2) sınırlarını aşıyorsa geçerli bir rıza göstermemiş olacağı için bu da hukuka aykırı olacaktır. Mahkemeye göre resim hakkı üzerinde sözleşme yapılabilir, çünkü bu çekirdek alanda kalan bir hak değildir. Dolayısıyla, böyle bir sözleşmeden dönmek için ceza koşulu öngörmenin hukuki olduğunu kabul etmek gerekir. Böyle durumlarda ancak istisnai durumlarda sözleşmeden serbestçe dönmek mümkün olmalıdır. En nihayetinde bu dava özelinde davacı ekonomik hedeflerle hareket etmekte ve tam olarak nasıl bir borç altına girdiğini bilmekte, sözleşmenin diğer tarafı da profesyonel bir iş görmektedir. Davacı resimlerini bir karşı edim karşılığında diğer tarafa sağlamıştır, bu resimlerin ticarileşmesinden kendisi de ekonomik menfaatler elde etmiştir ve sözleşme anında hangi koşullarda resimlerinin yayınlanabileceği konusunda bir tercih hakkına da sahiptir. Sonuç olarak bu davada davacının hiçbir karşılık ödemedi sözleşmeyi sona erdirebilmesine cevaz verecek istisnai durumların olmadığını kabul etmek gerekir diyen mahkeme davalının tazminat ödenmeden ilgili resimlerin yayını durdurulmamasında bir hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir⁷⁰⁴.

Daha önce incelenen *Google Spain ve Promusicae*⁷⁰⁵ kararlarında her ne kadar ABAD sadece ekonomik menfaatlerin kişisel verilerin korunmasına baskın olamayacağını söylemiş olsa da bu iki kararda da bahsi geçen ekonomik menfaatler veri sahiplerinin değil üçüncü kişilerindir. Dolayısıyla ABAD'ın veri sahiplerinin bizzat kendilerinin ekonomik menfaatleri ile kişisel verilerin korunması arasındaki dengeyi henüz tartışmadığını söylemek mümkündür⁷⁰⁶.

Ayrıca bir kişinin kişisel verileri hakkında sözleşme yapmasının kişilik haklarından feragat ettiği olarak yorumlamaktansa, kişinin kişilik haklarının ekonomik boyutundan faydalandığı şeklinde yorumlamak daha yerinde olacaktır. Çünkü bu

⁷⁰⁴ ATF 136 III 401, JdT 2011 II s. 508-515 (<https://www.swisslex.ch/fr/>).

⁷⁰⁵ ECJ, Grand Chamber, *Productores de Música de España v. Telefónica de España SAU*, Case C-275/06, 29 January 2008 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0275> (erişim tarihi: 31.10.2022). Bu kararında mahkeme fikri mülkiyet haklarının adli yargı önünde korunması söz konusu olsa dahi kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel hak ile bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır.

⁷⁰⁶ Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 385. Ancak doktrinde veri sorumlusunun salt ekonomik menfaatlerinin GDPR m. 6(1)(f) bakımından ilgili kişinin menfaatlerine baskın gelebilecek bir menfaat olmadığı hakkında bkz. dpn. 237.

durumda dahi kişi, kişisel verilerin korunması hukukundan gelen veriye erişim, verinin silinmesi, veri taşınabilirliği hakkı haklardan yararlanmaya devam etmektedir⁷⁰⁷.

Veri piyasasında her veri sağlama “borcunun” aynı nitelikte olmadığını da hatırlamak gerekir. Bu yüzden veri koruma hukukunun ihlali ile sözleşmenin geçersizliği arasındaki ilişki değerlendirilirken her olayı şartlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Örneğin Hollanda hükümetine verdiği görüşte Hollanda Veri Koruma Otoritesi, DCD’yi iç hukuka aktaracak yasanın karşı edim olarak değerlendirilebilecek rıza beyanlarını belirlemesi gerektiği, bu kapsamının dışına çıkar rıza beyanlarının ise kabul edilemez oldukları için tüketiciye sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermesi gerektiğini önermiştir⁷⁰⁸.

Bireylerin kişilik haklarını içeren hususlar konusunda sözleşme yapmaları özel hukuka tamamen yabancı bir mesele değildir. Örneğin bir eser sahibinin eseri üzerinde feragat edemeyeceği ve devremeyeceği manevi hakları olduğu gibi, özel hukuk tasarruflarına konu olabilecek mali hakları da vardır. Bu yönden yaklaştığımızda kişinin verileri üzerinde kişilik haklarına giren haklarının olmasının, bu verilerin ekonomik değerinden yararlanılmasının önüne geçeceğini söylemek doğru olmayacaktır. Aynı eser sahibinin manevi ve mali hakları gibi ilgili kişinin de kişisel veri koruma hukukundan gelen ve sözleşme hukukundan gelen hakları olduğu kabul edilebilir⁷⁰⁹.

Anglosakson hukukundaki bir görüş bilginin irade beyanına bağlayıcı özelliğini veren “karşılık” (*consideration*) olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Buradan hareketle en azından bir görüş uyarınca kişisel verinin ekonomik bir işlev üstlenmesinin tek başına kişilik haklarına aykırı olmayacağı bizim hukukumuz bakımından da savunulabilir⁷¹⁰. Keza her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Şartı kişisel verilerin işlenmesi için rızanın şart olduğunu söylemekteyse de bu rızanın ekonomik karşılık beklenmeden verilmesi gerektiği konusunda şart barındırmamaktadır⁷¹¹. Türk hukukunda da bir görüş yukarıda incelenen İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında ele alınan kişilik haklarının özünü ihlal eden ve etmeyen müdahaleler incelemesi üzerinden benzer bir sonuca çıkarak kişisel verilerin

⁷⁰⁷ Versaci, **Challenges and Concerns**, s. 391.

⁷⁰⁸ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 237.

⁷⁰⁹ Metzger/Efroni/Mischau/ Metzger, **Data Related Aspects**, s. 94.

⁷¹⁰ Mik, **Use of Websites**, s. 78.

⁷¹¹ Resta, **Personality Rights and the Problem of Commodification**, s. 58.

işlenmesinin kişilik haklarının özüne bir müdahale teşkil etmediğini aksinin kabulünün veriye dayalı iş modellerine faaliyet gösteren girişimcilerin temel hak ve hürriyetlerini ölçsüz biçimde sınırlayacağını savunmuştur⁷¹². Kanaatimizce veri ekonomisinin geldiği yer dikkate alındığı zaman bu görüşe üstülük tanınması gerekir. Aksinin kabulü aslında kişinin menfaatlerini korunması için getirilen kişilik haklarının onun yeni ekonomik düzende yer alamaması ve ekonomik menfaatlerinden alıkonulması gibi amaca uygun olmayan bir sonuç doğurur. Bu noktada verilen rızanın genişliği veya verinin niteliği üzerinden TMK m. 23'nin kıyasen uygulanması ile bir sınırlama getirilebilir. Ahlaka aykırılık teşkil edecek genişlikte ve/veya sürede kişisel verilerin diğer tarafa sağlanması TMK m. 23'e aykırı olacağından kişilik haklarına saldırı teşkil edeceği savunulabilir. Bunun zıt anlamında da TMK m. 23 sınırları dahilinde konu ve süre bakımından çerçevesi çizilmiş bir rızanın geçerli olacağı, bu yüzden bu şekilde kişisel verilerin verilmesi karşılığında içine girilen sözleşme ilişkisinin TBK m. 27 uyarınca geçersiz olmayacağı sonucuna varılabilir⁷¹³. Böyle bir yaklaşım açık rızanın belirli bir konu sınırlı olmasını arayan KVKK ile de uyumlu olacaktır. Benzer bir kıyaslama kişisel verinin niteliği üzerinden de yapılabilir. Örneğin KVKK uyarınca özel nitelikli veri olan verilerin sözleşme ilişkisine konu olmasının TMK m. 23'e aykırı olacağı ve TBK m. 27 uyarınca böyle bir sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı; ancak diğer verilerin sözleşmeye konu olmasının TMK m. 23 ve TBK m. 27 üzerinden kesin hükümsüzlüğe neden olmayacağı savunulabilir.

3. Veri İşlemeye Gösterilen Rıza ile Fiil Ehliyeti Arasındaki İlişki

Kişisel verilerin korunması hukukunda öngörülen yaş sınırları ile kişinin tam ehliyetli olması durumu arasındaki ilişki karşılığında kişisel veri sağlanan sözleşmelerin geçerliliği ve ilgili kişilerin haklarının tespiti bakımından önem arz etmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi kişisel verilerin korunması hukuku bakımından rıza verilmesi ile sözleşme hukuku bakımından kabul beyanı arasında bir fark çizilmesi gerekir. Mevcut düzenlemelerde de bu farka vurgu yapıldığını yer yer görmek mümkündür. Örneğin GDPR m. 8 bazı veri işleme faaliyetler bakımından

⁷¹² Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 257. Yazar özel nitelikli kişisel veriler bakımından da aynı yönde düşünmektedir. Yazar kişisel verinin sözleşmeye konu edilmesinin tek başına bir butlan nedeni olmadığını her sözleşme bakımından ayrıca inceleme yapılması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 258.

⁷¹³ Kişilik hakları hakkında doktrinde verilen çarpıcı bir örnek bir kişinin yarım litre kan satmasının TMK m. 23'e aykırı olmayacağı, beş litre kan satmasının ise aykırı olacağıdır. Bu örnek için bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, **Özel Bölüm**, s. 138.

küçüğün rızasını geçerli bir rıza olarak kabul etse dahi üçüncü fıkrada bunun üye devletlerin genel sözleşme hukuku kurallarındaki küçükle yapılan işlemler bakımından geçerlilik meselelerine etki etmeyeceğini vurgulamıştır⁷¹⁴.

Bu farkın belirginleştiği yerlerden biri de tam ehliyetli olmayan kişilerin kişisel verilerin karşı edimi olduğu sözleşmelere taraf oldukları durumlarıdır⁷¹⁵. Örneğin on altı yaşından büyük ergin olmayan kişi kişisel verilerinin işlenmesi için rıza gösterirse ancak hizmet veya içerik sağlayıcı ile kurmaya çalıştığı sözleşmeye yasal temsilcisi rıza göstermezse ortaya çıkacak durumun ayrıca ele alınmasında yarar vardır⁷¹⁶. Bunun öncelikle gerçek kişiler bakımından ehliyet kavramının hukukumuzda nasıl ele alındığının incelenmesi gerekir.

Ehliyet kişinin hukuk dünyasında hak ve borçlara sahip olmasını ve bu hak ve borçlarda tasarruf edebilmesini sağlar. Bu anlamda kişinin ehliyetleri hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Hak ehliyeti sayesinde kişiler haklara ve borçlara sahip olabilirler. TMK m. 8 uyarınca her gerçek kişinin hak ehliyeti vardır. Bu husus doktrinde genellilik ilkesi ile de izah edilmektedir⁷¹⁷. Gerçek kişiler TMK m. 28 hükmüne binaen tam ve sağ doğum ile gerçek kişiler ana rahmine düştükleri andan itibaren hak ehliyetini kazanırlar. Bu başlık altındaki tartışma hak ehliyetini değil fiil ehliyetini ilgilendirdiği için hak ehliyeti üzerine daha fazla yoğunlaşılmayacaktır.

a. Kişisel Verilerin İşlenmesini İçeren Sözleşmeler ve İşlemeye Gösterilen Rıza Arasındaki İlişki

Çalışmanın daha önceki kısımların kişisel verilerin işlenmesini konu edinen hizmetlerden yararlanan kişilerin ilgili kişi sıfatları ile verdikleri rızaları ile sözleşmenin bir tarafı olarak açıkladıkları irade beyanları arasında bir ayırım yapılması gerektiği vurgulanmıştı. Söz konusu ayırım bu işlemleri yapan kişilerin ehliyet durumlarının işlemlerin geçerliliğine etkisi bakımından da önem arz etmektedir⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Canan Erdoğan, “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.21, S.2, 2019 (Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması) s. 2456.

⁷¹⁵ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 131.

⁷¹⁶ Örneğin bu durumda GDPR ile DCD’nin uygulama alanı çakışmayacağı için küçüğün en azından kişisel olmayan verileri için ulusal hukuklardaki çarelere başvurulması gerekecektir, bkz. Spindler, **Scope of Application**, s. 187.

⁷¹⁷ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 41; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021 (Kişiler Hukuku), s. 44; Bilge Öztan, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Gerçek Kişiler) s. 101.

⁷¹⁸ Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 179.

Tam ehliyetliler açısından sorun görünür değildir çünkü bu kişilerin ehliyetleri zaten olduğu için gerek kişisel verilerin işlenmesini içeren sözleşmeleri yapabilmeleri gerek de kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilmeleri bakımından bir sorun gözükmemektedir. Ancak tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler bakımından durum biraz daha farklıdır. Bu kişiler bir yandan dijital içerik ve hizmet sağlayıcılar ile sözleşme kurdukları için iki taraflı bir hukuki işleme dahil olmakta, diğer bir yandan bu sözleşmeleri “ifa etmek” için kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermekte, yani kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaktadırlar⁷¹⁹. Bu iki ehliyet durumu üzerinde ayrı ayrı durulmasında yarar vardır⁷²⁰.

i. Tam ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler ise tam ehliyetsizdirler. Tam ehliyetsizlerin bütün işlemlerinin yasal temsilcileri tarafından bizzat yapılması gerekir⁷²¹. Tam ehliyetsizler her nasılsa bir hukuki işlem içine girmişlerse bu işlemlerinin sonucu kesin hükümsüzlük olacaktır⁷²². Dolayısıyla tam ehliyetsiz bir kişinin bir dijital içerik ve hizmet sağlayıcı ile sözleşme ilişkisine girebilmesi mümkün değildir. Bu kişilerin böyle bir hukuki ilişki içine girmeleri gerekiyorsa söz konusu işlemi yasal temsilci yapacaktır.

Acaba yasal temsilci bu sözleşmeden dolayı ilgilinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilecek midir? Eğer bu veri işleme faaliyeti söz konusu sözleşmenin kurulması veya ifası için gerekli ise bu durumda KVKK m. 5(1)(c) veya GDPR m. 6(1)(b) hükümlerine dayanılması mümkün olduğu için ilgilinin rızası bir sorun teşkil eder. Ancak eğer bu veriler söz konusu sözleşmenin kurulması ve ifası ile sıkı bir bağa sahip değilse ve adeta bir “karşı edim” işlevi görüyorsa ne olacaktır? Burada tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının yasal temsilci tarafından kullanılması tartışmasına atıfta bulunmak gerekir.

Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları bakımından getirilen ilk öneri bu hakların mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılmasıdır. Mutlak kişiye sıkı sıkıya hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değilken, nisbi

⁷¹⁹ Kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yönünde bkz. dpn. 95.

⁷²⁰ Kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rıza ile sözleşmenin tarafı için beyan edilen iradenin ayrı ayrı ele alınacağı hakkında bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 179.

⁷²¹ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 91, s. 78; Öztan, **Gerçek Kişiler**, s. 171; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 368.

⁷²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 85.

kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkündür⁷²³. Eğer bu görüş kabul edilirse kişisel verilerin işlenmesi için rıza açıklamanın mutlak mı yoksa nisbi mi kişiyeye sıkı sıkıya bağı hak olduğunun ortaya konması gerekecektir. İkinci görüş ise kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların kendi içinde bir sınıflandırma yapmak yerine her olay bazında tam ehliyetsizin menfaatlerini göz önüne alarak yasal temsilcinin ehliyetsizin şahsına sıkı sıkıya bağı hakkı kullanıp kullanmayacağına karar verilmesi gerektiğini savunur⁷²⁴. Üçüncü görüş ise tam ehliyetsizin kişiyeye sıkı sıkıya haklarının yasal temsilci tarafından kullanımı bakımından kanunda bir açık kısıtlama olmadığına göre yasal temsilcinin bu hakları kullanabileceğini savunmaktadır⁷²⁵.

Kişisel verilerin işlenmesi özelinde doktrinde bir görüş rıza açıklamasının nisbi kişiyeye sıkı sıkıya bağı bir hak olduğunu, bu yüzden rızanın yasal temsilci tarafından kullanılabilceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre her halde tam ehliyetsizin menfaatlerinin nasıl etkilendiğine bakılmalı ve buna göre yasal temsilcinin rıza açıklamasına izin vermek gerekmektedir. Aynı görüş burada bir yasal boşluk bulunduğunun kabul edilerek, bu boşluğun yasal temsilcinin rıza gösterebileceği şeklinde doldurulmasının da mümkün olduğunu söylemektedir⁷²⁶.

Keza doktrinde bir görüş tam ehliyetsizler adına yasal temsilcilerinin kişisel verilerin işlenmesi bakımından rıza gösterebileceğini savunmaktadır. Zira tam ehliyetsizin kişilik hakları zarar gördüğünde yasal temsilcinin dava açma hakkı bulunduğundan hareketle yasal temsilcinin tam ehliyetsizin kişisel verilerinin

⁷²³ Bu ayrımın açıklaması için bkz. Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 79-80; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 92-93; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 371; Öztan, **Gerçek Kişiler**, s. 187.

⁷²⁴ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 80; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 93; Öztan, **Gerçek Kişiler**, s. 188. Bu hususta İsviçre Hukuku 1 Ocak 2013 tarihinde “Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna İlişkin Federal Kanun” yürürlüğe girmiş, İsviçre Medeni Kanunu’na 19c maddesi eklenmiştir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası uyarınca hiçbir şekilde temsil kabul edilmeyecek kadar kişiliğe bağı olan haklar dışındakileri yasal temsilci kullanabilecektir. İlgili maddenin orijinali için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#art_19_c (erişim tarihi: 23.11.2022), kanun hükmü hakkının bir açıklaması için bkz. Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 372.

⁷²⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Altıncı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997 (Medeni Hukuk ve Gerçek Kişiler Hukuku) s. 230-231. Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 81. Bu görüşlerin genel bir değerlendirmesi için bkz. Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 82 vd.

⁷²⁶ Hüseyin Can Aksoy, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009 (Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu), s. 62-64, dñn. 37.

işlenmesine de rıza gösterebiliyor olması gerekir⁷²⁷. Ancak her durumda veri sorumlusunun ayırt etme gücü olmayan çocuğa karşı aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir. Veri sorumlusunun hukuka uygun olarak rıza alması için hem yasal temsilciyi hem de çocuğu işleme faaliyeti hakkında uygun biçimde bilgilendirmiş olması gerekir⁷²⁸.

Kanaatimizce mutlak ve nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımı yapmak hukuki belirlilik ilkesine daha uygundur. Aşağıda verilen KVK Kurulu kararında da ortaya konduğu üzere kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermenin nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmesi mümkündür. Dolayısıyla yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına, onun verilerinin işlenebilmesi için rıza göstermesine izin vermek gerekir.

ii. Sınırlı ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte henüz ergin olmadıkları için tam ehliyetli olmayan veya ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kısıtlanan kişilere sınırlı ehliyetsizler denir⁷²⁹. Yukarıda tartışılan sorunun bir benzeri sınırlı ehliyetsizler için de mevcuttur. Zira sınırlı ehliyetsizler işlemleri yasal temsilcilerinin rızasına bağlıdır⁷³⁰. Bu rıza işleminden önce, işlem sırasında veya işleminden sonra verilebilir⁷³¹. Sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın yapmış oldukları işlemler yasal temsilcilerinin onayına kadar askıda hükümsüzdür. Eğer söz konusu işleme rıza gösterilmezse işlem geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale gelecektir. Sınırlı ehliyetsizin tek başına işlem yapamayacağı kural olsa dahi istisnai olarak bu kişilerin de tek başına yapabileceği işlemler vardır. TMK m. 16 hükmünün ikinci cümlesi uyarınca sınırlı ehliyetsizler bir yükümlülük yüklediği sürece kendilerine yapılan karşılıksız kazandırmayı tek başlarına kabul edebilirler⁷³² ve kişiye sıkı sıkıya bağlı

⁷²⁷ Murat Uçak, “Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 1, 2020 (Çocuğun Rızası) s. 51.

⁷²⁸ Uçak, **Çocuğun Rızası**, s. 52.

⁷²⁹ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 84; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 373; Öztan, **Gerçek Kişiler**, s. 190.

⁷³⁰ Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 85; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 99; Baygın/Nar, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 374.

⁷³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 102. Ancak kişinin sonradan tam ehliyetli hale gelmesi işlemi kendiliğinden geçerli hale getirmeyecektir. Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 87; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 103.

⁷³² Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 91-92; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 110-111; Öztan, **Gerçek Kişiler**, s. 207. Buna karşın TBK m. 287 hükmünün ikinci cümlesi bağışlama sözleşmeleri için yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsize yapılan karşılıksız kazandırmalara itiraz etme hakkı vermiştir, bkz. Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 93.

haklarını yasal temsilcilerinin rızası olmadan kullanabilirler. Aslında bu son iki durum bu çalışma için hayati öneme sahiptir. Bu yüzden bu başlığın devamında ayrıca ele alınacak ve tartışılacaktır. Dolayısı ilk olarak sınırlı ehliyetsiz ile dijital içerik ve hizmet sağlayıcı arasındaki sözleşme için yasal temsilcinin onayının aranıp aranmayacağını incelenmesi gerekir. İkinci olarak bu sözleşmelerin bir şekilde hüküm doğurduğu kabul edilse bile sınırlı ehliyetsizin kişisel verilerinin işlenmesine tek başına rıza göstermesinin mümkün olup olmadığı sorusu sorulacaktır.

Bu sorunun önemi yaş küçüklüğü nedeniyle sınırlı ehliyetsiz olanların İnternet üzerindeki faaliyetlerinin ülkemizdeki yaygınlığı göz önüne alındığında daha da ortaya çıkmaktadır. 6-15 yaş çocuklar arasında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından 2021 yılında yapılan bir araştırmaya göre bu yılda bu yaş grubundaki çocukların %82,7'si internet kullanmaktadır. Bu çocukların %90,1'i her gün, %8,5'lik bir kısmı ise haftada en az bir kere internete erişim sağlamaktadır. Araştırmada düzenli olarak internet kullanan çocukların %31,3'i interneti sosyal medya için kullanmakta, düzenli internet kullanıcısı çocukların %94,2'si ise sosyal medya kullanıcı olduğu ortaya konmuştur⁷³³. Çalışmanın bu kısmında sınırlı ehliyetsizlerden küçüklerin durumu özel olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda küçüğün içerik ve hizmet sağlayıcı ile arasındaki sözleşmenin ve küçüğün kişisel verilerinin işlenmesine gösterdiği rıza beyanının geçerliliği ayrı ayrı ele alınmalıdır.

