

BİLİŞİM HUKUKU DERGİSİ

DIGITAL LAW REVIEW

Cilt: 3 Sayı: 2 | Vol. : 3 Issue: 2 | 2021





BİLİŞİM HUKUKU DERGİSİ

DIGITAL LAW REVIEW

Cilt: 3

Sayı: 2

Aralık 2021

Vol.: 3

Issue: 2

December 2021

ASBÜ Yayınevi

Ankara 2021

BİLİŞİM HUKUKU DERGİSİ

DIGITAL LAW REVIEW

e-ISSN: 2667-6109

Cilt: 3 Sayı: 2

Vol.: 3 Issue:2

Aralık 2021

December 2021

Dergi İletişim Bilgileri/Review Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

E-mail: bilisimhukukudergisi@asbu.edu.tr

<https://dergipark.org.tr/bilisimhukukudergisi>

Bilişim Hukuku Dergisi hakemli bir dergidir. Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

Digital Law Review is a peer-reviewed journal. The liability of the published work lies with the author/authors.

Bu dergideki eserler, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır.

The works contained herein are licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Yayına Hazırlayan

Mizanpaj: Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı

Kapak Tasarımı: Basın Yayın Daire Başkanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 46 Fax: +90 312 311 86 00

E-mail: asbu.library@asbu.edu.tr

Baskı: Dijital Yayın

Sertifika No: 33365

Tel: 596 46 12

İMTİYAZ SAHİBİ:

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dekanı

Sorumlu Müdür:

İsmail ÖZCAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Sekreteri

Editör:

Doç. Dr. Yasin SÖYLER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Editör Kurulu:

Öğr. Gör. Dr. Erman EROĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Arş. Gör. Mustafa Cemre CAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Arş. Gör. Sena KONTOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Danışma Kurulu:

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ

TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Leyla KESER BERBER

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal YERDELEN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Barış ERMAN	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gülsün Ayhan	
AYGÖRMEZ UÇURLUBAY	İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Armağan Ebru	
BOZKURT YÜKSEL	Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Hasan SINAR	Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Erman BENLİ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fatih	
KAPLANHAN	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii	
KAYA	İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ahmet KILIÇ	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
Dr. Mustafa KÜÇÜKALİ	Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurum

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış,
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yash, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: I, II, III... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: A, B, C... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: 1, 2, 3... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: a, b, c... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: i, ii, iii... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işareten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

Yanlış: verilecektir¹.

Doğru: verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.
Yazım şekline ilişkin kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz. <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - ◊ "and" yerine "ve"
 - ◊ "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - ◊ "Anonymous" yerine "Anonim"
 - ◊ birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - ◊ "see" yerine "bkz."
 - ◊ "in" yerine "iç."
 - ◊ "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - ◊ "trans." yerine "çev."
 - ◊ "edited by" yerine "editör"
 - ◊ "translated by" yerine "çeviren"
 - ◊ "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - ◊ "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - ◊ "thesis" yerine "tez"
 - ◊ "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - ◊ "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - ◊ Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - ◊ Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - ◊ Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff." dan sonra "." gelecekse kullanılmaz ancak ":", "?" vb. gelecekse onlar "ff." deki noktaya bitişik yazılır.
 - ◊ Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

- ◊ Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- ◊ Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017,
(<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,
(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORMAT

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. bstract and Keywords: Bold and first letter capital

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:
 - First level:** Numbering style: I, II, III... Title: bold and capital letter.
 - Second level:** Numbering style: A, B, C... Title: bold and first letter capital.
 - Third level:** Numbering style: 1, 2, 3... Title: bold and first letter capital.
 - Fourth level:** Numbering style: a, b, c... Title: bold and first letter capital.
 - Fifth level:** Numbering style: i, ii, iii... Title: italic and first letter capital.
3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

Wrong: given¹. **Right:** given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited per the writing form rules of the Journal, please see <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes

1. The works should be prepared per official spelling and orthographic rules.
2. "The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see
<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

PANDEMİ DÖNEMİNDE SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI VE SEGBİS.....	230
---	------------

*The Defendant's Presence at the Hearing in Pandemic
Conditions and SEGBİS*

Mehmet ÇATLI, Elifsu Beyza DEMİR

VERİ EKONOMİSİ VE REKABET HUKUKU.....	266
--	------------

Data Economics and Competition Law

Berkay KURDOĞLU, Çağlar Deniz ATA

KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE İNTERNET SİTELERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ VE/VEYA İÇERİĞİN YAYINDAN ÇIKARILMASINDA GÖREV VE YETKİ SORUNU.....	338
--	------------

*The Issue Of Ratione Materiae and Ratione Loci
Jurisdiction In Removing Content and/or Blocking
Access To Websites Due To Violation Of Personal Rights*

İsmail DEMEZ

NFT'LER ÖZELİNDE SİBER SİGORTAYA BİR BAKIŞ.....	430
--	------------

An Overview of the Cyber Insurance in Specific to NFTs

Eyüp Ensar ŞAĞBAN

YENİLENEN WHATSAPP GİZLİLİK POLİTİKASI VE KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU İNCELEMESİ.....	494
---	------------

*Renewed WhatsApp Privacy Policy And Personal Data
Protection Institution Review*

Sümeyye ŞİMŞEK

PANDEMİ DÖNEMİNDE SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI VE SEGBİS

The Defendant's Presence At The Hearing In Pandemic Conditions and SEGBIS

Mehmet ÇATLI*

Elifsu Beyza DEMİR**

Öz

2020 yılının mart ayı ile beraber tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 pandemisi, diğer tüm alanları etkilediği gibi yargı alanını da etkilemiştir. Bir yandan yargı faaliyetlerinin her koşulda devamlılığının sağlanması gerekmektedirken, diğer yandan da bu faaliyetlerin toplum sağlığını riske atmadan yürütülebilmesi için birtakım tedbirlerin alınması gerekli olmuştur. Bununla beraber, pandemi döneminde dahi, yargı faaliyetlerinin bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunup gözetilerek yürütülmesi gerekmektedir. Hakkındaki bir suç isnadı nedeniyle yargılanan sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı da bu haklardan biridir. Çalışmamızda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve bu kapsamda bir dijital uygulama olarak kabul edilen SEGBİS usulünün kullanılması,

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mehmet.catli@asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7998-8434.

** Hâkim, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, elifsubeyza.demir@student.asbu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3261-9636.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 27.05.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 23.10.2021.

Atıf/Citation: Çatl, Mehmet ve Elifsu Beyza Demir. "Pandemi Döneminde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması ve SEGBİS." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 230-265.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiş ve pandemi sürecinde yargının işleyişine ilişkin alınan tedbirlerin bu hakka olan etkisi yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilişim Hukuku, Adil Yargılanma Hakkı, Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması, SEGBİS, Covid-19, Pandemi.

Abstract

The Covid-19 pandemic, which affected the whole world as of March 2020, affected all other areas as well as the jurisdiction. It was necessary to ensure the continuity of judicial activities under all conditions, on the other hand, it was necessary to take certain measures in order to carry out these activities without risking the public health. However, even during the pandemic period, judicial activities should be carried out by protecting and observing the fundamental rights and freedoms of individuals. The right of the accused to be present at the hearing is one of these rights. In our study, the right of the accused to be present at the hearing and the use of the SEGBIS procedure, which is accepted as a digital application in this context, were examined in the light of the decisions of the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and the Court of Cassation, and the effect of the measures taken regarding the functioning of the judiciary during the pandemic process on this right was interpreted.

Keywords: IT Law, Right to a Fair Trial, Presence of the Defendant at the Hearing, Covid-19, Pandemic.

GİRİŞ

İnsanların, ulusların ve devletlerin geleceğini yeni baştan şekillendirmek zorunda kalacağı bir dijital çağın içerisinde

olduğumuz artık genel kabul gören olgudur.¹ Dijital ortamların yaygınlaşması ve daha fazla etkin olması, pandemi süreci ile beraber hız kazanmıştır. Devletlerin dijitalleşme çalışmalarının başlangıcını tam bir tarih vererek belirlemek güçtür.² Özellikle internetin yaygın kullanımına başlanmasıyla hayatın her alanında kullanılması gündeme gelmiş ve artan bir ivmeyle internet ve bilişim süreçleri insanların ve devletlerin hayatında etkin olmaya başlamıştır.

Bu etkinlik, bilinen birçok hukuki uygulamada köklü değişiklikler yapılması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. Önceki yüzyıllarda seneler alan bazı değişim ve dönüşümler çağımızda bilişim sektöründeki gelişmeler sebebiyle haftalar, hatta günler içerisinde çözülebilir duruma gelmiştir. Modern hayatın getirdiği bir kolaylık olarak görünen dijitalleşme, beraberinde birçok sorunu da insanların ve devletlerin ve de hukukun gündemine getirmektedir.³

İnsanları ve doğal bağlantısı sebebiyle devletleri ve hukuku, dijitalleşme (Dijitleştirme-digitesse⁴) ile beraber hayatın akışında sağladığı kolaylıklar kadar, değişimin getirdiği yeni duruma hazır olma ve beraberinde ortaya çıkan sorunları çözme bağlamında birçok konu da hukukçuların gündemine girmektedir.

Özellikle temel hak ve hürriyetlerin, bu çalışmada vurgulanan adil yargılanma hakkı gibi, dijital dünyada ve hukuk sistemlerinde nasıl düzenleneceği ve nasıl korunacağı

¹ Eric Schmitd ve Jared Cohen, *Yeni Dijital Çağ*, çev. Ümit Şensoy (Optimist Yayınları, İstanbul, 2014), 21- 40.

² Daha geniş bilgi için bkz. Mehmet Çatlı, *Dijital Devlet Teorisi* (Adalet Yayınları, Ankara, 2021), 73-87.

³ Daha geniş bilgi için bkz. Süleyman Yılmaz, *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020)

⁴ “Elektronik Notları,” TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, erişim tarihi: Nisan 21, 2021, https://www.emo.org.tr/ekler/bfab61ba6134070_ek.pdf.

konusu yeni sayılabilecek bir tartışma zeminidir. Burada da temel sorun, insanların konuya çözüm aramalarının teknolojinin değişim hızının gerisinde kalması riskidir. İnternetin tarihi gelişimine baktığımızda⁵ bu kanıyı doğrulayacak gelişmeleri görmek mümkündür.

Dijital çağı yaşayan günümüz hukukçularının önlerinde aşmaları gereken en büyük husus, değişim ve dönüşümün hızına yetişebilmek olacaktır. Gerek kamu hukuku gerek özel hukuk alanlarının tamamında yaşanan dönüşümü anlamlandırmak ve hukuku üstün kılmak iradesini teknolojinin hızına uydurmak gerekmektedir. Hukukçuların teknoloji karşısında gecikmeleri, telafisi güç insan hakları ihlallerine ve dahası, insanın birçok hakkının teknoloji karşısında etkisiz ve sönük bir konumda kalmasına yol açabilecektir.

Bilişim alanında yaşananlar, bu çalışmanın da ortaya koymaya çalıştığı gibi, yargı alanına da doğrudan tesir etmektedir. Dijitalleşmenin etkisini, hukukta, özellikle ceza yargılamalarında görmekteyiz. Bu anlamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS), 2013 yılında teknolojinin de ilerlemesi ile birlikte hukukumuzda giren ve yargılamada dijitalleşmeye ilişkin atılan önemli bir adımdır.

SEGBİS, mahkeme huzurunda bulundurulması gereken kişilerin, mahkemede hazır bulunmasalar bile dinlenmesini ve ifadesinin veya savunmasının alınmasını mümkün kılan bir sistemdir. Bu dijital sistemin hukuka ve yargılamalara olan etkilerini ise, özellikle sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı bakımından görmekteyiz.

⁵ B. Zakir Avşar ve Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku* (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2010), 29ff.

Gerek ceza hukuku bağlamında gerek hukukun diğer alanlarında yapay zeka ve robot⁶ ile ilgili çalışmalar, günümüzde ve özellikle gelecekte, bilişimin insan hayatına ve hukuka etkilerine dair önemli değişimlerin olacağına işaret etmektedir. Hukuk alanında dijitalleşmenin önem ve gerekliliği, pandemi süreci ile birlikte bir kez daha anlaşılmış ve bu alanda yeni çalışmalar yapılmaya başlanmıştır.⁷ Ancak dijitalleşmenin temel hak ve hürriyetlere olan etkisi, dijitalleşmenin önem kazanarak yaygınlaştığı pandemi döneminde bile tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Bu çalışmada ortaya konulan veriler ile de adil yargılanma hakkının bir unsuru olan sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, bir dijital uygulama olarak SEGBİS ve pandemi sürecinin bu hakka ve dijital uygulamanın kullanılmasına olan etkileri değerlendirilmektedir.

I. SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI

Hakkında suç isnadı bulunan herkes, aleyhindeki iddiaları dinlemek ve savunmasını yapmak üzere, mahkeme huzurunda hazır bulunma hakkına sahiptir.⁸ Bu hak gerek ulusal gerek uluslararası belgelerle güvence altına alınmıştır.

⁶ Daha geniş bilgi için bkz. Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*, ed. Yener Ünver (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021).

⁷ Daha geniş bilgi için bkz. “e-Duruşma,” Adalet Bakanlığı, erişim tarihi: Mart 21, 2021, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/468/dosya/e-durusma-avukat-kullanim-klavuzu05-11-202014-11.pdf>.

⁸ Uluslararası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), 219.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile güvence altına alınmış temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Bu hak, Sözleşme'de yer alan diğer hakların korunması bakımından da önem arz etmektedir.⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında adil yargılanma hakkı şu şekilde ifade edilmiştir: *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”*

Maddenin 3. fıkrasında ise, bir suç ile itham edilen kişilerin aşağıdaki asgari haklara sahip olacağı ifade edilmiştir:

“a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

⁹ Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (Ankara: Beta Yayınları, 2013), 4.

