KASIM 2023 | SAYI 8

BİLİŞİM HUKUKU KOMİSYONU BÜLTENİ

BU SAYIDA

BÜLTENİMİZDE

Teknoloji, bizlerin takip edemeyeceği hızda gelişmekte ve hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Her gün gelişen teknolojiye ayak uydurmak biz hukukçular için zorunlu hale gelmiştir. Yapay zeka, blockchain, fintech, NFT, fikri ve sınai mülkiyet, internet, e-ticaret, kişisel verilerin korunması gibi kavramların insan hakları, ceza hukuku, sözleşmeler hukuku gibi hukukun temel alanlarında incelemek ve bunlar hakkında bilgi sahibi olmak biz hukukçuların bakış açısını geleceğe yönlendirecektir.

Aynı zamanda bu kazanımlar ile hukukçular, bilişim dünyasında yoğun zaman geçiren milyarlarca insanın işlem güvenliğini sağlamak ve dijital anlamda da geleceğe temiz bir dünya bırakmak görevi de üstlenmektedir .

Bu düşünceler ile bizler de bilişim ve hukukun kesiştiği alanlardaki gelişmeleri takip ederek siz değerli okuyucularımıza aktarabilmek, yeni çıkan yasal düzenlemeleri sizlerle buluşturabilmek adına Bursa Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu olarak sizlere her ay bülten hazırlıyoruz.

Bilişim hukuku alanında meslektaşlarımızın sizler için hazırladığı makaleleri, haberleri, dizi, film ve kitap önerilerini ve daha birçok içeriği her ay bültenimizden takip edebilirsiniz.

Bültenimizin siz okuyucularımız için bilgi verici olmasını ve okurken keyifli zaman geçirmenizi temenni ediyoruz.

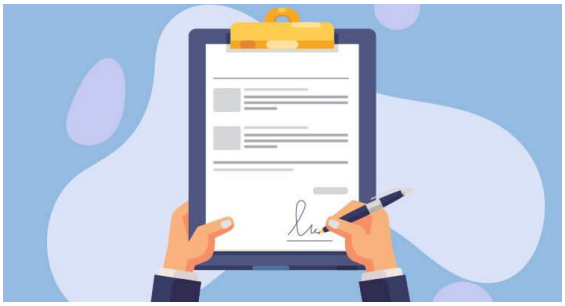
Saygılarımızla.

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİ MAHREMİYETİNİ SAĞLAMA NOKTASINDA RIZASI

Av. Hilal KARAKAŞ EKER

14 Ekim 2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmasına dair yönetmelik ile öğrencilere kendi kişisel verilerine ilişkin karar verme hakkı tanımlanmış oldu.[i]

Madde metni şu şekilde; "*Öğrencilerin; okul içi ve okul dışında yapılan eğitim etkinlikleri, sosyal ve kültürel faaliyetler ile gezi ve gözlem faaliyetleri esnasında çekilen görüntüleri sosyal medya platformları ve haberleşme gruplarında her ne ad altında olursa olsun paylaşılamaz. Ancak, veliden ve rehberlik öğretmeni gözetiminde öğrenciden yazılı izin alınması kaydıyla yayımlanabilir.*" Esas olan çocuğun görsellerinin her ne ad altında olursa olsun paylaşılmamasıdır. İstisnası ise veli ve rehberlik öğretmeni gözetiminde öğrenciden yazılı izin alınmasıdır. Bu düzenlemenin yazımın konusu açısından önemli yanı çocuğun kişisel verileri üzerinde vermiş olduğu rızanın geçerliliğidir.



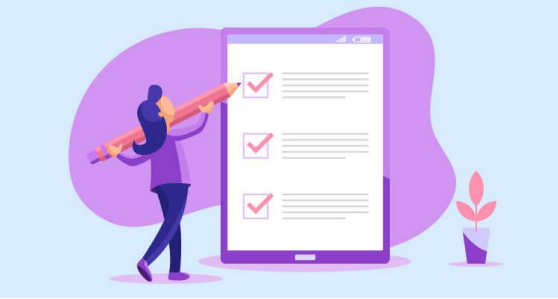
Kişisel verilerin korunması kişinin kişi olmasından kaynaklı, bireye doğrudan bahşedilmiş temel bir haktır. Kişisel verilerin korunması hakkı bireye kişisel verileri üzerinde hâkimiyet sağlamaktadır. Bu sayede birey kişisel verilerini yönetebilecek, istediği kimselerle verilerini paylaşabilecek, hangi verilerinin ne şekilde ve nasıl kullanılacağının sınırlarını çizebilecek ve istediği takdirde de verilerinin silinmesini talep edebilecektir.[ii]

Çocuklar da kişisel verilerinin korunması hakkının sahibidir. Bu yüzden çocuğun kişisel verileri konusunda bilgi sahibi olmasını, bu hakkının kullanımında söz sahibi olmasını sağlamak gerekir. Yönetmeliğe bu açıdan bakıldığında hakkın kullanımının sadece veli kontrolünde olmaması, çocukların kişisel verileri üzerindeki ehemmiyeti ve kontrolü sağlamaları açısından oldukça olumlu bir yaklaşım. Fakat çocuğun vermiş olduğu rızanın kanunlar açısından geçerliliği var mıdır? Bunu kısaca incelemek isterim.

Kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk sebeplerinden biri açık rızadır. Kişisel veriler kişilerin açık rızası olmadan işlenemez. Fakat Kanun'un 5. ve 6. Maddelerinde düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde açık rıza aranmayacaktır. Açık Rıza'nın var olabilmesi için Kanun'un 3. Maddesindeki tanımda belirtilen 3 unsurun var olması gerekir, aksi halde rıza geçerli sayılmaz. Açık rızanın; -belirli bir konuya ilişkin olması, -hangi verilerin ne amaçla, ne kadar süre ile işleneceği gibi konularda bilgilendirmeye dayalı olması ve -özgür iradeyle açıklanması gerekir.

KVKK'da hangi durumlarda çocukların verdiği rızanın geçerli olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel bir düzenleme olmadığından genel kanun olan Türk Medeni Kanunundaki hükümler ışığında inceleme yapmak gerekecektir. Öncelikle rızanın geçerliliği için fiil ehliyetine bakmak gerekir. TMK m. 10'a

göre; "*fiil ehliyetine sahip olabilmek için ayırt etme gücüne sahip olma, kısıtlı olmama ve ergin olma*" şartlarının taşınması gerekmektedir. Kanun'un 13. Maddesine göre; "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir." Medeni Kanunumuz yaş küçüklüğünü ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak sebepler arasında saymıştır. Fakat yaşı küçük her bireyin ayırt etme gücü yoktur denemez. Ayırt etme gücü, kişinin fiillerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, sonuçlarını öngörebilmesi, onları anlayabilmesi becerisidir. Ayırt etme gücünün olup olmadığı her olayın niteliğine ve yaştan bağımsız olarak çocuğun o olaydaki sebep ve sonuç ilişkisini kurabilme ve anlayabilme yeteneğine göre belirlenmelidir. Dolayısıyla verilerin işlenmesinde çocuğun açık rızasının geçerli olup olmadığına ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmelidir.



Ayırt etme gücü olmayan kişilere tam ehliyetsizler denilmektedir. Bu kişiler, hiçbir hukuki işlemi yapamazlar. Tam ehliyetsiz küçüklerin kişiye sıkı sıkı bağlı olan haklardan olan kişisel verilerin işlenmesine rıza vermesi konusunda yasal temsilcileri aracılığıyla bu haklarını kullanabilecekleri kabul edilmektedir.