1. Küçük ile Çevrimiçi İçerik ve Hizmet Sağlayıcının Arasındaki Sözleşme

Sorun üzerinde derinleşmeden önce internet üzerinden hizmet ve içerik sağlayan platformlarda özellikle küçüklerin kullanımı için bazı hükümler getirdiğini söylemekte yarar vardır. Örneğin TikTok Gizlilik Politikasında uygulamanın 13 yaşından büyükler için olduğu söylenmiştir⁷³⁴. Ayrıca Amazon Kullanım Şartlarında çocukların hizmetlerinden yararlanılmasının veli veya vasilerin katılımına bağlı olduğunu⁷³⁵;

⁷³³ TÜİK, “Çocuklarda Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, 2021”, S. 41132, 22 Aralık 2021 <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Cocuklarda-Bilisim-Teknolojileri-Kullanim-Arastirmasi-2021-41132#:~:text=D%C3%BCzenli%20%C4%B0internet%20kullanan%20%C3%A7ocuklar%C4%B1n%20%31%2C3%20%C3%BC%20%C4%B0interneti%20sosyal,az%20sosyal%20medya%20kulland%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20g%C3%B6r%C3%BCld%C3%BC.> (erişim tarihi: 01.12.2022).

⁷³⁴ “TikTok, 13 yaşının altındaki çocuklara yönelik değildir.” bkz. TikTok, **Gizlilik Politikası**, Çocuklar ile ilgili bilgiler. TikTok’un küçüklerin hizmetlerden yararlanmasına ilişkin getirdiği özel korumalar hakkında bkz. TikTok, “TikTok’ta gençlerin mahremiyetini ve güvenliğini güçlendirmek”, 13 Ocak 2021, <https://newsroom.tiktok.com/tr-tr/strengthening-privacy-and-safety-for-youth-on-tiktok-tr> (erişim tarihi: 10.01.2023); TikTok, Topluluk İlkeleri, <https://www.tiktok.com/community-guidelines?lang=tr-TR#31> (erişim tarihi: 10.01.2023), Reşit olmayanların güvenliği.

⁷³⁵ Amazon, **Kullanım Koşulları**, Çocuklar.

Twitter kullanım koşullarında bu hizmetten yararlanılması için en az 13 yaşında olunması gerektiğini, Periscope için ise asgari yaşı 16 olduğunu belirtmiştir⁷³⁶. Benzer biçimde Meta, hizmetlerinden yararlanacak kullanıcıların en az 13 yaşında olması gerektiğini vurgulamaktadır⁷³⁷.

Görüldüğü gibi Amazon'u saymazsak diğer dijital içerik ve hizmet sağlayıcılar henüz ergin olmayan dolayısı ile sınırlı ehliyetsiz olan küçüklerle sözleşme ilişkisine girebileceklerini sözleşmelerinde belirtmektedirler. Yukarıda ayrıntısı ile açıklandığı gibi bir sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcinin onayı olmadan borç altına girdiği bir sözleşmenin tarafı olması mümkün değildir. Ancak sınırlı ehliyetsiz (bu durum özelinde küçük) yasal temsilcinin rızası olmadan lehdarı olduğu karşılıksız kazandırmaları kabul edebilir. Peki çevrimiçi içerik ve hizmet sağlayanların kullanıcılarına karşılıksız kazandırmalarda bulundukları söylenebilir mi? Eğer bu soruya olumlu cevap verilirse sınırlı ehliyetsiz karşılıksız bir kazandırmanın lehdarı olduğu için bu sözleşmeleri yasal temsilcisinin katılımı olmadan kurabilir, dolayısı ile bu sözleşme maddeleri yasal düzenin üzerinde küçük lehine bir koruma getirdikleri için geçerli olurlar. Ancak eğer bu sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak değil, iki tarafa da borç yükleyen sözleşmeler olarak değerlendirilirse bu durumda ilgili sözleşme maddelerinin askıda hükümsüz olduğu sonucuna varılması gerekecektir. Zira ehliyetsizlerin korunması kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu yönde getirilen yasal düzenlemeler emredici niteliktedir. Tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile bu amir düzenlemeleri kaldırmaları veya korumayı hafifletmeleri mümkün değildir.

Daha önce sözleşmenin edim ilişkisi bakımından vasıflandırılmasında vurgulandığı gibi kanaatimizce söz konusu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Bu durumda sınırlı ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmada bulunduklarından bahisle yasal temsilcilerinin onayı olmadan çevrimiçi içerik ve hizmet sağlayıcılar ile sözleşme kurabilmeleri mümkün değildir. Kanaatimizce yukarıda örnek olarak verilen sözleşme hükümleri Amazon hariç olmak üzere kesin hükümsüzdür. Bu hizmetlerden yararlanmak isteyen küçüklerin yasal temsilcilerinin rızalarını almaları gerekir. Rıza alınmadığı sürece bu

⁷³⁶ Twitter, **Terms of Service**, m.1.

⁷³⁷ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 3. Facebook'a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler, 1. Facebook'u kimler kullanabilir.

işlemler askıda hükümsüz olacak, eğer onay hiç verilmezse geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale geleceklerdir⁷³⁸.

İlginç biçimde TikTok Kullanım Koşullarında da hizmetlerden yararlanmak için asgari yaş sınırı 13 olarak belirlemişse de, Kullanım Koşullarının ek maddelerinde bazı ülkeler için istisnalar getirilmiştir. Örneğin Brezilya'daki 18 yaşından küçük 16 yaşından büyük kullanıcıların hizmetlerden yararlanma ile yasal temsilcilerinin rızasını almış olduklarını da beyan etmiş sayılacakları yazılmıştır⁷³⁹. Benzer biçimde Endonezya'daki kullanıcıların da TikTok'tan yararlanabilmeleri için en az 21 yaşında olmaları gerektiği, evli olmaları veya kısıtlı olmamaları gerektiği söylenmiştir⁷⁴⁰. 21 yaşının altındaki kişiler ise ancak yasal temsilcilerinin adına hesap açabilirler ve yasal temsilcilerinin rızalarını aldıklarını da beyan etmiş olurlar. Endonezya Medeni Kanunu m. 330 uyarınca başka türlü ergin kılınmadıkça ergin olma yaşı 21 olarak belirlenmiştir⁷⁴¹. Yine Meksika için 18 yaşından küçük kişilerin sadece yasal temsilcilerinin rızası ile hizmetlerden yararlanabileceği söylenmiştir. Hatta bu sefer hizmetlerin kullanımı ile bu rızanın alınmış olduğu beyanında bulunulmuş sayılacağı ifadesine de yer verilmemiştir⁷⁴². Meksika Federal Medeni Kanunun 646. maddesi de yasal erginliğin 18 yaşın doldurulması ile başlayacağını söylemektedir⁷⁴³. Dolayısıyla bu ülkeler için TikTok küçük ile kurmuş olduğu sözleşme bakımından ergin olmayı aramış gibi gözükmektedir. Benzer bir düzenlemeye LinkedIn'de rastlamak mümkündür. LinkedIn'in kullanıcı sözleşmesinde hizmetlerin sadece 16 yaşından büyükler için olduğu söylenmiştir. Ancak daha sonra *“buna karşın eğer hukuk LinkedIn'ini hukuka uygun biçimde hizmet velinin rızası olmadan (kişisel verilerinizin kullanılması dahil) sağlayabilmesi için daha büyük olmanızı gerektiriyorsa Asgari Yaş*

⁷³⁸ Bu yönde bkz. Richter, **New Legal Concepts**, s. 9. Doktrindeki aksi bir görüş ise kişisel veriler hakkında rıza beyanını göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bunların sınırlı ehliyetsiz tarafından yasal temsilcinin katılımı olmaksızın kullanımı mümkün olduğu için bu işlemlerin kapsayan borçlandırıcı işlemlerin de sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat kullanılabileceğini savunmuştur, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 180. Buna karşın bu görüş uyarınca da eğer söz konusu hukuki işlem sınırlı ehliyetsiz bakımından ağır sonuçlar doğurabilecek ise yasal temsilcinin rızası aranacaktır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 181.

⁷³⁹ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Supplemental Terms – Jurisdiction-Specific.

⁷⁴⁰ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Supplemental Terms – Jurisdiction-Specific.

⁷⁴¹ Endonezya Medeni Kanunu için bkz. refworld.org/pdfid/3ffbd0804.pdf (10.01.2023).

⁷⁴² TikTok, **Kullanım Koşulları**, Supplemental Terms – Jurisdiction-Specific.

⁷⁴³ Meksika Federal Medeni Kanunun bir çevirisi bulunmadığı için yasal erginlik yaşı şu rapor üzerinden teyit edilmiştir bkz. International Commission of Jurists, “Mexico – SOGI Legislation Country Report (2013)”, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Mexico-SOGI-Legislation-Country-Report-2013-eng.pdf> (erişim tarihi: 10.01.2023), s. 5.

*bu daha büyük olan yaş olacaktır*⁷⁴⁴ maddesine yer verilmiştir. Keza bu maddenin de küçükler için yasal temsilcinin rızasına ayrıca atıfta bulunması dikkat çekicidir. Bu gibi hükümlerin küçük ile dijital içerik ve hizmet sağlayıcılar arasındaki sözleşmenin yasal temsilcinin rızası alınmadan askıda hükümsüz olarak kabul edileceğini desteklediği kanaatindeyiz.

2. Küçüğün Kişisel Verilerinin İşlenmesine Göstereceği Rıza

Küçük ile yapılan sözleşmelerde bir diğer sorun ise kişisel verilerin işlenmesi bakımından alınması gereken rızayı küçüğün bizzat verip veremeyeceğidir. Zira ayırt etme gücünün bulunduğu varsayımında küçükler sınırlı ehliyetsiz oldukları için kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin onayı olmaksızın kullanabilirler. Rıza vermek de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan dolayı sınırlı ehliyetlilerin de ayırt etme güçleri yerinde olduğu sürece tek başlarına rıza beyanı açıklayabilecekleri kabul edilebilir⁷⁴⁵.

KVKK'da bu hususta özel bir düzenleme olmasa da GDPR'da küçüklere ilişkin özel bir düzenleme olduğunu burada bir kez daha hatırlatmakta yarar vardır. WP29'a göre çocuk ergin kılınmadığı sürece 18 yaşından küçük kişidir⁷⁴⁶. Çalışma grubuna göre esas olan çocuğun üstün menfaatidir zira henüz fiziksel ve zihinsel olgunluğa erişmemiş bir kişinin özel olarak korunması gerekir⁷⁴⁷.

GPDR, Giriş bölümünde farklı yerlerde çocukların özel bir korumaya tabi tutulması gerektiğini vurgulamıştır⁷⁴⁸. Bunun yanında örneğin GDPR m. 6(1)(f) veri sorumlusu ve ilgili kişi arasındaki dengenin menfaat sahibi bir çocuk olduğunda çok daha hassas biçimde kurulması gerektiğini vurgulamıştır. GDPR m. 8 ise özel olarak bilgi toplumu hizmetleri bakımından çocuğun rızasını düzenlemiştir. Bu hükme göre eğer çocuk en az 16 yaşındaysa ve verilen bir bilgi toplumu hizmeti ise çocuğun verdiği açık rıza GDPR m. 6(1)(a) bakımından yeterli olacaktır. Buna karşın eğer çocuk 16 yaşından küçükse işleme faaliyeti çocuğun gösterdiği rızanın yasal temsilci

⁷⁴⁴ LinkedIn, **Kullanıcı Sözleşmesi**, 2. Obligations, 2.1 Service Eligibility.

⁷⁴⁵ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 69; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 175.

⁷⁴⁶ WP29, "Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)", 398/09/EN WP 160, 11 Şubat 2009 (Children's Personal Data), s. 3.

⁷⁴⁷ WP29, **Children's Personal Data**, s. 4; GDPR, **Giriş**, ¶38. Küçüğün zayıf konumu nedeni ile verilerinin korunmasının önemini vurgulayan bir karar için bkz. AIHM, "Information Note on the Court's case-law No. 114", K.U. v. Finland - 2872/02, Aralık 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22002-1786%22%7D> (erişim tarihi: 02.12.2022).

⁷⁴⁸ GDPR, **Giriş**, ¶38, 58, 65, 75.

tarafından onaylanmasına veya rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi durumunda hukuka uygun hale gelecektir⁷⁴⁹. GDPR üye devletlerin 13 yaşının altına düşürmemek kaydı ile buradaki yaş kayıtlarını aşağı çekebilmelerine izin vermektedir⁷⁵⁰.

İlginç biçimde GDPR’ın ilk gayriresmi taslak metninde de çocukların ancak yasal temsilcilerinin onayı ile kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebileceklerini söyleyen bir hüküm (madde 7[6]) olmasına rağmen bu hüküm daha sonra GDPR’a alınmamıştır⁷⁵¹. WP29’un çalışmalarına bakıldığında da çocuk için açık rızayı beyan etmesi gereken kişinin yasal temsilci olduğu anlaşılmaktadır. Çalışma grubu kişisel verilerin korunması hakkının çocuğa ait olduğunu, yasal temsilcinin ise bunu sadece kullandığını vurgulamıştır⁷⁵². Çocuk büyüdükçe bu hakların kullanımında yasal temsilcinin onun fikirlerini de alması gerekir. Hatta yeterli olgunluğa erişildiğinde katılım ortak veya tek başına karar alma mertebesine dahi çıkabilir⁷⁵³.

GDPR m. 8 hakkında vurgulanması gereken husus, ancak bilgi toplumu hizmetleri sunulduğunda en az 16 yaşında olan küçüğün rızasının kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getireceğidir. Başka bir deyişle madde 8 bütün veri işleme faaliyetleri için küçüğün açık rızasını yeterli bulmamaktadır⁷⁵⁴. Bilgi toplumu hizmetinden ne anlaşılması gerektiği ise GDPR m. 4(25) hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddenin atfı ile Bilgi Toplumu Hizmetleri Yönergesinin⁷⁵⁵ 1(1)(b) hükmünde bilgi toplumu hizmeti “*mesafeli olarak elektronik yollarla ve hizmetin*

⁷⁴⁹ Uçak, **Çocuğun Rızası**, s. 54; Erdoğan, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 2456, 2458. Yasal temsilcinin rızası izin veya icazet değildir, doğrudan kendi rızasıdır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 176.

⁷⁵⁰ Doktrinde bir görüş 13 yaşından küçükler için herhalükarda yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 99.

⁷⁵¹ Taslağın metni için bkz. statewatch.org/media/documents/news/2011/dec/eu-com-draft-dp-reg-inter-service-consultation.pdf (erişim tarihi: 01.12.2022). Bu konu hakkında bkz. Eleni Kosta, “Article 8. Conditions applicable to child’s consent in relation to information society services”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), Oxford: Oxford University Press, First Edition, 2020 (GDPR Commentary Article 8), s. 356.

A Commentary

⁷⁵² WP29, **Children’s Personal Data**, s. 5.

⁷⁵³ WP29, **Children’s Personal Data**, s. 6. Yasal temsilcinin küçüğün gelişen kapasitesine uygun hareket etmesi gerektiğini ifade eden uluslararası metinlerin bir izahı için bkz. Kosta, **GDPR Commentary Article 8**, s. 357.

⁷⁵⁴ Kosta, **GDPR Commentary Article 8**, s. 359.

⁷⁵⁵ Yönergenin tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L1535&from=EN> (erişim tarihi: 02.12.2022).

alıcısı olarak kişilerin talebi üzerine normalde bir bedel karşılığı sağlanan” hizmet olarak tanımlanmıştır⁷⁵⁶.

Doktrin bu tanımdaki bedelin sadece parasal karşılıklar olarak dar yorumlanmaması gerektiğini, örneğin reklam izlemenin de tanımdaki şartı karşılayacak bir bedel olduğunu savunmaktadır⁷⁵⁷. GDPR m. 8 aynı zamanda bu hizmetin doğrudan küçüklere yönelmiş olmasını da aramaktadır. Ancak doktrin bunun da sadece çocuklara yönelmiş olan hizmetler olarak dar algılanmaması gerektiğini, hem yetişkinlere hem de çocuklara verilen hizmetlerin de madde 8’in kapsamına girebileceği kanaatindedir. Buna karşın eğer bu hizmetin kendisi belli bir yaşın altındaki kişilerin hizmetten yararlanamayacağını söylemişse, bu hizmetin söz konusu kişilere sunulmadığını kabul etmek gerekir⁷⁵⁸. Dolayısı ile yukarıda bazı örnekleri verilen kullanıcılarda aranan asgari yaş sınırına ilişkin hükümlerin sözleşme hukuku bakımından sorunlu olsalar da en azından GDPR bağlamında bu maddelerin bir işlevleri olabilecektir. Kısaca GDPR m. 8 şartlarını taşımayan bir rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. GDPR’da genel olarak veri işleme faaliyetlerine küçük tarafından verilecek rızanın geçerliliğini ele alan bir düzenleme bulunmamaktadır.

KVKK’da ise GDPR m. 8’e benzer bir düzenleme bulunmadığı gibi küçüğün rızasının nasıl etki doğuracağına dair özel başka bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu yüzden kişiler hukukuna ilişkin ehliyet düzenlemelerine başvurmak gerekmektedir⁷⁵⁹. Bu noktada düşünülebilecek ilk çözüm küçüğün ayırt etme gücü bulunduğu sürece kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceğinden bahisle veri işleme faaliyetlerine de kendi başına rıza gösterebileceğini söylemek olacaktır. Bu durumda her somut olay özelinde çocuğun rızasını açıklayacağı işleme faaliyetinin mahiyetini kavrama kapasitesi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir. Buna göre eğer çocuk verdiği rızasının sonuçlarını anlayabilecek durumda ise rızayı kendi açıklayacaktır, ancak eğer bu durumda değilse çocuğun yasal temsilcisinin

⁷⁵⁶ Tanımın orijinal metni için bkz. “‘service’ means any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services”.

⁷⁵⁷ Kosta, **GDPR Commentary Article 8**, s. 360.

⁷⁵⁸ Kosta, **GDPR Commentary Article 8**, s. 360.

⁷⁵⁹ Benzer yönde bkz. Uçak, **Çocuğun Rızası**, s. 47, Erdoğan, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 2459.

açık rızası aranacaktır⁷⁶⁰. Tabi bu durumda da yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı bizzat kullanıp kullanmayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır. Zira eğer küçük veri işleme faaliyetinin mahiyetini anlayamayacak durumda ise bu durumda sınırlı ehliyetsiz değil tam ehliyetsiz olacaktır. Bu durumda yukarıda da izah edildiği gibi kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rızanın mutlak mı yoksa nisbi mi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğunun tespit edilmesi gerekir. KVK Kurulu vermiş olduğu bir kararda 18 yaşından küçük bir ilgili kişi için yasal temsilcisinin ilgili kişi hakkında düzenlenen sağlık raporunun imhası için başvuru yapabileceği kabul edilmiştir⁷⁶¹. KVK Kurulu bu kararında işleme faaliyetine gösterilecek rıza beyanının nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu açıkça söylemiştir. Kurul aynı zamanda sadece tam ehliyetsizler için değil, sınırlı ehliyetsizler için de nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılabilceğini çünkü TMK m. 16(1)'in sınırlı ehliyetsiz için sadece bir yetki içerdiği, yasal temsilci için bir yasak içermediği yönünde görüş bildirmiştir. Başka bir deyişle nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilci sınırlı ehliyetsiz adına kullanabilecektir⁷⁶².

Doktrinde aksi bir görüş küçüklerin tek başlarına kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösteremeyeceklerini savunmaktadır. Bu görüş uyarınca sınırlı ehliyetsizlerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabileceklerini söyleyen TMK m. 16 maddesinden hareketle sınırlı ehliyetsizlerin veri işleme faaliyetlerine yasal temsilcilerinin onayı olmadan rıza gösterebilecekleri sonucuna varmanın maddenin amacı ve ruhu ile bağdaşmadığını savunulmaktadır⁷⁶³. Sınırlı ehliyetsizlerin ehliyetlerinin kısıtlanmasının nedeni bu kişilerin korunmasıdır. TMK m. 16'nın getiriliş amacı mal varlığını etki etmeyecek, onu borca sokmayacak işlemler için sınırlı ehliyetsizin korunmasında bir yarar görülmemesidir. Oysa kanun sınırlı ehliyetsiz için

⁷⁶⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 72; Uçak, **Çocuğun Rızası**, s. 53; Çekin, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 100.

⁷⁶¹ KVK Kurulu, "18 yaşını doldurmamış ilgili kişiye ait sağlık raporunun imha edilmesine yönelik ilgili kişinin babası tarafından veri sorumlusuna başvurulması ve cevap alınmaması üzerine ilgili kişinin kendisi tarafından Kurumumuza şikayette bulunulması hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 11/08/2020 tarihli ve 2020/622 sayılı Karar Özeti", 2020/622 K., 11.08.2020 K.T., <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622> (erişim tarihi: 24.04.2023). Ancak burada vurgulanması gereken husus karar özelinde KVK Kurulu'nun sadece şikayet hakkı bakımından bir inceleme yapmış ve rıza beyanını kimin göstereceği hakkında bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu bakımdan sınırlı ehliyetsiz ve yasal temsilcinin kişisel veri hukuku bakımından açık rıza göstermede yetkilerinin nasıl paylaşılacağına tamamen çözüme kavuşturulmuş söylemek bakımından da erken olduğunu düşünüyoruz.

⁷⁶² Bu yönde bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017 (Çocuk Hukuku), s. 282.

⁷⁶³ Aksoy, **Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu**, s. 57-58.

önemli gördüğü başka bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar için yasal temsilcinin rızasını aramıştır. Örneğin evlenme ve nişanlanma böyledir çünkü bu işlemler bakımından sınırlı ehliyetsizin madden ve manen zarar görmesi mümkündür. Doktrindeki bu görüş, kişisel verilerin işlenmesine rıza vermenin de sınırlı ehliyetsize madden ve manen zarar vermesinin mümkün olduğunu, bu sebeple söz konusu rıza beyanı için de yasal temsilcinin onayının aranması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶⁴. Bu görüş uyarınca evlenme, nişanlanma gibi işlemler için getirilen sınırlandırmanın kişisel verilerin işlenmesi için getirilmemiş olması gerçek ve örtülü bir boşluk teşkil eder. Söz konusu boşluğun TMK m. 1 uyarınca hakim tarafından doldurulması gerekir. Burada hakim amaca uygun bir sınırlama yaparak TMK m. 16'nın bu bağlamdaki geniş uygulama alanını daraltarak hukuk düzeni ile bağdaşmayacak sonuçları bertaraf edecektir⁷⁶⁵. Kaldı ki sınırlı ehliyetsizler için kural bu kişilerin ehliyetlerinin olmadığı olduğuna göre sınırlı ehliyetsizler ancak kanunda belirtilen istisnai hallerde kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilirler⁷⁶⁶. Ancak bu görüş uyarınca eğer yasal temsilci sınırlı ehliyetsize bir işlemi yapması için onay vermişse bu onayın sınırlı ehliyetsizin bu işlem kapsamında kişisel verilerinin işlenmesi için göstereceği rıza beyanını da kapsadığını kabul etmek gerekecektir⁷⁶⁷.