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere adil yargılanma hakkı, içerisinde pek çok hak ve ilkeyi barındırmaktadır.¹⁰ Mahkemeye erişim hakkı, aleni yargılama, silahların eşitliği, duruşmada hazır bulunma hakkı gibi hukukun doğru işleyişi için gerekli olan pek çok hak ve ilke, adil yargılanma hakkının kapsamında yer almaktadır.¹¹

Adil yargılanma hakkının, duruşmaya katılma ve yargılama sürecini bizzat takip etme hakkıyla doğrudan ilgili olduğu kabul edilmektedir.¹² Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, 6. madde kapsamında doğrudan düzenlenmemiş olsa da, 3. fıkranın c, d ve e bentlerinden dolayı olarak anlaşılmaktadır.¹³ Nitekim duruşmada hazır bulunmaksızın, “kendi kendini savunma,” “iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme” ve “duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanma” haklarının nasıl kullanılabileceğinin anlaşılması zordur.¹⁴

Adil bir yargılama için, sanığın salt olarak duruşmada hazır bulunması yeterli değildir. Sanığa, etkili katılım hakkının da sağlanmış olması gerekmektedir. Etkili katılım, en kısa şekilde,

¹⁰ Selahattin Kolcu, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve Segbis Sistemi,” *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 3 (2018): 249.

¹¹ Naula Mole ve Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Şen Matbaa, 2001), 34.

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ekbatani/İsveç, BN. 10563/83, 26.05.1988, p. 25 (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Colozza/İtalya, BN. 9024/80, 12.02.1985, p. 26 (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

¹⁴ Colozza/İtalya, p. 27.

sanığın yargılamanın bütününe aktif olarak katılması şeklinde ifade edilebilir.¹⁵ Mahkeme¹⁶ ise, Stanford-Birleşik Krallık davasında etkili katılım hakkında şöyle demiştir: “Etkili katılım, genel olarak, sadece anığın duruşmada bulunma hakkını değil, duruşmayı izleme ve konuşulanları duyma hakkını da içerir. Bu haklar, çelişmeli usul içinde zımnî olarak zaten vardır.”¹⁷ Mahkeme, bir başka kararı¹⁸ ile etkili katılımı, sanığın yargılama sürecinin niteliğini, kendisi için neyin tehlike olduğunu, kendisi hakkında verilecek cezanın anlamını ve gerektiğinde bir çevirmen, avukat, sosyal danışman veya bir arkadaşının yardımıyla mahkemede neler söylendiğinin genel çerçevesini anlayabilmesi şeklinde ifade etmiştir.

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, yargılamayı yapan esas yetkili mahkeme huzurunda bulunma hakkı anlamına gelmektedir.¹⁹ Nitekim Mahkeme de Zana/Türkiye kararında, sanığın savunmasının istinabe yolu ile başka mahkeme tarafından alınmasını Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olarak görmüştür.²⁰ Bu nedenle, esas yetkili mahkeme dışındaki bir mahkeme aracılığı ile sanığın savunmasının alınması, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının sağlandığı anlamına gelmeyecektir.

¹⁵ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği* (Ankara: Şen Matbaa, 2007), 72.

¹⁶ Çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için “Mahkeme” ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Stanford/Birleşik Krallık, BN. 16757/90, 23.02.1994, p. 26, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, S.C./Birleşik Krallık, BN. 60958/00, 15.06.2004, p. 29, 33-35, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

¹⁹ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları,” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, no. 2 (2015): 215.

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zana-Türkiye, BN. 18954/91, T. 25.11.1997, p. 71-72, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

Ceza davalarında genel bir ilke olarak kabul edilen sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, mutlak bir hak değildir. Sanığın duruşma düzenini bozması, tanığın korkutulma kaygısı gibi şartların varlığı halinde sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı kısıtlanabilir.²¹

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesi de mümkündür. Feragat, açıkça ifade edileceği gibi, tarafa duruşmaya ilişkin tebligat yapılmasına rağmen, duruşmaya katılmaması ile zımni olarak da yapılabilir.²² Fakat söz konusu hakkın savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemi nedeniyle, bu feragatin açıkça anlaşılır, kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde yapılması ve hakkın önemine uygun asgari güvencelerin sağlanması gereklidir.²³

Netice itibari ile, duruşmada hazır bulunma hakkı sanığa, muhakemede bir süje olarak yer alma, muhakemeye yön verme ve kendisini savunabilme imkânlarını tanımaktadır. Sanığın duruşmada bulunma hakkının keyfi olarak engellenmesi veya sanığın duruşmada hazır bulunması için gerekli gayretin gösterilmemesi ya da sanık için uygun ortamın sağlanmaması, adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

B. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Kapsamında Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması

Ceza muhakemesi sistemimizde resen harekete geçme kuralı benimsenmiştir. Buna göre, suç işlendiği şüphesinin ortaya çıkması ve bunun ilgili makamlar tarafından herhangi bir surette öğrenilmesi üzerine, başka herhangi bir koşul aranmaksızın soruşturma makamları resen harekete geçmektedir. Bununla

²¹ Gökhan Çayan, *Adil Yargılanma Hakkı* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 136.

²² Çayan, *Adil Yargılanma Hakkı*, 137.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Zana/Türkiye*, BN. 69/1996/688/880, 25.11.1997, p. 70, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

beraber öyle durumlar vardır ki, davanın açılması ve açılan davada yargılamaya devam edilebilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur.²⁴

Bir soruşturmanın yürütülmesi ve sonunda dava açılması veya açılmış olan bir davanın yargılanması bazı şartların gerçekleşmesine veya bazı engellerin bulunmamasına bağlı ise ceza muhakemesi şartlarından söz edilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 193. Maddesinin 1 fıkrası şu şekildedir: *"Kanunun ayrık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz."* Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, sanığın duruşmadaki varlığı, ceza muhakemesi sistemimizde bir muhakeme şartı olarak kabul edilmiştir. Sanığın hazır bulunmaması, davanın açılmasına engel teşkil etmez.²⁵ Ancak sanığın hazır bulunmaması durumunda kural olarak, yargılama yapılamaz. Bununla beraber, ceza muhakemesi kanunumuzda bazı istisnai durumlarda sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına izin verilmektedir. Bu istisnai haller kaçaklık, gaiplik ve doktrinde sanığın yokluğu olarak adlandırılan hallerdir. Çalışmada, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek istisnai haller yalnızca saymakla yetinilmiştir.

II. SESLİ VE GÖRÜNTÜLÜ BİLİŞİM SİSTEMİ (SEGBİS)

SEGBİS, teknolojinin ilerlemesi ile birlikte hukukumuza giren oldukça önemli bir uygulamadır. Sistem, mahkeme huzurunda bulundurulması gereken kişilerin, mahkemede bulunmasalar dahi dinlenmesine ve sorgusunun yapılmasına olanak sağlamaktadır. Bu sistem, ceza yargılamasında dijitalleşme adına atılmış olan faydalı bir adım olarak görülmektedir. Ancak bu sistemin faydaları olduğu gibi,

²⁴ Bahri Öztürk et al., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 35.

²⁵ Öztürk et al., *Ana Hatlarıyla Ceza*, 55.

birtakım sakıncaları da vardır. SEGBİS'in faydaları ve sakıncaları, hangi durumlarda ve nasıl kullanılması gerektiği bakımından Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Marcello Viola-İtalya kararı yol gösterici olacaktır.

A. Genel Olarak

SEGBİS, Adalet Bakanlığı tarafından Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ile bağlantılı olarak kurulmuş olan, ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı bir çoklu ortam (multimedya) sistemidir.²⁶ Sistem, 2013 yılından itibaren adliye ve ceza infaz kurumlarında kullanılmaya başlanmıştır.

SEGBİS, mahkemelerde ve ceza infaz kurumlarında kurulan monitör, kamera ve bilgisayar sistemleri aracılığıyla iki farklı birim arasında eş zamanlı olarak sesli ve görüntülü iletişim kurulmasına olanak sağlamaktadır.²⁷ Bu sistem, duruşmada hazır bulunamayan şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasına ve duruşmada hazır bulunmayan tanık, katılan gibi diğer kişilerin de dinlenilmesine olanak vermektedir. Bununla birlikte, SEGBİS üzerinden gerçekleştirilen görüşmeler, UYAP üzerinden kaydedilebilmekte ve saklanabilmektedir.

Adalet Bakanlığı, SEGBİS ile ilgili yayınlamış olduğu genelgede²⁸, sistemin, Sözleşme'ye²⁹ uygun olarak, "*kendisine*

²⁶ "Ceza Muhakemesinde Ses Ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik," Mevzuat Bilgi Sistemi, erişim tarihi: Mart 21, 2021, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.15315&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0>.

²⁷ Dursun, "Sanığın Duruşmada," 134.

²⁸ "Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Genelge No: 150," Adalet Bakanlığı, erişim tarihi: Mart 21, 2021, www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/segbis.pdf.

²⁹ Çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için "Sözleşme" ifadesi kullanılmaktadır.

yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde makul sürede yargılanma" ilkesini sağlayacağını ifade etmiştir. Yine genelgede, SEGBİS'in kullanılması ile birlikte, insan hakları ihlallerinin önlenebileceği ifade edilmektedir.

SEGBİS, yargılamanın yapıldığı yer mahkemesi çevresi dışında bulunan kişilerin, esas yetkili olan mahkeme huzuruna çıkmasına imkân sağlamaktadır. Esas yetkili mahkeme, SEGBİS uygulaması ile mahkeme huzuruna çıkan bu kişilerin hâl ve hareketlerini izleyebilmekte ve bu kişilerin ifade alma veya sorguya çekme işlemlerini bizzat yapabilmektedir. Bu sayede ceza muhakemesi sistemimizde yer alan istinabe, naip hâkim ve yol tutuklaması uygulamaları büyük oranda azalmıştır.

Yargılamanın yapıldığı esas yetkili mahkemenin bulunduğu yer dışında bulunan kişilerin, esas yetkili mahkeme huzurunda hazır bulunması veya bulundurulması, kişilere ve devlete ekonomik yük getirmektedir. SEGBİS ile birlikte yargılama maliyetlerinin azaltılması da amaçlanmıştır.³⁰

Ceza yargılamalarında SEGBİS'in kullanılmasının faydaları olduğu kadar sakıncaları da vardır. SEGBİS'in etkisi, özellikle sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı bakımından görülmektedir. Usulüne uygun kullanılmayan SEGBİS, özellikle sanıklar açısından adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden olmaktadır.

B. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yukarıda da belirtildiği üzere, sanığın duruşmada hazır bulunması, sanık açısından bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir. Kamu güvenliği, sanığın duruşma düzenini bozması gibi nedenlerle, sanık olmadan da duruşma yapılabilecektir. Bu durumda, duruşmada hazır

³⁰ Halil Güner, "SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi," *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no.99 (2014): 84.

bulunmasına izin verilmeyen sanık, duruşmalara SEGBİS vasıtası ile katılabilecek ve savunmasını yapabilecektir.

Sanığın sorgusunun SEGBİS aracılığı ile yapılması, sanığın yokluğu hallerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak sorgu yapma yöntemi, CMK'nın 196/4. maddesi ile mümkün kılınmıştır: *“Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.”*

Ceza yargılamasında SEGBİS'in kullanılmasına ilişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesine intikal eden bir olay şöyledir: İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, sanık ve müdafii, sanığın savunmasının SEGBİS aracılığıyla alınmasını istememiş ve duruşmada hazır bulunmayı talep etmişlerdir. Buna rağmen, sanığın savunması SEGBİS aracılığıyla alınmıştır. Mahkeme, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, olayın şartlarını değerlendirerek, sanığın savunma hakkının kısıtlandığına karar vermiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin verdiği kararlar³¹ doğrultusunda, SEGBİS aracılığı ile sanığın savunmasının alınması sırasında uyulması gereken kuralları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

1. Kural, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. SEGBİS ile sanığın sorgusunun yapılması ise istisnadır.
2. SEGBİS, ancak zorunlu nedenlerin bulunması durumunda sanığın sorgusu için kullanılabilir. Mahkeme, zorunlu nedenin ne olduğunu gerekçeli bir şekilde belirtmeli ve delillendirmelidir. Sevk masrafları,

³¹ Yar. 16. CD, E. 2015/1076, K. 2015/1932, 19.06.2015; Yar. 16. CD, E. 2015/1078, K. 2015/1930, 19.06.2015; Yar. 16. CD, E. 2015/1083, K. 2015/1926, 19.06.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

güvenlik, ulaşım zorluğu gibi nedenler zorunlu neden olarak kabul edilemez.

3. SEGBİS yolu ile savunma alınması, sanığın açık kabulüne dayanmalıdır. Sanığa, duruşmada hazır bulunma hakkının bulunduğu hatırlatılmadan ve sanığın rızası alınmadan SEGBİS vasıtası ile savunma almak, savunma hakkının ihlalidir.
4. SEGBİS ile savunma alınması hâlinde, talebi doğrultusunda sanığın yanında da müdafii bulunması olanağının sağlanması koşulları gerçekleştiğinde, savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilebilecektir.

SEGBİS'in kullanılmasına ilişkin olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ortaya koyduğu bu kurallar, daha sonra Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenmiştir.³²

C. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesinin 2020 yılında imza attığı Şehrivan Çoban kararı³³, ceza yargılamalarında SEGBİS'in kullanılmasına ilişkin kıstasların ortaya konulduğu önemli bir karardır. Başvuran, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklu olarak yargılanmaktadır. Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamanın 15.03.2016 tarihli ilk celsesinde başvuran, duruşmada hazır bulunarak müdafii eşliğinde tercüman aracılığı ile savunma yapmıştır.³⁴ Daha sonra başvuran, tutuklu olarak bulunduğu Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan, Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları, terör faaliyetleri yapılacağına ilişkin güvenlik

³² Yerdelen, "Ceza Muhakemesinde," 277.