Çocukların rızası açısından incelenecek ilk mesele fiil ehliyetine sahip olup olunmadığı ve ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarıdır. Kişiye sıkı sıkı bağlı haklardan olan kişisel verilerin korunması hakkının ehemmiyeti açısından bu konuda özel bir düzenleme yapılması da, veri işleyenler ve veri sahipleri açısından daha güvenli bir yaklaşım olacaktır.

Konumuza Yönetmelik açısından bakarsak, yönetmelik okul öncesi öğretim ve ilköğretimdeki öğrencileri kapsıyor olduğundan verisi işlenen küçüklerin 3-18 yaş aralığında olduğu görülmektedir. 3 yaşındaki bir çocuğun kişisel verilerinin ne olduğunu, veri işlemenin ne olduğunu anlama yeteneğine sahip olmadığı aşikardır. O halde çocuğun vereceği rızanın hukuken bir geçerliliği olmayacaktır. Zaten ilgili madde metninde rızanın yazılı olması gerektiği de belirtildiğinden, bu yaştaki bir çocuktan yazılı bir rıza alınması da mümkün değildir.

Dolayısıyla, ilgili yönetmelik maddesinin karmaşaya yol açmaması açısından revize edilmesinin önemli olduğunu da vurgulamak isterim.

KAYNAKÇA:

Uçak, Murat, Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1397697

[i] https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231014-1.htm

[ii] Küzeci, E. (2018). Kişisel Verilerin Korunması. Ankara: Turhan Kitabevi.

AKARYAKIT ŞİRKETLERİ VE REKABET HUKUKU

Av. Elif Şuara Güngör

Akaryakıt istasyonu işletmeleri, nihai tüketicilerin akaryakıt ihtiyaçlarını (benzin, mazot, LPG vb.) karşılayan, 24 saat hizmet veren perakendeci işletmelerdir. Söz konusu işletmeler akaryakıt dağıtım şirketleri ile bayilik sözleşmesi yaparak o şirkete (markaya) ait akaryakıtları istasyonlarında satarlar. (Mihriban Coşkun Arslan, Harun Kısacık)

Türkiye'de akaryakıt sektöründe 100'e yakın dağıtım şirketi, 12 bine yakın da istasyon vardır. Akaryakıtta yüzde 80'e yakın ürün, ilk sıralarda yer alan en büyük 10 şirket tarafından satılmaktadır. Bu 10-11 şirket içinde en baştaki ilk 5 şirketin pazar payı gerçekten çok önemlidir. Bu şirketleri Petrol Ofisi, Opet, Shell, BP ve Total şeklinde sıralayabilmekteyiz.

Bu büyük dağıtım şirketlerinin bayilikleri ile olan ilişkisi bayilik sözleşmeleri kapsamında ele alınmalıdır. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 2'nci maddesinde bayilik faaliyeti, "Karşılıklı yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmali yetkisi verilmesi işlemi" olarak tanımlanmaktadır.

Bilindiği üzere 2003/3 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında, sözleşmelerde öngörülen rekabet yasaklarının süresi 5 yılla sınırlandırılmıştır.

Bayilik sözleşmesi süresince 5 yıl rekabet etmesi yasak olan akaryakıtı ikmal eden istasyon bayi,5 yıl sonunda dağıtım şirketleriyle rekabet edebilecek pozisyona gelebilmektedir. Böylelikle akaryakıt şirketleri arasındaki haksız rekabet önlenmiş aynı zamanda da rekabet ortamı oluşturulmuştur. Bu noktada amaç, rekabet hukuku kapsamında serbest piyasa ortamı oluşturulmasıdır. Bazı durumlarda serbest piyasa içerisindeki faaliyetler haksız ve hukuka aykırı fiillerin önlenmesi için kısıtlanabilmektedir. Daha öncesinde bazı bağımsız istasyonların kaçakçılık faaliyeti yapması sonucunda,2004 yılında petrol kanunuyla " beyaz bayraklı istasyon" kaldırılmıştır.

Sorulması ve irdelenmesi gereken önemli soru ise, önümüzdeki yıllar içerisinde bağımsız beyaz bayraklı istasyonlar tekrar gündeme gelebilecek midir?

Beyaz bayraklı istasyonlar bağımsız olması ve sınırdan petrol alması açısından rekabeti etkin kılabilecek bir etkendir. Fakat, beyaz bayraklı dağıtım şirketlerinin benzini nereden aldığı belli olmadığı gibi bazı lisanlı akaryakıt şirketlerinin amblemlerini taklit etmesi sebebiyle de tüketiciler açısından yanıltıcıdır.

Dolayısıyla Yurtdışından ham petrol ve akaryakıt temin edeceklerin rafinerici,

dağıtıcı veya ihrakiye teslim şirketi lisansına sahip olması gerekmektedir. Aslında bu noktada 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunun ''kaçakçılık'' faaliyetlerini önlemeye yönelik olarak da hazırlandığına bizatihi şahit olmaktayız. Fakat aksine şunu ifade etmeliyiz ki, bayilerin 5 yıl sonra dağıtım şirketiyle rekabet edebilecek olmasının sonuçları bakımından beyaz bayraklı istasyonların kaldırılması durumu çelişmektedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Her ne kadar ad olarak bağımsız olsalar da arz kaynağı bakımından sınırlı hareket edebilen bu bayilerin bağımsız hale gelmesinin rekabet ortamını iyileştirdiğini söylemek pek mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA:

İsmail ATALAY YOLCU, Çiğdem ÜNAL, Harun GÜNDÜZ. (2008). *AKARYAKIT SEKTÖR RAPORU*. REKABET KURUMU .

Mihriban Coşkun Arslan, Harun Kısacık. (19.06.2017). Akaryakıt İstasyonu İşletmelerinde Muhasebe Süreci.

KONTROL DIŞI: NEDEN KİMSE BİTCOİN'İ DEĞİŞTİREMEZ?

Stj. Av. Ahmet Kalkan

Bitcoin'in dayanıklılığı şimdiye kadar saldırıları başarıyla bertaraf etmekle sınırlı kalmamış, aynı zamanda kendisinin veya karakteristiğinin değiştirilmesine yönelik teşebbüslere karşı da direnmiştir. Eğer Bitcoin'in para birimi bir merkez bankasıyla kıyaslanacak olsaydı, bu dünyanın en bağımsız merkez bankası olurdu. Eğer bir ulus devlet ile kıyaslanacak olsaydı, bu dünyanın en egemen devleti olurdu.

Bir bireyin Bitcoin ağına bağlanan bir düğümü çalıştırmasına olanak sağlayan yazılım, Satoshi Nakamoto'nun sonraları Hal Finney ve bazı programcılarla iş birliği için sunduğu açık kaynak kodlu bir yazılımdır. O zamandan beri, herhangi bir kişi yazılımı istediği gibi indirebilir, kullanabilir veya değiştirebilir. Bu Bitcoin uygulamaları konusunda serbest rekabet piyasası yaratır. Herkes değişiklikler ya da geliştirmeler yaparak kullanıcıların benimsemesi için sunabilir.