KVK Kurulu da vermiş olduğu bir kararda ilgili kişi henüz reşit olmadığı için küçüğün kişisel verilerinin (söz konusu olayda özel nitelikli kişisel verilerinin) işlenebilmesi için yasal temsilcisinin (kurul burada “velisinin” ifadesini kullanmıştır) açık rızasına dayanması gerektiğine karar vermiştir⁷⁶⁸. Kurul ilginç biçimde kararının devamında “ilgili kişilerin/velinin açık rızası alınmadan işlenmesi” ifadesini kullanmaktadır. Buradaki “ilgili kişi/veli” kavramından ilgili kişi ve velisinin mi yoksa ilgili kişi veya velisinin kastedildiği anlaşılmamaktadır. Ancak kararın gerekçesinden KVK Kurulunun küçüklerin kişisel verilerinin işlenmesi için yasal temsilcilerinin rızasının alınması gerektiğini aradığı çıkarımında bulunmak mümkündür.

⁷⁶⁴ Aksoy, **Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu**, s. 56-59; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 181.

⁷⁶⁵ Aksoy, **Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu**, s. 60-61.

⁷⁶⁶ Aksoy, **Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu**, s. 62.

⁷⁶⁷ Aksoy, **Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu**, s. 64. Benzer bir yaklaşım için bkz. Erdoğan, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 2463; Deniz, **Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 153.

⁷⁶⁸ **KVK Kurulu**, “Veri sorumlusu eğitim kurumu tarafından şikayetçinin çocuklarının özel nitelikli kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02/04/2020 tarihli ve 2020/255 sayılı Karar Özeti, 2020/255 K., 02.04.2020 K.T. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6894/2020-255> (erişim tarihi: 11.04.2023).

Kanatimizce de kişisel verilerin işlenmesinin küçük üzerindeki muhtemel olumsuz etkileri göz önüne alındığında kişisel verilerin işlenmesine küçüğün gösterdiği rıza bakımından yasal temsilcinin de rızasının ayrıca alınması gerekir.

4. Genel İşlem Koşullarına ve Haksız Şartlara Aykırılık Yönü ile Kişisel

Veriyi Konu Edinen Sözleşmeler

Sözleşme hukukunda her sözleşme tarafların bir araya gelerek sözleşme maddeleri üzerine müzakere etmeleri suretiyle oluşturulmaz. Genel işlem koşulları olarak adlandırılan⁷⁶⁹ sözleşmeler bunların bir örneğini oluşturur. Genel işlem koşullarında sözleşmenin taraflarından biri bu sözleşmenin hükümlerinin büyük çoğunluğunu tek taraflı olarak düzenler ve diğer tarafa bu hazırlanmış sözleşmeyi sunar. Diğer tarafın, bu sözleşmeyi yapabilmesi büyük oranda bu önceden hazırlanmış sözleşmeye rıza göstermesine bağlıdır⁷⁷⁰. Çoğu durumda sözleşmenin diğer tarafından bulunanlar bu sözleşmenin maddelerini sözleşme yaptıkları kişi ile görüşme imkanı bulmaz. Borçlar kanunumuz da genel işlem koşullarını 20. maddede şu şekilde tanımlamıştır: “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*”

Bu tarz sözleşme ilişkileri hukuk dünyasında yaygınlık kazanmasıyla sözleşmenin zayıf tarafından bulunanların korunması için bu sözleşmelere has bazı korumalar getirilmiştir. Hukukumuzda genel işlem koşullarına ilişkin getirilen korumanın TBK m. 20-25 maddeleri arasında düzenlendiğini görmek mümkündür. Ayrıca TKHK m. 5’te haksız şart adı altında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁷⁷¹. İlgili hüküm uyarınca tüketici ile müzakere edilmeden⁷⁷² sözleşmeye eklenen ve

⁷⁶⁹ Her ne kadar TBK’ya bu kavram genel işlem koşulları olarak geçmişse de doktrinde farklı isimlendirmelerin kullanıldığını görmek de mümkündür. Örneğin “standart sözleşmeler” şeklindeki kullanım için bkz. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 398. Standart sözleşme ve genel işlem koşulu kavramlarının her zaman çakışmayacağı yönünde bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 172. Başka bazı kullanımlar için bkz. Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 232.

⁷⁷⁰ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 399; İ. Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, Temmuz 2015 (Tüketici Hukuku) s. 322.

⁷⁷¹ Buna karşın fark edildiği üzere TBK ve TKHK düzenlemelerinin uygulanması her zaman çakışmayabilir. Bu yönde bkz. Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 329-330. Bunu yanında Ticaret Kanununda da haksız şartlara ilişkin düzenlemeleri TTK m. 54-63 hükümlerinde bulmak da mümkündür, bkz. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 406; Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 230-231. Tüketicinin TKHK yerine TBK’daki genel işlem koşulları hükümlerine dayanması da mümkündür, bkz. Nomer, **Genel Hükümler**, s. 89.

⁷⁷² Buradaki müzakerenin, TBK’daki genel işlem koşullarında aranan “bilgi verme” yükümlülüğünün ötesine geçen bir hal olduğu savunulmaktadır. Buna göre bir şartın haksız şart olmaktan kurtulması için

sözleşmesel hak ve borçlarda dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe⁷⁷³ neden olan şartlar haksız şart olarak değerlendirilecektir⁷⁷⁴. Sonuç olarak örneğin tüketici aleyhine olmayan veya bir dengesizlik olmasına rağmen bu dengesizliğin dürüstlük kuralına aykırı olmadığı düzenlemeler haksız şart sayılmayacaklardır⁷⁷⁵. Bir hükmün haksız şart niteliğinde olmasının yaptırımı kesin hükümsüzlüktür⁷⁷⁶. Bununla beraber TBK'daki düzenlemenin tüketici işlemlerine de uygulanması mümkündür⁷⁷⁷. Genel işlem koşulları gerek tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere gerek de eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanabilmektedir⁷⁷⁸.

Türk hukukundaki rejim kısaca izah edildikten sonra kullanıcılar ile sağlayıcılar arasındaki sözleşmelerde bu rejime aykırı olduğu savunulabilir.

İlk olarak şunun tartışılması gerekir, gerçekten özellikle haksız şartların bu sözleşmelere uygulanması mümkün müdür? Zira daha önce de tartışıldığı gibi birçok dijital hizmet ve içeriğin “bedava” sağlanıyor olduğu sağlayıcılar tarafından defaatle dile getirilmektedir. Oysa genel işlem koşulları sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanmaktadır. Daha önce de incelendiği gibi kişisel verinin karşı edimini oluşturduğu sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak kabul edilmesi gerektiği bu çalışma altında savunulmaktadır. Böyle olunca karşı ediminin kişisel veri olduğu savunulan sözleşmeler bakımından da genel işlem koşullarının uygulanması mümkün olabilir. Hatta aslında bir karşılık alınmasına rağmen sözleşmenin diğer tarafı için sözleşmenin “ücretsiz”miş intibasını uyandıracak ifadeler sözleşmede yer vermenin TBK m. 25'teki dürüstlük kuralına aykırı olacağı

sadece diğer tarafa bilg verilmesi yeterli değildir, tüketicinin gerekirse bu şartı değiştirebileceğinin de farkında olması gerekir, bkz. Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 332.

⁷⁷³ Dengesizlik her hüküm özelinde değil sözleşmenin tamamı için incelenecektir, bkz. Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 334.

⁷⁷⁴ Doktrin bu hükümden hareketle bir hükmün haksız şart olarak değerlendirilebilmesi için tek yanlı olarak hazırlanması, hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik olması gerektiği koşullarını saymaktadır, bkz. Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 331-335.

⁷⁷⁵ Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 330.

⁷⁷⁶ Örneğin bir yurt dışı eğitim danışmanlığı firmasının tüketici ile yapmış olduğu sözleşmede zorlayıcı nedenlerle sözleşmeyi ifa edilememesi durumunda tüketiciye ödediği bedel iade edilirken kesinti yapılabileceğini öngören bir sözleşme maddesini bir karar düzeltme talebinde Yargıtay haksız şart olarak nitelendirmiştir, bkz. Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi, 2022/6567 E., 2022/8531 K., R.G.T: 18.01.2023, R.G.S: 32077. Diğer bazı haksız şart örnekler için bkz. Nomer, **Genel Hükümler**, s. 90-91.

⁷⁷⁷ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 408. Yazar TKHK ile TBK'nın tüketici işlemleri için aynı anda uygulanacağını, hakimin zarar gören tarafın menfaatine olan hükümleri uygulaması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 408.

⁷⁷⁸ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 405.

savunulabilir. Benzer bir sonuca haksız ticari uygulamalar üzerinden de varmak mümkündür. Örneğin Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁷⁷⁹ uyarınca “...ödeme yapması gerektiği durumlarda, o mal için bedelsiz, bedava, ücretsiz veya bunun gibi tanımlamalarda bulunma” bir haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmiştir. Benzer bir sonuca AB Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi (*Unfair Commercial Practices Directive* [UCPD])⁷⁸⁰ altında da varmak mümkündür. Söz konusu yönerge uyarınca bir ürünü tüketici kaçınılmaz masraflar dışında herhangi bir şey ödemek zorunda olmasına rağmen “bedava”, “ücretsiz” gibi ifadeler haksız ticari uygulama sayılacaktır⁷⁸¹.

İnternet ortamında yapılan sözleşmelerdeki genel işlem koşulları bakımından tam anlamı ile açık biçimde bilgi edinme imkanının mevcudiyeti için bu koşulların indirilebiliyor, saklanabiliyor ve basılabiliyor olması gerekir⁷⁸². Bu bakımdan çoğu içerik sağlayıcının kullanım koşulları ve gizlilik politikalarının ulaşılabilir olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bazı sağlayıcıların kullanım koşullarının Türkçesinin bulunmadığını görmek mümkündür. Bu durum ayrıntısı ile aşağıdaki bölümde açıklanacak olsa dahi kullanıcıların yabancı dilde hazırlanmış koşullar bakımından bilgilendirildiğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla Türkçesi bulunmayan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması gerekir. Dil farklılığı yönünden olmasa da Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Yönergesi (*Unfair Terms in Consumer Contracts* [UCTD])⁷⁸³ içindeki şeffaflık gerekliliği yönünden inceleme yapan Berlin Bölge Mahkemesi Facebook’un gizlilik politikasının bu gerekliliği ihlal ettiğine karar

⁷⁷⁹ Yönetmelik için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20435&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeli&mevzuatTertip=5> (erişim tarihi: 18.04.2023).

⁷⁸⁰ Yönergenin metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=en> (erişim tarihi: 18.04.2023).

⁷⁸¹ Avrupa Komisyonu da bu yönde görüş bildirmiştir, bkz. European Commission, “Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, 2021/C 526/01, 29.12.2021, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)) (Guidance on UCPD) s. 68. Bu yönde ayrıca bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 12. Haksız ticari uygulamaların da geniş uygulama alanı sayesinde karşı edimi kişisel veri olan hukuki ilişkilere uygulanabileceği hakkında bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 20. Benzer yönde bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 266; Bedir, **Age of Big Data**, s. 355.

⁷⁸² Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 420.

⁷⁸³ Yönergenin metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013> (erişim tarihi: 20.01.2023). Bu yönergenin örneğin bir online mağazadan “bedava” olarak indirilen bir uygulama için yapılan hukuki işleme de uygulanabileceği hakkında bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 17.

vermiştir⁷⁸⁴. Bu şekilde Alman Mahkemesinin kullanıcı ile sağlayıcı arasındaki ilişkiye haksız şartlara ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini tespit etmesi önemlidir⁷⁸⁵. Türk yargısı henüz böyle bir inceleme yapmamış olsa da tüketici ile yapılan sözleşme şartlarının anlaşılabilir olması gerektiğini düzenleyen TKHK m. 5(4) üzerinden benzer bir sonuca varmak mümkün olabilir⁷⁸⁶. Yine TBK m. 21 kapsamında da Türkçesi sunulmayan sözleşme şartları bakımından tüketiciye şartların “içeriğini öğrenme imkanı” verilmiş olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenler Türkçesi bulunmayan kullanım şartlarının gerek genel işlem koşulu gerek de haksız şart denetiminden kanaatimizce geçemeyecektir⁷⁸⁷.

Hatta Türkçe düzenlenmiş koşullar bakımından dahi etkin bir bilgilendirmenin yapıp yapılmadığı önemli bir sorundur. Zira kullanıcıların yeni bir internet sitesine girdiklerinde bu sitenin kullanım koşullarını veya gizlilik politikasını nadiren okurlar. İlk bakışta bu durum kullanıcının hatası olduğu için kullanıcının kabul etmiş olduğu sözleşme hükümlerini etkin biçimde incelememiş olmasının sağlayıcılara yüklenmesi adaletsiz gözükebilir. Ancak kişilerin internet gezintilerinde her site için bu sözleşmeleri incelemelerinin onlardan beklenmesinin gerçekçi olmadığını kabul etmek gerekir. Yapılan bir araştırmada ABD’deki internet kullanıcılarının girdikleri her yeni site için gizlilik politikasını kelimesi kelimesine okumaları durumunda Amerikan ulusunun yıllık 53.8 milyar saatini sadece gizlilik politikalarını okuyarak geçirmiş olacağını tespit edilmiştir. Araştırmaya göre bu zamanın Amerikan ekonomisine fırsat

⁷⁸⁴ LG Berlin, Judgment of 16 January 2018, Case 16 O 341/15, BeckRS 2018, 1060 =

(2018) MultiMedia und Recht 328; appeal pending (naklen: Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 65, dpn. 85). Alman Mahkemeleri ayrıca 2009 ve 2015 yılları arasında vermiş oldukları kararlarla tüketici derneklerinin veri koruma hukuku ihlalleri için dava açabileceğini ve haksız ticari uygulamalar ve haksız şartların kişisel veri işleme faaliyeti içeren hukuki işlemlere de uygulanabileceğini kabul etmiştir, bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 18-19.

⁷⁸⁵ Kaldı ki zaten GDPR, **Giriş**, ¶42 açıkça UCTD’ye ilgili kişinin verdiği rıza bakımından atıf yapmıştır. Bu yönde bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 64. Ancak bu atfın yerinde olmadığına yönelik eleştiriler de doktrinde dile getirilmektedir. Buna göre UCTD’in uygulanması özellikle ücretsiz hizmetler bakımından ulusal hukuklarca değerlendirilir ve bu noktada medeni hukuk ve müşterek hukuk ülkeleri arasında ciddi farklar bulunmaktadır, bkz. Kosta, **GDPR Commentary Article 7**, s. 350. Ayrıca doktrinde bir görüş UCTD uyarınca tüketicinin bilgilendirilmesi gereken hususlardan birisinin kişisel verilerinin toplanması ve ticarileşmesi olabileceğini savunmaktadır, bkz. Helberger/ Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 9.

⁷⁸⁶ TKHK’nun söz konusu sözleşmelere uygulanacağı hakkında bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 261.

⁷⁸⁷ Kişisel verilerin korunması hukuku bakımından da ilgili kişinin bilgilendirilme hakkını etkin kullanabilmesi için bilgilendirmenin kendisi aksini açıkça kabul etmediği sürece anadilinde yapılması gerektiği savunulmaktadır, bkz. Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 349.

maliyeti 781 milyar dolardır⁷⁸⁸. Bu noktadan yaklaştığımızda kullanıcıların üzerine bu yükü bindirmenin sadece bireysel anlamda gerçekçi olamayacak derecede ağır bir yük olmasının ötesinde ekonomik olarak da anlamlı olmayan bir durum ile karşı karşıya kaldığımızı fark ederiz. Bu yüzden kanaatimizce sağlayıcıların sitelerine sadece kullanım koşullarını ve gizlilik politikasını ulaşılabilir olarak koymaları bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılmaları için yeterli olmamalıdır. Sağlayıcılardan çok daha basit ve hızlı anlaşılabilir biçimde gerek kullanım koşullarının gerek de gizlilik politikalarının kullanıcıdan ne aldığını ve ona nasıl yükümlülükler yüklediğini (örneğin şemalar, açıklayıcı görseller vs. ile) izah etmeleri onlardan beklenmelidir⁷⁸⁹.

Doktrinde genel işlem koşullarının sadece sözleşmenin yan noktalarını düzenleyebileceği, bir sözleşmenin esaslı unsurlarının tarafların müzakeresi olmadan kararlaştırılamayacağı savunulmaktadır⁷⁹⁰. Haksız şartlar için durum TKHK m. 5(7)'de benzer biçimde düzenlenmiştir. Buna göre açıkça yazılmış olduğu sürece taraflar arasında belirlenen fiyat haksız şart değerlendirmesine konu olmaz. Bu durumda örneğin kişinin bir karşı edim olarak hangi kişisel verilerinin işleneceğine ilişkin yapmış olduğu anlaşma bir genel işlem koşulları denetiminin dışında kalacaktır. Bu hususların sözleşmenin diğer tarafı tarafından işleme girmeden önce değerlendirilmiş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla burada genel işlem koşulu denetimini işletmenin bir anlamı olmayacaktır. Ancak yine de kanaatimizce bu hususun dijital hizmet ve içerik sağlayıcılar ile kullanıcılar arasındaki sözleşmeler bakımından bu şekilde yorumlanması yerinde olmayacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi kişisel verinin değerinin hesaplanması tek başına büyük bir meseledir ve ilgili kişinin bunu tek başına yapabilmesi de oldukça zordur⁷⁹¹. Bu bakımdan kanaatimizce genel işlem

⁷⁸⁸ Aleecia M. McDonald/ Lorrie Faith Cranor, “The Cost of Reading Privacy Policies”, **I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, Vol. 4, No. 3, 2008 (Cost of Reading) s. 563-564. Araştırmanın bir değerlendirmesi için bkz. Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1441.

⁷⁸⁹ Buna karşın 2000li yılların başında ABD’de verilen çoğu kararda kullancıların hizmetlere ilişkin şartları “okudum, kabul ediyorum” gibi kutucuklara tıklayarak kabul ettikleri ve bu hükümlerin onlara uygulanacağını hatta sadece o siteyi kullanarak bu şartları kabul etmiş sayılacaklarını ve aynı şekilde bu hükümlerin kendilerine karşı ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Bu gibi kararlar için bkz. Iskander, **Future of All Data**, s. 3 vd. Buna karşın bu hükümleri dikkatli biçimde okuyan bir kişi için dahi söz konusu hükümlerin anlaşılmasının oldukça zor olduğu doktrinde savunulmuştur, bkz. Peter Linzer, “Contract as Evil”, **Hastings Law Journal**, Vol. 66, Issue 4 (Contract as Evil) s. 997-998. Hukukumuzda da doktrinde bu şekilde sözleşmenin öncesinde sözleşmenin okunduğuna ilişkin bir kutucuğa tıklanarak yapılan beyanların bu genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçmesi için yeterli olduğu savunulmaktadır, bkz. Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 178.

⁷⁹⁰ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 239-240; Gümüş, **Genel Hükümler**, s. 190; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 171-172.

⁷⁹¹ Bkz. Bölüm II.A.3, s. 99-100.

koşulları denetiminin dışında tutulabilecek tek husus ilgili kişinin kişisel veri sağlıyor olduğunu kabul etmesi olabilir. Bunun dışında sağlanan kişisel veriye ilişkin hizmet sağlayıcının her türlü tasarrufunu düzenleyen sözleşme maddesi genel işlem koşulları denetiminden geçirilmelidir⁷⁹². Ayrıca, haksız şartlar bakımından ise doktrinde TKHK m. 5(7)'nin zıt anlamından yola çıkarak, sözleşmenin asli edimlerinin açık ve anlaşılabilir biçimde yazılmamış olması durumunda haksız şart değerlendirmesine konu olabileceğini savunmaktadır⁷⁹³.

Aynı şekilde haksız şartların taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ana borçlara uygulanmayacağını söyleyen UCTD m. 4(2) hükmünün karşı edimi kişisel veri olan sözleşmelere uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Zira bu hükmün getiriliş mantığının arkasında serbest pazar ekonomisinde her mal ve hizmetin bedelinin ne olduğunun pazar tarafından belirlenmiş olacağı kabulü yatar. Oysa karşı edimi kişisel veri olan bir sözleşmesel ilişkide pazarın kendiliğinden hangi hizmet için hangi bedelin ödenmesi gerektiğini tespit etmesi mümkün değildir; çünkü, daha önce de izah edildiği gibi, kişisel verinin değeri teknik olarak tespit edilmesi zor bir meseledir⁷⁹⁴. Çoğu kullanıcının da bu konuda yeterince bilgili olduğunu iddia etmek şu aşamada erkendir⁷⁹⁵. Bununla paralel biçimde UCTD m. 4(2) bu sözleşmelere uygulanmaması gerektiğini savunan görüş şunu da iddia eder; UCTD m. 4(2) sözleşmenin esaslı borçlarını haksız şart denetiminin dışında bırakmıştır çünkü tüketicinin bu hususlara zaten dikkat edeceğini varsaymıştır. Gerçekten de ikinci hükümlerden farklı olarak tüketicinin alacağı mal veya hizmet ve karşılığında ödeyeceği bedel konusunda dikkatli olacağını kabul etmek gerekir. Oysa dijital hizmet ve içerik sağlayıcılar ile

⁷⁹² Aynı yönde bir görüş için bkz. Bedir, **Age of Big Data**, s. 354; Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 269-270. Kişisel verisini vermesine rağmen çoğu zaman ilgili kişilerin bu verilerin nasıl kullanıldığına dair bilgi sahibi olmadığı hakkında bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 12-13.

⁷⁹³ Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 326, 343-344. Kural olarak UCTD altında da sözleşmenin ana edimi ve karşı edimi arasındaki denge hakkında bir denetim haksız şartlar bakımından yapılmaz. Ancak ABAD üye ülkelerin sözleşmenin bu unsurlarını da inceleyebilecek biçimde haksız şartların uygulamasını genişletebileceğini kabul etmektedir, bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 18. Kullanıcı ile sağlayıcı (başka bir deyişle ilgili kişi ve veri sorumlusu) arasında sözleşmenin kurulması anında bulunan bilgi farkı da bu sonucu destekler niteliktedir. Kullanıcılar için dijital içerik ve hizmetleri içeren sözleşmeler bakımından bilgilendirme maliyeti veri sorumlusuna göre çok daha fazladır, bkz. Rhoen, **Beyond Consent**, s. 3.

⁷⁹⁴ Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 67.