³³ AYM, Şehrivan Çoban, BN. 2017/22672, 06.02.2020, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

³⁴ Şehrivan Çoban, p. 20.

endişeleri ve koğuş kapasitesinin aşılması nedenleri ile Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiştir.³⁵

Mahkeme, başvuranın bulunduğu infaz kurumuna müzekkere yazarak, başvuranın 14.04.2016 tarihinde yapılması planlanan duruşmaya SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmasını istemiştir.³⁶ Başvuran ise SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmak istemediğini ve duruşmada hazır bulunarak savunma yapmak istediğini beyan etmiştir.³⁷ Bunun üzerine 14.04.2016 tarihli celse sanığın yokluğunda icra edilmiştir.³⁸

Yargılamanın 12.05.2016 tarihli son celsesi için mahkeme, duruşma tarihinde başvuranın SEGBİS odasında hazır edilmesi için infaz kurumuna tekrar müzekkere yazmıştır.³⁹ Başvuran, mahkemeye sunduğu bir dilekçe ile, Yargıtay kararlarına da atıf yaparak, savunma hakkının kısıtlanmaması için duruşmada hazır bulundurulmasının gerekli olduğunu ve SEGBİS yöntemi ile kendisini etkin bir şekilde savunmasının mümkün olmadığını belirterek SEGBİS odasında hazır bulunmayacağını, duruşmaya bizzat katılmak istediğini beyan etmiştir.⁴⁰

Yargılamanın 12.05.2016 tarihli son celsesinde mahkeme, başvuranın talebini değerlendirmiş ve başvuranın savunmasının esaslı bölümünü oluşturan sorgusunun birinci celsede mahkeme huzurunda yapıldığı, başvuranın duruşmada hazır bulundurulmasının güvenlik sorunlarına yol açabileceği ve SEGBİS yöntemi ile savunma alınmasının

³⁵ Şehrivan Çoban, p. 23-24.

³⁶ Şehrivan Çoban, p. 25.

³⁷ Şehrivan Çoban p. 26.

³⁸ Şehrivan Çoban, p. 27.

³⁹ Şehrivan Çoban, p. 30.

⁴⁰ Şehrivan Çoban, p. 31.

ilgili mevzuata uygun olduğu gerekçeleriyle talebin reddine karar vermiştir.⁴¹ Başvuranın yokluğunda duruşmaya devam edilmiş ve başvuran hakkında silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezasına hükmedilmiştir.⁴²

Başvuran, ilk derece yargılamasında SEGBİS aracılığı ile duruşmalara katılmaya rızasının olmadığını, duruşmalarda bizzat hazır bulunmayı talep ettiği hâlde usule aykırı bir şekilde yokluğunda duruşma yapıldığını, ilk derece mahkemesinin kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek hükmü temyiz etmiştir.⁴³ Yargıtay 16. Ceza Dairesi ise ilk derece mahkemesinin hükmünü onamıştır.⁴⁴ Temyiz talebi de yerinde görülmeyen başvuran, 02.05.2017 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvuran, yapmış olduğu bireysel başvuruda, SEGBİS aracılığı ile duruşma yapılmasının savunma açısından kendisini zor duruma düşürmesi nedeniyle bu şekilde duruşmalara katılmayı reddettiğini, mahkeme tarafından gıyabında duruşma yapılarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁴⁵ Adalet Bakanlığı ise, güvenlik endişeleri nedeniyle başvuranın duruşmalara SEGBİS ile katılımının kararlaştırıldığını, başvuranın SEGBİS ile duruşmalara katılmayı reddetmesi nedeniyle başvuranın yokluğunda fakat müdafinin katılımıyla yargılamanın yapıldığını ve bu şekildeki bir yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal etmediğini savunmuştur.⁴⁶

⁴¹ Şehrivan Çoban, p. 32.

⁴² Şehrivan Çoban, p. 34.

⁴³ Şehrivan Çoban, p. 35.

⁴⁴ Şehrivan Çoban, p. 36.

⁴⁵ Şehrivan Çoban, p. 64.

⁴⁶ Şehrivan Çoban, p. 65-66.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruyu değerlendirmeye gerek Anayasa gerekse Sözleşme ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkına değinerek başlamıştır. Anayasa'nın 36. maddesi gereğince herkes, iddia, savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir.⁴⁷ Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsamaktadır.⁴⁸

Duruşmada hazır bulunma hakkı, sadece istisnai hâllerde sınırlandırılabilir.⁴⁹ Kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan adil yargılanma hakkı, ancak Anayasa'nın 13. Maddesine uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu nedenle duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik sınırlandırmaların da Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. Maddesine uygun olmayan sınırlandırmalar, adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edecektir.⁵⁰

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, Anayasa'nın 13. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahaleler, kanuni olma, haklı bir sebebe dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olmak zorundadır. Başvuranın duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin de bu koşullara uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.⁵¹

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak müdahalenin kanuni olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 196. maddesinin 4. Fıkrası şu şekildedir: *"Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin*

⁴⁷ Şehrivan Çoban, p. 72.

⁴⁸ Şehrivan Çoban, p. 73.

⁴⁹ Şehrivan Çoban, p. 76.

⁵⁰ Şehrivan Çoban, p. 79.

⁵¹ Şehrivan Çoban, p. 81.

kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.” Başvuranın duruşmada bizzat hazır bulunma talebinin yerel mahkeme tarafından reddedilmesi bu hükme dayanmaktadır. Dolayısıyla müdahalenin kanunilik ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.⁵²

Kanunilik ölçütünü karşıladığı anlaşılan müdahale, ikinci olarak, meşru amaç taşıyıp taşımadığı yönünden incelenmiştir. Yerel mahkeme, başvuranın duruşmaya bizzat katılma talebini, başvuranın daha önce mahkeme huzurunda savunma yaptığı ve başvuranın mahkemeye transferinin kendisinin ve beraberindeki kamu görevlilerinin yaşamı açısından risk oluşturacağı gerekçesiyle reddetmiştir.⁵³ Anayasa Mahkemesi, söz konusu müdahalenin, kamu düzeninin ve gerek başvuranın gerekse başvurana refakat edecek güvenlik görevlilerinin güvenliğinin korunması bakımından meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varmıştır.⁵⁴ Buna ilaveten, müdahalenin ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması bakımından da meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁵

Anayasa Mahkemesi, son olarak, söz konusu müdahalenin ölçülülük ilkesini karşılayıp karşılamadığını incelemiştir. Ölçülülük ilkesi, kendi içerisinde, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.⁵⁶ Müdahalenin ölçülü olup olmadığı açısından

⁵² Şehrivan Çoban, p. 82.

⁵³ Şehrivan Çoban, p. 87-88.

⁵⁴ Şehrivan Çoban, p. 87.

⁵⁵ Şehrivan Çoban, p. 88.

⁵⁶ Şehrivan Çoban, p. 89.

yapılacak değerlendirme; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık sırası ile yapılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi açısından ilk olarak, müdahalenin elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Elverişlilik, müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir.⁵⁷ Somut olayda başvuranın duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin amacı, başvuranın mahkemeye nakli sırasında kendisinin ve beraberindeki güvenlik görevlilerinin güvenliğinin korunması ve makul sürede yargılama yapılmasıdır.⁵⁸ Anayasa Mahkemesine göre, yapılan müdahale, başvuranın ve kamu görevlilerinin güvenliğinin korunması ve makul sürede yargılama yapılması amaçlarına ulaşılması bakımından elverişli bir araçtır.⁵⁹

Ölçülülük ilkesi bakımından, ikinci olarak, müdahalenin gerekli olup olmadığı incelenmelidir. Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin, amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasının yanında, amacı gerçekleştirmek için gerekli olması da gerekmektedir. Gereklilik, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını ve aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını ifade etmektedir.⁶⁰

Somut olayda Anayasa Mahkemesi, başvuranın duruşma tarihinde mahkemeye transferi için makul bir çaba gösterildiğine dair bir veriye ulaşamamıştır. İlk derece mahkemesi, başvuranın duruşmada hazır bulunma talebini, genel olarak bir güvenlik sorununun varlığına işaret ederek reddetmiş ve başvuranın duruşmaya katılmasına yönelik bir

⁵⁷ Şehrivan Çoban, p. 89.

⁵⁸ Şehrivan Çoban, p. 99.

⁵⁹ Şehrivan Çoban, p. 99.

⁶⁰ Şehrivan Çoban, p. 89.

çaba sarf etmemiştir.⁶¹ Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin, başvuranın duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntemi denemeden (duruşmanın başka bir günde yapılması gibi) ve SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğunu göstermeden başvuranın talebini reddettiği kanaatine varmıştır.⁶² Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

Ölçülülük ilkesinin son aşaması ise, müdahalenin orantılılık ölçütünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmedir. Orantılılık, bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.⁶³ Şehrivan Çoban başvurusunda Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna vardığından, ölçülülük ilkesi açısından ayrıca orantılılık incelemesi yapmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sırasında, başvuranın adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine oyçokluğu ile karar vermiştir.⁶⁴

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Marcello Viola-İtalya kararı, ceza yargılamalarında video-konferans yönteminin kullanılmasına ilişkin kriterlerin ortaya konulduğu önemli bir karardır.

⁶¹ Şehrivan Çoban, p. 100.

⁶² Şehrivan Çoban, p. 101.

⁶³ Şehrivan Çoban, p. 89.

⁶⁴ Şehrivan Çoban, p. 104.

Başvuran Marcelo Viola, cinayet, mafya tarzı bir örgüte üye olma ve yasaya aykırı silah bulundurma suçlarından dolayı tutuklu olarak yargılanmıştır.⁶⁵ Başvuran, ilk derece mahkemesi tarafından, 15 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.⁶⁶ Başvuran bu karara karşı istinaf mahkemesine itiraz etmiştir. İstinaf aşamasında başvuran, tutuklu bulunduğu hapisshaneden duruşma salonuna getirilmemiştir.⁶⁷ Başvuranın, istinaf mahkemesinde yapılan duruşmalara, video-konferans yöntemi kullanılarak katılımı sağlanmıştır. İstinaf mahkemesi, başvuranı, ömür boyu hapis ve iki yıl hücre cezasına mahkûm etmiştir.⁶⁸ Başvuran, istinaf mahkemesinin kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz başvurusunda ise, duruşmalara katılımı ile ilgili olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair herhangi bir şikâyetle bulunmamıştır.⁶⁹ Yüksek Mahkeme, başvuran hakkında verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğunu belirterek, başvuranın temyiz talebini reddetmiştir.⁷⁰

Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuruda, istinaf mahkemesinde yapılan yargılama sırasında video-konferans yönteminin kullanılmasının kendi rızasına dayanmadığını ifade etmiştir.⁷¹ Duruşmalara video-konferans sistemi ile katılması nedeniyle avukatıyla düzgün bir iletişim kuramadığını belirten başvuran, savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁷² İtalya hükûmeti ise şikâyet konusu

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Marcello Viola-İtalya, BN. 45106/04, T. 05.01.2007, p. 5-6, (<http://hudoc.echr.coe.int/>).

⁶⁶ Marcello Viola-İtalya, p. 6.

⁶⁷ Marcello Viola-İtalya, p. 14.

⁶⁸ Marcello Viola-İtalya, p. 15.

⁶⁹ Marcello Viola-İtalya, p. 17.

⁷⁰ Marcello Viola-İtalya, p. 18.

⁷¹ Marcello Viola-İtalya, p. 26.

⁷² Marcello Viola-İtalya, p. 44-48.

yargılamada kullanılan video-konferans sisteminin başvuranın duruşmalara etkili bir şekilde katılımını sağladığını ve başvuranın duruşma salonunda bulunan avukatına, dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından herhangi bir dinleme teşebbüsüne karşı önlem alınan bir telefon bağlantısı ile özel olarak danışabilme imkânına sahip olduğunu ileri sürmüştür.⁷³

Mahkeme, söz konusu başvuru hakkındaki kararına, adil bir yargılama için sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunmasının önemine atıf yaparak başlamıştır.⁷⁴ Cezai bir suç ile itham edilen kişi, duruşmada bulunma hakkına sahiptir.⁷⁵ Ancak sanığın duruşmalara video-konferans yöntemi ile katılımının sağlanması da Sözleşme'ye aykırı değildir.⁷⁶ Yargılamalarda video-konferans yöntemine başvurulmasında meşru bir amaç güdülmelidir.⁷⁷

Mahkeme, başvuranın video-konferans aracılığı ile duruşmalara katılmasının meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını incelemiştir. Mahkeme, başvuranın durumundaki bir mahkûmun mahkemeye transferinde ciddi güvenlik önlemleri alınması gerektiğine, mahkûmun firar etme veya saldırıya uğrama riskinin ve mensubu olduğu suç örgütü ile tekrar temasa geçme olasılığının bulunduğu ve mağdur ve tanık gibi davaya taraf diğer kişiler üzerinde büyük bir baskıya sebep olabileceğine işaret etmiştir.⁷⁸ Mahkeme'ye göre, kargaşanın ve suçun önlenmesi, mağdur ve tanıkların yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarının korunması ve makul sürede yargılama yapılması meşru bir amaç olarak kabul edilmelidir.⁷⁹

⁷³ Marcello Viola-İtalya, p. 35-43.

⁷⁴ Marcello Viola-İtalya, p. 50.

⁷⁵ Marcello Viola-İtalya, p. 52.

⁷⁶ Marcello Viola-İtalya, p. 67.

⁷⁷ Marcello Viola-İtalya, p. 67.

⁷⁸ Marcello Viola-İtalya, p. 69-72.

⁷⁹ Marcello Viola-İtalya, p. 72.

Mahkeme, sanık ile müdafisinin bir mahremiyet içerisinde görüşme hakkının bulunduğunu ifade etmektedir.⁸⁰ Somut olayda başvuranın müdafisi ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşme hakkının ihlal edildiğine dair hiçbir delil göremeyen Mahkeme, başvuranın avukatı ile bir mahremiyet içerisinde görüşme hakkının somut olayda sağlandığını belirtmiştir.⁸¹

Sonuç olarak Mahkeme, başvuranın duruşmalara video-konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında, savunmanın, yargılamanın diğer tarafına nazaran daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediği ve yargılama esnasında başvuranın adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma imkânına sahip olduğu kanaatine varmıştır.⁸² Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliği ile karar vermiştir.