Bitcoin kodlayıcıları tüm yetkinliklerine rağmen Bitcoin'i kontrol edemezler ve yalnızca düğüm operatörlerinin kullanmayı benimsediği yazılımı sağladıkları sürece Bitcoin kodlayıcısıdırlar. Ancak Bitcoin'i kontrol edemeyenler sadece kodlayıcılar değildir. Madenciler de sahip oldukları kazım gücüne (hashing power) rağmen Bitcoin'i kontrol edemezler. Geçersiz bloklar işlemek için ne kadar kazım gücü harcanırsa harcansın, bu bloklar Bitcoin düğümlerinin çoğunluğu tarafından geçerli kılınmayacaklardır. Bu nedenle, eğer madenciler ağ kurallarını değiştirmeye teşebbüs ederse, üretilen bloklar basitçe düğümleri işleten ağ üyeleri tarafından yok sayılacak ve bu madenciler herhangi bir ödül almaksızın iş ispatını çözmek için kaynaklarını israf etmiş olacaklardır. Madenciler yalnızca geçerli işlemleri içeren bloklar fikir birliği kuralları uyarınca ürettikleri ölçüde Bitcoin madencisi olabilirler.

Bitcoin kodlayıcıları fikir birliği kurallarına uymak için güçlü bir teşvikle karşı karşıya kalırlar. Madenciler ağ fikir birliğine riayet etmek zorundadır, yoksa iş ispatı için harcadıkları kaynaklar karşılığında ödül alamazlar. Ağ üyeleri fikir birliğine uymak zorundadır çünkü işlemlerinin ağ üzerinde onaylanmasını isterler. Her bir bireysel kodlayıcı, madenci veya düğüm operatörü, ağ için vazgeçilebilirdir. Eğer fikir birliğine aykırı davranırlarsa, en olası sonuç kaynaklarının bireysel olarak israf olmasıdır. Ağ katılımcılarına pozitif ödüller sunduğu sürece, çıkanların yerine yeni katılımcıların gelmesi olasıdır. Bitcoin fikir birliği parametreleri bu nedenle egemen olarak anlaşılabilir. Bitcoin bu parametre ve şartlara uyduğu ölçüde var olabilir. Bitcoin işleyişindeki bu çok güçlü statükocu eğilim, para arz programında veya önemli ekonomik parametrelerinde değişiklik yapmayı oldukça zorlaştırmaktadır. Bitcoin'e sağlam para diyebilmemizin sebebi bu güçlü dengedir. Eğer Bitcoin bu fikir birliği kurallarından cayarsa, sağlam para olarak sunduğu değer ciddi biçimde tehlikeye girer.

Bitcoin'in kullanımı basittir, ancak onu değiştirmek neredeyse imkansızdır. Bitcoin gönüllülük esasına dayanır, kimse onu kullanmak zorunda değildir, ancak onu kullananlar kurallara uymaktan başka seçeneğe sahip değildir. Bitcoin`in anlamlı bir şekilde değiştirilmesi gerçekte pek mümkün değildir ve eğer denenirse, hali hazırda binlercesi bulunan Bitcoin 'çakma'larından başka bir şey üretmeyeceği açıktır. Bitcoin olduğu gibi tutulmalı kendi şartlarına göre kabul edilmeli ve sunduğu şey için kullanılmalıdır. Tüm pratik niyet ve amaçlar için Bitcoin egemendir. Kendi kurallarına göre çalışır ve bu kuralları dışarıdan değiştirebilecek kimse yoktur. Bitcoin parametrelerini dünyanın dönüşü, güneş, ay veya yıldızlar gibi kontrolümüz dışında olan, değiştirilecek değil içinde yaşanacak kuvvetler olarak düşünmek anlamaya yardımcı olabilir.

KAYNAKÇA:

https://www.nakamotoinstitute.org/

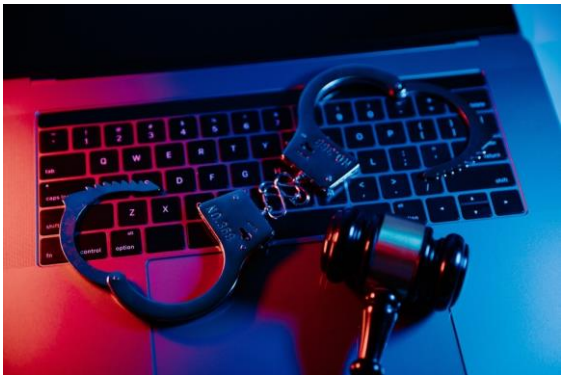
Nathaniel Popper - Dijital Altın (Harper, 2015)

Saıfedean Ammous – Bitcoin Standardı

BİLİŞİM SİSTEMİNE GİRME VE VERİ NAKİLLERİNİ İZLEME SUÇUNUN İRDELENMESİ

Av. Oğuzhan Seymen

Yazımızda TCK'nın 243.maddesinde düzenlenen "Bilişim Sistemine Girme ve Veri Nakillerini İzleme" suçunun "**unsurları**" izah edilmeden önce, bir örnek olay aşağıdaki **suç inceleme metoduyla** çözümlenecek, ardından "**yaptırımı**" ve suçlardan "**koruma yolları**" izah edilecektir:



"Chameleons [Bukalemunlar] isimli aldatıcı yazılım ile (A) Bankası'nın ana bilgisayar sistemine giren bay (B); birçok tüketiciden, sistemin ve programın geçici olarak kapatılacağı bildirimini vermek suretiyle sürekli kullanıcı adı ve şifre istemiş, bu kötü yazılım ile tüm veri aktarımlarını izleyip kaydederek gizlemiştir. Bunun sonucunda (A) Bankası ana bilgisayarında işlemlere 7/24 cevap verme usulü uygulanamadığı gözlemlenerek hiçbir banka kullanıcısının ATM'den ve mobil bankacılıktan hiçbir işlem yapamadığı görülmüştür."

Verilen örnek olaya göre;
A-Suçun unsurları nelerdir? :

A.1] Maddi unsur(fail, mağdur, fiil, konu, korunan hukuki değer, objektif isnadiyet ve illiyet bağı) :

***fail:** (A) Bankasının bilişim sistemine yetkisiz olarak giren ve sistemde kalmaya devam eden Bay(B)'dir.
***mağdur:** veri sahipleri mağdur olmayıp bilişim sisteminin sahipleridir. Nitekim sahiplerinin, sisteme olan güvenin sarsılması ile ticari itibarı ve mülkiyet hakları zedelenmektedir.

***fiil:** bir bilişim sisteminde bulunan verilerin bir kısmına veya tamamına, fiziken ya da uzaktan başka bir cihaz yoluyla erişilmesidir." [1]

Somut olayda da fiil; (A) Bankası ana bilgisayarının açılarak içindeki verilerin görülmesi, bağlanılan ağ aracılığıyla ana bilgisayarda oturum açılması suretiyle sisteme girilmesi, veri aktarımlarının izlenilmesi ve sistemde kalmaya devam edilmesidir.

***konu:** tüketicinin bankacılık menfaatinin para aktarılıp çekilemeyerek zedelenmesidir.

***korunan hukuki değer:** Bilişim sistemlerine olan Güvenin, Özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün korunmasıdır.

***İsnadiyet ve İlliyet Bağı:** bankanın zararıyla failin eylemi arasında, hukuka aykırılık bağı bakımından nedenselliği ortadan kaldıran bir durum söz konusu olmadığından ilgili suç, faile objektif olarak isnat edilebilir.

A. 2] Manevi unsur(kast-taksir) :
Bay(B), (A) bankasının ana bilgisayarındaki şifreyi, doğrulama sistemini dolayısıyla güvenlik tedbirlerini etkisiz hale getirerek doğrudan kast ile hareket etmiştir.

A. 3]Hukuka aykırılık[H.A.](H. A. 'lığı kaldıran hal olup olmadığı) :
(A) Bankası'nın hiçbir şekilde sisteme girilmesine rızası bulunmadığı gibi, bay(B) de banka tarafından sisteme girmeye yetkilendirilmediğinden ve kanuni görevi ifa da söz konusu olmadığından, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum yoktur.