⁷⁹⁵ Tüketiciler tarafından veri mahremiyeti bakımından bilinçlilik düzeyinin hiç de az değildir. Bu yönde bazı araştırmalar için bkz. Elvy, **Paying for Privacy**, s. 1380, 1382-1383. Ancak bu farkındalığın verilerin ekonomik değerinden ziyade veri mahremiyeti üzerine olduğunu da hatırlatmak gerekir.

kullanıcılar arasındaki sözleşmelerde kullanıcıların gerçekten bu hizmetlerin karşılığında ne verdiklerine dikkat ettiklerini söylemek mümkün değildir⁷⁹⁶.

Bu sözleşmeler bakımından bir diğer sorunlu durum çoğu zaman içerik ve hizmet sağlayıcıların tek taraflı olarak değişiklik yapma haklarını saklı tutmalarıdır. Örneğin Facebook Hizmet Koşullarında “*Yalnızca hükümlerin artık uygun olmadığı veya yetersiz olduğu, söz konusu değişikliklerin makul olduğu ve menfaatlerinizin göz önünde bulundurulduğu veya değişikliklerin emniyet ve güvenlik amacıyla ya da yürürlükteki yasalara uyum sağlamak üzere gerekli olduğu durumlarda değişiklik yapacağız.*” hükmüne yer vermiştir⁷⁹⁷. Oysa TBK m. 24 hükmü açıkça genel işlem koşulu niteliğindeki şartların içinde düzenleyene tek taraflı olarak diğer taraf aleyhine değişiklik yapmak veya yeni düzenlemeler getirmenin yasak olduğunu, bunun yaptırımının ise yazılmamış sayılma olduğunu söylemektedir. Eğer hizmet sağlayıcı kullanıcı aleyhine bu sözleşme hükmüne dayanarak bazı değişiklikler yaparsa bunların geçersiz olacağı söylenebilir. Bazı uygulamalar değişiklikleri kullanıcıların takip etmesi, değişiklikleri kabul etmeyen kullanıcıların ise hizmet veya içeriğe erişim sağlamayı durdurmaları gerektiğine dair hükümler de içermektedir⁷⁹⁸. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu hizmetlerin oldukça dinamik bir yapıda olmasıdır. Dolayısıyla bu sözleşme hükümlerinde yeri geldiğinde hizmet sağlayıcı tarafından değişiklikler yapılmasının tüketici lehine olabileceğini de kabul etmek gerekir. Bu da bizi tüketicinin lehine olduğu sürece bu hükümlerin geçersiz olmayacağı sonucuna götürecektir.

Benzer bir sonuca tüketici hukukundaki haksız şartlar üzerinden varılması da mümkündür. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (TSHŞHY)⁷⁹⁹ m. 5(4) uyarınca yönetmelik altında sadece örnekleyici olarak haksız şart niteliğinde olabilecek bazı hükümler sıralanmıştır. Ancak sadece bu listede yer alması bir şartın muhakkak haksız şart olacağı anlamına gelmez. Belli şartlarda yönetmelikte verilen listede yer almasına rağmen haksız şart niteliğinde olmayacak

⁷⁹⁶ Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 67.

⁷⁹⁷ Benzer bir hüküm için bkz. Twitter, **Terms of Service**, General. Benzer başka bir hüküm için bkz. “*We may change, suspend, withdraw or restrict the availability of all or any part of our platform for business and operational reasons at any time without notice*”, TikTok, **Kullanım Koşulları**, Exclusion of Warranties.

⁷⁹⁸ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Changes to the Terms.

⁷⁹⁹ Yönetmeliğin metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19798&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi: 17.01.2023).

hükümler olabilir⁸⁰⁰. Bu kapsamda sayılan haksız sözleşme şartlarından biri EK-1 m. 1(h)'de düzenlenen “*Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar*”dır. Hemen takip eden (ı) bendinde de düzenleyenin sözleşmesi konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebebe dayanamaksızın değiştirebileceğine ilişkin hükümlerin haksız şart niteliğinde olacağı söylenmiştir. Daha önce de ifade edildiği gibi haksız şartların geçersizlik yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Bu durumda hizmet sağlayıcı bir tüketici olarak nitelendirilebileceğini açıkladığımız kullanıcı ile yaptığı sözleşmede haklı neden olmaksızın değişiklik yapma imkanını kendine tanıyamaz. Ancak benzer bir muhakeme ile dijital hizmetlerin dinamik yapısı dikkate alındığında hizmetlerin sunulduğu hükümlerde yeri geldiğinde değişiklik yapabiliyor olmanın haklı bir sebebe dayandığı sonucuna varmak yerinde olacaktır. Buna karşın doktrinde bir görüş TKHK m. 4(2)'nin amir hükmü karşısında bir sözleşmenin haklı nedenle dahi düzenleyene tüketici aleyhine sözleşmede değişiklik yapma hakkı verilemeyeceğini savunmaktadır⁸⁰¹. Kanaatimizce bu görüşün benimsenmesi gerek yönetmeliğin kanuna uygunluğunun sağlanması gerek de çok benzer hükümler getiren TBK düzenlemeleri ile paralellik sağlanması bakımından yerindedir. Bu çalışma özelinde de hizmet sağlayıcının tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirmesi için ileri sürebileceği haklı nedenlerin siber güvenlik, veri güvenliği, hizmetlerin iyileştirilmesi gibi kullanıcı lehine olan sebepler ile sınırlandırılması gerektiği savunulabilir.

Bu koşullarda sağlayıcıya tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı veren ve hizmet veya içeriğin olması gerektiği gibi sunulamaması halinde kullanıcının haklarını kısıtlayan maddelerin de genel işlem koşulları ve haksız şart incelemesine tabi tutulması mümkündür. Ancak bu inceleme çalışmanın bu kısmında değil ileriki başlıklarda özel olarak yapılacaktır.

Bu noktada önemli bir husus değerlendirilmeden, doğrudan Türk hukuku üzerinden sonuca varmak hatalı olacaktır. Dijital içerik ve hizmet sağlayıcıların en çok sözleşme yapılanları ve bu çalışma altında da incelenen platformların tamamı yabancı menşelidir. MÖHUK m. 1 uyarınca yabancılık unsuru içeren sözleşmelere MÖHUK uygulanacaktır. Dolayısıyla TBK özelinde bir inceleme yapmadan önce TBK'nın

⁸⁰⁰ Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 348.

⁸⁰¹ Aslan, **Tüketici Hukuku**, s. 353.

gerçekten bu sözleşmelere uygulanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Zira çoğu sözleşmede hukuk seçimi maddesine yer verilmiş durumdadır. Örneğin Facebook Hizmet Koşullarında Meta'nın kullanıcılarına karşı açacağı davalar ve talepleri için “*dava nedeni veya ihtilafın Kaliforniya Eyaleti yasalarına tabi olacağını kabul edersiniz.*” hükmüne yer vermiştir. Buna karşın tüketici olan kullanıcının Meta'ya karşı ileri süreceği iddialar ikamet ettiği ülkenin yasalarına tabi olacaktır⁸⁰². Benzer biçimde TikTok Kullanım Koşullarında Singapur hukukunun sözleşmeye uygulanacağı ifade edilmiştir⁸⁰³. Keza Twitter'ın Hizmet Koşullarında da sözleşmeye, hukuk seçim maddesi hükümleri hariç olmak üzere, Kaliforniya Eyaleti hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir⁸⁰⁴. Daha önce söz konusu sözleşmeleri mevcut borçlar hukuku düzeninde incelerken bu sözleşmelerin birer tüketici işlemi olduğu tespitinde bulunmuştuk. Bu tespit bu noktada işlevsellik kazanmaktadır. Zira MÖHUK m. 26 uyarınca tüketici sözleşmelerinde tarafların sözleşmeleri için yaptıkları hukuk seçimi korunmaktadır. Dolayısı ile örneğin Facebook örneğinde, Meta ile bir kullanıcısı arasında Hizmet Koşullarından doğan bir ihtilafa gerçekten Kaliforniya Eyaleti yasaları uygulanacaktır. Ancak MÖHUK m. 26 söz konusu hukuk seçimi hükümlerinin tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyeceğini söylemektedir. TBK'nın genel işlem koşulları bakımından diğer taraf için getirmiş olduğu koruma emredici niteliktedir⁸⁰⁵. Dolayısı ile kullanıcıların mutad meskenlerinin Türkiye'de olduğu durumlarda hukuk seçim maddesine rağmen TBK'nın getirdiği asgari korumanın altına inilemeyecektir. Bu bakımdan mutad meskeni Türkiye'de bulunan kişiler için TBK'nın bu sözleşmeler için genel işlem koşulu korumasının alt eşiğini oluşturduğu söylenebilir. Facebook örneğinden devam edersek eğer Kaliforniya Eyaleti hukuku genel işlem koşullarında düzenleyene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanıyan hükümleri geçerli kabul ediyorsa TBK'nın getirdiği korumaya devreye girecek ve MÖHUK m. 26 üzerinden de olsa TBK m. 24 uyarınca söz konusu hükümler yazılmamış sayılacaktır.

Son olarak bu hükümlerin gerek genel işlem koşulları gerek de haksız şartlar bakımından ele alınmasının gerektiğini tespit etmek bu hükümlerin (kapsam denetimini geçtikleri varsayımında) her zaman dürüstlük kuralına aykırı olduğunu bu

⁸⁰² Facebook, **Hizmet Koşulları**, 4. Ek hükümler, 4. İhtilaflar.

⁸⁰³ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Other Terms.

⁸⁰⁴ Twitter, **Terms of Service**, m. 6.

⁸⁰⁵ Antalya, **Borçlar Genel Hükümler I**, s. 432.

yüzden hükümsüz sayılması gerektiği anlamına gelmez. Zira her ne kadar kullanıcı için sağladığı verinin değerini bilemiyor olması yararlandığı hizmetlerin değerini düşürmez. Kullanıcıların da yararlandıkları hizmetlerin oldukça değerli hizmetler olduklarını kabul etmek gerekir⁸⁰⁶. Bu yüzden taraflar arasındaki dengenin her sözleşme özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

5. Türkçesi Bulunmayan Kullanım Koşullarının Geçerliliği

Halen yürürlükte olan en eski kanunlarımızdan biri 805 sayılı İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun⁸⁰⁷ bazı durumlarda hukuk işlemlerde Türkçe'nin kullanımını zorunlu tutmaktadır. Zorunluluğun kapsamı bakımından kanun Türk ve yabancı kurumlar arasında bir ayrıma gitmiştir.

Kanunun ilk maddesine göre Türk tabiiyetindeki bütün şirket ve kurumların Türkiye'de yaptıkları bütün işlemlerde Türkçe kullanmaları zorunludur⁸⁰⁸. Doktrinde bir işlemin ne zaman Türkiye dahilinde yapılmış sayılacağı tartışmalıdır. Bir görüş Türkiye'de yapılan işlemde sözleşmenin yapıldığı yeri anlamaktadır, buna göre bir sözleşmenin ifa yeri Türkiye olsa dahi eğer sözleşmenin yapıldığı yer Türkiye'de değilse Türkçe kullanma zorunluluğu doğmayacaktır⁸⁰⁹. Diğer bir görüş ise ancak

⁸⁰⁶ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Hacker, **Regulating the Economic Impact of Data**, s. 72-73. Yazara göre örneğin bir akıllı telefondaki flaş ışığı uygulamasının veri minimizasyonu ilkesine aykırı olarak sözleşmesinde geniş bir üçüncü kişi takipçi faaliyeti öngörmesi taraflar arasında bir dengesizlik olduğunu kabul etmek gerekir. Keza doktrinde başka bir görüş UCTD anlamında dürüstlük kuralına aykırılığı veri koruma hukukunu da içine alacak biçimde geniş algılamak gerektiğini, örneğin veri minimizasyonu ilkesine aykırı olan sözleşme şartlarının da dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebileceğini savunmuştur, bkz. Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 18.

⁸⁰⁷ Kanunun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.805.pdf> (erişim tarihi: 10.01.2023). Bu kanunun günümüzde hala hukuk düzenimizde varlığını sürdürmesi doktrin tarafından oldukça eleştirilmekte, hatta Anayasa m. 48'te koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile çatışma halinde olduğu savunulmaktadır bkz. Emre Esen, "İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi", **Public and private international law bulletin**, C. 40, S. 1, 2020 (Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması) s. 207-208.

⁸⁰⁸ Madde hakkında açıklamalar için bkz. Murat Alışkan, "İktisadî Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, 2005 (Türkçe Kullanma Zorunluluğu) s. 350-351.

⁸⁰⁹ İlhan Dinç, "İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 44, 2020 (İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması) s. 133. Ancak Yargıtay kararlarında sözleşmenin kurulduğu yer dışındaki hususlar da atıfta bulunabilmektedir. Bu yönde "*Türk tabiiyetinde olmaları, asıl sözleşme ve tahkim şartının Türkiye dahilindeki bir işle ilgili ve Türkiye dahilinde imzalanmış olması sebebiyle halen yürürlükte bulunan 805 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre Türkçe yapıp yazılması zorunlu olmasına rağmen*" bkz. Yargıtay, 15. Hukuk Dairesi, 2019/3156 E., 2020/2913 K., K.T: 5.11.2020 (<https://www.kazanci.com.tr/>). Tahkim şartlarının geçerliliğinin Milletlerarası Tahkim Kanunu veya tahkime ilişkin özel milletlerarası sözleşmelerdeki hükümler yerine 805 sayılı kanun uyarınca incelenesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur, bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 212 vd.

hiçbir yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerin Türkiye dahilinde yapılmış sayılabileceğini savunmaktadır⁸¹⁰.

Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirketler bakımından ise bu zorunluluk kanunun ikinci maddesi uyarınca Türk kurumları ve Türk vatandaşlığı olan gerçek kişiler ile yapılan işlemler için uygulanacaktır⁸¹¹. Bu zorunluluk altındaki kişilerin yabancı dilleri ancak ek olarak kullanmalarına izin verilmektedir, başka bir deyişle yapılan bütün işlemler yine Türkçe yapılmalı, eğer isteniyorsa buna ek olarak yabancı diller kullanılabilir. Her şekilde bu işlemlerin Türkçe hallerine itibar edilecektir. Türkçe kullanma zorunluluğu altında bulunanların madde 4 uyarınca bu zorunluluğa aykırı olarak düzenlenledikleri evraklara kendi lehlerine dayanmaları mümkün değildir. Ayrıca kanunun 7. maddesinde bu kanuna aykırılıkların “*yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla*” cezalandırılacağına da hükmedilmiştir.

Bu kanun kapsamında tartışmalı olan husus bir yabancı ile Türk tabiyetindeki bir gerçek veya tüzel kişi arasında yapılacak sözleşmede de Türkçe kullanma zorunluluğu olup olmadığının tespit edilmesidir. Çünkü Türk tabiyetindeki kurumlar bakımından Türkçe kullanma zorunluluğu getiren madde 1’nin lafzında doğrudan “mukavele” sözcüğü kullanılmışken, yabancı kurumlar için Türkçe kullanma zorunluluğunu getiren madde 2’nin lafzında bu kelimeye yer verilmemiştir. Bu farklılıkta yola çıkan bazı yazarlar bir yabancı ile Türk tabiyetindeki gerçek ve tüzel kişi arasındaki sözleşmeler bakımından Türkçe kullanma zorunluluğu olmadığını savunmuştur⁸¹². Aksi görüş ise madde 2’de “mukavele” sözcüğüne yer verilmemiş olmasına karşın hukuki işlem anlamına gelen “muamele” kelimesine yer verildiğine dikkat çekmiştir. “Mukavele” yani sözleşme de bir tür hukuki işlem olduğuna göre madde 2 kapsamında bir yabancı ile Türk arasında yapılan sözleşmeler bakımında da Türkçe kullanma zorunluluğu olduğunu kabul etmek gerekir. Keza ilk maddede “mecburdur” ifadesinin üstüne ikinci maddede “bu mecburiyet” ifadesine yer verilerek

⁸¹⁰ Bu yöndeki görüşlerin bir açıklaması için bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 215-216. Keza yazar da bu görüştedir, bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 218.

⁸¹¹ Yabancı şirketlerin Türkiye’deki işlemleri aslında kanunun lafzında bulunan bir kısıtlama değildir ancak doktrin bu hükmün yabancı şirketlerin Türkiye’deki işlemleri şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 133.

⁸¹² Bu yöndeki görüşler için bkz. Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 134-135; Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 220. Esen de bu görüştedir bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 221.

iki madde arasında bir ilişki de kurulmuştur⁸¹³. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararlarında en azından bir tarafı yabancı olan tahkim sözleşmelerinin yabancı dilde düzenlenmesi bir geçersizlik sebebi olarak değerlendirilmemektedir⁸¹⁴. Keza yine İstanbul BAM taraflarından biri yabancı olan hukuki işlemde bulunan cezai şart hükmünün yabancı dilde hazırlanmış olmasının bir geçersizlik nedeni olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Zira sözleşmenin taraflarından biri yabancı ise Türk şirketi ile yapılacak sözleşmede Türkçe kullanılması zorunlu olmayacaktır⁸¹⁵. Bu kararlardan güncel BAM kararlarının ilk görüşü benimsemiş olduğu çıkarımında bulunulabilir.

Bu kapsamda tartışmalı olan bir başka husus ise kanuna aykırılığı yaptırımının ne olacağıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi kanunda, kanuna aykırı düzenlenen evraklara kurumların kendi lehlerine dayanmaları mümkün değildir. Ancak doktrinde bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk olarak bir görüş kanunun sevk ediliş amacından hareketle, aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu savunmuştur. Ancak bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda tarafların durumu bilerek hukuki ilişkiyi kurmuş oldukları için geçersizliğin ileri sürülmesi TMK m. 2'ye aykırı olacaktır. İkinci bir görüş hükmün lafzına daha sadık kalarak burada bir kesin hükümsüzlük durumu olsaydı hukuki işlemin düzenleyen aleyhine de dikkate alınamayacağını, bu yüzden burada olsa olsa bir yorum kuralı getirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Buna göre Türkçe düzenlenmesi gereken bir hüküm yabancı dilde düzenlenmişse düzenleyenin aleyhine olan yoruma üstünlük tanınması gerekir. Yine başka bir görüş, kanunun ön gördüğü geçersizlik halinin yazılmamış sayılma olduğunu savunmuştur. Bu görüş “*nazarı itibara alınmama*” ifadesinin klasik geçersizlik hallerinden birine dahil edilmesinin mümkün olmadığını, bu ifadeden ancak yazılmamış sayılma sonucunun çıkartılabileceğini savunmuştur. Bir başka görüş kanunun 4. maddesinin bir geçerlilik değil ispat hükmü olduğunu savunmuştur. Bu

⁸¹³ Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 137-138; Alışkan; **Türkçe Kullanma Zorunluluğu**, s. 352. Bu yöndeki görüşlerin açıklaması için bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 220-221; Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 135.

⁸¹⁴ “sözleşmede taraflardan birisinin yabancı olması halinde sözleşmenin yabancı dilde düzenlenmesinde 805 Sayılı yasanın 1. Maddesi ve mevzuata göre aykırılık teşkil etmeyeceği, bu nedenle sözleşmenin geçerli olduğu anlaşılmakla” bkz. İstanbul BAM, 15. Hukuk Dairesi, 2021/3004 E., 2021/2309 K., K.T: 7.12.2021 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

⁸¹⁵ “Ancak aynı kanunun 2. maddesi uyarınca sözleşmenin taraflarından birini yabancı olması halinde Türk şirketleriyle yapacakları sözleşmelerde Türkçe kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır.” bkz. İstanbul BAM, 43. Hukuk Dairesi, 2020/201 E., 2021/249 K., K.T: 4.3.2021 (<https://www.kazanci.com.tr/>).

görüşün hareket noktası kanunun yorumdan değil “*nazarı itibara*” yani dikkate alınmamadan bahsetmesidir. O zaman bir uyuşmazlık olduğunda kanuna aykırı olarak yabancı dilde belge hazırlayan taraf bu belgelere kendi lehine delil olarak dayanamayacak, ancak karşı tarafında bu belgelere dayanması mümkün olacaktır. Benzer bir görüş kanunda geçerlilik konusunda gerçek olmayan bir boşluk olduğunu, bu yüzden hükmün ancak ispat açısından değerlendirilebileceğini savunmuştur⁸¹⁶.

Bazı dijital içerik ve hizmet sağlayıcıların sözleşmelerini Türkçe olarak düzenlemedikleri ve sitelerinde herhangi bir çeviriye de yer vermedikleri görülmektedir. Örneğin TikTok’un Kullanım Koşullarının sadece İngilizcesi mevcuttur. Keza Twitter’ın Hizmet Koşulları da sadece İngilizce olarak kullanıcılara sunulmuştur. Burada hizmet sağlayıcıların yabancı, Türkiye özelinde baktığımızda kullanıcıların ise Türk vatandaşlarıdır. Dolayısı ile yukarıdaki tartışmalar ışığında 805 sayılı kanun uyarınca bu sözleşmelerin geçersiz oldukları doktrindeki bir görüş uyarınca ileri sürülebilecektir. Ancak bu noktada şu hususu bir kez daha hatırlatmakta yarar vardır; yabancılık unsuru barındıran bu sözleşmelerin çoğunda yabancı bir hukuka atıfta bulunan hukuk seçim maddeleri vardır. Dolayısı ile bu sözleşmelere doğrudan Türk hukukunun uygulanacağını söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeye tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Bu durumda yukarıda ayrıntısı ile açıklanan 805 sayılı kanunun bu sözleşmelere uygulanması mümkün olmaz, dolayısıyla yapılan tartışmaların hiçbirisi bu sözleşmeleri ilgilendirmeyebilir. Ancak bu noktada yapılabilecek önemli bir ikinci değerlendirme, 805 sayılı kanun ile getirilen düzenlemelerin MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzenine aykırılık veya MÖHUK m. 6 uyarınca doğrudan uygulanan kurallar kapsamına girmesinin mümkün olup olmadığı yönünde olabilir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki bir hukuk kuralının Türk hukuku bakımından emredici nitelikte olması onun doğrudan kamu düzenini ilgilendirdiği anlamına gelmez. Kamu düzenine aykırılığın ileri sürülmesi için Türk kamu düzenine açık bir aykırılığın olması gerekir⁸¹⁷. Bu bakımdan 805 sayılı kanunun hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu savunmak,

⁸¹⁶ Bu görüşler hakkında açıklamalar için bkz. Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 139-141; Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 225 vd. Dinç’in kendisi de ilgili hükmün ispat hukukundaki geçerlilik kapsamında değerlendirilmesi görüşündedir, bkz. Dinç, **İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması**, s. 142 vd. Benzer yönde bkz. Esen, **Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması**, s. 225.

⁸¹⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 79; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 164-165.