Marcello Viola başvurusunda Mahkeme'nin ihlal kararı vermemesinin sebebi, video-konferans yöntemine başvurulmasında meşru bir amaç güdülmesi ve yargılama esnasında başvuranın duruşma salonunda bulunan müdafisi ile herhangi bir dinleme teşebbüsüne karşı önlem alınan telefon bağlantısı ile mahremiyet içerisinde görüşme imkânına sahip olmasıdır. Ülkemizde SEGBİS uygulamasına, kamu güvenliği ve düzeninin korunması amacı ile değil, daha çok sevklerin masraflı olması veya ceza infaz kurumlarının dolu olması sebebiyle başvurulmaktadır. Yargılama sırasında müdafi, her zaman sanığın yanında hazır bulunmalıdır. Müdafi, sanığın yanında yer almıyor ve duruşma salonunda bulunuyor ise, sanık ile müdafi arasında mahremiyet içerisinde görüşmelerini sağlayacak bir iletişim hattı bulunmalıdır. Ne yazık ki ülkemizde böyle bir uygulama bulunmamaktadır.

⁸⁰ Marcello Viola-İtalya, p. 75.

⁸¹ Marcello Viola-İtalya, p. 75.

⁸² Marcello Viola-İtalya, p. 76-77.

Marcello Viola-İtalya kararının, video-konferans veya SEGBİS yönteminin kullanıldığı yargılamalarda emsal teşkil edebilmesi için, sanığın duruşmada hazır bulunmasının kısıtlanması meşru bir amaca dayanmalı ve sanığın savunma hakkını kullanabilmesi için yukarıda ifade edilen usulî güvenceler sağlanmalıdır.⁸³ Marcello Viola-İtalya kararı, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını tümüyle ortadan kaldıracak ve her durumda uygulanabilecek bir açık çek olarak görülmemelidir.⁸⁴

III. PANDEMİ DÖNEMİ VE SANIGIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI

Olağan dönemlerde olduğu gibi, doğal afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım vb. durumların görüldüğü olağanüstü dönemlerde de yargı işlemeye devam etmek zorundadır. Bununla beraber, yargı faaliyetleri sırasında bireylerin yargısal temel haklarının da korunup gözetilmesi şarttır. Olağanüstü dönemlerde dahi, yargı faaliyetlerinin bireylerin temel hakları korunup gözetilerek yürütülmesi gerekmektedir. Aksi takdirde adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir.

2020 yılının mart ayıyla beraber tüm dünyayı etkisi altına alan ve Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi ilan edilen Covid-19⁸⁵ salgını, diğer tüm alanları etkilediği gibi yargı

⁸³ Yerdelen, "Ceza Muhakemesinde," 279.

⁸⁴ Ersan Şen, "Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı," Haber7, erişim tarihi: Mayıs 5, 2021, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeyecikma-hakki>.

⁸⁵ "Yeni Koronavirüs Hastalığı (Covid-19), ilk olarak Çin'in Vuhan Eyaleti'nde 2019 yılının aralık ayının sonlarında solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüstür. İlk olarak Çin'in Vuhan Eyaletinde görülen Covid-19 virüsü, daha sonra insandan insana bulaşarak Çin Halk Cumhuriyeti'nin diğer eyaletlerine ve tüm dünyaya

alanını da etkilemiştir. Yargı faaliyetlerinin, toplum sağlığını riske atmadan yürütülebilmesi için birtakım tedbirlerin alınması gerekli olmuştur.

Covid-19 virüsünün ülkemizde de görülmesi üzerine, başta T.C. Cumhurbaşkanlığı olmak üzere tüm kurum ve kuruluşlar tarafından salgından korunmak ve salgının yayılmasını önlemek için çeşitli tedbirler alınmaya başlanmıştır. Yargı alanında da Adalet Bakanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından birtakım tedbirler alınmış ve bu tedbirler derhal uygulanmaya başlanmıştır.

Pandemiyle mücadeleye yönelik tedbirlerin hayata geçirilmesiyle, bu tedbirlerin kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlandırma getirdiği tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmanın bu kısmında, pandemi sürecinde yargının işleyişine ilişkin alınan tedbirlerin, bireyin yargısal temel haklarından olan sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına olan etkisi değerlendirilecektir.

A. Covid-19 Pandemisi Kapsamında Yargı Alanındaki Tedbirler İle Bu Tedbirlerin Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkına ve SEGBİS Kullanımına Etkisi

Covid-19 virüsünün ülkemizde görülmesi ile birlikte, başta T.C. Cumhurbaşkanlığı olmak üzere tüm kurum ve kuruluşlar tarafından birtakım tedbirler alındığı yukarıda ifade edilmişti. Yargı alanında da Adalet Bakanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu, yargısal faaliyetlerin kişilerin sağlığını riske atmadan yürütülebilmesi için, Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Koronavirüs Bilim Kurulunun önerileri doğrultusunda birtakım tedbirler almıştır. Çalışmada, yargı alanında alınan Covid-19 pandemisi tedbirlerinden, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin olanlar derlenerek, bu tedbirlerin sanığın

yayılmıştır". (Daha geniş bilgi için bkz: Sağlık Bakanlığı, "COVİD-19 Nedir?," erişim tarihi: Mart 21, 2021, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>).

duruşmada hazır bulunma hakkına olan etkileri yorumlanacaktır.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Covid-19 pandemisi kapsamında aldığı tedbirleri ilk olarak 13.03.2020 tarihli kararı ile açıkladı. Bu karar ile *“Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Koronavirüs Bilim Kurulu’nun önerileri kapsamında; yargılama faaliyetlerinin yürütülmesinde herhangi bir soruna sebebiyet vermemek amacıyla, tutuklu işlere yönelik soruşturma ve kovuşturmalar ile ivedi sayılacak diğer hususlar haricinde duruşma ve keşiflerin ertelenmesi ile gerekli görülen hallerde SEGBİS uygulaması kullanılması hususunun mahkemelerimizce değerlendirilmesi”*⁸⁶ yönünde hâkim ve savcılara öneride bulunuldu. Bu öneriyle, tutuklu ve ivedi işler dışında duruşmaların ertelenmesi, eğer duruşma yapılacak ise SEGBİS yolu ile duruşmaların icra edilmesi mahkemelere tavsiye edilmiş ve takdir mahkemelere bırakılmıştır.

26.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un geçici 1. maddesi ile, 30.04.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar duruşmaların ve müzakerelerin ertelenmesi de dâhil olmak üzere alınması gereken diğer tüm tedbirler ile buna ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi, ilk derece yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri bakımından Hâkimler ve Savcılar Kuruluna, adalet hizmetleri bakımından ise Adalet Bakanlığına verilmiştir.

7226 sayılı kanun ile Hâkimler ve Savcılar Kuruluna, yargı alanında gerekli tedbirleri alma ile buna ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin verilmesi üzerine, Hâkimler ve Savcılar

⁸⁶ Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği, Sayı: 87742275-010.07-0040-2020-94/16812, Konu: Corona Virüsü Hakkında Alınacak Tedbirler, 13.03.2020, erişim tarihi: Mart 21, 2021, (<https://www.hsk.gov.tr/>).

Kurulu, 30.03.2020 tarihinde yeni bir karar⁸⁷ almıştır. Bu karar ile *“tutuklu ve acil işler, dava zamanaşımı yakın olan soruşturma ve kovuşturma dosyaları ile ivedi sayılacak diğer iş ve işlemler haricindeki ilk derece adli ve idari yargı mercileri ile bölge adliye ve bölge idare mahkemelerine ait duruşmaların 30.04.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar ertelenmesi”* kararlaştırılmıştır.

30.04.2020 tarihine gelindiğinde, risk unsurunun tamamen ortadan kalkmaması ve özellikle toplu yaşanan yerlerde riskin daha da fazla olması göz önünde bulundurularak, duruşmaların 15.06.2020 tarihine kadar ertelenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle Hâkimler ve Savcılar Kurulu, 30.03.2020 tarihli ve 2020/51 sayılı kararı ile belirlenen tedbirlerin 15.06.2020 tarihine kadar aynen uygulanmasına devam olunmasına karar vermiştir.⁸⁸

Pandemi sürecinde yargının işleyişine yönelik Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından alınan birtakım tedbirlere yukarıda değinilmişti. Peki, bu tedbirler sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını etkilemiş midir? Pandemi gerekçe gösterilerek sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı kısıtlanmış mıdır? Çalışmanın bu kısmında bu soruların cevapları örnekler ile açıklanacaktır.

Yukarıda ifade edilmiş olan Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararlarından da açıkça anlaşılacağı üzere, pandemi süreci boyunca tutuklu işlerde yargılama faaliyetlerine hiç ara verilmemiştir. Yani hakkındaki suç isnadı nedeniyle tutuklu olan sanıkların yargılama faaliyetlerine duruşmaların ertelendiği dönemde bile devam edilmiş ve hatta bu süreçte

⁸⁷ Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Sayı: 87742275-010.07-0076-2020-139/21255, Konu: Covid-19 Kapsamında İlave Tedbirler, 30.03.2020, erişim tarihi: 21 Mart, 2021, (<https://www.hsk.gov.tr/>).

⁸⁸ Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği, Sayı: 87742275-010.07-0076-2020, 30/04/2020 Konu: Covid-19 Kapsamında Alınan Tedbirlerin Uzatılması, 30.04.2020, erişim tarihi: 21 Mart, 2021, (<https://www.hsk.gov.tr/>).

yargılamalar tamamlanıp sanıklar hakkında hüküm dahi verilmiştir.

Pandemi döneminde de SEGBİS ile duruşmalara katılmayı kabul etmeyen ve duruşmada bizzat hazır bulunmak isteyen sanıkların duruşmada hazır bulunma hakkı korunmuştur. Bu nedenle duruşmaların icrasına yönelik olarak da birtakım tedbirlerin alınması gerekli olmuştur. Bunun için Adalet Bakanlığı tarafından Adalet Hizmetlerinde Koronavirüs Tedbirleri Kapsamında Yeni Çalışma Esasları Kılavuzu yayınlanmıştır. Adliyede bulunan herkese maske takma zorunluluğunun getirilmesi, duruşma salonlarının girişinde el antiseptiği bulundurulması, duruşma esnasında sosyal mesafeye dikkat edilmesi, duruşma salonlarının düzenli olarak temizlenmesi ve havalandırılması gibi tedbirlere uyularak duruşmalar icra edilmektedir.⁸⁹

Zile Ağır Ceza Mahkemesine intikal eden bir olayda sanık, çocuğun cinsel istismarı suçundan yargılanmaktadır.⁹⁰ Soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliğince tutuklanan sanık, Kırşehir E Tipi Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır. Sanık, ilk duruşmadan önce ağır ceza mahkemesine yazdığı dilekçe ile duruşmalarda bizzat hazır bulunmak istediğini ve mahkeme huzurunda savunma yapmak istediğini beyan etmiştir. Bunun üzerine ağır ceza mahkemesi, duruşma tarihinde sanığın mahkeme huzurunda hazır edilmesine yönelik tutuklu sanığın bulunduğu ceza infaz kurumuna müzekkere yazmıştır. Tutuklu sanık yapılan tüm duruşmalarda mahkeme huzurunda hazır edilmiştir. Duruşma esnasında duruşma salonunda bulunan herkes maske takmıştır. Bununla beraber,

⁸⁹ Adalet Bakanlığı, "Adalet Hizmetlerinde Koronavirüs Tedbirleri Kapsamında Yeni Çalışma Esasları Kılavuzu," erişim tarihi: Haziran 10, 2021, <https://rayp.adalet.gov.tr/Resimler/1/dosya/brosur.pdf>.

⁹⁰ Zile Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2021/47, K. 2021/117, 26.05.2021.

duruşma salonuna belirli sayıda kişi alınmış ve sosyal mesafeye dikkat edilmiştir.

Zile Ağır Ceza Mahkemesi'ne intikal eden başka bir olayda ise sanık, kasten öldürme suçundan yargılanmaktadır.⁹¹ Soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği tarafından tutuklanan sanık, Boğazlıyan T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktadır. Sanık müdafisi ağır ceza mahkemesine yazdığı dilekçede, müvekkilinin savunmasını mahkeme heyeti huzurunda yapmak istediğini ve bu nedenle sanığın duruşma günü mahkemede hazır edilmesini talep etmiştir. Tutuklu sanık, yapılan tüm duruşmalarda mahkeme heyeti huzurunda bizzat hazır bulunmuştur. Duruşmalar yine yukarıda belirtilen pandemi tedbirlerine uygun olarak icra edilmiştir.

Pandemi sürecinde, tutuklu işlerde duruşmaların ertelenmemesi ve pandemiye rağmen sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının korunması, beraberinde birtakım sorunları getirmiştir. Bu sorunlardan biri de ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu sanıkların duruşma için adliyeye getirilmesi ve duruşma bitiminde tekrar kuruma dönmesi olmuştur. Çünkü ceza infaz kurumunda bulunan sanıkların dışarı ile temas etmesi, dışarı ile temas sonrasında sanıkların tekrar kuruma dönmesi ve kurumların kalabalık ortamlar olması, Covid-19 virüsünün bulaşması için bir risk faktörüdür. Bu riski en aza indirmek amacıyla birtakım tedbirler almak gerekmiştir. Koronavirüs Bilim Kurulunun tavsiyeleri doğrultusunda, Adalet Bakanlığı tarafından aşağıdaki tedbirler alınmıştır:⁹²

1-Tutuklu ve hükümlülerin kolluk tarafından ceza infaz kurumlarına tesliminden önce, hastaneye götürülerek ilgilinin

⁹¹ Zile Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2021/68, K. 2021/119, 04.06.2021.