A. 4]Kusur[Kusurluluğu kaldıran hal olup olmadığı]
Zarar vermek, merak, eğlence, reklam gibi bir amacın bulunması gerekmediğinden sisteme girilmesini kanun suçun oluşması için yeterli kabul etmektedir. Bay(B), kendini yetkili sanarak sisteme hata ile girmek ya da cebir tehdit gibi bir kusurluluğunu kaldıran durumu da bulunmadığından kusurludur.

B-Yaptırımı Nedir? Soruşturma ve yargılama süreci nasıldır? :

B.1] TCK'da ilgili suçun yaptırımı 1 yıla kadar hapis veya Adli para cezası olarak belirlenmiştir Ancak ilgili suçu işleyerek haksız menfaat sağlayan tüzel kişiler TCK madde 246'daki güvenlik tedbirleri ile karşılaşacağı açıktır. Bu eylemin Terörle Mücadele Kanununun 4. maddesinde sayılan suç şeklinde işlenmesi halinde bir terör suçu sayılması ve cezanın artırılması mümkündür.

B.2] Önemle belirtmek gerekir ki ilgili suçlar genellikle özel yöntemlerle ve yetkin kişilerce işlenmektedir. Yargılama faaliyeti yürüten kişi veya kişilerce ilgili suçun teknik ve önlem boyutu anlaşılamaması riski, hukuk güvenliğini sarsabilecektir. Bu sebeple *yargılama faaliyetinde görev alan savcı ve hakimler, bilişim sistemleri üzerinde temel düzeyden daha fazla bilgi sahibi olmak durumundadırlar*[2]

B.3] İlgili suçun şikayeti bağlı olduğu düzenlenmediğinden soruşturma ve kovuşturma re'sen yürütülmektedir. Yetkili soruşturmaya koşturma Makamı suçun işlendiği Yar Mahkemesi olup suçun kısmen veya tamamen icrası durumunda neticenin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir. Şayet hareketin eş zamanlı olarak ortaya çıktığı yer yurt dışındaysa o ülke mahkemesi de yetkili olabilecek, yetkisiz erişim Türkiye'deki sistemde gerçekleşmişse Türk mahkemeleri yetkili olacaktır.

B.4] Bir başka yönden uygulamada karşılaşılan, Türkiye'deki kolluğun kriminal raporlarında, (örnek olaydaki banka ana bilgisayarına yapılan saldırıya benzer şekilde) birtakım saldırılar gündeme gelmektedir. Bu saldırılardan bazıları; başkasına ait mobil bankacılık sisteminde doğrulama kodlarını saldırganın telefon bilgisini kaydetmek suretiyle kötüye kullanmak ve kredi kartını ele geçirip mobil sistemden de faydalanarak kişinin rızası olmaksızın kredi çekmektir.
Bu gibi suçlarla karşılaşmamak adına suç takibi evrelerinde failin yurt dışı yahut Türkiye'deki telefon hatları, ATM kamera kayıtları, para aktarım tarihleri her zaman kimlik tespitine olanak tanıyamayabildiğinden mobil bankacılık işlemlerinin şahsen yapılması büyük önem arz etmektedir.

C-Korunma Yolları Nelerdir? :

Bilişim sistemine girme ve veri nakillerini izleme suçuna olanak tanımamak adına ; güvenlik yazılımı kullanmak, bankacılıkta sanal kredi kartının limitinin sınırlı olarak kullanmak, SSL (Secure Socket Layers-Güvenli soket katmanı) sertifikası olan siteleri tercih etmek, sistem şifresinde basit olmayan ve iki faktörlü kimlik doğrulamayı sağlamak, kendinize ait olmayan bir veri aktarım işlemine karşı Örneğin para gönderiminde işleme itiraz etmek ve ödemenin iadesini talep etmek gibi tedbirler almak, siber saldırının önüne geçebilecektir.[3]

KAYNAKÇA:

[1]Y.8.CD., 11.03.2015, 2014 / 29566 E., 2015 / 13421 K. Sayılı Karar, www.kazanci.com.tr (E. T. 24.03.2020).

[2]Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243)Tezli Yüksek Lisans Tezi, Sami Kabadayı, Ankara. 2021

[3]Yazımızda; değişen ve gelişen teknolojiyle birlikte her gün yeni yöntemler ile güvenlik tedbirlerinin aşılmaya çalışıldığı, hayatın her alanında bilişim sistemlerinin korunmasının büyük önem arz ettiği, bilişim sistemlerinin alınacak siber yahut fiziksel tedbirlerle korunması mümkün olmak ile birlikte hukukun da bilişim sistemlerini korunmasında önemli bir yere sahip olduğuna dikkat çekilmiştir.

KİŞİSEL VERİLERİN GİZLİLİĞİ Mİ? ÖZGÜR İRADE Mİ?

Av. Gökçen YÜCEL
https://www.linkedin.com/in/gokcen-yucel-99426a7b/

Mayıs 2021 itibariyle Dünya'da ilk kez sadece kişisel veri ile ödeme yapılabilen otomat makinesi İspanya'da hayata geçti[1]. Otomat makinesini kullanarak gerçek kişiler bir takım kişisel verilerini makineye bildirmek suretiyle çeşitli ürünler temin edebilmektedir. Böylece gerçek kişiler herhangi bir ödeme yapmaksızın çeşitli ürünlere sahip olmakta otomat makinesi ise bu kişilere ilişkin bir takım kişisel verileri temin etmektedir. Bu kapsamda anılan alışverişin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilebilecektir. Nitekim gerçek kişiler kendilerine ait kişisel verileri otomat makinesi ile paylaşma edimini yüklenirken otomat makinesi (otomat makinesini işleten gerçek/tüzel kişi) ise kişisel verilerin temini karşılığında ilgili gerçek kişiye ürün verme edimini yüklenmektedir. Bu noktada mezkur sözleşme nitelemesi de dikkate alınarak konunun Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ve Ulusal Mevzuatımız çerçevesinde değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

Öncelikle GDPR'ın konuya ilişkin olduğu değerlendirilen hükümlerine bakalım. GDPR'ın *"İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu"* başlıklı 6'ıncı maddesi *"1. İşleme faaliyeti, ancak aşağıdaki hususlardan en az biri geçerli olduğunda ve olduğu ölçüde, hukuka uygundur: (a) veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi;* ***(b) veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetinin gerekli olması;****…"* hükmünü, *"Rıza koşulları"* başlıklı 7'inci maddesi *"1. İşleme faaliyetinin rızaya dayandığı hallerde, kontrolör veri sahibinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermiş olduğunu gösterebilir. 2. Veri sahibinin rızasının diğer hususlarla da ilgili olan yazılı bir beyan bağlamında verilmesi durumunda, rıza talebi diğer hususlardan açık bir şekilde ayırt edilebilecek bir şekilde, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak sunulur. Söz konusu beyanın bu Tüzük açısından ihlal teşkil eden hiçbir kısmı bağlayıcı değildir.* ***3. Veri sahibinin istediği zaman rızasını geri çekme hakkı vardır. Rızanın geri çekilmesi, geri çekim işleminden önce rızaya dayalı olarak yapılan işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu etkilemez. Veri sahibi, rıza vermeden önce, bu hususta bilgilendirilir. Rızanın geri çekilmesi rıza***

[1] Bkz. https://www.shackletongroup.com/en/works/accenture-daa-pro-quot

vermek kadar kolaydır. 4. Rızanın özgür bir şekilde verilip verilmediği değerlendirilirken, her şeyden önce, bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının söz konusu sözleşmenin ifası için gerekmeyen kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir rızaya bağlı olup olmadığına azami özen gösterilir." hükmünü, "*İtiraz hakkı*" başlıklı 21'inci maddesi "……***2. Kişisel verilerin doğrudan pazarlama amaçları doğrultusunda işlenmesi durumunda, veri sahibinin doğrudan pazarlama ile alakalı olduğu ölçüde profil çıkarma da dahil olmak üzere kendisi ile ilgili kişisel verilerin söz konusu doğrudan pazarlama amacı ile işlenmesine herhangi bir zamanda itiraz etme hakkı bulunur. 3. Veri sahibinin doğrudan pazarlama amaçlarına yönelik olarak işleme faaliyetine itiraz etmesi halinde, kişisel veriler artık bu amaçlarla işlenemez.***" hükmünü havidir.