MÖHUK m. 5'in uygulanacağı anlamına gelmeyecektir. Bu çalışma özelinde 805 sayılı kanunun MÖHUK m. 5 veya 6 kapsamında olup olmadığı tartışmasına ayrıca girilmeyecektir. Bunun yerine Türk hukukunda böyle bir geçersizlik durumu olduğunun ve bazı hizmet sağlayıcıların kullanım koşullarını Türkçe hazırlamayarak bu geçersizlik halini riske ettiklerinin altını çizmekle yetinilecektir.

F. Kişisel Verinin Karşı Edim Olduğu Sözleşmelerde Sözleşmeye Aykırılık

1. Rızanın Geri Çekilmesinin ve Unutulma Hakkının Sözleşmeye Etkisi

Gerek GDPR gerek de KVKK altındaki koruma rejimi incelenirken kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren sebeplerden birinin ilgili kişinin rızası olduğundan bahsedilmişti. İlgili kişinin rızasını hiçbir zorlama altında kalmadan özgürce vermesi geçerli bir rızanın varlığı için gereklidir. Kişinin özgürce rızasını verdiğinin söylenebilmesi için ayrıca kişinin en azından rıza gösterdiği kadar kolay biçimde rızasını geri çekebiliyor olması da gerekir. Öyle ki kişinin rızasını geri çekme hakkından feragat etmesi mümkün değildir⁸¹⁸. Bu durum kamu düzenini ilgilendirdiğinden kişinin sözleşme ile kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin verdiği rızayı geri çekme hakkından feragat etmiş sayılacağını söyleyen sözleşme hükümleri kesin hükümsüz olacaktır⁸¹⁹. Keza doktrinde ilgili kişinin rızası, sözleşme hukukundaki iki taraflı işlemlerden farklı olarak, tek taraflı irade beyanı ile açıklanacaktır. Bunun nedeni de ilgili kişinin korunmasını temin etmektir⁸²⁰. Bu durumda şöyle bir asimetrik durum ortaya çıkar: Hizmet veya içerik sağlayıcı kendisini sözleşmeden kurtaramaz ancak kullanıcı rızasını geri çekerek sözleşme altındaki borcundan tek taraflı olarak kurtulma imkanını sahip olur⁸²¹. Benzer bir durumun diğer kişilik hakları için de gündeme gelebileceğini vurgulamak gerekir. Örneğin yukarıda incelenen bir kişinin cinsel içerikli fotoğraflarının yayınlanmasının durdurulması talebine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararında da benzer bir

⁸¹⁸ Bkz. dpn. 654.

⁸¹⁹ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 140.

⁸²⁰ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 138-139.

⁸²¹ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 36. Ancak rızanın geri çekilmesi GDPR m. 7(3) c. 2 uyarınca geriye etkili olmadığı için veri sorumlusunun rızaya güvenin bir ölçüde korunduğu söylenebilecektir, bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 139. Benzer yönde tartışmalar için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 290-291. Aynı zamanda burada şu noktaya da ayrıca dikkat çekmek gerekir, kişinin rıza beyanını geri çekmiş olması sözleşmesel ilişkiyi de (birazdan yapılacak tartışma saklı kalmak üzere, bkz. s. 211) sona erdirdiği anlamına gelmez. Kişisel veri hukuku bağlamında rıza beyanının kaderi ile sözleşme hukuku bakımından irade beyanının kaderi çakışmak zorunda değildir.

durum vardır. Bu davada mahkeme kişinin resmi hakkındaki rızasını geri çekmesinin davalı ile arasında bulunan sözleşme ilişki yüzünden kısıtlanabileceğini söylemişti⁸²².

Mahkemenin bu görüşü paralel olarak doktrindeki bir başka görüş ise ilgili kişinin rızasını geri çekme hakkının vazgeçilemez bir hak olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre GDPR m. 7(3) veya GDPR m. 21 hükümlerinin lafızları rızanın geri çekilmesi hakkının zorunlu bir hak olup olmadığını tespit etmek için yeterince açık düzenlenmemiştir. Bu yüzden bu haktan, örneğin bağlayıcı bir sözleşme uyarınca, vazgeçilebileceğini kabul etmek gerekir⁸²³.

Bu noktada da sözleşme hukuku ile kişisel verilerin korunması hukuku arasındaki ikilik kendini bir daha gösterir. Zira kişisel verisinin işlenmesine dair rızasını geri çeken ilgili kişi şayet bu rızası karşılığında bir üründen (örneğin bir hizmetten) para vermeden yararlanmış, başka bir deyişle bir sözleşmede kişisel verisini sağlama borcu altına girmişse rızasının geri çekmesinin sözleşmeye etkisinin ne olacağı herhangi bir hukuki düzenleme ile açıklığa kavuşturulmuş değildir⁸²⁴. Kişinin rızasını geri çekme hakkı elinden alınırsa, bir görüş uyarınca, özgürce verilmiş sayılmayacağı için kişisel veri hukukuna uygun bir rızadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Diğer yandan kişi bir karşı edim olarak kişisel verisini karşı tarafa sağlama yükümlülüğü altına girdiği için sözleşmesel sorumluluğunun ortaya çıkma ihtimali doğacaktır⁸²⁵.

Doktrin burada DCD gibi düzenlemeler ile artık kişisel verinin bir ifa konusu olabileceği sözleşmelerin varlığını kabul etmektedir. Buna göre yasaklanan kişisel veri gibi bir ifa konusunun “aynen ifası” olmalıdır. Yoksa kişilerin kişisel verilerinin işlenmesini bir ifa konusu haline getirdikleri sözleşmelerin kendileri geçersiz değildir. Başka bir deyişle bu görüş uyarınca ilgili kişi kişisel verilerinin işlenmesine rıza

⁸²² Bkz. Bölüm II.E.2, s. 172-173.

⁸²³ Bu görüşün bir açıklaması için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 296, 298, 302. Ancak yazar bu görüşü veri koruma hukukuna aykırılık yüzünden eleştirmekte daha yerinde olanın rızanın her zaman geri çekilebileceğini ancak gelir imkanını kaybeden sağlayıcının da zararlarının giderilmesi olduğunu savunmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 299. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 138, dpn. 22. Burada doktrinde bir görüş ikili bir ayrıma gitmektedir. Eğer hizmet veya içerik kişisel veri karşılığında devamlı olarak sağlanıyorsa ilgili kişi her zaman rızasını geri çekebilecektir. Buna karşın kişisel veri karşılığında süreklilik arz etmeyen bir ürün sağlanmışsa (örneğin bir filmin indirilmesi) rıza beyanı hiç değilse makul bir zaman dilimi boyunca geri alınmayacaktır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 293, 295.

⁸²⁴ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 38.

⁸²⁵ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 37.

gösterme borcu altına girebilir, ancak bu borcun kendisinden ifa edilmesi istenemez. Burada bir tür eksik borç durumunun ortaya çıktığı savunulabilir⁸²⁶. Yine doktrinde bir görüş tarafların sözleşmede rızanın geri çekilmesinin sonuçlarını düzenleyebileceğini savunmaktadır⁸²⁷. Kanaatimizce burada da bu sözleşme maddelerinin rızanın özgürce geri çekilebilir olmasına hanel getirip getirmediği incelemesini yapmak gerekecektir⁸²⁸.

DCD rızanın geri çekilmesinin taraflar arasındaki sözleşmeye veya tarafların edimlerine nasıl etki edeceğini düzenlememiştir⁸²⁹. Bu noktada doktrinde önerilen bir görüş kişisel veri karşılığı alınan hizmetler için kurulan sözleşmelerin sürekli edimli sözleşmeler olarak nitelendirilmesi, rızanın geri çekilmesinin geleceğe etkili olarak sözleşmenin feshi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸³⁰. Doktrinde aksi bir görüş ise rızanın geri alınmasının kendiliğinden sözleşmeyi sona erdirmeyeceği ancak sağlayıcıya sözleşmeyi feshetme hakkı vereceğini savunmaktadır⁸³¹. Bu sonucun kişisel veri koruma hukuku ile de uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Zira ilgili kişinin veri işleme faaliyetine ilişkin rızasını geri çekmesi gerek GDPR gerek de KVKK altında o ana kadar yapılan işleme faaliyetini hukuka aykırı hale getirmemektedir. Böylece kişi rızasını geri çektiğinde eğer diğer taraf da kişinin hizmetten yararlanmasını engellerse sözleşme hukuku bakımından bir sorun olmayacaktır⁸³². Benzer biçimde doktrinde rızanın geri alınmış olmasının tek başına sözleşmenin ihlali teşkil etmeyeceği savunulmaktadır⁸³³. Bu bağlamda sağlayıcının rıza geri aldığı için sözleşme sona erdiği gerekçesi ile tazminat talebinde bulunulamayacağı, kaldı ki zaten böyle bir talebe izin vermenin rızanın özgür olarak alınması zorunluluğuna zarar vereceği savunulmaktadır⁸³⁴.

⁸²⁶ Bkz. dpn. 594.

⁸²⁷ Bedir, **Age of Big Data**, s. 360.

⁸²⁸ Örneğin doktrinde bir görüş cezai şart hükümlerinin bu gerekçeler ile kesin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 314-315.

⁸²⁹ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 238; Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 255-256. Bunun bilinçli bir boşluk olduğu hakkında bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 141-142; DCD, **Giriş**, ¶40.

⁸³⁰ De Franceschi, **Personal Data as Counter-Performance**, s. 68; Twigg-Flesner, **Disruptive Technology and Law**, s. 10.

⁸³¹ Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 306. Bu yönde açıklamalar için bkz. Bedir, **Age of Big Data**, s. 361.

⁸³² Bu yönde bkz. European Parliament, **Contracts For The Supply Of Digital Content**, s. 10.

⁸³³ Bedir, **Age of Big Data**, s. 361.

⁸³⁴ Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 307; Bedir, **Age of Big Data**, s. 358-359.

DCD'yi iç hukukuna geçirmeye çalışan Litvanya'da hazırlanan tasarıda rızanın geri çekilmesi durumunda hizmet sağlayıcının rızanın geri çekilme anına kadar kullanıcıdan bir talepte bulunması mümkün değildir. Ancak eğer kullanıcı rızasını geri çekmesine rağmen söz konusu hizmet veya içerikten yararlanmaya devam etmek isterse bu durumda para ödeme borcu altında olduğu kabul edilecektir⁸³⁵. Benzer biçimde Hollanda'da DCD'nin iç hukukuna alınması için hazırlanan tasarıda kullanıcının veri işlemeye ilişkin rızasını geri çekmesi ile artık sözleşmeden tek tarafı olarak dönmüş olacağı, hizmet ve içerik sağlayıcının ise bunun karşılığında kullanıcıdan bir şey talep edemeyeceği, zira aksinin kabulü halinde veri koruma hukukunun ilgili kişiler için getirdiği güvencelerin içinin boşalacağı söylenmiştir⁸³⁶. Ancak tabi ki bu durumda hizmet veya içerik sağlayıcıdan sözleşme altındaki edimini ifa etmeye devam etmesi beklenemeyecektir. Tasarıya göre sözleşmeyi sona erdiren kullanıcının ayrıca veri işlemeye ilişkin rızasını geri çekmesi gerekmemektedir⁸³⁷. Estonya ise DCD'yi iç hukukuna geçirirken önerdiği taslakta dijital içerik ve hizmet sözleşmeleri konusunda özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Buna karşın öğretide özel bir hüküm olmasa da kişinin rızasını geri çekmesinin sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi bakımından haklı bir neden olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla rıza geri çekilince hizmet veya içerik sağlayıcıdan kendi edimini ifa etmesi beklenemeyecektir. Ancak ilgili kişinin bu hususta sınırlandırılması mümkün olmadığı için rızanın geri çekilmesi hiçbir şekilde sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir⁸³⁸. Almanya'da rızanın geri çekilmesinin sonuçları BGB m. 327q'da düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre kişisel veri hukuku bakımından rızanın geri çekilmesi sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Ancak eğer işlenmeye devam edebilecek olan verilerin kapsamı ve tarafların karşılıklı menfaatleri ışığında bu durumda sağlayıcıdan sözleşmeyi devam ettirmesi beklenemeyecekse sağlayıcı buna dayanarak bir ihbar süresi vermeksizin sözleşmeyi sona erdirebilir. Sağlayıcının rızanın geri çekilmesine dayanarak bir tazminat talebinde bulunamayacağı bu maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır⁸³⁹.

⁸³⁵ Laurynas, **Lithuanian Contract Law**, s. 268.

⁸³⁶ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 239. Rızanın geri çekilmesi durumunda ilgili kişiden parasal bir karşılık beklenmesinin GDPR bakımından geçerliliği hakkında bir tartışması için bkz. Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 143.d

⁸³⁷ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 239.

⁸³⁸ Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s. 255.

⁸³⁹ Bu madde hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 317 vd.

Buna karşın kişinin rızasını geri çekmekle kalmayıp aynı zamanda verilerin silinmesi hakkını kullanması ihtimali ayrıca ele alınmalıdır. Çünkü bu durumda kişisel verilerin işlenmesi sadece ileriye dönük olarak engellenmemekte, veri sorumlusunun ayrıca kişiye ait elde ettiği verileri ortadan kaldırması gerekmektedir. Ancak kullanıcının bu süre zarfı boyunca yaptığı yararlanmayı iade etmesi mümkün değildir. Bu noktada ilk olarak kullanıcının bu kullanımının parasal değerini hizmet sağlayıcıya ödemesi önerilebilir fakat bu durumda kişilerin verilerinin silinmesi hakkını kullanmaktan çekinmesi gibi bir sonuç doğar ki bunun kişisel verilerin korunması hukuku ile ne kadar uyumlu olacağı tartışmalıdır. Bu yüzden doktrinde DCD için öne sürülen bir görüş DCD altında kişisel verilerin silinmesi hakkının özel olarak düzenlenmesi gerektiğini, bu hak kapsamında dijital içeriğin değeri ile orantılı bir bedelin kullanıcıdan talep edilebileceğini savunmuştur⁸⁴⁰. Keza doktrinde bir diğer görüş bu noktada yerel mahkemelerin kişisel veri koruma hukukunu ihlal etmeden sağlayıcı için sözleşme hukukundan doğan çarelere hükmedebilmesi gerektiğini savunmuştur⁸⁴¹.

Kanaatimizce bu durumda dahi kullanıcının hizmet veya içeriğin kullanımının parasal değerini iade etmesine gerek yoktur. İlk olarak kullanıcı hizmetten yararlandığı esnada hizmet sağlayıcı da kullanıcının kişisel verilerini kullanmış olmalıdır⁸⁴². Sözleşme hukuku bakımından hizmet sağlayıcının elde ettiği bu menfaatin yeterli bir karşılık teşkil ettiğini kabul etmek gerekir⁸⁴³. Hatta bir taraf hizmetten anlık yararlanırken diğer tarafın söz konusu kişisel verilerden ilelebet yararlanma hakkını kabul etmek tarafların ifaları arasındaki dengenin bozulmasına neden olabilir. Ayrıca veri sorumlusunun rıza geri çekilene kadar zaten bu veriden elde edeceği menfaati elde etmiş olması da muhtemeldir⁸⁴⁴. İkinci olarak veriye ilişkin teknik meselelerde ifade edildiği gibi verinin değerini oluşturan önemli unsurlardan biri güncelliktir. Güncel

⁸⁴⁰ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 38. Özel hükme olan ihtiyacın hiç değilse tartışmalı olduğu yönünde bkz. Kull, **Transposition of DCD Into Estonian Law**, s 255.

⁸⁴¹ Metzger/Efroni/Mischau/Metzger, **Data-Related Aspects**, s. 108.

⁸⁴² Kanaatimizce hizmet veya içerik sağlayıcının verileri elde etmesine rağmen onları kullanmadığı savunmasına izin vermemek gerekir. Verilen rıza her zaman geri çekilebileceğine göre sağlayıcı verilerden yararlanmayı erteleyerek rızanın geri çekilmesi riskini üstlenmiş olur. Nasıl ki bir iş ilişkisinde işveren işçisinden çalışma saatleri içinde gereği gibi yararlanmadığını işçi çalışma saatleri içinde işe hazır bulunduğu sürece işçiye karşı ileri süremiyorsa, sağlayıcı da verilerden gereği gibi yararlanamış olduğunu kullanıcıya karşı ileri sürememelidir.

⁸⁴³ Benzer yönde bkz. Twigg-Flesner, **Disruptive Technology and Law**, s. 10. Sağlayıcının da beklentisinin rıza beyanı geri çekilene kadar işleme faaliyetini yapmak olduğu yönünde bkz., Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s..

⁸⁴⁴ Schmidt-Kessel, **Consent Withdrawal and the Contract**, s. 143.

olmayan bir verinin değerinin güncel verilere nazaran çok daha düşük olması ihtimaller dahilindedir. Dolayısıyla geriye dönük olarak verilerinin silinmesini talep eden kişiyi yararılandığı hizmet karşılığında bir bedel ödemeye mecbur bırakmak kişinin aldığı hizmet için iki kere ödeme yapması sonucunu doğurabilir. Çünkü kişi hizmeti kullandığı anda güncel olan verileri ile ödeme yapmış daha sonra verilerinin silinmesini talep ettiğinde ise artık değerini büyük oranda kaybetmiş verileri için ödeme yaparak ikinci bir defa, bu sefer para ile, sözleşmeyi ifa etmiş durumuna düşebilecektir. Son olarak ekonomik bir analizle de kişilerin verilerinin silinmesi hakkı karşılığında bedel ödemeye mecbur bırakılmasının yerinde değildir. Sözleşme kurulduğunda hizmet sağlayıcı kişinin verdiği rızasının her zaman tek taraflı olarak geri çekilebileceğini bilmektedir veya bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hizmet sağlayıcının bu rızanın değerini sözleşme daha kurulmadan tespit etmesi ve sağlayacağı hizmeti ona göre ayarlaması gerekir⁸⁴⁵. Şayet hizmet sağlayıcı sözleşme kurulurken daha sonra kendisinden silinmesi istenebilecek bir veri setinin karşılığını sağladığı hizmet olarak tespit etmişse daha sonra verilerin silinmesinin kendisinden talep edilmesini zarara uğradığını iddia edememelidir çünkü sözleşme daha kurulurken silinmesi talep edilebilecek verinin karşılığının ne olacağını zaten hizmet sağlayıcı belirlemiştir.

2. Hizmetin veya İçeriğin Sağlanmaması Karşında Kullanıcının Hakları

Bu noktada değerlendirilebilecek diğer bir husus ise sağlayıcının kullanıcıya hizmet veya içerik sağlamaması durumudur. Belirtmek gerekir ki çoğu sağlayıcı tek taraflı olarak kullanıcının içeriğe erişimini engelleme hakkını kullanım şartlarında saklı tutmaktadır. Örneğin TikTok kullanım koşullarında bu husus açıkça “*Her zaman ve bir bildirim olmaksızın, herhangi bir sebeple veya sebep olmaksızın içeriğe erişiminizi engelleme veya kaldırma hakkının kendi takdirimizde olduğu hususunu saklı tutarız.*” hükmüne yer vermiştir⁸⁴⁶. Benzer bir düzenlemeye Facebook Hizmet Koşullarında rastlamak mümkündür. Burada kullanıcının hizmet sağlayıcının öngördüğü kurallara aykırı davranması neticesinde hesabının tamamen hizmet sağlayıcının takdirinde olarak sona erdirilebileceği düzenlenmiştir⁸⁴⁷. TikTok ile

⁸⁴⁵ Doktrinde benzer bir görüş rızanın geri alınması bağlamında savunulmuşsa da bu görüş eleştirilmektedir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 309.

⁸⁴⁶ “*We reserve the right, at any time and without prior notice, to remove or disable access to content at our discretion for any reason or no reason*” bkz. TikTok, **Kullanım Koşulları**, Your Access to and Use of Our Services.

⁸⁴⁷ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 4. Ek hükümler, 2. Hesabın durdurulması veya kapatılması.

karşılaştırıldığında en azından sona erdirmede bir sebep araması bakımından kullanıcı için daha güvenli olduğu söylenebilecekse de, bu hususun tamamen hizmet sağlayıcının takdirine bırakılmış olması dikkate şayandır.

Sözleşmelerin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilmesi esasında “*pacta sunt servanda*” ilkesi ile çelişiyor gibi gözükmemektedir. Zira kural olarak tarafların sözleşme ile altına girmiş oldukları borçları tek taraflı olarak ortadan kaldırmaları mümkün değildir⁸⁴⁸. Ancak bu hükümlerin geçerliliğinin birkaç ekseninde ele alınabileceği kanaatindeyiz.

İlk olarak dijital hizmet ve içerik sağlayıcılar ile kullanıcılar arasındaki sözleşmelerin en çok vekalet sözleşmelerine benzediğine yönelik yapmış olduğumuz tespiti burada hatırlamakta yarar vardır. Daha önce de izah edildiği gibi bir vekalet sözleşmesinde vekil dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sürece her zaman vekillikten istifa edebilme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu sözleşmelerine en azından kıyasen hukukumuzdaki vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması bizi bu hükümlerin geçerli olduğu sonucuna götürecektir.

Bir tarafa tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının verilmesi hangi özel sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tartışmasından bağımsız olarak ayrıca ele alınabilir. Bu sözleşme maddelerinin hizmet sağlayıcıya bir tür cayma hakkı verdiği söylenebilir. Zira cayma hakkı “*hak sahibi belirli bir süre içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırabilme*” hakkı olarak tanımlanmaktadır⁸⁴⁹. Hukukumuzda daha önce incelenmiş olan genel işlem koşulu ve haksız şart incelemesi bir kenara bırakılırsa sözleşmenin taraflarına tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmesi bakımından bir kısıtlama olduğu söylenemez. Elbette böyle hükümlerin dürüstlük kuralına aykırılık, aşırı yararlanma veya ahlaka aykırılık gibi genel borçlar hukuku denetimine tabi olduklarını söylemek gerekir. Ancak bu bağlamda geçerli olduğu sürece taraflardan sadece birine veya her ikisine sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının verilmesi mümkündür.

⁸⁴⁸ H. Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: Tbk m. 27”, *İÜHF*, C. 74, S. 2, 2016 (Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü) s. 722.

⁸⁴⁹ Başak Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, *İÜHF*, C. 75, S. 1, 2017 (Cayma Hakkı) s. 275.