⁹² Adalet Bakanlığı, "Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları – I," erişim tarihi: Mart 21, 2021, <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-kovid-19-pandemi-surecine-dair-kamuoyu-aciklamasi17062020045113>.

Covid-19 açısından muayenesi yapılarak PCR testinin sonucuna göre hareket edilmesi sağlanmaktadır. Test sonucunun negatif çıkması, kuruma kabulde ön koşul olarak uygulanmaktadır.

3-Test sonucu negatif çıkmış olsa da kuruma alınan tutuklu veya hükümlüler, 14 gün boyunca özel oda/koğuşlarda izole edilerek günlük semptom takipleri yapılmaktadır.

4-14 günlük izolasyon sürecinin bitiminde, girişte yapılmış olan PCR testine ek olarak, yeni bir PCR testi yapılmakta ve PCR testi negatif çıkan tutuklu/hükümlülerin oda/koğuş planlanmasına geçilmektedir. İzolasyon süreci içerisinde hastalık belirtisi gösteren veya izolasyon sonrası PCR testi pozitif çıkanlar, koruyucu önlemler alınarak ivedilikle ilgili sağlık kurumuna sevk edilmektedir.

Pandemi döneminde yargı faaliyetlerinin toplum sağlığını riske atmadan yürütülebilmesi için birtakım tedbirlerin alınması gerekli olmuştur. Bu dönemde yargılamalar, Sağlık Bakanlığının önerileri doğrultusunda Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Adalet Bakanlığı tarafından alınan tedbirlere riayet edilerek gerçekleştirilmiştir. Pandemiye rağmen duruşmada bizzat hazır bulunmak isteyen sanığın hakkı korunmuştur. Sonuç olarak pandemi, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının kısıtlanması için bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir.

SONUÇ

Teknolojinin hızla geliştiği bir çağda, hukuk sistemlerinin buna kayıtsız kalması düşünülemeyecektir.⁹³ Teknolojik gelişmeler, hukuk sistemlerine de doğrudan etki etmektedir. Bu etkiyi özellikle ceza yargılamalarında görmekteyiz. Günümüzde ceza yargılamalarının vazgeçilmez bir unsuru haline gelen

⁹³ Fahri Gökçen Taner ve Akif Yıldırım, "Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 1 (2021): 1.

SEGBİS, 2013 yılında teknolojinin de ilerlemesi ile birlikte hukukumuzda giren oldukça önemli bir dijital uygulamadır.

SEGBİS uygulaması ile görüntülü ve sesli iletişim teknikleri kullanılarak ilgililerin duruşmaya uzaktan katılımları sağlanmaktadır. SEGBİS, sanığın duruşmada hazır bulunmadan da savunmasının alınabilmesinin yollarını açmıştır.⁹⁴ Bu yöntemin kullanılması hukuk sistemlerine, transfer masraflarından tasarruf etme ve yargılamayı makul sürede tamamlama gibi birçok avantaj sağlamaktadır. Bununla birlikte SEGBİS, bireylerin adli süreçlere katılımlarını büyük ölçüde kolaylaştıran bir işleve sahiptir.

SEGBİS'in yargılamaya sağladığı kolaylıklar inkâr edilemez. Ancak bu sistem, adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok güvenceyi sınırlamaktadır. SEGBİS, sanıklar açısından duruşmada bizzat hazır bulunma hakkına belirli ölçüde gölge düşürmekte ve yargılama sürecine aktif olarak katılım sağlama yönünden daha sınırlı bir menfaat sağlamaktadır. Bu nedenle sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının kısıtlanmasının ve SEGBİS aracılığı ile duruşmalara katılımının neden gerekli olduğu yargılama makamları tarafından gösterilmelidir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da hâkim veya mahkemenin ancak zorunlu gördüğü durumlarda SEGBİS aracılığı ile duruşmalara katılıma karar verebileceğini düzenlemiştir.

Ülkemizde uygulanan SEGBİS yöntemi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi standartlarına tam anlamıyla uygun değildir. SEGBİS yöntemine genellikle yargılama giderlerini azaltmak ve makul sürede yargılama yapmak amacı ile başvurulmaktadır. Yapılan yargılamalar sırasında, duruşma salonunda bulunan müdafî ile cezaevinde bulunan sanık, herhangi bir dinleme teşebbüsüne karşı önlem alınan telefon bağlantısı ile mahremiyet içerisinde görüşme

⁹⁴ Kolcu, "Adil Yargılanma," 271.

imkânına sahip değildir. Bununla beraber, mahkemelerin ağır iş yükü sebebi ile sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntem arayışına girilmesi de söz konusu değildir. Adil bir yargılama için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve SEGBİS Yönetmeliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen ilkelere uygun olarak revize edilmelidir.

Teknolojinin getirdiği yenilikler, yargı alanını kaçınılmaz olarak etkilemiş ve etkilemeye de devam edecektir. Pandemi süreci ile dijitalleşme hayatın tüm alanlarında etkisini artırdığı gibi hukuk alanında da dijital uygulamalar önem kazanmıştır. Bu nedenle, yargı sistemi çağın gereklerine göre düzenlenmeli, dinamik olmalıdır.⁹⁵ Ancak düzenlemeler, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi esas alınarak yapılmalıdır. Pandemi döneminde duruşmada bizzat hazır bulunmak isteyen sanığın haklarının korunması bu anlamda olumlu bir durum olarak değerlendirilmektedir.

Her dijital uygulamada ortaya çıkan “kolaylık,” beraberinde birtakım hak kayıplarına da yol açabilmektedir. Sunulan kolaylıkların hak kayıplarına sebebiyet vermemesi için yapılan hukuki düzenlemelerin asıl unsurunun “insan” olduğunun ihmal edilmeden yapılması gerektiği düşünülmektedir. Dijital uygulamaların, adil yargılanma hakkı ve diğer tüm haklarda bir “araç” olarak kullanılması ve bu uygulamaların “esas” unsur olan hakkın kullanılması noktasında engel teşkil etmemesi gerekmektedir.

⁹⁵ Arif Gözel, “Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı,” Academia, erişim tarihi: Mart 21, 2021, https://www.academia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BC_Bili%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B1.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazarlar etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Yazar Katkı Oranı: Mehmet Çatlı %50; Elifsu Beyza Demir %50.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The authors have not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The authors stated that ethics committee approval is not required.

Contrubution Rate: Mehmet Çatlı 50%; Elifsu Beyza Demir 50%

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı. "Adalet Hizmetlerinde Koronavirüs Tedbirleri Kapsamında Yeni Çalışma Esasları Kılavuzu." Erişim Tarihi: Haziran 10, 2021. <https://rayp.adalet.gov.tr/Resimler/1/dosya/brosur.pdf>.
- Adalet Bakanlığı. "e-Duruşma." Erişim Tarihi: Mart 21, 2021. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/468/dosya/e-durusma-avukat-kullanim-klavuzu05-11-202014-11.pdf>.
- Adalet Bakanlığı. "Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları – I." Erişim Tarihi: Mart 21, 2021. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-kovid-19-pandemi-surecine-dair-kamuoyu-aciklamasi17062020045113>.
- Adalet Bakanlığı. "Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Genelge No: 150." Erişim Tarihi: Mart 20, 2021. www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/segbis.pdf.
- Çatlı, Mehmet. *Dijital Devlet Teorisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Çayan, Gökhan. *Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Avşar, B. Zakir ve Gürsel Öngören. *Bilişim Hukuku*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2010.
- Dursun, Gizem. "Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 143-144 (2016): 127-157.
- Gözel, Arif. "Yargılamada Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) Kullanımı." Academia. Erişim Tarihi: Mart 21, 2021. https://www.academia.edu/12580753/Yarg%C4%B1lamada_Ses_ve_G%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BCl%C5%9Fim_Sistemi_SEGB%C4%B0S_Kullan%C4%B1m%C4%B.

- Güner, Halil. "SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 99 (2014): 84-86.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*. Editör Yener Ünver. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*. Ankara: Şen Matbaa, 2007.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Beta Yayınları, 2013.
- Karakehya, Hakan. "Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, no.2 (2015): 199-225.
- Kolcu, Selahattin. "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi." *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 3 (2018): 247-273.
- Mole, Naula ve Catharina Harby. *Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Şen Matbaa, 2001.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok. *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sağlık Bakanlığı. "COVID-19 Nedir?." Erişim Tarihi: Mart 21, 2021. <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html>.
- Schmidt, Eric ve Jared Cohen. *Yeni Dijital Çağ*. Çeviren Ümit Şensoy. İstanbul: Optimist Yayınları, 2014.
- Şen, Ersan. "Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı." Haber7. Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2021. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-drersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>.

Taner, Fahri Gökçen ve Akif Yıldırım. "Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 1 (2021): 229-293.

TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası. "Elektronik Notları." Erişim Tarihi: Nisan 21, 2021. https://www.emo.org.tr/ekler/bfab61ba6134070_ek.pdf.

Uluslararası Af Örgütü. *Adil Yargılanma Hakkı*. Çeviren Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Yerdelen, Erdal, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı." *Bilişim Hukuku Dergisi*, no. 2 (2019): 271-287.

Yılmaz, Süleyman. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

VERİ EKONOMİSİ VE REKABET HUKUKU

Data Economics and Competition Law

Berkay KURDOĞLU*

Çağlar Deniz ATA**

Öz

İnternet ve yapay zekâ temelli dijitalleşme sürecinin gün geçtikçe gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla beraber başta akıllı cihazlar olmak üzere yeni nesil enformasyon teknolojileri temelinde yaşanan kapsamlı dönüşüm, dünyamızı hızla değiştirmeye devam etmektedir. Nitekim bu dönüşüm sadece sosyal yaşantımızda değil, ekonomik ve ticari hayatın doğal akışında da ortaya çıkmakta ve konvansiyonel iş kolları ile satış teknikleri yerini veri tabanlı yeni iş modellerine bırakmaktadır. Dijitalleşme süreçleri üreticiler için verimliliği arttıracak yeni nesil imkânlar yaratabilirken tüketiciler için de günlük hayatı kolaylaştırabilecek sayısız hizmeti temin edebilmektedir. Bununla beraber, bu dönüşüm ve değişim süreçleri, kendi doğasında yatan dinamizmin doğal bir sonucu olarak daha önce öngörülmemiş ve çözümlenmesi oldukça karmaşık meselelere de yol açabilmektedir.

* Rekabet Uzman Yardımcısı, Rekabet Kurumu, bkurdoglu@rekabet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0001-9113-903X.

** Rekabet Başuzmanı, Rekabet Kurumu, cdata@c-data.org, ORCID ID: 0000-0001-5479-3913.

Mevcut çalışmada yer alan görüşler, yazarların kendi görüşleri olup Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir

Makale Gönderim Tarihi/Received: 21.10.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.12.2021.

Atıf/Citation: Kurdoğlu, Berkay ve Çağlar Deniz Ata. "Veri Ekonomisi ve Rekabet Hukuku." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 266-337.

Veri ekonomisinin yaygınlaşması ile ortaya çıkan pazar gücünün dizginlenmesine dönük regülasyon ihtiyaı bu meselelerden en çok tartışılanlarından bir tanesini temsil etmektedir. Veri ekonomisi ve veri temelli iş modellerine sahip şirketlerin yapıları gereği bu regülasyon tartışması; bilişim hukuku, rekabet hukuku, regülasyon teorisi, ticaret hukuku ve tüketiciler verilerinin korunması hukuku gibi alanları ortak eden bir tartışma olup sınırları henüz kesin bir şekilde çizilememektedir. Öte yandan, küresel ölçekte şu ana kadar rekabet hukuku ve rekabet otoritelerinin faaliyetleri göz önüne alındığında, veri ekonomisinin düzenlenmesi alanında rekabet normlarının çok daha pro-aktif bir yaklaşım benimsediği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda çalışmamızda; veri, Büyük Veri veya veri ekonomisi çerçevesinde karşılaşılan iktisadi ve hukuki eylemlere, rekabet hukuku perspektifinden nasıl bakış açıları sağlanabileceğine ilişkin bir mütalaa alt yapısı sunulmaya çalışılmıştır. Bu açıdan öncelikle veri ekonomisi ve veriye ilişkin kavramların temel tanımlarına yer verilerek verinin nasıl sınıflandırılabilenine ilişkin kısa bir değerlendirme yapılmaktadır. Ardından rekabet hukuku metodolojisi bağlamında genelden özele bir sıralama yapılarak; ilgili pazarın tanımlanması, pazara giriş, pazar gücünün ölçülmesi hususlarında veri ekonomisi ve rekabet hukuku ilişkisinin irdelenmesi gayreti içine girilmiştir. Son olarak iktisadi pazarlara yönelik kavramsal erveyi çizdikten sonra bu ervenin iini pazarda karşılaşılan kısıtlayıcı eylemler ile doldurarak veri ekonomisine ilişkin rekabet hukuku meselelerini ülkemiz ve dünya örnekleri ile sunma gayesi benimsenmiştir. Bu bağlamda mevcut çalışmanın temel amacını da günümüzün dijitalleşen dünyasının en önemli fenomenlerinden biri olan Büyük Veri'nin rekabet paradigmasına ve rekabetçi süreçlere olan etkilerinin çözümlenmesi ve rekabet hukuku açısından doğabilecek zarar

teorilerinin etüt edilerek mevcut veya potansiyel etkinlik kazanımları ile karşılaştırılması oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Veri, Büyük Veri, Veri Ekonomisi, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Dijitalleşme, Veri ve Rekabet, Regülasyon, Rekabet Hukuku, Veri Temelli Rekabet İhlalleri, Kişisel Verilerin Korunması.