Bu noktada görülmektedir ki; GDPR kapsamında hukuka uygun bir veri işlemeden söz edilebilmesi için 6'ıncı maddede zikredilen veri işleme şartlarından en az birisinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yukarıda ilgili maddeye ilişkin konumuzla bağlantılı olduğu değerlendirilen iki farklı işleme şartı ifade edilmiştir. Bu şartlardan ilki veri sahibinin belirli bir ya da birkaç amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi, diğeri veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için gerekli olmasıdır. Otomat makinesi ile gerçek kişi arasındaki hukuki ilişkinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebileceğini yukarıda açıklamıştık. Bu durumda mezkur sözleşmenin konusunun kişisel verilerin ilgili gerçek kişiye belirli bir menfaat sağlanması karşılığında temin edilerek işlenmesi olduğu dikkate alındığında anılan sözleşmenin ifası için kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olmadığını ifade etmek mümkün değildir. Bu nedenle GDPR'ın 6'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca otomat makinesi tarafından yapılan kişisel veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, GDPR'ın 7'inci maddesi rıza kapsamında kişisel veri işleme faaliyetleri öncesinde ilgili kişiden alınacak rızanın koşullarını düzenlemektedir. Anılan madde gereği veri sahibinin rızasını istediği zaman geri çekme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda geri çekme fiili ileriye etkili sonuçlar doğuracaktır. Otomat makinesi tarafından gerçekleştirilen işleme faaliyeti ise rıza kapsamında değil bir sözleşmenin ifası kapsamında olduğundan ilgili kişinin rızasını geri çekmesinden söz edilemeyecek fakat genel hükümler uyarınca sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin feshi mümkün olabilecektir. Mezkur madde dikkate alındığında otomat makinesi tarafından kişisel verilerin rızaya dayalı olarak işlenmesi yerine bir sözleşmenin ifası kapsamında gerekli olduğu için işlenmesi temin edilen kişisel verilerin gelecekte de işlenebilmesi açısından bir teminat oluşturmaktadır. Şöyle ki; otomat makinesi tarafından bir sözleşmenin ifası kapsamında değil rızaya dayalı olarak kişisel veri işleme faaliyeti gerçekleştirilmiş olsa idi, ilgili kişi rızasını geri çektiğini otomat makinesine bildirdiği anda ilgili kişiye ait kişisel

verilerin işlenmesine devam edilemeyecekti. Oysa bir sözleşmenin ifası kapsamında işlenen kişisel veriler için ilgili kişinin rızasına dayalı olarak bir işleme faaliyetinden söz edilemeyeceğinden GDPR kapsamında rızanın geri çekilmesi de mümkün olmayacaktır. Böylece ilgili kişiden temin edilen kişisel veriler ilgili kişi tarafından sözleşme feshedilmediği ya da sözleşmeden dönülmediği müddetçe işlenmeye devam edilebilecektir.

Diğer taraftan, bir sözleşmenin ifası için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgili kişiden rıza alınması durumunda verilen rızanın özgür bir şekilde verildiğinden bahsedilemeyecektir. Nitekim GDPR'ın *"Rıza koşulları"* başlıklı 7'inci maddesinin dördüncü fıkrası verilen rızanın özgür bir şekilde verilip verilmediği değerlendirilirken anılan duruma azami özen gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin otomat makinesi tarafından kişisel verilerin sözleşme kapsamında işlenme amacının iş dünyasına pazar beklentileri ve hedef kitle hakkında detaylı birtakım veriler temin etmek olduğu bir senaryoda otomat makinesi tarafından ilgili kişinin parmak izinin işlenmesine yönelik açık rıza alınmasının sözleşmenin ifa edilmesi için şart olarak öne sürülmesi halinde özgür bir şekilde verilen açık arızadan bahsetmek mümkün değildir. Zira sözleşme kapsamında kişisel verilerin işlenme amacı pazar beklentileri ve hedef kitle hakkında detaylı birtakım veriler temin edilmesi olarak belirlenmiş iken sözleşmenin ifası için sözleşme amacıyla örtüşmeyen parmak izinin işlenmesine yönelik açık rıza koşulu getirilmesi ilgili kişi tarafından bu hususta verilen açık rızayı sakatlayacak niteliktedir.

Bununla birlikte kişisel verilerin doğrudan pazarlama amacıyla işlenmesi durumunda ilgili kişinin GDPR'ın 21'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bu duruma itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Mezkur maddenin üçüncü fıkrası kapsamında ilgili kişinin itirazı sonrası kişisel veriler artık anılan amaç doğrultusunda işlenemeyecektir. Başka bir deyişle GDPR'ın *"İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu"* başlıklı 6'ıncı maddesinde belirtilen yöntemlerden hangisi ile işleniyor olursa olsun ilgili kişinin kişisel verilerinin doğrudan pazarlama amacıyla işlenmesine itiraz hakkı bulunmakta ve bu itirazın vuku bulması durumunda kişisel veriler artık bu amaçla işlenememektedir. Örneğin otomat makinesi tarafından işlenen e-posta veya mobil telefon numarası gibi bir takım kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ilgili kişiye sürekli pazarlama amaçlı e-posta ve SMS gönderilmesi durumunda ilgili kişinin buna itiraz etmesi halinde kişisel veriler artık bu amaç doğrultusunda işlenemeyecektir. Bu halde otomat makinesi tarafından işlenen kişisel veriler sadece doğrudan pazarlama amacıyla işlenmekte ise otomat makinesi ile ilgili kişi arasındaki sözleşmenin itiraz sonrasında ileriye etkili olarak hükümsüz kaldığı (fesih edildiği) ifade edilecektir. Bunun aksine otomat makinesi kişisel verileri başka amaçlarla da işlemekte ise kişisel veriler itiraz sonrasında doğrudan pazarlama amacıyla işlenemeyecek olmakla birlikte sözleşme diğer amaçlar için yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Öte yandan ulusal mevzuatımızda kişisel verilerin korunması hususundaki temel düzenleme 6698 sayılı kişisel verilerin korunması kanunudur. (Kanun) Kanun'un *"Kişisel verilerin işlenme şartları"* başlıklı 5'inci maddesi *"(1)* ***Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası***

olmaksızın işlenemez. *(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c)* ***Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması****…."* hükmünü havidir.