Ancak burada genel işlem koşulları ve haksız şartlar bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir. Zira TBK açısından yaklaştığımız zaman acaba sağlayıcılara böyle bir hakkın genel işlem koşulları içinde sağlanması kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracak olan madde 25 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı biçimde karşı taraf aleyhine değerlendirilebilecek midir? Kanaatimizce bu sözleşmelerde genellikle kullanıcıya da tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verildiği için dürüstlük kuralına aykırı bir durumdan bahsetmek mümkün olmamalıdır. İkinci olarak acaba bu hükmün bir haksız şart olarak değerlendirilmesi mümkün müdür? TSHŞHY’de sayılan haksız şart örneklerinden biri EK-1 m. 1(e)’deki “Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ...”dır. Benzer biçimde m. 1(f) bendinde belirsiz süreli sözleşmeler için “Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar”ın da haksız şart olarak kabul edileceği yazılmıştır. Yukarıda örneği verilen sözleşme şartlarının amacının sağlayıcılara bir sebep olmaksızın dahi sözleşmeyi sona erdirebilmek olduğunu görmek mümkündür. Bu bakımdan aslında “keyfi bir fesih” yetkisinin sağlayıcılara tanınmaya çalışıldığını görmek mümkündür. Ancak (e) bendi bakımından çoğu zaman kullanıcı da sözleşmeyi tek taraflı olarak ve bir sebep göstermeden sona erdirebilme hakkına sahip olduğu için bu hükümlerin haksız şart niteliğinde olmadığını söylemek mümkündür. Diğer bir taraftan TikTok’un kullandığı hükmü esas aldığımızda belirsiz süreli bir sözleşme olduğu varsayımında bu sözleşmelerin sağlayıcı tarafından bir bildirim şartının dahi aranmadan sona erdirilebilecek olması (f) bendi bakımından sorunlu gözükmektedir.

Almanya DCD’yi iç hukukuna geçirirken sağlayıcının hizmet veya içeriği sağlamama durumunu düzenlemiştir. BGB m. 327c(1) uyarınca sağlayıcının hizmeti öngörülen zamanda kullanıcıya sağlamaması durumunda kullanıcı sözleşmeyi sona erdirebilir ve BGB m. 327c(2) uyarınca genel hükümlere tabi olarak tazminat veya masraflarını talep edebilir⁸⁵⁰. Ancak bu tazminat ve masrafların özellikle sözleşmenin

⁸⁵⁰ Madde hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 346.

karşı edimi münhasıran kişisel veri ise hangi kalemlerden oluşacağı halen açıklığa kavuşturulmamıştır⁸⁵¹.

3. Hizmetin Olması Gerektiği Gibi Sağlanmaması Karşısında Kullanıcının Hakları

Çoğu hizmet ve içerik sağlayıcının sözleşmelerine hizmetlerini sadece “*olduğu gibi sunma*” yükümlülüğü altına girdiklerini yazmaktadırlar. Daha açık ifade etmek gerekirse örneğin TikTok sunduğu hizmetin kullanıcının ihtiyaçlarını karşılayacağına, hizmetin kesintisiz veya hatadan ari biçimde verileceğine, hatta hizmet üzerinden alınan bir bilginin gerçeğe uygun olduğuna, hizmetlerin bir parçası olarak sunulan yazılımın işletilmesinde çıkabilecek hataların düzeltileceğine dair bir garanti vermediğini açıkça belirtmiştir⁸⁵². Hemen takip eden hükümde TikTok’un kullanım koşulları herhangi bir maddi veya veri kaybı zararından sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca kullanıcının TikTok’un sunduğu hizmetin tam olarak sağlanmasına duyacağı güven nedeniyle uğrayacağı zarardan dolayı da sağlayıcının sorumluluğu dışlanmıştır⁸⁵³. Facebook Hizmet Koşullarında da sunulan ürünlerin “*olduğu gibi*” sunulacağı, ürünlerin “*daima emniyetli, güvenli veya hatalardan arınmış olacağını ya da kesintisiz, gecikmesiz veya kusursuz şekilde çalışacağını*” taahhüt edilmediği vurgulanmıştır⁸⁵⁴. Benzer bir düzenlemeye Twitter’ın koşullarında da yer verilmiştir⁸⁵⁵. Bu hükümlerin geçerliliğinin tartışılması gerekir.

Kanaatimizce bu hükümler için yapılması gereken ilk tartışma TBK m. 115’te düzenlenmiş olan sorumsuzluk anlaşması çerçevesinde olmalıdır. Sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar sözleşme ile birbirlerinin veya sözleşmenin sadece bir tarafının sözleşmeden doğabilecek olan sorumluluğunun tamamen kaldırabilirler veya sınırlayabilirler⁸⁵⁶. Bu sözleşme ayrı biçimde yapılabileceği gibi, yukarıdaki hükümlerde olduğu gibi esas sözleşmenin içinde de yer alabilir⁸⁵⁷. Ancak kanun

⁸⁵¹ Verinin değerinin tespit edilmesinin çok zor olması nedeniyle bu tür tazminat taleplerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Midorovic/Sekulic, **New Function of Personal Data**, s. 1159.

⁸⁵² TikTok, **Kullanım Koşulları**, Exclusion of Warranties.

⁸⁵³ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Limitation of Liability.

⁸⁵⁴ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 4. Ek hükümler, 3. Sorumluluğun sınırlandırılması.

⁸⁵⁵ Twitter, **Terms of Service**, m. 5.

⁸⁵⁶ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 1228; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **Genel Hükümler**, s. 442; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 424.

⁸⁵⁷ Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 1229; Rona Serozan/Başak Baysal//Kerem Sanlı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Gözden geçirilmiş 8. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2022 (Serozan Borçlar Genel), § 21 N 1.

sorumsuzluk anlaşmasını bazı şartlara bağlamıştır. İlk olarak borçlunun kastı veya ağır ihmali nedeniyle sebebiyet verdiği zarardan sorumlu olmayacağına dair kayıtlar TBK m. 115'in açık hükmü karşısında kesin hükümsüz olacaktır⁸⁵⁸. Hafif ihmal bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kanunun öngördüğü iki istisna hal dışında geçerlidir. İlk olarak bir hizmet sözleşmesinde işverenin işçisine yönelik borçlarından dolayı hafif ihmalden dolayı dahi sorumsuz olduğu kararlaştırılmaz⁸⁵⁹. İkinci durum ise TBK m. 115(3) uyarınca borçlunun uzmanlık gerektiren ve ancak kanun veya yetkili makamca verilecek bir izinle yürütülebilecek işleri kapsar. Bu tarz faaliyetlerde bulunan kişiler için de hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılamaz.

Karşılığı kişisel veri olan sözleşmelerde sağlayıcı gerek TBK m. 115(2) uyarınca işveren gerek de TBK m. 115(3) uyarınca kanun veya yetkili makamın izni ile çalışan biri olmadığına göre hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Ancak dikkat edilirse söz konusu sözleşme hükümlerinde sağlayıcıların hiçbir kusurlarından sorumlu olmayacağı şeklinde düzenlenmektedir. Doktrinde bu gibi maddelerin sadece hafif kusurdan doğan sorumluluğu kaldıracak biçimde yorumlanması gerektiği savunulmuştur⁸⁶⁰. Kanaatimizce de TBK m. 115 çerçevesinde bu sorumsuzluk anlaşmalarına sadece sağlayıcıların hafif kusurları ekseninde etki tanımak yerinde bir uygulama olacaktır.

Buna karşın hükümlerin geçerliliklerine aynı zamanda haksız şartlar üzerinden yaklaşırsak karşımıza haksız şart olarak kabul edilebilecek EK-1 m. 1(a)⁸⁶¹(b)⁸⁶² ve

⁸⁵⁸ Ancak bu hükümsüzlük sözleşmenin genelini değil sadece sorumsuzluk anlaşmasını etkileyecektir, bkz. Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 425-426; Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, § 21 N 5.

⁸⁵⁹ Madde metninde sadece “borçlu” ifadesi geçmekteyse de doktrin maddenin getiriliş amacının zayıfı korumak olduğunu bu yüzden buradaki “borçlunun” iş ilişkisinin güçlü tarafı olan işvereni olamayacağını savunmaktadır, bkz. Eren, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 1232; Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 427-428. Eski kanunda hizmet sözleşmelerinden değil “*alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması*”dan bahsediliyordu. Maddenin yeni lafzına yöneltilen eleştiriler hakkında bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, § 21 N 3.

⁸⁶⁰ Oğuzman/Öz, **Borçlar Genel Hükümler**, s. 426.

⁸⁶¹ “Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, *sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldırarak veya sınırlayan şartlar*” (vurgu eklenmiştir).

⁸⁶² “Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini *tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçsüz şekilde sınırlayan şartlar*” (vurgu eklenmiştir).

(j)⁸⁶³ bentleri çıkmaktadır. Hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını kısıtlamak için sözleşmelerinde yer verdikleri bu hükümler son tahlilde kullanıcıların sağlayıcılara karşı sahip olabilecekleri hakları kısıtladıkları için her üç bent için sorunlu gözükmektedir.

Ancak bu sözleşmelere, en azından yeni bir özel düzenleme getirilene kadar, vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği daha önce de ifade edilmişti. Vekalet sözleşmeleri ise bir sonucun değil sadece özenle iş görme borcunun yüklenildiği sözleşmelerdir. TBK'daki vekalet sözleşmesi hükümlerine bakıldığında vekalet kapsamındaki iş görmenin “ayıplı görülmesi” gibi bir kuruma yer verilmediği görülür. Buna karşın TKHK m. 14 “ayıplı hizmet” kavramı altında tüketiciye karşı görülecek hizmetin sözleşmeye uygun olarak verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Doktrinde bir görüş en nihayetinde bir sonuç taahhüdü içermeyen vekalet sözleşmeleri bakımından tüketici hukukundaki ayıp hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadır⁸⁶⁴. Bu görüş kabul edilirse vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilen sağlayıcı ve kullanıcı arasındaki sözleşmeler içindeki bu hükümlere, sağlayıcının özenle hizmet verme borcundan sorumsuz olduğunu da yazmadığı sürece, geçerlilik tanınması gerekecektir. Zira bir vekalet sözleşmesinde de vekil özenli bir şekilde iş gördüğü sürece bir sonuç borçlanmaz, müvekkilin özenli iş görme faaliyetinin karşılığında çıkan sonucu “olduğu gibi” kabul etmesi gerekir.

Ancak kanaatimizce vekalet sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülün zaten mümkün olmaması dahi söz konusu hükümlerin EK-1'deki ilgili bentler ile uyumluluğunu sağlamaya yetmeyecektir. Zira bu hükümler genel olarak sağlayıcıların kullanıcıya karşı neredeyse bütün sorumluluğunu kaldırmayı hedeflemektedir. Eğer söz konusu hükümler sağlayıcının verdiği hizmetten doğabilecek her türlü zarardan dolayı sağlayıcının sorumlu olmadığını düzenliyorsa kanaatimizce bu hükümlerin haksız şart olarak değerlendirilmesi gerekir⁸⁶⁵. Ancak eğer söz konusu hükümler sağlayıcının verdiği hizmetin sadece olduğu gibi sunulacağını söylüyor ise bu hükümlerin vekalet sözleşmelerinin gereği olan bir hususu düzenlediği, sonuç olarak

⁸⁶³ “Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar”.

⁸⁶⁴ Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İÜHFM**, C. 67, S. 1-2, 2009 (Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi) s. 155-156.

⁸⁶⁵ Doktrinde de bir görüş sorumsuzluk anlaşmalarının müşterilere adeta dayatıldığı durumlarda genel işlem koşulları bakımından sıkı bir denetim yapılması gerektiğini savunmaktadır, bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, **Serozan Borçlar Genel**, § 21 N 4.

tüketici için bir hak kaybına neden olmayacakları için geçerli olacağını kabul etmek gerekir.

Burada temas edilmesi gereken önemli bir husus DCD'nin bu konuda bir düzenleme getirmiş olmasıdır. DCD giriş paragraflarında hizmet veya içerik karşılığında sadece kişisel verisini veren kişinin hizmette ayıp olması durumunda bedelde indirim hakkını kullanmayacağını söylemektedir. Ancak hizmet veya içerik karşılığında para ödeyen kullanıcılar DCD m. 14(6) uyarınca sadece önemli ayıplar için sözleşmeyi sona erdirebilecek iken kişisel veri sağlayanlar önemsiz ayıplarda bile sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahip olacaklardır⁸⁶⁶. Almanya DCD'yi iç hukukuna geçirirken BGB m. 327m(3) altında kullanıcının genel hükümlere göre tazminat da isteyebileceğini düzenlemiştir⁸⁶⁷. BGB m. 327n maddesinde bedelde indirim müessesesi düzenlenmiş ancak madde kapsamında kişisel veri ile ödeme yapmaya hiç temas edilmemiştir. Buna karşın aynı DCD gibi BGB m. 327m(2) sözleşmenin ancak önemli ayıplarda sona erdirilebileceğini ancak karşı edim olarak kişisel veri sağlanmışsa bu şartın uygulanmayacağını düzenlemiştir. Ancak DCD'nin (ve onu esas alarak getirilen diğer düzenlemelerin⁸⁶⁸) yukarıda izah edildiği gibi sözleşme hükümleri karşısında nasıl uygulanacağı henüz açıklığa kavuşturulmamıştır.

4. Kullanıcının Verdiği Verilerin Doğru Olmaması

Kullanıcının hizmet veya içeriğe erişmek için verdiği verilerin gerçeği yansıtmaması durumunda sözleşmenin nasıl etkileneceği hususu DCD tarafından düzenlenmiş değildir⁸⁶⁹. Ancak kişisel verinin karşı edim olarak kabul edilmesi bu sözleşmesel borcun hangi ölçüde zorla icra ettirilebileceği ve gereği gibi

⁸⁶⁶ DCD, **Giriş**, ¶67. Ancak doktrinde bir görüş tüketiciye sadece sözleşmeyi sona erdirme hakkının tanınmasını eleştirmiş ve bedelde indirim benzer biçimde sağlayıcının bazı verilere erişiminin kısıtlanması hakkının da kullanıcıya tanınması gerektiğini savunmuştur, bkz. Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 43. Bu görüş de doktrinde eleştirilmiştir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 333. Bedir daha sonraki bir çalışmada verilerin işlenmesinin kısıtlanması yerine ayıbın sürdüğü zaman dilimine denk bir zaman dilimi boyunca kullanıcıya verileri toplanmaksızın hizmet veya içerikten yararlanmaya devam etmeyi talep etme hakkının verilebileceğini önermiştir, bkz. Bedir, **Age of Big Data**, s.363.

⁸⁶⁷ Madde hakkında açıklamalar için bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 346-347.

⁸⁶⁸ Türk hukukunda DCD'yi iç hukuklarına geçiren Almanya ve Avusturya, yasama faaliyetleri esnasında DCD'nin boşluklarını yeterince dolduramadıkları çünkü kişisel verinin özellikli halleri düşünülmeden düzenlendikleri yönünde eleştirilmektedir, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 348, 351. Gerçekten de BGB'nin hükümleri incelendiğinde DCD'de de bulunan birkaç istisna dışında kişisel verinin karşı edim olarak sağlandığı sözleşmelere de tüketici korumasının uygulanmasının söylenmesinden dışında ayrıca kişisel verilerin nitelikli halleri dikkate alınarak bir düzenleme getirilmediği görülmektedir.

⁸⁶⁹ Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 238; Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 31.

sağlanmadığında ne gibi hukuki sonuçların doğacağı sorusunu doğurur⁸⁷⁰. Hatta doktrin bir adım daha atarak kullanıcının kendi verisi yerine başka birinin verisini vermesi durumunda nasıl hukuki sonuçların doğacağını da sorgulamıştır⁸⁷¹. Ayrıca daha önce de ifade edildiği gibi GDPR m. 5(1)(d) ve KVKK m. 4(1)(b) uyarınca veri işleme faaliyetinde verinin doğru olması esastır.

Her ne kadar kişisel verilerini hizmet veya içeriklerden ücret ödmeden yararlanmak için sağlamış olsa da kullanıcının verilerinin işlenmesine verdiği rızayı geri çekme hakkı her zaman mevcuttur. Bu başlık altındaki sorun ise bu hususa değil, kullanıcının rızasını geri çekmemesine rağmen kişisel verilerini sağlamaması veya yanlış veriler sağlaması, buna rağmen hizmeti kullanmaya devam etmesi durumudur. Doktrinde bir görüş, ilgili kişinin rızasını zaten her zaman geri çekebilecek olmasına atıfta bulunarak, verinin verilmemesi veya yanlış verilmesi durumlarında kullanıcının sorumluluğunun doğmaması gerektiğini, ancak bu durumu fark eden hizmet veya içerik sağlayıcının da kendi borçlarını ifa etmesinin ondan beklenemeyeceğini savunmuştur⁸⁷².

Kanaatimizce bu soruya genel geçer bir cevap verilmesi mümkün değildir çünkü farklı hizmet sağlayıcıların kişisel verinin doğruluğuna verdikleri önem birbirinden farklı olmaktadır. Örneğin Facebook Kullanım Koşullarından kullanıcıların gerçek hayatta kullandıkları isimleri kullanmaları gerektiği ve kendileri hakkında doğru bilgiler vermeleri gerektiği hükme bağlanmıştır⁸⁷³. Twitter ise Gizlilik Politikasında kullanıcıların isterlerse takma isimler kullanabileceğini söyleyerek Facebook'tan farklı bir yaklaşım getirmiştir⁸⁷⁴. TikTok hizmetlerden yararlanılırken oluşturulan hesaptaki bilgilerin doğru ve güncel olması gerektiğini ayrıca vurgulamıştır⁸⁷⁵.

Dolayısıyla kullanıcının hatalı veri sağladığı durumlarda yapılması gereken şey genel geçer bir sonuca varmak yerine önce sözleşmenin hükümlerine bakmaktır. Eğer sağlayıcı sözleşmede sağlanan verilerin doğru olmasını talep etmişse ancak buna

⁸⁷⁰ Spindler, **Scope of Application**, s. 194.

⁸⁷¹ Bedir, **Data As Counter-Performance**, s. 31. Ancak bu durumda zaten ilgili kişinin rızası ile ilgili bir sorun daha ortaya çıkacağı için bu başlık altında başka kişinin verisinin verilmesi sorunu incelenmeyecektir.

⁸⁷² Loos, **DCD in the Netherlands**, s. 240.

⁸⁷³ Facebook, **Hizmet Koşulları**, 3. Facebook'a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler, 1. Facebook'u kimler kullanabilir. Benzer bir hüküm için bkz. LinkedIn, **Kullanıcı Sözleşmesi**, 2. Obligations, 2.1 Service Eligibility.

⁸⁷⁴ Twitter, **Privacy Policy**, m. 1.1.

⁸⁷⁵ TikTok, **Kullanım Koşulları**, Your Account with Us.

rağmen kullanıcı hatalı veri sağlamışsa sağlayıcıdan hizmet veya içeriği sağlamaya devam etmesi beklenememelidir⁸⁷⁶. Doktrinde bir görüş ilgili kişi yanlış bilgi verdiğinde bunun TBK m. 112 uyarınca sözleşmeye bir aykırılık teşkil ettiğini bu yüzden hizmet veya içerik sağlayıcının tazminat talebinde bulunabileceğini savunmaktadır⁸⁷⁷. Buna karşın hizmet sağlayıcı bu hususta kullanıcıları serbest bırakmışsa bu durumda elbette kullanıcının yanlış veri vermiş olmasına hukuki bir sonuç bağlanmamalıdır⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ Bunun sağlayıcı için bir haklı nedenle fesih nedeni olduğu hakkında bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 281.

⁸⁷⁷ Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 279-280. Hatta yanlış verilerin aliud ifa olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz., Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 281.

⁸⁷⁸ Doktrinde bir görüş sözleşmede açıkça yer almasa da hukuki ilişkinin niteliği gereği hizmet veya içerikten yararlananların doğru veriler paylaşma yükümü altında olduğunu savunmaktadır, bkz. Akkanat-Öztürk, **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, s. 278.

SONUÇ

Verinin ve onun içinde bu çalışma içinde özel olarak ele alınan kişisel verinin merkezinde olduğu bir ekonomik düzenin etkileri dünyamızda her geçen gün çok daha hissedilebilir hale geliyor. Bu ekonomik düzende bir tarafta dijital hizmet ve içerik sağlayıcılar ürünlerini kitlelere onlardan parasal bir karşılık beklemeden kullanırken diğer taraftan onları çoğu zaman değerinin tam olarak farkında olmadıkları kişisel verilerini işliyorlar. Hukukumuz ise bu ilişkiyi bugün itibarıyla kişisel verileri koruma hukuku ile açıklamaya, tarafların menfaatlerini kişisel verilerin korunması ve kısmen genel olarak kişilik haklarının hukukuna göre dengelemeye çalışıyor. Bu yöntemin ne kadar yerinde ve ondan da önce ne kadar yeterli olduğu ise önemli bir tartışma konusudur.

Bu yöntemin neden bir tartışma konusu olduğunu ortaya koymak için bu çalışma ilk olarak kişisel veri kavramının niteliği açıklanmıştır. Daha sonra hukukumuzda ve AB hukunda veri koruma hukukunun getirdiği koruma rejiminin çerçevesi ele alınmıştır. Bu şekilde okuyucunun veri koruma hukukunun ilgili kişilere hangi hakları verildiği ve bu hakların kapsamı hakkında bilgilendirilmesi amaçlanmıştır. Birinci bölümün sonunda AB tüketici hukukunda kişisel veri ekonomisine yönelik yapılan güncel tartışmaların bir ürünü olan DCD yönergesi ve CRD yönergesindeki değişiklikler ele alınmıştır. Bu şekilde AB hukukunda artık ilgili kişilerin hakları korunurken sadece veri koruma hukuku değil, tüketici hukuku düzenlemelerine de başvurulmaya başlandığı ortaya konmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümü kişisel verinin bu sefer kişisel verilerin korunması hukukundaki mevcut yerini değil, sözleşme hukukunda alabileceği muhtemel yeri tartışmış ve bu bağlamda ortaya çıkabilecek sorunlara ışık tutmaya çalışmıştır. İlk olarak kişisel verilerin bir sözleşme ilişkisine konu olmasının hangi öncü sorunlara gebe olduğu ele alınmıştır. Bu sorunlar dört temel alt başlıkta ele alınmıştır: kişisel verilerin korunmasında hukuki sorunlar, etik sorunlar, ekonomik sorunlar, teknik sorunlardır. Bu kapsamda ilk olarak kişisel verilerin sadece özel hayatın gizliliği hakkı üzerinden tartışılmasının önemli bir eksiklik olduğu ortaya konmuştur. Daha sonra kişisel verilerin ticarileşmesinin etik bakımından kimileri için endişe verici olduğu ancak veri ekonomisinin gerçekleri göz önüne alındığında bu etik meselelerden kişisel verilerin sözleşme ilişkisine konu olmayacağı gibi mutlak bir yasak çıkartmanın doğru olmayacağı savunulmuştur. Üçüncü olarak kişisel verilerin doğasının verinin

değerinin tespiti, değerın kişiden kişiyeye ve hatta zamandan zamana göreceli olması, genellikle başka verilerle bir araya geldiğinde ekonomik değerini kazanması gibi bazı teknik özelliklerinin olduğu ve bunların dikkate alınması gerektiği söylenmiştir. Son olarak da kişisel veri piyasasının ekonomik koşullarının da özellikli olduğu, taraf ve toplum menfaatlerinin bu ekonomik gerçekler ışığında değerlendirilmesinin gerektiği izah edilmiştir.