Abstract

With the development and spread of the internet and artificial intelligence-based digitalization process day by day, the comprehensive transformation experienced based on new generation information technologies, especially smart devices, continues to change our world rapidly. In fact, this transformation occurs not only in our social life, but also in the natural flow of economic and commercial life, and conventional business lines and sales techniques are replaced by new data-based business models. While digitalization processes create a new generation of opportunities that will increase productivity for producers, they also provide numerous services that can facilitate daily life for consumers. However, these processes of transformation and change can lead to issues that were not foreseen before and that are quite complex to resolve as a natural consequence of the dynamism inherent in them.

The need for regulation to rein in the market power that emerged with the spread of the data economy represents one of the most discussed of these issues. Due to the nature of companies with data economy and data-based business models, this regulation discussion is a debate that brings together areas such as IT law, competition law, regulation theory, commercial law and consumer data protection law, and its boundaries have not yet been drawn clearly. On the other hand, considering the activities of competition law and competition authorities on a global scale so far, it is understood that competition norms have

adopted a much more proactive approach in the field of regulation of the data economy.

In this context, in our study, we have been tried to present a background of opinion on how to provide perspectives on economic and legal actions encountered within the framework of data, Big Data or data economy from the perspective of competition law. In this respect, firstly, a brief evaluation is made on how data can be classified by giving the basic definitions of data economy and data-related concepts. An effort has been made to examine the relationship between data economy and competition law in defining the relevant market, entering the market, measuring market power. Finally, after drawing the conceptual framework for the economic markets, it is aimed to fill this framework with the restrictive actions encountered in the market and present the competition law issues related to the data economy with examples from our country and the world. In this context, the main purpose of the current study is to analyze the effects of Big Data, one of the most important phenomena of today's digitalizing world, on the competition paradigm and competitive processes, and to compare the theories of damage that may arise in terms of competition law with current or potential efficiency gains.

Keywords: Data, Big Data, Data Economics, Abuse of Dominance, Digitalization, Data and Competition, Regulation, Competition Law, Data-Driven Violation of Competition Law, General Data Protection Regulation.

GİRİŞ

Çağımızdaki dijitalleşme sürecinin anahtar kavramlarından belki de en karakteristik olanı “veri” olarak tanımlanabilecektir. Veri kavramı, bu sürecin hem bir nedeni hem de bir sonucu olarak düşünülebilmesinden ötürü farklı bakış açılarına göre özgün anlamlar taşıyabilen ve dolayısıyla farklı neden-sonuç ilişkilerine sebep olabilen çeşitli tanımları içerebilmektedir.

Temel olarak bilgi veya bilgi kümeleri içeren her türlü yapı (enformasyon parçacığı) veri olarak kabul edilebilmesine karşın günümüzün dijital verilerinin temelini, insanların sanal dünyadaki “ayak izleri” oluşturmaktadır. Bununla birlikte, enformasyon teknolojilerinin gelişimi ve insanların teknoloji temelli akıllı cihazlara talebinin artmasıyla da dijital veri üretim hızı ve miktarı yüksek boyutlara ulaşmakta ve söz konusu cihazlar yahut internet ortamından elde edilen verinin boyutu, miktarı, hızı ve kalitesi geçmişe kıyasla çok daha önemli bir unsur haline gelmektedir. Günümüzde kullandığımız pek çok internet sitesi veya elektronik cihazın bizzat kendisi, bazı durumlarda kullanıcısının dahi haberi olmaksızın kullanıcıya veya içinde bulunduğu ortama ilişkin çeşitli veriler üretebilmektedir. Örneğin akıllı telefonların Küresel Konumlama Sistemi (*Global Positioning System*-GPS) veya Kablosuz Bağlantı Alanı (*Wireless Fidelity*-Wi-Fi) gibi özellikleri sayesinde, kişinin konum bilgisi anlık olarak takip edilebilmekteyken kişilerin takacağı bir akıllı saat/bant aracılığıyla da kişinin; anlık kalp ritmi, nefes düzeni veya uyku kalitesi ölçülebilmektedir. Nitekim bu veriler sistematik olarak kaydedilip analiz edilerek kullanıcıya raporlanırken hizmet sağlayıcı tarafından da belirli hukuki şartlar altında depolanabilmektedir.

Teknoloji kaynaklı yeni nesil ürün ve buluşların özellikleri her geçen gün artmaya ve insanların sosyal yaşamını şekillendirmeye devam etmekteyken bir başka yandan da iş hayatının ve yeni nesil ticari ekosistemlerin giderek daha büyük bir parçası olma yolunda durmaksızın ilerlemektedir. Veri kavramının ticari ekosistemdeki artan önemi, yine tek bir tanımı olmayan ancak temelde internet teknolojisi sayesinde farklı fiziksel nesnelerin belirli protokoller çerçevesinde birbirine veya daha büyük sistemlere bağlı bir iletişim ağını oluşturmasıyla ortaya çıkan Nesnelerin İnterneti (*Internet of Things*-IoT)

çerçevesinde de ele alınabilir.¹ Nesnelerin İnterneti kavramı ise veri üretim sürecinde görev alan her bir bilişsel teknolojinin, birbirine bağlı bir ağ ile yarattığı sinerjiyi temsil etmekte ve günümüzde veri üretim ve yönlendirme sürecinin geleceği olarak değerlendirilmektedir.² Nitekim bu tarz protokolleri temel alan ticari modellerin yaratacağı katma değer ve verimlilik artışı gibi hususların analizi başlı başına ayrı birer araştırma konusu teşkil etmektedir.

Dijitalleşme sürecinin getirdiği bahse konu kavram ve olguların, ekonomilere ve ekonomilerdeki iktisadi oyuncuların iş modellerine giderek daha yüksek oranda entegre olabilmesiyle birlikte rekabet hukuku bağlamında da belirli endişe ve tartışmalar ön plana çıkmaktadır. Konuya ilişkin rekabetçi kaygıların şekillendiği tartışmalarda ise çoğunlukla, günümüzde sıklıkla kullanılmakta olan Büyük Veri (*Big Data*) kavramı ve bu kavramın iş hayatına uzanan işlevleri (uzuvları) karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla konuya ilişkin rekabetçi tartışmalarının özünün kavranabilmesi için öncelikle Büyük Veri'nin doğru ve isabetli olarak ele alınabilmesi gerekmektedir.

Büyük veri, bilgi toplumunun çekirdeğini oluşturan ve çok yönlü tanımlanabilecek karmaşık bir olgu şeklinde nitelendirilebilecektir. Buna rağmen, genel bir tanım vermek gerekirse, Büyük Veri, çoklu bilişim kanallarından elde edilen yüksek hacimli ve farklı veri türlerinin yüksek hızda analizine dayanan teknik ve sistematik bir süreç olarak

¹ Nesnelerin interneti kavramına ilişkin olarak bkz. Felix Wortmann ve Kristina Flüchter, "Internet of Things-Technology and Value Added," *Business and Information Systems Engineering* 3, no. 57 (2015): 221-224.

² Sachin Kumar, Prayag Tiwari, ve Michail Zymbler, "Internet of Things is a revolutionary approach for future technology enhancement: a review," *Journal of Big Data* 6, no. 111 (2019): 16-17, <https://doi.org/10.1186/s40537-019-0268-2>.

çözümenebilecektir.³ Büyük veri kavramının önemi, verilerin toplanma ve kullanım aşamasında amacına göre yaratmakta olduğu katma değer ile doğrudan ilişkilidir. Bu bakımdan Büyük Veri, bakılan perspektife göre sayısı artabilmekle beraber, genelde “3V veya 4V” kriterleri ile tanımlanmaktadır. Bunlar; hız (*velocity*) , çeşitlilik (*variety*), hacim (*volume*) ve ekonomik değer (*value*) olarak sıralanmaktadır.⁴ Bu açıdan, Büyük Veri olgusunun anlamlandırılması ve ekonomik hayatta yaratacağı etkiler, temel olarak kendi bileşenlerinin bütünsel analizleri altında yatmaktadır.

Büyük Veri; dijital teknolojilerdeki, veri ekonomisindeki ve kültürel yaşamdaki gelişimi/değişimi göstermesi bakımından çok yönlü ve oldukça kritik bir olgudur. Öte yandan bu çalışmanın kapsamını aşacağından gerek Nesnelerin İnterneti gerek Büyük Veri gibi teknik ve girift kavramlar derinlemesine incelenmemekte ve konunun temel odağı rekabet hukuku üzerinde tutulmaktadır. Bu bakımdan veri temelli teknolojik gelişmeler iş dünyasını ve ticari hayatın doğal akışını yeniden şekillendirirken; ekonomik kabahatlerin tespiti ve cezalandırılması ile uğraşan rekabet hukukunun da alanına girmektedir. Dolayısıyla rekabet hukuku ile bilişim hukuku ve ilgili hukuk türleri arasında bir yakınsama ve kesişim yaşanmakta ve tüm bu farklı normatif değerlerin birbirleri ile etkileşimi her geçen gün artmaktadır. Bu minvalde dijitalleşme ve rekabet hukuku ilişkisi incelenirken verinin firmalar arasında

³ Han Hu, Y. Wen, T-S. Chua ve X. Li, “Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial,” *IEE Access*, no. 2 (2014): 654, <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2014.2332453>.

⁴ Sayılan unsurlara ilave olarak değer (*value*) ölçütünü de kavrama dâhil etmek mümkündür. Bunun yanında büyük verinin karakteristik özelliklerine; kapsamlılık (*exhaustivity*), dizinsellik (*indexicality*), ilişkisellik (*relationality*), ölçeklenebilirlik (*scalability*) kavramları da eklenebilmektedir. Konuya ilişkin bkz. Rob Kitchin 2014, *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences* (Ireland: SAGE Publications, 2014), 79.

yaşanan rekabet bağlamında rolünü anlamak ve dijitalleşen ekonomide öne çıkan teşebbüslerin davranış kalıplarını veri ekonomisi bağlamında değerlendirmek, kümülatif bir bilişim hafızasıyla ilerlemeye devam eden teknolojik gelişmelerin rekabet hukuku boyutuyla ele alınmasında yol gösterici olacaktır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle veri ekonomisi kavramı incelenmiş akabinde veri ekonomisinin piyasa yapısı ve firma davranışları üzerindeki etkisi rekabet hukuku bakış açısıyla ele alınmıştır.

I. VERİ EKONOMİSİ

İktisadi ekosistemin temel yapıtaşını oluşturan teşebbüslerin, verilere dayalı analizler yardımıyla mevcut iş modellerini geliştirme ve farklı satış stratejilerine yönelme süreçleri esasen yeni sayılabilecek bir olgu değildir. Bununla beraber, dijital teknolojinin yaygın olmadığı dönemlerde teşebbüslerin gerçekleştirdiği analizlerde, mevcut verilerin sınırlı olması ve verileri analiz etmede kullanılan araç/yöntemlerin teknik özelliklerinin günümüze kıyasla oldukça düşük seviyede kalması, teşebbüslerin veriden ticari anlamda yararlanma konusundaki gelişimini de oldukça dar bir ölçeğe hapsetmekteydi. Bu bağlamda, günümüzde sektörlerdeki dijitalleşme eğilimlerinin yükselmesiyle beraber özellikle dijital tabanlı verilerin; toplanma, depolanma ve analiz edilmesi çok daha hızlı, efektif ve emeğe daha az bağımlı halde gerçekleştirilebilecek bir seviyeye doğru evirilmektedir. Bu gelişmelerin doğal bir sonucu olarak da ekonomilerde Büyük Veri temelli inovatif ve yenilikçi iş modellerinin gelişimi tetiklenmekte ve ekonomilerde topyekûn yapısal ve köklü değişimler yaşanmaktadır.

Tüm bu yapısal değişimlerin gölgesinde, teşebbüslerin internet teknolojilerindeki gelişmeler öncülüğünde verileri toplama ve kullanma üzerindeki hâkimiyetlerini arttırması

sayesinde, verinin üretim süreçlerindeki iktisadi katma değer yaratma gücü yeni bir boyut kazanmış ve veri kavramı yeni bir rekabet sahası olarak daha fazla ön plana çıkmaya başlamıştır.

Veri yahut veri tabanları artık mal ve hizmetlerin üretilmesi veya geliştirilmesine yönelik iktisadi mekanizmalarda kullanılan temel girdilerden birisi ve hatta belki de en önemlisi haline gelmektedir. Bu duruma ek olarak verilerin katma değer yaratma gücü, sadece üretilen/sunulan mal ve hizmetleri değil, teşebbüsün genel iş modelinin her bir aşamasını kapsayacak bir derinlik dahi içerebilmektedir. Veri ekonomisi kavramının bu çalışma açısından temel odak noktası da verinin günümüzde endüstriler ve dolayısıyla teşebbüsler için pazarda rekabetçi avantaj elde etmek açısından vazgeçilmez bir girdi haline gelmesine dayanmaktadır.⁵

Verinin birikmesi, ulaşılabilirliğinin artması, yapay zekâ temelli çözümlenebilmesi ve veriye dayalı yeni iş modellerinin oluşmasıyla birlikte özellikle enformasyon teknolojileriyle bağlantılı sektörlerde yer alan teşebbüsler arasındaki etkileşim giderek artmakta ve ekonomik anlamda sektör içi veya sektörler arası yeni iş ilişkileri yahut ticari iş birliklerinin kurulmasına uygun bir zemin hazırlanmaktadır. Nitekim büyüyen veri tabanları aracılığıyla tüketicilerin satın alma alışkanlıklarını bireysel düzeyde analiz edebilme olanağının giderek yaygınlaşması neticesinde, tüketicilerin hangi mal ve hizmete, ne zaman ve nerede ihtiyacı olacağı gibi sorularının yanıtlanabilmesi piyasa aktörlerine önemli avantajlar sağlamaktadır.⁶ Kullanıcılardan elde edilen verilerin gelişmiş algoritmalar ve istatistiksel yazılımlar aracılığıyla işlenebilmesi, sunulan mal ve hizmetler için optimal bir pazarlama stratejisi veya kişiselleştirilmiş reklamcılık faaliyetlerini oluşturmada da

⁵ Justus Haucap, "Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy," *Intereconomics*, no. 4 (2019): 207.