Bu noktada, Kanun ile GDPR'ın kişisel verilerin işlenme şartlarına yönelik benzeri düzenlemeler getirdiği ifade edilebilir. Kanun'la kişisel verilerin işlenmesi kural olarak ilgili kişinin açık rızasının alınması şartına bağlanmış olmakla birlikte açık rıza şartının yerine getirilmediği durumda hangi hallerde kişisel veri işlemenin meşru olduğu tahdidi olarak belirlenmiştir. Buna göre Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının c bendi uyarınca bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olan kişisel veri işleme faaliyetleri de meşru haller arasında sayılmıştır. GDPR'ın *"İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu"* başlıklı 6'ıncı maddesinde ise işleme faaliyetinin hukuka uygun kabul edildiği haller tahdidi olarak belirlenmiştir. Bu hallerden herhangi birisinin geçerli olduğu durumda ve ölçüde kişisel veri işleme faaliyeti hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda veri sahibinin belirli bir amaç için kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi ile veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için kişisel veri işlemenin gerekli olması ayrı ayrı olmak üzere hukuka uygun haller arasında sayılmıştır. Özet olarak gerek ilgili kişinin açık rızası, gerekse bir sözleşmenin ifası için gerekli olması her iki düzenlemede de kişisel verilerin işlenebilmesi için birbirinden bağımsız olarak gerekli ve yeterli şartlar arasında sayılmıştır.

Bunun yanında, GDPR ile veri sahibine kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin vermiş olduğu rızayı geri çekme hakkı verilmiş iken Kanun'da ilgili kişiye böyle bir hak tanındığından bahsedilmemiştir. Her ne kadar Kanun'da rızayı geri çekme hakkı açıkça zikredilmiş olmasa da *açık rıza vermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, verilen açık rıza geri alınabilir. Bu bağlamda kişisel verilerin geleceğini belirleme hakkı ilgili kişiye ait olduğundan, kişi dilediği zaman veri sorumlusuna vermiş olduğu açık rızasını geri alabilir. Ancak, geri alma işlemi ileriye yönelik sonuç doğuracağından, açık rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen tüm faaliyetler geri alma beyanının veri sorumlusuna ulaştığı andan itibaren veri sorumlusu tarafından durdurulmalıdır. Bir diğer deyişle, geri alma beyanı veri sorumlusuna ulaştığı andan itibaren hüküm doğurur.*[2] Bu durumda GDPR düzenlemesine paralel olarak Kanun kapsamında kişisel verilerin otomat makinesi tarafından açık rızaya veya sözleşmeye dayalı olarak işlenmesi anlamında da neticesi itibariyle birtakım farklılıklar oluşmaktadır. Şöyle ki; gerek GDPR gerekse Kanun kapsamında sözleşmeye dayalı olarak işleme faaliyetinin, açık rızanın her zaman geri alınma hakkı söz konusu olduğundan açık rızaya nazaran kişisel verilerin işleme amacı için gerekli olduğu sürece işlenebilmesi noktasında veri sorumlusuna daha geniş bir teminat sunduğu söylenebilecektir. Başka bir deyişle otomat makinesinin gerek GDPR düzenlemesine tabi olan yerlerde gerekse ülkemizde çalıştırılması

[2] https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar

durumunda kişisel verilerin sözleşmeye dayalı olarak işlenmesi, açık rızaya dayalı olarak işlenmesine nazaran açık rızanın her zaman ilgili kişi (veri sahibi) tarafından geri alınması imkanı söz konusu olduğundan veri sorumlusu (kontrolör) açısından daha geniş bir teminat arz edecektir.

Öte yandan, kişisel verilerin açık rızaya dayalı olarak otomat makinesi tarafından nasıl işlenebileceğini değerlendirebiliriz. Yazımızın başında bahsedilen İspanya'da faaliyete geçen otomat makinesi **sadece kişisel veri** karşılığında ilgili kişiye ürün temin etmektedir. Başka bir deyişle mezkur makine sadece kişisel veri ile çalışmaktadır. Bu durumda otomat makinesine kişisel verilerini giren ilgili kişinin açık rızasından söz edilip edilemeyeceği hususunu tartışmak gerekecektir. Zira anılan makine sadece kişisel veri ile çalıştığından bu makineden ürün almak isteyen ilgili kişinin bunun için kişisel verisini makineye girmek dışında bir olanağa sahip olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda Kanun'un 3'üncü maddesinde tanımlandığı üzere[3] açık rızanın özgür irade ile açıklandığından söz edilemeyecektir. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun bazı kararlarında[4] "….***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****…."* ifade edilmiştir. Bu nedenle sadece kişisel veri ile çalışan bir otomat makinesinin Kanun kapsamında açık rızaya dayalı olarak kişisel veri işlemesi mümkün görünmemektedir. GDPR kapsamında da aynı durumun geçerli olabileceği değerlendirilmektedir. Zira GDPR'ın *"Tanımlar"* başlıklı 4'üncü maddesinin onbirinci fıkrasında veri sahibinin rızası *"veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren* ***özgür bir şekilde verilmiş*** *spesifik, bilinçli ve açık göstergedir."* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere veri sahibinin rızasını özgür bir şekilde vermiş olması gerekmektedir. Oysa ki sadece kişisel veri ile çalışan otomat makinesinden ürün temin etmek isteyen kişinin kişisel verisini makine ile paylaşmaksızın istediği ürünü makineden alma şansı olmadığından göstermiş olduğu rızanın özgür bir şekilde verilip verilmediği tartışma konusu olacaktır. Otomat makinesinin kişisel verinin yanında para ile de çalıştığı bir senaryoda ise ilgili kişi isterse makineye ödeyeceği belirli bir tutar ile isterse herhangi bir tutar ödemeksizin makineye bir takım kişisel verilerini girerek ürünü temin edebilecektir. Bu durumda ilgili kişiye bir seçim hakkı tanındığından kişisel verilerinin işlenmesine yönelik vermiş olduğu rızanın özgür bir şekilde verildiğini söylemenin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Rızaya ilişkin gerek GDPR'da gerekse Kanun'da geçen diğer unsurların da mevcut olması halinde mezkur senaryoda otomat makinesi tarafından kişisel verilerin açık rızaya dayalı olarak işlenebileceği düşünülmektedir.

---

[3] *"Açık rıza: Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade eder."*

[4] Bkz. Spor salonu hizmeti sunan veri sorumlularının, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Kararları

Diğer taraftan, kişisel verilerin sözleşmeye dayalı olarak otomat makinesi tarafından nasıl işlenebileceğine bakalım. Sözleşmeye dayalı olarak kişisel veri işlemede açık rızaya dayalı olarak kişisel veri işlemede olduğu gibi otomat makinesinin sadece kişisel veri ile ya da hem kişisel veri hem para ile çalışması arasında hukuki değerlendirme neticesi açısından bir farklılık olabileceği düşünülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'un *"Kişisel verilerin işlenme şartları"* başlıklı 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının c bendi ile GDPR'ın *"İşleme faaliyetinin hukuka uygunluğu"* başlıklı 6'ıncı maddesinin birinci fıkrasının b bendi kişisel verilerin sözleşmeye dayalı olarak nasıl işlenebileceğini düzenlemektedir. Mezkur düzenlemelerin her ikisinde de sözleşmenin ifası için **kişisel veri işleme faaliyetinin gerekli olmasının** ön görüldüğü anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle sözleşmeye dayalı olarak kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlendiğinden bahsedilebilmesi için kişisel veri işlenmeksizin sözleşmenin ifasının mümkün olmaması beklenmektedir. Sadece kişisel veri ile çalışan otomat makinesi için bu anlamda bir tereddüt olması beklenemez. Zira anılan makine tasarımı gereği sadece kişisel veri girişi ile çalıştığından tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında ilgili kişinin makineye kişisel veri girme edimini ifa etmesi karşılığında makine de ilgili kişiye ürün temini edimini ifa edecektir. Sonuç olarak bu sözleşmenin kişisel veriler işlenmeksizin ifa edilmesi mümkün değildir. Hem kişisel veri hem de para ile çalışan bir otomat makinesinde ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme kapsamında ilgili kişinin para ödeme veya kişisel veri girişi edimini ifa etmesi karşılığında makine de ilgili kişiye ürün temini edimini ifa edecektir. Ancak bu sözleşmede diğerinden farklı olarak ilgili kişiye edimler arasında bir seçimlik hak tanınmaktadır. Yani ilgili kişi edimini isterse para ödeme isterse kişisel veri girişi şeklinde ifa edebilecektir. Bu durumda otomat makinesi ile ilgili kişi arasındaki sözleşme kişisel veri işlemeksizin de ifa edebileceğinden sözleşmenin ifası için kişisel veri işleme faaliyetinin gerekli olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle anılan sözleşmenin kişisel verilerin sözleşmeye dayalı olarak hukuka uygun bir şekilde işlenmesi noktasında bir dayanak teşkil etmesinin söz konusu olmadığı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte yukarıda da açıklandığı üzere gerek GDPR gerekse Kanun'da sayılan rızaya ilişkin unsurların mevcut olması halinde mezkur kişisel veri işleme faaliyetinin açık rızaya dayalı olarak gerçekleştirilebileceği düşünülmektedir.