Daha sonra kişisel verinin üzerindeki hakkın hukuki niteliği ele alınmıştır. Bu kapsamda doktrinde kişisel veri üzerindeki hakkın kişilik hakkı, mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyet hakkı olduğu görüşlerinin yanında kişisel verinin hukuki niteliğinin iş gücüne veya yönetim hakkına benzediğini söyleyen görüşler açıklanmıştır. Nihayetinde kişilik hakkı görüşünün ancak bu görüş kişisel verilerden ekonomik olarak yararlanmayı da tanıyacak biçimde genişletilirse benimsenebileceğini; bunun yanında görüşlerin şu anki kapsamı ışığında kişisel verinin iş gücüne benzetebileceği sonucuna varılmıştır.

İncelemelerimizin devamında kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmeler nitelendirilmeye çalışılmıştır. İlk olarak kişisel verinin konusu olduğu sözleşmelerin ivazlı sözleşmeler olduğu tespiti yapılmıştır. İkinci olarak kişisel verileri içeren sözleşmelerin özel sözleşme tiplerinin birinin içine girip giremeyeceği tartışılmıştır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek başlıca özel sözleşme tiplerinin sadece ilgili kısımları ilk olarak sadece mevcut hukukumuz bakımından ele alınmıştır. Daha sonra uygulamadaki sözleşmeler hakkında fikir sahibi olunması için bazı dijital içerik ve hizmet sağlayıcılarının kullandıkları sözleşmelerin hükümleri incelenmiştir. Nihayetinde bu sözleşmelerden vekalet sözleşmesi maddelerinin kıyasen uygulanabileceği ancak kişisel verilerin konusunu teşkil ettiği sözleşmelerin sui generis doğası nedeniyle özel bir düzenleme ihtiyacının olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer bir taraftan karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler ile yapılan kıyaslamalar neticesinde bu sözleşmelerin aynı zamanda birer tüketici işlemi niteliğinde olduğu tespitinde bulunulmuştur.

Daha sonra kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmelerin kurulması inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç olarak sağlayıcıların hizmet veya içeriklerini internet ortamına koymalarının bir öneri mahiyetinde olduğu tespitinde bulunulmuştur. Kullanıcıların bu hizmet veya içeriklere üye olmasının bir açık kabul beyanı

niteliğinde olduğu, kullanıcıların sadece salt bu hizmet veya içeriklere erişiminin örtülü kabul beyanı olamayacağı çünkü kullanıcıların çoğu zaman bağlanma iradelerinin bulunmadığı, ancak bunun hizmet veya içeriğin tasarımında sözleşme hükümlerine veya sözleşmenin varlığına yeterince göndermesi yapılmışsa güven teorisi uyarınca iradeyi ortaya koyan davranış olarak nitelendirilebileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine gösterdikleri rıza ile sözleşme hukuku bakımından kabul beyanı arasında bir paralellik kurulup kurulamayacağı tartışması yapılmış, bu iki beyanın niteliklerinin birbirinden oldukça farklı olduğu bu yüzden ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerektiği sonucuna varılmıştır. Toplumda bu hizmet ve içeriklerin aslında ücretsiz sağlanmadıklarına yönelik yükselen farkındalığın da bu hususu desteklediği tespiti yapılmıştır. Ancak son olarak sağlayıcılar ile kullanıcılar arasında bir irade uyuşmasının olup olmadığı ayrıca incelenmiştir. Zira sağlayıcılar bazen hizmet ve içeriklerinin “bedava” olduğunu sözleşmelerine yazmaktadır ancak bu hizmet ve içeriklerin karşılığında yine de kullanıcılardan kişisel verileri alınmaktadır. Başka bir deyişle bu hizmet ve içerikler “bedava” değildir. Buna karşın burada da güven teorisi uyarınca farazi de olsa bir irade uyuşması olduğu sonucuna varılmıştır.

Çalışmanın devamında kişisel verilerin karşı edimi olduğu sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin meseleler ele alınmıştır. İlk olarak kişisel veri koruma hukukuna aykırı biçimde düzenlenmiş sözleşme maddelerinin emredici nitelikte hükümlere aykırılık ve sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılmıştır. İkinci olarak veri işlemeye gösterilen rıza sözleşme hukuku bakımından kişilik haklarına aykırılık bakımından değerlendirilmiştir. Netice olarak kişilik haklarının özünü ihlal etmediği, diğer bir deyişle TMK m. 23(2) sınırlarını aşmadığı sürece kişilerin kişisel verilerini bir sözleşmenin karşı edimi olarak sunabilecekleri savunulmuştur. Kişisel verilerin konusunu teşkil ettiği sözleşmeleri geçersiz hale getirebilecek bir diğer durum kişilerin ehliyetinin eksik olması olabilir. Bu hususu incelemek için önce ehliyet bakımından kişilerin ayırımına bakılmıştır. Tam ehliyetsizler bakımından şayet bu sözleşmeden menfaatleri varsa yasal temsilcilerinin onlar adına hem verilerin işlenmesine rıza gösterebilecekleri hem de söz konusu sözleşmeleri onlar adına kurabilecekleri kabul edilmiştir. Sınırlı ehliyetsizlerin ise sağlayıcılar ile yapacakları sözleşmenin, bu sözleşmelerin ivazlı oldukları daha önce tespit edildiğinden, yasal temsilcilerinin onayına tabi olduğu savunulmuştur.

Verilerinin işlenmesine göstereceği rıza bakımından da, her ne kadar bu kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olsa da, sınırlı ehliyetsiz küçüklerin göstereceği rızanın yine yasal temsilcilerinin onayına tabi olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Takip eden bölümde kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları ve (bu sözleşmelerin tüketici işlemi oldukları tespit edildiğinden) haksız şartlar denetiminden geçmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda bu hizmet ve içerikler hakkında sözleşmelerin ivazlı olduğu tespiti yapıldığı için genel işlem koşulu ve haksız şartların bu sözleşmelere uygulanmasında bir engel olmadığı ortaya konmuştur. Hatta bu sözleşmelere “bedava” ifadesinin yazılmasının diğer bir taraftan haksız bir ticari uygulama olarak değerlendirilebileceği söylenmiştir. Bunun yanında bazı sözleşmelerin Türkçesinin bulunmamasının yeterli bilgilendirmenin yapılmadığı sonucuna varılabileceğinin altı çizilmiştir. Diğer bir taraftan Türkçe hazırlanmış sözleşme koşulları bakımından dahi etkin bir bilgilendirme çalışması içine girilmesinin gerektiği söylenmiştir. Genel işlem koşulları ve haksız şartlar her ne kadar tarafların ana borçlarına uygulanmasalar da kişisel veri sağlama borcu bakımından bunun uygulanmaması gerektiği, çünkü en azından şu an için tüketicilerin karşı tarafa sağladıkları kişisel verilerinin değerini tespit etmelerinin oldukça zor olduğu savunulmuştur. Ayrıca sağlayıcılara sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma imkanı veren sözleşme maddelerinin, bunlar kullanıcılar lehine kullanılmadıkları sürece TBK m. 24 uyarınca geçersiz olacağına işaret edilmiştir.

Söz konusu sözleşmelerin geçerliliğini etkileyebilecek diğer bir husus Türkçesi bulunmayan sözleşme maddelerinin 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanuna aykırılık nedeni ile geçersiz olmasıdır. Kanun kapsamında doktrinde yapılan tartışmalar çalışmaya alındıktan sonra Türkçesi bulunmayan bu sözleşmelerin doktrindeki bir görüş uyarınca geçersizlik tehlikesi altında olduğuna dikkat çekilmiştir.

Çalışmanın son başlığı altında kişisel verilerin karşı edimi olduğu sözleşmelerde çeşitli sözleşmeye aykırılık hallerinin nasıl ele alınabileceğini tartışılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak ilgili kişinin verilerinin işlenmesine ilişkin gösterdiği rızayı geri çekmesinin ve verilerin silinmesini talep etmesinin sözleşmeye etkisi ayrı ayrı tartışılmıştır. İlk olarak rızanın geri çekilmesi ileriye etkili olacağı için aslında taraflar

arasında bir dengesizliğe yol açmayacaktır çünkü sağlayıcı rıza geri çekilene kadar verilerden yararlanma imkanına sahip olmuştur, bu süre zarfında kullanıcı da hizmet veya içerikten yararlanmıştır. Bu yüzden karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi rızanın geri çekilmesinin sağlayıcıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını vermesi veya sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmesi taraf menfaatleri arasında uygun bir dengenin kurulmasını sağlar. Diğer taraftan verilerin silinmesinin talep edilmesi ayrıca ele alınmalıdır, çünkü bu sefer sağlayıcı karşılığında parasal bir ücret talep etmeden yararlandığı hizmet veya içeriklerinin karşılığında elde etmiş olduğu verileri de kaybedecektir. Ancak bu noktada da kullanıcıdan hizmet veya içerikten yararlanmasının karşılığını ödemesinin talep edilmemesi gerektiği savunulmuştur. Zira sağlayıcı bu hak kullanılana kadar veri işleme faaliyetinden yararlanabilmiştir. Ayrıca güncelliğini kaybeden verilerin maddi değerinin çok daha düşük olacağından hareketle kullanıcıyı verilerinin silinmesi karşılığında hizmet bedelini ödemeye mecbur bırakmanın çifte ödemeye neden olabileceği savunulmuştur. Daha sonra sağlayıcının hizmet veya içeriği sağlamaması durumunda kullanıcının hangi haklara başvurabileceği sorgulanmıştır. Uygulamadaki sözleşmelere bakıldığında bunların çoğunda sağlayıcılara sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkının verildiği, başka bir deyişle kullanıcıların hizmet veya içerik sağlanmadığında bir talepte bulunmalarının önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu maddelerin varlığı ilk olarak daha önce bu sözleşmeler ile vekalet sözleşmeleri arasında kurulan paralellik uyarınca da anlamlıdır zira vekalet sözleşmesinde de iki taraf da sözleşmeyi bir sebep göstermeksizin sona erdirebildiği için anlamlıdır. Ancak bu maddelerin geçerliliği genel işlem koşulları ve haksız şartlar bağlamında dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınması gerekir. Sözleşmelerde çoğu zaman kullanıcılara da sözleşmeyi tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verildiği için bu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sonuca varılacaktır. Kişisel verinin karşı edimi olduğu sözleşmeler altında verilmesi gereken hizmetlerin veya içeriklerin olması gerektiği gibi sağlanması durumunda kullanıcının haklarının tartışılması gerekir. Sözleşmelerin çoğunda sağlayıcılar sorumluluklarını dışlayıcı maddelere yer vermektedirler. Bu maddelerin geçerliliği ilk olarak TBK m. 115 uyarınca sorumsuzluk anlaşmaları kapsamında değerlendirilmiş ve bunların sağlayıcıların hafif kusurlarından sorumlu olmayacakları biçimde anlaşılabilirliği sonucuna varılmıştır. İkinci olarak bu maddelerin haksız şartlar bakımından akıbeti tartışılmıştır. Bir taraftan bu sözleşmelere kıyasen vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacağına göre, sağlayıcının özenli biçimde hareket

etmesinin borcunun gereğini yerine getirmek için yeterli olacağını kabul etmek gerekir. Ancak sağlayıcının bütün zararlardan sorumluluğunu dışlayacak biçimde hazırlanan sözleşme maddeleri haksız şart denetiminden geçemeyecektir. Son olarak kullanıcı tarafından yanlış verilerin sağlanmasının sözleşmeye etkisi ele alınmıştır. Bu hususta farklı sağlayıcıların sözleşmelerinde bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bazı sağlayıcılar mutlaka doğru bilgiler kullanılmasını talep ederken, bazıları doğru olmayan bilgilerle hizmet veya içeriklerinden yararlanılmasına izin vermektedir. Bu yüzden bu konuda genel geçer bir sonuca varmak yerine kullanıcı ile sağlayıcı arasındaki sözleşmenin hükümlerinin değerlendirilmesi daha doğru gibi gözükmektedir.

Bu çalışma altında münhasıran kişisel veriler ele alınmışsa da veri ekonomisi sadece kişisel verileri değil, her türlü verinin işlenmesini ve bunlardan yararlanılmasını ilgilendirir. Günümüzde ekonomik gelişimin daha etkin ve verimli olmasında veri ekonomisinin ne kadar büyük bir payı olacağı artık tartışma kabul etmeyen bir husustur. Bu yüzden veri ekonomisinin artık her boyutuyla ele alınması ve hakkaniyetli bir ekonomik düzenin tesis edilmesi hayati önem taşımaktadır. Umudumuz bu çalışmanın hukukumuzca yeterince mercek altına alınmayan veri ekonomisinin gerçeklerine biraz da olsa dikkat çekebilmesi ve konunun öneminin anlaşılmasına yardımcı olabilmesidir.

KAYNAKÇA

- AKGÜN** Mustafa **La Legitimite Democratique Des Autorites Administratives Independantes: Reflexions Sur La Cnll Et Kvkk**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, Aralık 2022 (Reflexions Sur La Cnll Et Kvkk)
- AKINCI** Şahin **Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya: Sayram Yayınları, Aralık 2004 (Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi)
- AKKANAT-ÖZTÜRK** Elif Beyza **Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler**, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Aralık 2022 (Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler)
- AKKURT** Sinan Sami “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 2, S. 1, 2020, (Kişisel Verinin Niteliğine Mukayeseli Bakış)
- AKSOY** Hüseyin Can **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakları Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Bası, Ankara: Çakmak, Mart 2010 (Kişilik Hakları ve Kişisel Verilerin Korunması)
- AKSOY** Hüseyin Can “Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009 (Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu)
- ALIŞKAN** Murat “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, 2005 (Türkçe Kullanma Zorunluluğu) s. 350-351.
- AL-KHOURI** Ali M. “Data Ownership: Who Owns 'My Data'?", **International Journal of Management & Information Technology**, Vol. 2, No. 1, November 2012 (Who Owns 'My Data')
- ALLCOTT** Hunt/**GENTZKOW** Matthew “Social Media and Fake News in the 2016 Election”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol 31., No. 2, Spring 2017

- ALTAŞ Hüseyin** **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Medeni Hukuk)
- ALTINDERE Murat** **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması**, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması)
- ANTALYA Gökhan** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Birinci Basıya Ek Tıpkı Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, Eylül 2016 (Borçlar Genel Hükümler I)
- ANTALYA Gökhan/TOPUZ Murat** **Medeni Hukuku (Giriş, Temel Kavramlar ve Başlangıç Hükümleri)**, 2. Baskıya ek 1. tıpkı basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017 (Medeni Hukuk)
- ARRIETA-IBARRA Imanol/GOFF Leonard/JIMÉNEZ-HERNÁNDEZ Diego/LANIER Jaron/WEYL E. Glen** “Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond “Free””, **American Economic Association Papers and Proceedings**, Vol. 108, May 2018 (Moving Beyond “Free”)
- ASLAN İ. Yılmaz** **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, Temmuz 2015 (Tüketici Hukuku)
- AYAN Mehmet** **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016 (Borçlar Hukuku)
- AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan** **Tüketici Hukuku**, Birinci Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, Ocak 2021 (Tüketici Hukuku)
- AYDOĞDU Murat** **Tüketici Hukuku Dersleri**, Birinci Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015 (Tüketici Hukuku Dersleri)
- BAYGIN Cem/NAR Ahmet** **Medeni Hukuk Dersleri-I (Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku)**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022 (Medeni Hukuk Dersleri)
- BAYSAL Başak** “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İÜHFİM**, C. 75, S. 1, 2017 (Cayma Hakkı)
- BAYSAL Mustafa** **KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2022 (KVKK El Kitabı)

- BAYTAR** Erbil **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha, Ekim 2018 (İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması)
- BEALE** Hugh “Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment in-depth analysis”, **European Parliament**, Directorate-General for Internal Policies of the Union, 2015. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/679216> (Contracts In The Digital Environment)
- BEALE** Hugh "Digital Content Directive and Rules for Contracts on Continuous Supply", **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Rules for Contracts on Continuous Supply)
- BEDİR** Cemre “Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and The GDPR Conflict”, Advanced LL.M. In European & International Business Law Thesis, Leiden University, 2017/2018 (Data As Counter-Performance)
- BEDİR** Cemre “Contract Law in the Age of Big Data”, **European Review of Contract Law**, Vol. 16, No. 3, 2020 (Age of Big Data)
- BERNSTEIN** Erin/**LEE** Theresa J. “Where The Consumer Is The Commodity: The Difficulty With The Current Definition Of Commercial Speech”, **Michigan State Law Review**, Vol. 39, 2013 (Consumer Is The Commodity)
- BHAIMIA** Sahar “The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection”, **Legal Information Management**, Vol. 18, S. 1, 2018 (GDPR)
- BIBAS** Steven A. “Contractual Approach to Data Privacy”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol: 17, No: 2, Spring, 1994, HeinOnline (Contractual Approach to Data Privacy)
- BOERDING** Andreas/**CULIK** Nicolai/**DOEPKE** Christian/**HOEREN** Thomas/**JUELICHE** R Tim/ **ROETTGEN** Charlotte/**SCHOENFELD** Max V. “Data Ownership—A Property Rights Approach from a European Perspective”, **Journal of Civil Law Studies**, Vol. 11, No. 2, 31.12.2018 (A Property Rights Approach)

- BYGRAVE Lee A./ TOSONI Luca** “Article 4(1). Personal data”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), Oxford: Oxford University Press, First Edition 2020 (GDPR Commentary Article 4(1))
- BYGRAVE Lee A./ TOSONI Luca** “Article 4(11). Consent”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 4(11))
- CHERPILLOD Ivan** **L’objet du droit d’auteur**, Lausanne: CEDIDAC, 1985 (L’objet du droit d’auteur)
- CHRITA Anca D.** “Data-Driven Mergers under EU Competition Law”, **The Future of Commercial Law: Ways Forward for Harmonisation** (editörler: John Linarelli & Orkun Akseli), Oxford: Hart, 1. Bası, Ağustos 2019 (Data-Driven Mergers)
- CNNum** “Neutralité Des Plateformes: Réunir Les Conditions D’un Environnement Numérique Ouvert Et Soutenable”, Mai 2014, https://cnnumerique.fr/files/2017-09/CNNum_Rapport_Neutralite_des_plateformes.pdf (erişim tarihi: 03.09.2022) (**Neutralité des plateformes**)
- CONFESSORE Nicholas** “Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far”, **The New York Times**, 4 Nisan 2018, <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html> (erişim tarihi: 5.7.2022)
- COULTER Martin** “YouTube is a powerhouse for Google, with revenue up 46% to almost \$7 billion”, **INSIDER**, 3 Şubat 2021, <https://www.businessinsider.com/youtube-google-revenue-results-covid-19-2021-2> (erişim tarihi: 12.02.2022)
- CPIL** “Comments by the Centre for Information Policy Leadership on the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on the right to data portability” adopted on 13 December 2016”, 15 Şubat 2017, https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_comments_on_wp29_data_portability_guidelines_15_february_2017.pdf (erişim tarihi: 17.04.2023)
- ÇEKİN Mesut Serdar** “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) Ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. 74, S. 2, 2016 (Büyük Veri ve İrade Serbestisi)

- ÇEKİN** Mesut Serdar **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Temmuz 2020 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku)
- ÇETİNER** Bilgehan/
FURRER Andreas/
MULLER-CHEN Markus **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha, Ağustos 2022 (Genel Hükümler)
- DE FRANCESCHI** Alberto “Personal Data as Counter-Performance”, **Privacy and Data Protection in Software Services** (editörler: Roberto Senigaglia/ Claudia Irti/ Alessandro Bernes), Springer, 2022 (Personal Data as Counter-Performance)
- DENİZ** İlknur **Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu Ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması)
- DERYAL** Yahya/**KORKMAZ** Yakup **Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı**, Üçüncü Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2015 (Tüketici Hukuku)
- DEUTSCH** Alison L. “WhatsApp: The Best Meta Purchase Ever?”, 8 Şubat 2022, <https://www.investopedia.com/articles/investing/032515/whatsapp-best-facebook-purchase-ever.asp> (erişim tarihi: 12.02.2022)
- DEVELİOĞLU** Hüseyin Murat **6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Aralık 2017 (Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü)
- DİNÇ** İlhan “İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılmasına Dair Kanuna İlişkin Güncel Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 44, 2020 (İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması)
- DOCKSEY** Christopher “Article 24. Responsibility of the controller”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher

Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 24)

- DRECHSLER Laura** “Data As Counter-Performance: A New Way Forward or A Step Back For The Fundamental Right of Data Protection?”, **Datenschutz / LegalTech - Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2018: Data Protection / LegalTech - Proceedings of the 21st International Legal Informatics Symposium**, 22 Şubat 2018 (Data As Counter-Performance)
- DREXL (et al.) Josef** “Data Ownership and Access to Data”, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series, No. 16-10, 2016 (Data Ownership and Access to Data)
- DREXL Josef** **Data Access and Control In The Era Of Connected Devices**, Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC, https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf (erişim tarihi: 5.8.2022) (Connected Devices)
- DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan** **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 19. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, Ekim 2021 (Kişiler Hukuku)
- DURAL Mustafa/SARI Suat** **Türk Özel Hukuku Cilt 1 (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri)**, 16. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021 (Temel Kavramlar)
- DÜLGER Murat Volkan** **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Hukuk Akademisi, Kasım 2019 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku)
- DÜLGER Murat Volkan** “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 2, Temmuz 2019 (Genel Veri Koruma Tüzüğü)
- ECONOMIST** Special Report: The Data Economy, **The Economist**, (The Data Economy) 22 Şubat 2020
- EDPS** “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content”, 14 Mart 2017, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (erişim tarihi: 17.08.2022) (Opinion 4/2017)

- EFRONI Zohar** “Gaps and Opportunities: The Rudimentary Protection to 'Data-Paying Consumers' under New EU Consumer Protection Law”, *Weizenbaum Series*, 2020, <https://doi.org/10.34669/wi.ws/4> (Gaps and Opportunities)
- EFRONI Zohar** “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, **Smart Urban Mobility. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law** (editörler: Michèle Finck, Matthias Lamping, Valentina Moscon & Heiko Richter), Vol. 29, Berlin: Springer, 29 September 2020 (Location Data as Contractual Counter-Performance).
- ELVY Stacy-Ann** “Paying for Privacy and the Personal Data Economy”, **Columbia Law Review**, Vol. 117, No. 6, October 2017 (Paying For Privacy)
- ERCOSKUN ŞENOL H. Kübra** “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: Tbk m. 27”, **İÜHFİM**, C. 74, S. 2, 2016 (Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü)
- ERDOĞAN Canan** “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.21, S.2, 2019 (Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması)
- EREN Fikret** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Borçlar Genel Hükümler)
- ESEN Emre** “İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi”, **Public and private international law bulletin**, C. 40, S. 1, 2020 (Mecburi Türkçe Kullanımı ve Tahkim Anlaşması)
- EUROPEAN COMMISSION** “DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council”, Haziran 2014 (DG Justice)
- EUROPEAN COMMISSION** “Communication From The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social