⁶ Maria C. Wasastjerna, "The role of big data and digital privacy in merger review," *European Competition Journal* 2-3, no. 18 (2018): 422-423.

etkin rol oynayabilmektedir. Tüketicilerin, satın almak istediği bir ürünü herhangi bir (internet temelli) arama motoru üzerinden araştırması sonrasında farklı sitelerde söz konusu ürün veya o ürünle ilişkili benzer/ikame ürünlere yönelik birçok reklama maruz kalması günümüzün en sık karşılaşılan örneklerinden bir tanesidir. Bu şekilde verinin ekonomik gücü, piyasa aktörlerinin gelirlerini yükseltirken tüketici/kullanıcıların da arama maliyetlerini azaltabilmesine imkân sağlayabilmektedir.⁷

Yukarıda irdelenen veri ve veri ekonomisinin mevcut veya potansiyel etkileri ışığında, kişisel verilerin gizliliği ve rekabet hukukuna yönelik kaygılar başta olmak üzere veri ekonomisi parametrelerini dengeleyecek optimal bir veri politikası belirlenmesinin son derece önemli bir hale geldiği tespitine ulaşılabilecektir. Nitekim çeşitli dijital platformlar tarafından internet üzerinden sunulan ürün ve hizmetler için parasal bir karşılık yerine çeşitli sorular içeren anketlerin doldurulmasının istenmesi veya erişim sağlanan mal veya hizmete ilişkin kullanıcılardan toplanan verilerin ticari amaçlı kullanımına izin verilmesinin talep edilmesi verilerin aslında bir ödeme aracı olarak kabul edilebildiğine dair önemli bulgular olarak değerlendirilebilecektir. Konunun bir adım ötesinde olan verinin yeni bir para birimi olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı sorusu ise bu çalışmanın kapsamını aşmakta olduğundan, verinin iktisadi analizine yalnızca rekabet hukuku ekseninde ortaya çıkartabileceği pazar gücü, pazar yapısına olan

⁷ Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era* (OECD, 2016), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).

mevcut/potansiyel etkileri ve sağlayabileceği rekabetçi avantajlar merceğinden değinilecektir.⁸

Verinin yaratacağı ekonomik ve rekabetçi katma değerlerin daha bütüncül bir perspektiften etüt edilebilmesi için bir sonraki alt başlık altında verilerin sınıflandırılmasına ilişkin belirli yaklaşım ve yöntemlere yer verilmektedir.

A. Veri Türleri

Veriler kullanılan bakış açısına göre çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir.⁹ Bu husus verilerin heterojen yapıda olduğunu ortaya koymakla beraber benimsenen perspektife göre de farklı anlamlar içerebileceğini ve her verinin aynı iktisadi değere sahip olmadığını ortaya koymaktadır. Nitekim veriye yönelik sınıflandırmalar her ne kadar önemli ölçüde birbirini kapsayıcı veya tamamlayıcı olabilse de verinin rekabet hukukundaki rolüne ilişkin değerlendirmeler yapabilmek bakımından belirli sınıflandırmaların tanıtılması, konuya ilişkin faydalı bir teorik çerçeve sağlayabilecektir.

1. Verilerin İçerdiği Bilgiye Göre Sınıflandırılması

Veriler içerdikleri bilginin; türü, niteliği ve derecesine göre sınıflandırılabilir. Bu veriler bir bireye, bir teşebbüse veya herhangi bir objeye dahi ait olabilmektedir. Bu aşamada, kullanıcı verisi (*personal data*) ve tüketici verisi (*consumer data*) kavramlarının aydınlatılması konuya ilişkin önemli bir başlangıç olarak ele alınabilecektir.

⁸ Konuya ilişkin uluslararası yayın organı Financial Times'ın Amerika Birleşik Devletlerindeki kişilerin karakteristik özelliklerine göre şahsi verilerinin (sağlık ve evlilik durumu, yıllık geliri vb.) ortalama kaç ABD Dolarına tekabül ettiğine yönelik gerçekleştirdiği çalışma oldukça dikkat çekicidir. Bkz. "How much is your personal data worth?," *Financial Times*, Erişim Tarihi Eylül 21, 2021. <https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth>.

⁹ Bu husus verilerin niteliğinin heterojen olduğunu da ifade etmektedir.

Tüketici verisi, ticari herhangi bir işbirliği veya işleme konu olabilen tüm enformasyon türlerini ifade ederken; kullanıcı verisi, çok daha dar bir çerçevede, bir bireyi tanımlayabilecek her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bakımdan, tüketici verisi kavramı, kişilerin farkında bile olmadıkları aksiyonları, tercihleri veya yönelimleri ortaya koyabilmesinden ötürü çok daha geniş bir olguyu tanımlamakta ve rekabet analizlerindeki temel veri türünü temsil etmektedir. Nitekim tüketici verileri rekabet analizlerinde ön plana çıkarken; kişisel veriler daha çok kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki normların kapsama alanına girmektedir.¹⁰

Tüketici verilerinin ticari hayatın akışı içinde yaratabileceği değer zinciri, eldeki verinin; içeriği, niteliği ve nasıl kullanılabildiğiyle doğru orantılıdır. Dolayısıyla verilerin uygun bir kavramsal çerçevede tasnif edilebilmesi, verinin mevcut veya potansiyel değerinin sağlıklı ve doğru anlaşılabilmesi bakımından kritik görülmektedir.

Aşağıda yer alan Şekil 1’de bazı örnek kategoriler ve bunların olası kullanım alanları sunulmaktadır.¹¹

¹⁰ Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Consumer Data Rights and Competition* (OECD, 2020), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf), para. 16-17.

¹¹ Şekil 1’de yer alan kategoriler ve konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, para. 19.

Şekil 1: Verinin İçerik Yönünden Sınıflandırılması



2. Verilerin Yapısına Göre Sınıflandırılması

Verilerin sınıflandırılmasına yönelik ikinci yaklaşım, verilerin “yapılandırılmış” olup olmamasına göre şekillenmektedir. Verilerin yapılandırılmasından anlaşılması gereken temel husus, verilerin belirli bir sistematikte düzenlenip düzenlenmediğidir.¹² Buna göre, özel alanlara atanan ve dolayısıyla bilgi işlem araçlarıyla doğrudan doğruya işlenebilen veriler yapılandırılmış veriler olarak kabul edilmektedir.¹³ Örneğin, bir teşebbüs, her bir satış işlemi için satış yapılan gerçek veya tüzel kişi, bu kişinin adresi, satışın miktarı, satışın birim fiyatı vb. bilgileri sistematik olarak kaydediyor ise bu veri tabanı yapılandırılmış niteliktedir. Bu tarz verilerin elde edilmesi ve düzenlenme metotları, yapılandırılmamış verilerden farklılık göstereceğinden yapılandırılmamış veriler, çoğunlukla, yapılandırılmış veriye kıyasla çok daha düşük bir ekonomik değer taşımaktadır. Ayrıca yapılandırılmış veriler, yapılandırılmamış verilere göre anlamlandırılması ve yapay zekâ temelli makine öğrenmeleri için kullanılabilir hale getirilebilmesi açısından çok daha elverişli olmaktadır.

3. Verilerin Elde Edilme Yöntemine Göre Sınıflandırılması¹⁴

Veriler elde edilme yöntemi temel alınarak da sınıflandırılabilmektedir. Verilerin toplanma yöntemi, verinin ekonomik değerini belirleyebilecek önemli bir faktördür.

¹² Jim Harris, “Bridging the Divide Between Unstructured and Structured Data,” Berkeley School of Information, erişim tarihi: Mayıs 20, 2021, <https://ischoolonline.berkeley.edu/blog/structured-unstructured-data>.

¹³ Henning Baars ve H-G. Kemper, "Management support with structured and unstructured data—an integrated business intelligence framework," *Information Systems Management* 2, no. 25 (2008): 132.

¹⁴ Bu alt bölüme ilişkin ayrıca bkz. OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, para.21-23; World Economic Forum, *The Emergence of New Asset Class* (2011), https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf.

Özellikle toplanan verinin sınırlı veya spesifik bir alan üzerine olması durumunda, verinin ekonomik değeri çok daha fazla artmaktadır.

Elde edilme yöntemine göre ortaya çıkan ilk veri tipi, kişilerin gönüllülüğü esasına dayalı olarak toplanan gönüllü (*volunteered*) veridir. Örneğin, bir tüketici, alışveriş yaptığı internet sitesi üzerinden; adres, telefon, elektronik posta adresi ve kullanılan kredi kartı gibi bilgilerini paylaşabilmekte veya arama hizmeti sunan bir platform, kullanıcıya en yakın olan marketleri sıralayabilmek için kişinin konum bilgisini kullanmak istediğinde kullanıcı bu talebe onay verebilmektedir. Ayrıca kişiler, çeşitli sosyal medya platformları üzerinden; eğitim seviyesi, eğitim alınan kurumlar, konuşulabilen diller, favori filmler, kişisel mesajlar, fotoğraflar, yorumlar, hobiler, anlık konum bilgisi, gidilen etkinlikler, politik görüş ve hatta dini inanç gibi birçok türdeki verilerini (bilgilerini) herkese açık bir şekilde yayımlayabilmektedir. Dolayısıyla gönüllü veriler için özellikle sosyal medya platformları dikkat çekici bir kaynaktır.

Bu alt başlıkta yer alan ikinci tip veri grubu, basitçe internet üzerinde erişilebilir olan kaynaklardan derlenen veya kullanıcıların haberleri bile olmadan basit bir izlemeyle dahi elde edilebilen gözlemlenen (*observed*) verilerden oluşmaktadır. Bu tür verilere ilişkin belki de en çarpıcı örneklerden bir tanesi, tüketicilerin internet temelli arama motorları üzerinden belirli bir mal veya hizmete ilişkin arama yapmaları sonrasında, aranan ürün veya ilgili ürüne benzer/ikame ürünlerin birçok alakalı/alakasız internet sayfasının reklam köşesinde tüketicinin karşısına çıkartılmasıyla bağdaşmaktadır.

Son olarak var olan veri veya veri tabanlarının, çeşitli tekniklerle yorumlanması ve analiz edilmesiyle yeni bir form kazanan veri türleri çıkarımsal (*inferred*) olarak anılmaktadır. Örneğin, bir kişinin çoğunlukla korku filmi izlediğine yönelik olan bir bilgi, o kişinin ekstrem sporlara olan yatkınlığına işaret eden bir husus olarak da yorumlanabilmektedir. Dolayısıyla bu

veri türü, eldeki bir başka t verinin somut olayın şartları altında çok yönlü bir yorumlaması yapılması sonucu elde edilmektedir.

Gönüllü, gözlemlenen veya çıkarımsal veri arasındaki ayırım hukuksal bir temele dayanmadığından aralarındaki sınır her zaman net bir şekilde çizilememektedir. Bununla birlikte bu ayırım, verilere erişim ve verilerin ikame olanaklarının tartışılması açısından yararlı olabilmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde, veri ekonomisinin etkileri öncelikle yapısal olarak ele alınmaya çalışılacak ardından rekabet hukuku ile ilişkisi bağlamında davranışsal etkilerinin ortaya konulması gayreti içine girilecektir.

II. VERİ EKONOMİSİNİN REKABET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Piyasa oyuncusu niteliğindeki teşebbüsler; faaliyet gösterdikleri pazar, şirket içi yapılanma, sahip olunan kapasite ve ticari yönelimler gibi değişkenlere bağlı olarak veri ekonomisinin gelişiminde farklı roller üstlenebilmektedir. Örneğin, bazı teşebbüsler temel stratejilerini sadece veri toplamaya ve bu veriler temelinde bir veri aracı olma rolüne yönlendirirken (veri sağlayıcısı); bazı teşebbüsler ticari faaliyetlerini gerçekleştirirken elde ettikleri verileri metalaştırma (veri analisti) yöntemini seçmektedir. Öte yandan diğer bazı teşebbüsler ise yalnızca toplanan veya işlenerek metalaştırılan verilerin yalnızca kullanıcısı (veri alıcısı) olmayı da tercih edebilmektedir.

Üzerinde birçok tartışma yaşanmasına rağmen verinin emek gibi temel girdilerden biri haline dönüşmesi nedeniyle teşebbüslerin içinde bulunduğu sektörde var olabilmeleri, büyüyeabilmeleri ve rekabet edebilmeleri için gerekli miktar ve kalitede veriye sahip olup olmadıkları sorusunun önemi her geçen gün artmaktadır. Dolayısıyla, herhangi bir sektörde yer alan teşebbüslerin, başta tüketicilere ilişkin olmak üzere her

türlü piyasa verisini; toplama, depolanma, satın alma ve analiz etme süreci, yeni bir rekabet kulvarının açılmasını sağlamakta ve pazarın belirli dinamiklerinin değişebilmesine yol açmaktadır.

Büyük Veri öncülüğünde, pazarların rekabetçi yapısındaki değişimin ve teşebbüslerin rekabet etme eğilimlerindeki veri temelli dönüşümün, rekabet kanunları bakımından nasıl ele alınması gerektiği konusunda ise literatürde halihazırda bir konsensüs bulunmamaktadır. Buna karşın konuya ilişkin mahkeme kararları ve akademik çalışmalar rehberliğinde, rekabet otoritelerinin konuya ilişkin farkındalıklarının giderek arttığı ve Büyük Veri'nin çok boyutlu analizinin önemli bir ayağının da rekabet hukuku olduğu söylenebilecektir.¹⁵ Nitekim yüksek hacimli, çok çeşitli türde veriye sahip olmak ve sahip olunan veriyi teknolojik araçlarla iş hayatına doğru şekilde adapte edebilmek teşebbüsler açısından ciddi ekonomik ve rekabetçi avantajlar yaratabilmekle birlikte; verilerin tek merkez veya elde toplanması, pazar yapısındaki veri temelli değişimler ve yoğunlaşma işlemlerinde veri parametresinin göz ardı edilmesi gibi temel noktalar, rekabetçi kaygıları da beraberinde getirebilmektedir.