Bunun yanında, ulusal mevzuatımızda elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına ilişkin yönetmelik (Yönetmelik) 04.12.2020 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (5809 sayılı Kanun) çeşitli hükümlerine dayanarak çıkartılan Yönetmelik ile elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu çerçevede sektörde faaliyet gösteren işletmecilerin[5] elektronik haberleşme hizmeti sunulması kapsamında elde ettikleri kişisel verilerin işlenmesi sırasında mezkur Yönetmelik hükümlerine riayet etmesi beklenmektedir. Anılan Yönetmelik'in *"Açık rıza alma şartları"* başlıklı 8'inci maddesi *"(1) İşletmeciler, aboneden/kullanıcıdan açık rıza*

[5] Yönetmelik'e göre işletmeci, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirkettir.

alınmasını gerektiren durumlarda aşağıdaki şartları yerine getirir: a) Açık rıza beyanı belirli bir konuya ilişkin olarak ilgili işlem öncesinde alınır. Belirli bir konu ile sınırlandırılmayan ve ilgili işlemle sınırlı olmayan genel nitelikteki rızalar geçersiz kabul edilir. b) ***Açık rıza beyanı özgür iradeyle açıklanmış olmalıdır. Abonelik tesis edilmesi ve temel elektronik haberleşme hizmetleri veya cihazların sunulması, abonenin/kullanıcının verilerinin işlenmesine yönelik açık rıza verme ön şartına bağlanamaz. Hediye dakika, SMS ve veri gibi ek fayda sağlanması karşılığında aboneden/kullanıcıdan açık rıza talep edilebilir.*** *c) Abone/kullanıcı, açık rıza beyanının alınması öncesinde; işlenecek kişisel veri türü ile trafik ve konum verisi türleri, kapsamı, işlenme amacı ve süresi hakkında işletmeciler tarafından açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilir. Bu bilgilendirmenin yazılı yapılması halinde yazılar en az on iki punto ile hazırlanır. ç) İşletmecinin gerekli bilgilendirmeyi yapması sonrasında abonenin/kullanıcının "evet/onay/kabul" şeklindeki irade beyanı yazılı veya elektronik ortamda alınır. Söz konusu irade beyanı rıza alınan duruma özgü olmalıdır. Bu irade beyanı, bir sözleşmenin veya hizmetin kabulü ya da pazarlama amaçlı haberleşmelere onay verilmesi ve benzeri hukuki işlemlere yönelik irade beyanları ile birleştirilemez ….*" hükmünü havidir.

Bunun yanı sıra, bir işletmeci tarafından faaliyete geçirilmiş kişisel veri ile çalışan bir otomat makinesinin ürün/hizmet olarak kullanıcıya belirli bir dakika yurtiçi ses iletişimi imkanı tanıdığı bir senaryoda kullanıcının açık rızasından söz edilip edilemeyeceğini tartışmak gerekecektir. Gerek Kanun'da gerekse GDPR'da tanımlanan açık rızanın "*Özgür bir iradeyle açıklanma*" unsurunun Yönetmelik'in "*Açık rıza alma şartları*" başlıklı 8'inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde de bulunduğu görülmektedir. Bu durumda yukarıda açıklanan nedenlerle kişisel verilerin otomat makinesi tarafından açık rızaya dayalı olarak işlenip işlenemeyeceği otomat makinesinin sadece kişisel veri ile çalışıp çalışmadığı hususuna doğrudan bağlı olacaktır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere sadece kişisel veri ile çalışan bir otomat makinesinden ürün/hizmet almak isteyen kullanıcının kişisel verisini otomat makinesiyle paylaşmak dışında bir imkana sahip olduğu söylenemez. Böyle bir durumda da kullanıcının verdiği rızanın özgür bir iradeyle açıklandığından söz etmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle bir işletmeci tarafından hizmete açılmış, kullanıcıya belirli bir dakika yurtiçi ses iletişimi imkanı sunan bir otomat makinesinin Yönetmelik kapsamında açık rızaya dayalı olarak kullanıcının kişisel verisini işleyebilmesi için kullanıcıya hizmetin karşılığını kişisel veri dışında bir yöntemle de ödeme imkanı sunması gerektiği ifade edilebilir. Örneğin otomat makinesi hem kişisel veri hem de para ile çalışıyorsa kullanıcıya hizmetin karşılığını farklı yöntemlerle ödeme imkanı sunulmuş olacaktır.

Öte yandan, anılan otomat makinesinin sadece kişisel veri ile çalışmasının hukuken mümkün olup olmadığı hususunu tartışmak gerekecektir. Yönetmelikte Kanun'un "*Kişisel verilerin işlenme şartları*" başlıklı 5'inci maddesinde tanımlanan işleme şartlarından sadece açık rızaya ilişkin işleme faaliyetinin açıkça düzenlendiği görülmektedir. Örneğin anılan maddede zikredilen diğer işleme şartlarından birisi olan bir sözleşmesinin ifası için gerekli olma şartı Yönetmelik'te düzenlenmemiştir. Bu durumda işletmeci tarafından faaliyete geçirilen sadece kişisel veri ile çalışan otomat makinesinin kişisel veri işleme faaliyeti yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere kullanıcı ile otomat makinesi

(işletmeci) arasında tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme kapsamında değerlendirilebileceğinden ve mezkur sözleşmenin ifası ancak bir takım kişisel verilerin işlenmesi ile mümkün olduğundan bir sözleşmenin ifası için gerekli olma işleme şartı kapsamında nitelendirilebilir.