- Committee and The Committee of The Regions A European Strategy For Data”, Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 66 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN> (A European Strategy For Data)
- EUROPEAN COMMISSION** “Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights”, 29.12.2021, C 525/1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from=EN) (erişim tarihi: 20.04.2023) (Guidance on CRD)
- EUROPEAN COMMISSION** “Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, 2021/C 526/01, 29.12.2021, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)) (Guidance on UCPD)
- EUROPEAN COMMISSION** “Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions "Building A European Data Economy"”, Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 9 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN> (Building A European Economy)
- EUROPEAN PARLIAMENT** “Contracts for the supply of digital content and personal data protection”, 15.05.2017, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI\(2017\)603929_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603929/EPRS_BRI(2017)603929_EN.pdf) (Contracts For The Supply Of Digital Content)
- European Agency for Fundamental Rights (FRA)** **Union for** **Handbook on European data protection law**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018 (Handbook on European Data Protection Law)
- EVRENSEL Halil Alperen** **Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Telif Hakları Sözleşmesi)
- FRANZ Werro** “La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit des médias”, **Medialex**, 2002, (La Tentation Des Dommages-Intérêts Punitifs)
- GÖÇMEN UYARER Sinem** **Kişisel Verilerin Korunması**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması)

- GRAHAM** Megan “Microsoft says LinkedIn topped \$3 billion in ad revenue in the last year, outpacing Snap and Pinterest”, **CNBC**, 27 Nisan 2021, <https://www.cnbc.com/2021/04/27/microsoft-linkedin-topped-3-billion-in-ad-revenue-in-last-year.html> (erişim tarihi: 12.02.2022)
- GÜMÜŞ** Alper **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Cilt 1)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014 (TKHK Şerhi)
- GÜMÜŞ** Mustafa **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Genel Hükümler)
- GÜNEŞ** İlhami **Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022 (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku)
- GÜVEN** Kudret “Eksik Borçlar, Temel Özellikleri İle Hüküm ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2016 (Eksik Borç)
- HACKER** Philipp “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Regulating the Economic Impact of Data)
- HATEMİ** Hüseyin **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1999 (Özel Bölüm)
- HATEMİ** Hüseyin/
GÖKYAYLA Emre **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2012 (Borçlar Genel Hükümler)
- HELBERGER** Natali
/ZUIDERVEEN
BORGESIU
Frederik/REYNA
Agustin “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law” (Taslak çalışmadır, son metin için bkz. Common Market Law Review, Vol. 54, No. 5, 2017, s. 1427-1465), <https://ssrn.com/abstract=3048844> (The Perfect Match)
- HIJMANS** Hielke “Article 1. Subject- matter and objectives”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 1)

- ISKANDER Mario** “Blockchain: The Future of All Data”, **Intellectual Property and Technology Law Journal**, Vol. 22, No. 1, Fall 2017 (Future of All Data)
- JACQUEMIN Hervé** “Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law”, **JIPITEC**, Vol. 27, 2017 (DCD Under EU and Belgian/French Law)
- JANEČEK Václav** “Ownership of personal data in the Internet of Things”, **Computer Law & Security Review**, Vol. 34, Issue 5, October 2018 (Ownership of Personal Data)
- JANEČEK Václav/ MALGIERI Gianclaudio** “Data Extra commercium”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Data Extra commercium)
- KAPANCI Berk** “Özel Hukuk Perspektifinden Büyük Veri: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile Uyumluluk ve Büyük Veriyi Konu Alan Sözleşmesel İlişkiler Üzerine Bir Değerlendirme”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri**, (editörler: Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk), İstanbul: Oniki Levha, 1. Bası, Aralık 2021 (KVKK ve Sözleşmeler)
- KARAHASAN Mustafa Reşit** **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 1. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1992 (Türk Borçlar Hukuku)
- KARASU Rauf/SULUK Cahit/NAL Temel** **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021 (Fikri Mülkiyet Hukuku)
- KAYA İslam Safa/TOLUN Yüksel** **Türkiye’de, Avrupa’da Ve California’da Kişisel Verilerin İşlenmesi**, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2022 (Türkiye’de, Avrupa’da Ve California’da Kişisel Verilerin İşlenmesi)
- KAYA Mehmet Bedii** “Büyük Verinin Hukuki Boyutları”, **Büyük Veri Ve Açık Veri Analitiği: Yöntemler Ve Uygulamalar** (editörler: Şeref Sağıroğlu/Orhan Koç), Ankara: Grafiker Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2017 (Büyük Veri Ve Açık Veri Analitiği)
- KILIÇOĞLU Ahmet** **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 21. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi, Eylül 2017 (Genel Hükümler)
- KILIÇOĞLU Ahmet** **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Nisan 2021 (Özel Hükümler)
- KILIÇOĞLU Ahmet M.** **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017 (Fikri Haklar)

- KIM** Tae Wan/**LEE** Joocho/**XU** Joseph/**ROUTLEDGE** Bryan
 “Data and Manure: Are Data Subjects Investors?”, **Berkeley Business Law Journal**, Vol. 18, No. 1, 2021 (Data and Manure)
- KIRCA** Çiğdem
 “İnternette Sözleşme Kurulması”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)**, Aralık 2000, c. XX, S. 4 (İnternette Sözleşme Kurulması)
- KOCAYUSUFPASA OĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017 (Borçlar Genel Hükümler)
- KOSTA** Eleni
 “Article 8. Conditions applicable to child’s consent in relation to information society services”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 8)
- KOSTA** Eleni
 “Article 7. Conditions for consent”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 7)
- KOTSCHY** Waltraut
 “Article 6. Lawfulness of processing”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 6)
- KRANENBORG** Herke
 “Article 17. Right to erasure (‘right to be forgotten’), **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 17)
- KORFF** Douwe
 “EC Study On Implementation of Data Protection Directive (Study Contract ETD/2001/B5-3001/A/49) - comparative

summary of national laws”, Cambridge, 2002, <https://gegevensbeschermingsrecht.nl/onewebmedia/douwe.pdf> (erişim tarihi: 16.05.2023).

KRYLA-CUDNA
Katarzyna

“Consumer contracts and the Internet of Things”, **Research Handbook in Data Science and Law** (editörler: Vanessa Mak/ Eric Tjong Tjin Tai/ Anna Berlee), Cheltenham/Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2018 (Consumer Contracts and the IoT)

KULL Irene

“Transposition Of The Digital Content Directive (EU) 2019/770 Into Estonian Legal System”, **JIPETEC**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Transposition of DCD Into Estonian Law)

KUNER Christopher

“Article 44. General principle for transfers”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 44)

KURŞAT Zekeriya

“Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, **İÜHFM**, C. 67, S. 1-2, 2009 (Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi)

KÜZECİ Elif

Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Ankara: Turhan, Şubat 2018 (Kişisel Verilerin Korunması)

KÜZECİ Elif

Kişisel Verilerin Korunması, Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Anabilimdalı, 2010 (Kişisel Verilerin Korunması)

KVK Kurumu

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Ve Uygulaması, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>, (KVKK ve Uygulaması)

KVK Kurumu

Kişisel Verilerin Korunması Kanuna İlişkin Uygulama Rehberi, Ankara, Aralık 2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi> (KVKK Uygulama Rehberi)

KVK Kurumu

Madde Ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) Ve Kişisel Verilerin Korunmasına

İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara: KVKK Yayınları, Mart 2019 (Bilgi Notu)

- KVK Kurumu** **Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)**, Ankara: KVKK Yayınları, Ocak 2018, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf (Kişisel Veri Güvenliği Rehberi)
- KVK Kurumu** **Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi**, Ankara, Nisan 2019, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5394/Aydinlatma-Yukumlulugunun-Yerine-Getirilmesi-Rehberi> (erişim tarihi: 11.04.2023) (Aydınlatma Yükümlülüğü Rehberi)
- KVK Kurumu** **Açık Rıza**, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> (erişim tarihi: 11.04.2023) (Açık Rıza)
- KVK Kurumu** **Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber**, Haziran 2022, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/fb193dbb-b159-4221-8a7b-3addc083d33f.pdf> (erişim tarihi: 07.10.2022) (Çerez Uygulamaları)
- LANGHANKE Carmen/SCHMIDT-KESSEL Martin** “Consumer Data as Consideration”, **Journal of European Consumer and Market Law**, Vol. 4, Issue 6, 2015, s. 220 (naklen: Helberger/Zuiderveen Borgesius/ Reyna, **The Perfect Match**, s. 26)
- LAPUENTE Sergio Cámara** “Termination of the Contract for the Supply of Digital Content and Services, and Availability of Data: Rights of Retrieval, Portability and Erasure in EU Law and Practice”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Termination of the Contract)
- LAURYNAS Didziulis** "EU Digital Content Directive and Evolution of Lithuanian Contract Law", **JIPITEC**, Vol. 12, No. 2, April 2021 (Lithuanian Contract Law)
- LINZER Peter** “Contract as Evil”, **Hastings Law Journal**, Vol. 66, Issue 4 (Contract as Evil)
- LOHSSE Sebastian/SCHULZE Reiner/STAUDENMAYER Dirk** “Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0? An Introduction”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Contract Law 2.0)

- LOOS** Marco B. M. "The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands," **JIPITEC**, Vol. 12, No. 2, April 2021, (DCD in the Netherlands)
- LYNSKEY** Orla "Article 20. Right to data portability", **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 20)
- MAK** Vanessa "Contract and consumer law", **Research Handbook in Data Science and Law** (editörler: Vanessa Mak/ Eric Tjong Tjin Tai/ Anna Berlee), Cheltenham/Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2018 (Contract And Consumer Law)
- MALAURIE** Philippe/**AYNÉS** Laurent/**GAUTIER** Pierre-Yves **Droit Des Contrats Spéciaux**, 8e édition, Issy-les-Moulineaux: Lextenso éditions 2016 (Droit Des Contrats Spéciaux)
- MALAURIE** Philippe/**AYNÉS** Laurent/**STOFFEL-MUNCK** Philipp **Les Obligations**, 2. Bası, Paris: Répertoire Defrénois, 2005 (Les Obligations)
- MALİ** Prashant **GDPR Articles With Commentary & EU Case Laws**, CyberInfomedia, https://archive.org/details/GDPRArticlesWithCommentaryEUCaseLaws_201904/page/n3/mode/2up (erişim tarihi: 6.7.2022).
- MCDONALD** Aleecia M./**CRANOR** Lorrie Faith "The Cost of Reading Privacy Policies", **I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, Vol. 4, No. 3, 2008 (Cost of Reading)
- METZGE** Axel "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", **JIPITEC**, Vol. 9, No. 1, May 2018 (Data-Related Aspects)
- EFRONI** Zohar/**MISCHAU** Lena/**METZGER** Jakob
- METZGER** Axel "Data as Counter-Performance What Rights and Duties do Parties Have?", **JIPITEC**, Vol: 8, S: 1, 2017 (Data as Counter-Performance)
- METZGER** Axel Axel Metzger, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk

- Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (A Market Model for Personal Data)
- MEYER David** “European Commission, experts uneasy over WP29 data portability interpretation”, 25 Nisan 2017, <https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation-1/> (erişim tarihi:17.04.2023).
- MIDOROVIC Sloboda D./SEKULIC Milos B.** “A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services”, Zbornik Radova, Vol. 53, No. 3, 2019 (New Function of Personal Data)
- MIK Eliza** “Contracts Governing The Use of Websites”, **Singapore Journal of Legal Studies**, Vol. Mar, 2016 (Use of Websites)
- MULLER Christoph** **Contrats De Droit Suisse Présentation Systématique Des Contrats Les Plus Importants En Pratique**, Stämpfli Verlag AG, 2021 <https://www.swisslex.ch/fr/recherche/search/new> (Contrats De Droit Suisse)
- NOMER Ergin** **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, Ekim 2017 (Devletler Hususi Hukuku)
- NOMER Haluk N.** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021 (Genel Hükümler)
- OĞUZMAN Kemal/ BARLAS Nami** **Medeni Hukuk**, 27. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2022 (Medeni Hukuk)
- OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2022 (Borçlar Genel Hükümler)
- OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe** **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2021 (Kişiler Hukuku)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice** **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003 (Elektronik Sözleşmeler)
- ÖZKAN Oğulcan** **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Yetkin, 2020 (Kişisel Verilerin Korunması)

- ÖZTAN Bilge** **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021 (Gerçek Kişiler)
- ÖZTAN Fırat** **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, Kasım 2008 (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku)
- ÖZTÜRK Bahri/ ALTINOK ÇALIŞKAN Elif/ SEYHAN Serkan** **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı**, Ankara: Seçkin, 2. Baskı, 2022 (Kişisel Verilerin Korunması Hukuku)
- PERLINGIERI Carolina** "Data as the Object of a Contract and Contract Epistemology." **Italian Law Journal**, Vol. 5, No. 2, 2019 (Data as the Object of a Contract)
- POSNER Eric A./ WEYL E. Glen** **Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society**, Princeton University Press, 2018, (Radical Markets)
- PRINS Corien** "When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter." **SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society**, Vol. 3, No. 4, December 2006 (Personal Data Become a Commodity)
- PURTOVA Nadezhda** "Property rights in personal data: Learning from the American discourse", **Computer Law & Security Review**, Vol. 25, Issue 6, 2009 (Property Rights In Personal Data)
- RADICALXCHANGE** "Data Freedom Act", 2020, <https://www.radicalxchange.org/media/papers/data-freedom-act.pdf> (Data Freedom Act)
- REES Christopher** "Who owns our data?", **Computer Law & Security Review**, Vol: 30, Issue: 1, Şubat 2014 (Who Owns Our Data)
- REİSOĞLU Safa** **Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 25. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014 (Genel Hükümler)
- REİSOĞLU Safa** **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012 (Borçlar Genel Hükümler)
- RESTA Giorgio** "The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives", **Tulane European & Civil Law Forum**, Vol. 26, 2011 (Personality Rights and the Problem of Commodification)

- RHOEN** Michiel “Beyond consent: improving data protection through consumer protection law”, **Internet Policy Review**, Vol. 5, Issue 1, 31 March 2016 (Beyond Consent)
- RICHTER** Stepan "Supply of Digital Content and Services - New Legal Concepts Marred with Old Practical Problems," **Teises Apzvalga Law Review**, Vol. 24, No. 2, 2021 (New Legal Concepts)
- ROCHFELD** Judith “Contre L’hypothèse De La Qualification Des Données Personnelles Comme Des Biens”, **Les Biens Numériques** (editörler: Emmanuel Netter/ Aurore Chaigneau), Collection Colloques, 2015, <https://univ-droit.fr/recherche/actualites-de-la-recherche/parutions/18832-les-biens-numeriques> (erişim tarihi: 03.09.2022) (**Qualification Des Données Personnelles**)
- SCHMIDT-KESSEL** Martin “Right to Withdraw Consent to Data Processing –The Effect on the Contract”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Consent Withdrawal and the Contract)
- SÉNÉCHAL** Juliette “Article 16(2) of the ‘Digital Content and Digital Services’ Directive on the Consequences of Termination of Contract, or the Difficult Articulation between Union Law on Consumer Contract and Union Law on the protection of Personal Data”, **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Consequences of Termination)
- SEROZAN** Rona **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017 (Çocuk Hukuku),
- SEROZAN Rona /BAYSAL Başak/SANLI Kerem Can** **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Gözden geçirilmiş 8. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2022 (Serozan Borçlar Genel)
- SEROZAN Rona /BAYSAL Başak/SANLI Kerem Can** **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, 4. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayınları, Ocak 2019 (Özel Bölüm)
- SEROZAN Rona/ ENGİN İlkey / ATAMER Yeşim M.** **Serozan Medeni Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Ekim 2022 (Medeni Hukuk)

- SHARMA Sanjay** **Data Privacy and GDPR Handbook**, New Jersey: Wiley, 2020 (GDPR Handbook)
- SOLOVE Daniel J.** "Introduction: Privacy Self-Management And The Consent Dilemma", **Harvard Law Review**, Vol. 126: 1880 (Consent Dilemma)
- SPINDLER Gerald** "Contracts for the Supply of Digital Content - Scope of Application and Basic Approach - Proposal of the Commission for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content." **European Review of Contract Law**, Vol. 12, No. 3, 2016 (Scope of Application)
- SÜZEK Sarper** "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 1, 2014.
- ŞANLI Cemal/ ESEN Emre /ATAMAN-FİĞENMEŞE İnci** **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020 (Milletlerarası Özel Hukuk)
- TANDOĞAN Haluk** **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Cilt 1**, Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008 (Özel Borç İlişkileri Cilt 1)
- TAŞTAN Furkan Güven** **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017 (**Sözleşme Hukukunda Kişisel Veriler**)
- TEKİNALP Ünal** **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Dördüncü Bası, İstanbul: Arıkan, 2005 (Fikri Mülkiyet Hukuku)
- TEKİNAY Selahattin Sulhi** **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1974 (Borçlar Hukuku)
- TEKİNAY Selahattin Sulhi** **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Altıncı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997 (Medeni Hukuk ve Gerçek Kişiler Hukuku)
- TELLIS Shannon** "Data is the 21st century's oil, says Siemens CEO Joe Kaeser", **The Economic Times**, 24 Mayıs 2018, <https://economictimes.indiatimes.com/magazines/panache/data-is-the-21st-centurys-oil-says-siemens-ceo-joe-kaeser/articleshow/64298125.cms?from=mdr> (erişim tarihi: 12.02.2022)

- TENE Omer** “Privacy Law’s Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws”, **Ohio State Law Journal**, Vol. 74:6, 2013 (Privacy Law’s Midlife Crisis)
- TENE Omer** “Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Vol. 11, Issue 5 (Big Data for All)
- POLONETSKY Jules**
- TERCIER Pierre/ PICHONNAZ Pascal/ DEVELİOĞLU Murat** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, Eylül 2020 (Genel Hükümler)
- TERWANGNE Cécile de** “Article 5. Principles relating to processing of personal data”, **The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary** (editörler: Christopher Kuner/Lee A. Bygrave/Christopher Docksey, yardımcı editör: Laura Drechsler), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2020 (GDPR Commentary Article 5)
- THIMMESCH Adam B.** “Transacting in Data: Tax, Privacy, and the New Economy”, **Denver Law Review**, Vol. 94, No. 1, Winter 2016 (Transacting in Data)
- TURAN Metin** **Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması**, Dördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2021 (Karşılaştırmalı Hukukta KVK)
- TWIGG-FLESNER Christian** ““Disruptive Technology - Disrupted Law? How The Digital Revolution Affects (Contract) Law””, **European Contract Law and the Digital Single Market** (editör: A. De Franceschi), 1. Baskı, Intersentia, 2016, <https://ssrn.com/abstract=3039952> (Disruptive Technology and Law)
- UÇAK Murat** “Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 1, 2020 (Çocuğun Rızası)
- VAN ERP Sjef** “Management as Ownership of Data” **Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?** (editörler: Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer), 1. Baskı, Almanya: Nomos, 2020 (Management as Ownership of Data)
- VAN LIESHOUT Marc** “The Value of Personal Data”, **IFIP Advances in Information and Communication Technology (Conference Paper)**, Mayıs 2015, (Value of Personal Data)

- VERSACI** Giuseppe “Personal Data and Contract Law: Challenges and Concerns about the Economic Exploitation of the Right to Data Protection”, **European Review of Contract Law**, Vol. 4, Issue: 4, 1 December 2018 (Challenges and Concerns)
- VICTOR** Jacob M. “The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy”, **The Yale Law Journal**, Vol. 123, No. 2, November 2013 (Property Regime for Protecting Data Privacy)
- VISSER** Bram “The Facebook:WhatsApp merger case. European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control?”, Thesis for: Master in International and European Law, Ağustos 2017.
- WP29** “Guidelines on The Implementation of The Court of Justice of The European Union Judgment on “Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12”, 14/EN WP 225, 26 Kasım 2014 (Implementation of AEPD)
- WP29** “The Future of Privacy: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data”, 02356/09/EN WP 168, 01.12.2009, (The Future of Privacy)
- WP29** “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, 17/EN WP251rev.01, 3 Ekim 2017 (Guidelines on Automated Decision-Making)
- WP29** “Article 29 Working Party Overview of results of public consultation on Opinion on legitimate interests of the data controller”, 14 Kasım 2014 (Opinion 06/2014)
- WP29** “Guidelines on the right to data portability”, 16/EN WP 242 rev.01, 13 Aralık 2016 (Guideline on Data Portability)
- YAVUZ** Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Birinci Cilt)**, 11. Baskı, Ankara: Beta Yayınları, 2022 (Özel Hükümler I)
- YAVUZ** Cevdet / **ACAR** Faruk / **ÖZEN** Burak **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İkinci Cilt)**, 11. Baskı, Ankara: Beta Yayınları, 2022 (Özel Hükümler II)
- YILMAZ** Süleyman / **ÇAVUŞOĞLU** Gökçe Filiz **Kişisel Verileri Koruma Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Kişisel Verileri Koruma Hukuku)

- ZECH** Herbert “Data as a Tradeable Commodity – Implications for Contract Law”, **Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership Privacy and Safeguarding Competition** (editör: Josef Drexl), Edward Elgar Publishing, Forthcoming, September 2017 (New Data Economy)
- ZEVKLİLER** Aydın / **GÖKYAYLA** Kadir Emre **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2021 (Özel Borç İlişkileri)
- ZOGHEIB** Jean-Marc Effet de réseau, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12231, <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/effet-de-reseau#:~:text=Un%20effet%20de%20r%C3%A9seau%20est,pour%20les%20utilisateurs%20d%C3%A9j%C3%A0%20existants.> (erişim tarihi: 14.04.2023) (Effet de réseau)
- ZUBOFF** Shoshana **Age of Surveillance Capitalism** (epub), First Edition, New York: Hachette, January 2019 (Age of Surveillance Capitalism)

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite

: T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ

Enstitü

: SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Hazırlayanın Adı Soyadı

: Muhammet Emirhan Havan

Tez Başlığı

: Kişisel Verilerin Sözleşmeye Konu Olması

Savunma Tarihi

: 20.06.2023

Danışman

: Prof. Dr. Murat Develioğlu

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Murat Develioğlu

Prof. Dr. Mehmet Erdem

Doç. Dr. Eda Şahin Şengül