Bununla birlikte, bir işletmeci tarafından otomat makinesi kullanılmak üzere kişisel verilerin açık rıza ya da bir sözleşmesinin ifası için gerekli olma şartına dayanarak işlenmesi arasında hukuki açıdan ortaya çıkan farkların değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. 5809 sayılı Kanun'un "*Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması*" başlıklı 51'inci maddesi "*….(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,* ***trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir.*** *(7) Trafik verileri; trafiğin yönetimi, arabağlantı, faturalama, usulsüzlük/dolandırıcılık tespitleri ve benzeri işlemleri gerçekleştirmek veya tüketici şikâyetleri ile arabağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü amacıyla sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla işlenir ve bu uzlaşmazlıkların çözüm süreci tamamlanıncaya kadar gizliliği ve bütünlüğü sağlanarak saklanır.* ***Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ya da elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlanması amacıyla ihtiyaç duyulan trafik verileri ile konum verileri anonim hâle getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların açık rızalarının alınması*** *ve sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla,* ***belirtilen faaliyetlerin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir****….*" hükmünü havidir. İlgili hükümler incelendiğinde kanun koyucunun trafik ve konum verilerinin işlenmesini özel olarak düzenleme gereği duyduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan madde ile mezkur verilerin, sadece ilgili kişilerin açık rızaları alınarak yurt dışına aktarılabileceği, katma değerli hizmet (KDH) sunmak ya da elektronik haberleşme hizmetlerini pazarlamak amacıyla ancak anonimleştirme[6] yöntemiyle ya da açık rıza ile işlenebileceği düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, bir işletmeci uhdesinde faaliyet gösteren otomat makinesinin 5809 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi gereği trafik ve konum verilerini anılan maddede belirtilen hallerde açık rızaya dayanarak işleyebileceği ancak bir sözleşmenin ifası için gerekli olma şartına dayanarak işleyemeyeceği değerlendirilmektedir. Zira emredici nitelikteki madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere trafik ve konum verileri anılan maddede belirtilen hallerde sadece açık rızaya dayanarak ya da anonimleştirilerek işlenebilecektir. Bu nedenle sadece kişisel veri ile çalışan bir otomat makinesi üzerinden temin edilen trafik ve konum verilerinin yurtdışına aktarılmasının veya KDH sunmak ya da elektronik haberleşme hizmetlerini pazarlamak amacıyla kullanılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere sadece kişisel veri ile çalışan otomat makinesinden hizmet temin etmek isteyen kullanıcının açıklayacağı rıza özgür bir şekilde verilmiş olma şartını taşımayabileceğinden açık rıza olarak nitelendirilemeyecektir. Trafik ve konum verisi dışındaki kişisel verilerin veya 5809 sayılı Kanun'un 51'inci maddesinde belirtilen haller dışındaki bir senaryoda trafik ve konum verisinin mezkur makine tarafından bir sözleşmenin ifası için

[6] Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 3'üncü maddesine göre anonim hâle getirme "*Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi*" olarak tanımlanmıştır.

gerekli olma şartına dayanarak işlenmesi ise mümkün görülmektedir. Hem kişisel veri hem de para ile çalışan bir otomat makinesi tarafından temin edilen trafik ve konum verileri 5809 sayılı Kanun'un 51'inci maddesinde sayılan hallerde açık rızaya dayanarak işlenebilecektir. Zira mezkur makine tarafından kullanıcıya bir seçimlik hak tanındığından açık rızanın özgür bir şekilde verilmiş olma unsurunun yerine getirilmiş olacağı değerlendirilmektedir.

Bütün bu anlatılanların yanı sıra, 21. yüzyılın petrolü olarak kabul edilen veri içerisinde çok değerli bir yere sahip olan kişisel verilerin gelişen teknoloji ile birlikte yapay zeka ve benzeri teknolojiler üzerinde kullanımı gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Bu nedenle bilhassa iş dünyasının kişisel veriye erişme iştahının yüksek seviyelerde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bu makaleye konu edilen kişisel veri ile çalışan otomat makinesinin de iş dünyasına gerçek zamanlı ve bol miktarda kişisel veri temin etmek amacıyla faaliyete geçtiği düşünülmektedir. Zira herhangi bir ücret ödemeksizin otomat makinesinden temin edilen ürünün bedeli esasen gerçek kişilerin kişisel tercih bilgileridir. Makineden alınan bir soğuk içecek karşılığında temin edilen kişisel veriler öncelikle veri tabanlarında toplanmakta akabinde yapısal nitelikteki bu veriler çeşitli algoritmalar tarafından işlenerek tüketici alışkanlıkları, karakter analizi gibi birçok detaylı raporların hammaddesini oluşturmaktadır. Anılan işleme sürecinin sonunda ise gerçek kişilerin karakteristik özelliklerini çok iyi öğrenmiş bir takım otomasyon uygulamaları ortaya çıkarılmaktadır. Örneğin otomat makinesinin bir anketin tüm sorularının cevaplanması karşılığında kullanıcı tarafından birisi seçilmek üzere verdiği 4 farklı çeşit ürün olduğunu düşünelim. Anket içerisinde de gerçek kişinin adı soyadı, telefon numarası, yaşı, oturduğu semt, aylık ortalama geliri gibi birtakım soruların olduğunu farz edelim. Mezkur anket sonuçları veri tabanında bir tabloya yazılacak ve akabinde bu veriler yeterli miktara ulaştığında detaylı raporların konusunu oluşturacaktır. Bu raporlar ile 4 farklı üründen hangisinin hangi semtte, hangi yaş grubu, hangi gelir grubu tarafından yoğun olarak talep göreceği çok kolay bir şekilde analiz edilebilecektir. Başka bir deyişle her bir ürünün hedef kitlesi tespit edilecektir. Gelir grubu ile oturulan semt arasındaki ilişki ortaya çıkarılabilecektir. Ayrıca bu verilerle eğitilmiş yapay zeka algoritmaları kullanılarak bir şirketin müşteri portföyünde yer alan yaş, oturduğu semt, telefon numarası, aylık ortalama gelir gibi bilgileri önceden belli olan gerçek kişi müşterilerine tamamen kişiselleştirilmiş reklam göndermesi ve bu reklam sonrası çok yüksek bir olasılıkla satış yapması mümkün hale gelecektir. Zira gerçek zamanlı olarak doğrudan sahadan alınan veriler ile eğitilmiş yapay zeka algoritmaları hangi ürünün hangi semtte oturan, hangi yaş ve aylık ortalama gelir grubundaki müşteriler tarafından satın alınacağını çok yüksek bir doğruluk oranı ile tahmin edebilecektir. Başka bir deyişle şirketler satış garantili reklam hizmetleri satın alabilecek veya bu verileri kullanarak kendi bünyelerinde anılan reklam faaliyetlerini yürütebilecektir.

Sonuç olarak, kişisel veriden kıymetli bilgi üretme sürecinde gerek uluslararası gerek ulusal arenada irili ufaklı birçok farklı şirketin rekabet ettiği günlerin yaklaştığını söylemek çok da abartılı olmayacaktır. Tam da bu noktada önemli olan kişinin temel hak ve özgürlüklerine, kişisel mahremiyet alanına asgari düzeyde dokunacak şekilde anılan sürecin yürütülmesi hususunda gerekli dengenin kurulmasıdır. Bu hususta Kanun ve GDPR gibi düzenlemelere uyumu denetleyen kurumlara ve görevli mahkemelere

düşen vazifenin son derece kritik olduğu tartışmasızdır. Zira ancak bu kurumlar ve mahkemeler tarafından Kanun ve GDPR gibi düzenlemelere ilişkin gereklerin mezkur şirketler tarafından ifa edilmesi güvence altına alınacaktır. Aksi durumda yoğun rekabet ortamında bulunan ve pazar payını korumak ya da arttırmak isteyen şirketlerin anılan düzenlemelere resen uygun davranmasını beklemek çok da gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Şirketlerin bu düzenlemelere uygun davranmaması halinde ise kişisel mahremiyet alanı ile temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediğinden söz edilemez. Zira algoritmalar tarafından kontrolsüz bir şekilde kişisel veri kullanımı gerçek kişilerin kolaylıkla manipüle edilmesine kapı aralayarak özgür iradelerinin algoritmaları kullanan şirketlere bağlı iradeler haline gelmesine neden olabilecektir. Sizce bu durumda otomat makinesinden aldığımız bir soğuk içecek karşılığında feragat ettiğimiz şey esasen sadece kişisel verilerimizin gizliliği midir yoksa özgür irademizin kendisi mi?