Yukarıdaki paragrafta da bahsedildiği üzere bu kaygılardan ilki, teşebbüslerin rekabet edebilmeleri için gerekli olabilecek veri tabanları veya veri işleme alt yapılarının tek bir teşebbüs veya sınırlı sayıda teşebbüse ait olması durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüslerin ciddi ölçüde bir pazar gücüne sahip olabileceği ve hatta bu durumun pazara yönelik kayda değer bir giriş engeli yaratabileceği savı üzerine inşa edilmektedir. İkincisi, verinin bollaşması ile ilgili sektörler açısından rekabet karşıtı anlaşmaların kurulmasını ve uygulanmasını kolaylaştırabilecek daha şeffaf bir pazar yapısının oluşması ve bu durumun pazarın bazı temel fonksiyonlarına etki ederek rekabet analizlerindeki “ilgili pazarın” yetersiz veya isabetsiz

¹⁵ OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, para. 42.

tanımlanmasına sebep olabileceği argümanı üzerine yoğunlaşmaktadır. Üçüncüsü, teşebbüsler arası yoğunlaşma işlemlerinde veri parametresinin analizlere dâhil edilmemesi veya birleşme/devralma işlemlerinin bildirilmesine yönelik veri ölçütünün kanuni olarak düzenlenmemesinin kaynaklanabilecek sakıncalar değerlendirilmektedir. Mevcut çalışma açısından dördüncü kaygı ise veri temelli bazı teşebbüs davranışlarının spesifik durumlarda rekabet hukuku bağlamında bazı sakıncaları doğurabileceği noktasına odaklanmaktadır.¹⁶

A. Pazara Giriş ve Pazar Gücü Açısından Veri¹⁷

Pazara yönelik giriş engelleri en basit haliyle, analize konu piyasaya yeni teşebbüslerin girmesini engelleyen, geciktiren yahut zorlaştıran iktisadi ve hukuki faktörlerdir. Giriş engelleri kendi içinde yapısal, davranışsal ve hukuki engeller olarak üçe ayrılabilir. Yapısal engeller; teknoloji, maliyet ve talep gibi piyasanın veya piyasada sunulan ürünlerin kendi özelliklerinden kaynaklanan engelleri temsil etmekteyken; davranışsal engeller piyasada yer alan yerleşik oyuncuların, aşırı yatırım veya düşük/yıkıcı fiyatlama (*predatory pricing*) gibi davranışları sonucu ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan hukuki engeller, piyasaya girmek veya piyasada faaliyet gösterebilmek

¹⁶ Rekabet hukuku ve veri olgusunun kümülatif analizi birçok farklı perspektif veya sınıflandırma ile gerçekleştirilebilmektedir. Bu bakımdan mevcut çalışmada tercih edilen ve incelenen konunun kapsamı her bir çalışma özelinde farklılaşabilecektir.

¹⁷ Rekabet hukuku bağlamında “pazar” kavramına ilişkin detaylı açıklamalara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilmeyle birlikte, rekabet analizlerindeki pazar kavramı temel olarak sektördeki oyuncuların arasındaki rekabetin sınırlarını gerek coğrafi gerek üretilen mal ve hizmet bakımından ortaya koyan bir çerçeve olarak tahayyül edilebilmektedir.

için yetkili resmi otorite tarafından şart koşulan yasal standart ve kurallardan oluşmaktadır.¹⁸

Dijitalleşmenin doğal bir sonucu olarak özellikle internet tabanlı arama hizmetleri veya çok taraflı platformlar gibi iş alanlarında teşebbüslerin faaliyetlerine devam edebilmeleri için verinin temel girdilerden biri haline geldiği dikkate alındığında, çeşitli ve yüksek hacimli veriye sahip olmanın pazardaki rekabetin temel parametrelerinden biri haline geldiğini söylemek mümkündür. Bu çerçevede, ilgili pazara girmeyi düşünen teşebbüslerin başarılı bir giriş yapabilmek ve sonrasında pazarda kalarak rekabet edebilmek için gerekli olan veriye ulaşmasının mümkün olamayacağı hallerde, verinin pazar için bir giriş engeli yaratabileceği ileri sürülebilecektir. Nitekim teknoloji yoğun veya dijital temelli sektörlerde verinin yaratabileceği giriş engelleri çok daha katı ve aşılması zor bir niteliğe bürünebilecektir.¹⁹

Rubinfeld ve Gal (2017) verinin; toplanma, depolanma, sentezlenme ve analiz edilme aşamalarını barındıran arz zincirine ilişkin olası engelleri sistematik olarak incelemiştir.²⁰ Konuya ilişkin araştırmacıların ortaya koyduğu görüşlerden yola çıkılarak hazırlanan ve verinin pazara giriş engeli olarak olası rollerini değerlendiren tablo aşağıda sunulmaktadır.

Tablo 1: Pazara Giriş Engeli Olarak Verinin Potansiyel Roller

¹⁸ Bkz. Rekabet Kurulu, *Rekabet Değerlendirmesi Rehberi* (Kurul, 2014), <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/rekabet-degerlendirmesi-rehberi1.pdf>.

¹⁹ OECD, Consumer Rights and Competition, para. 116.

²⁰ Daniel L. Rubinfeld ve Michal Gal, "Access Barriers to Big Data," *Arizona Law Review* 339, no. 59 (2017): 340-381.

	YAPISAL ENGELLER	DAVRANIŞSA L ENGELLER ²¹	HUKUKİ ENGELLER
VERİNİN TOPLANM ASI	λ Verini n eşsiz nitelik te olması veya veriye erişim imkân larının sınırlı olması λ Yerleş ik teşebb üsleri n sahip olduğ u güçlü kapsa m ve ölçek ekono mileri. λ Yüксе k sabit maliy et	γ Veri sağlayıc ıları ile yapılaca k münhas ır anlaşma lar. γ Veriye erişim e yapılabi lecek ayrım cıl ık. γ Veriye erişimin tamame n kısıtlan abilmesi	∂ Verinin sınırlı sayıda veya yalnızca bir teşebbü s (tekeli) elinde bulunm ası halinde, verinin rakipler le paylaşılmaması kaynaklı erişim problemi ve mülkiyet sorunu. ∂ Veri sağlayıc ıları ile yapılaca k münhas ır

²¹ Bu grupta yer alan davranışlar, mevcut çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacak ilişkili alt başlıkla örtüşmektedir.

	λ gereksinimi. Piyasada kuvvetli ağ etkilerinin (<i>network effect</i>) oluşması.	anlaşmalar.
VERİNİN DEPOLANMASI	λ Verinin depolanma maliyeti.	Υ Kilit etkisi (<i>lock-in cost</i>) ve geçiş maliyetleri (<i>switching cost</i>). ∂ Kişisel verilerin gizliliği ve korunmasına ilişkin yasal koşullar.
VERİNİN SENTEZİ VE ANALİZİ	λ Veriyi analiz etmek için gerekli iş gücü ve alt	Υ Yapay zekâ ve algoritma temelli yeni nesil satış

		yapını n kurul ması.	teknikle ri.		
VERİNİN KULLANIL MASI	λ	Verini n kullan ılan iş model i veya ticari faaliye tlere doğru şekild e adapt e edilm esi.	Υ Sektör veya sektör dışında ki oyuncul ar ile yapılan sözleşm elerin yol açabilec eği kısıtlam alar.	∂	Kişisel verileri n gizliliği ve korunm asına ilişkin yasal koşullar .

Kaynak: Rubinfeld ve Gal, “Access Barriers to Big Data,” 350-367.

Yukarıda yer alan Tablo 1’den gözlemlenebileceği üzere, verinin değer yaratma ve oluşum sürecinin her bir basamağında, pazara girişe yönelik çeşitli güçlükler ve sınırlamalar ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber verinin rekabet analizlerinde pazara yönelik bir bariyer teşkil edip etmediği hususu her bir somut olayın kendi şartları altında incelenmelidir.²² Nitekim bu husus, sektöre giriş yapmak veya faaliyet gösterebilmek için

²² Mariateresa Maggolino ve Gulia Ferrari, “Can Digital Data be Replaced?,” (2020): erişim tarihi: Şubat 12, 2021. <https://www.competitionpolicyinternational.com/wpcontent/uploads/2020/02/AC-February-II.pdf>.

gerekli olan verinin türüne ve pazarın yapısına (dijital veya dijital olmayan) göre önemli ölçüde farklılık gösterebilecektir.²³

Çalışmanın önceki bölümlerinde de değinildiği üzere veri, kullanıcılar tarafından gönüllü olarak verilebilmekte, kullanıcının sanal ayak izine sahip faaliyetleri üzerinden gözlemlenebilmekte veya bu iki tip veriler kullanılarak çıkarımsal olarak elde edilebilmektedir. Bu üç durumda da teşebbüsler, kullanıcılarla doğrudan bir etkileşim kanalı oluşturduğundan elde edilen bu veriler üzerinde doğrudan kontrol sahibidir. Doğrudan kullanıcı veya tüketicilerden gönüllülük esasına dayalı elde edilen bu tip verilere birinci taraf (parti) verisi (*first party data*) denilmektedir.²⁴ Dolayısıyla ilk etapta, pazara ilk/erken giriş yapan veya ekonomik gücü yüksek (yerleşik) teşebbüsler, pazara görece daha geç giriş yapan ya da iktisadi gücü daha zayıf konumda bulunan rakiplerine karşı çok daha yüksek hacim ve çeşitlilikte birinci dereceden veriye sahip olabilmek şansına kavuşmaktadır.

Pazara yeni giren veya ekonomik gücü sınırlı oyuncular açısından veriye ulaşma sorununa yönelik alternatif çözümlerden bir tanesi, rekabet edebilmek için ihtiyaç duyulan verinin profesyonel biçimde veri toplayıp işleyen üçüncü taraf bir teşebbüsten satın alınmasıdır. Reklam ve pazarlama disiplinleri açısından dışarıdan satın alınan bu tarz veriler üçüncü taraf verisi (*third party data*) olarak tanımlanmaktadır.²⁵ Öte yandan kendi başına elde ettiği birinci taraf verisini satan bir teşebbüsün mevcut olması durumunda ikinci taraf verisinden

²³ Çiğdem G. Okkaoğlu, "Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri," *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, no. 165, 21.

²⁴ Kolja Brosche ve Arun Kumar, "Realtime Data Accelerates Online Marketing," in *Programmatic Advertising*, ed. Oliver Busch (Springer International Press, 2016), 224.

²⁵ Brosche ve Kumar, "Realtime Data Accelerates Online Marketing," 225.

(*second party data*) söz edilebilmektedir.²⁶ İkinci taraf verisi ile üçüncü taraf verisi arasındaki ayrım satılan verinin kaynağının o veriyi veri tabanında ilk tutan teşebbüs ya da veriyi çeşitli mecralardan edinerek işleyen teşebbüs olmasıyla ilgilidir. Bu noktada dikkat çeken husus, ikinci taraf verisinin oluşumunda veri ticaretinden çok veri paylaşımı anlaşmalarının etkili olmasıdır.²⁷

Anılan veri kaynağı türleri, teşebbüslere rekabetçi performansı artırma konusunda benzer katkılar sunuyor gibi gözükse de gerçekte rekabetçi bakış açısıyla önemli farklılıklar içermektedir. Öncelikle teşebbüsün aktif kullanabileceği birinci taraf verisi toplayabilmesi için görece daha uzun bir zamana ve yüksek bir sabit maliyete katlanması gerekmektedir. Öte yandan üçüncü taraf verisi, çok daha kısa zamanda ulaşılabilir olmasına karşın tekrar eden belirli zamanlarda satın alınma zarureti içerdiğinden, sürekli bir değişken maliyet yükü yaratmaktadır. Ayrıca teşebbüslerin kendi açısından ihtiyaç duyduğu belirli bir amaca özgülenmiş veriler üçüncü taraf firmalar tarafından hiç toplanmıyor olabileceği gibi, üçüncü tarafların topladığı veri çok daha genel, toplulaştırılmış ya da yapılandırılmamış nitelikte olabileceğinden, bu tarz verilerin rekabetçi açıdan etkinliği görece sınırlı kalacaktır.

Bu çerçevede, ilgili sektör açısından veri toplama veya analiz etme misyonunu yüklenmiş üçüncü bir taraf teşebbüsün bulunmaması yahut bulunmasına karşın ihtiyaç duyulan veriyi sağlayamaması da ihtimal dâhilindedir. Diğer taraftan ihtiyaç duyulan veri doğrudan teşebbüsün bir rakibi tarafından toplanıyor ise verinin paylaşılmama veya satılmama ihtimali de söz konusudur. Bu bağlamda, özellikle internet tabanlı (dijital)

²⁶ Brosche ve Kumar, 225.

²⁷ Matthew J. Schneider et al., "Protecting customer privacy when marketing with second-party data," *International Journal of Research in Marketing* 3, no. 34 (2017): 594.

sektörlerde, pazar gücü yüksek teşebbüslerin topladığı verilerin hacmi ve kalitesi ile verilerin kaynağı olan tüketici/kullanıcı kitlesinin genişliği göz önüne alındığında, birinci ya da üçüncü taraf verilere erişimin sorunlu olmasının, yeni teşebbüslerin pazara girmesini veya pazarda büyümesini kısıtlayabileceği ileri sürülebilecektir.

Verinin, özellikle dijital piyasalar ve sanal satış temelli pazarlara yönelik potansiyel anlamda bir pazar bariyeri teşkil edebilmesi, yukarıda sunulan temel argümanlar çerçevesinde makul olabilmektedir. Öte yandan literatürde bu konuya ilişkin farklı görüşler de yer almakta ve bu görüşlerin önemli bir bölümü, verinin bir girdi olarak incelenen sektör açısından önemini mercek altına alırken verinin rekabetçi gücü arttırmadaki doğasını da kapsayıcı bir şekilde sorgulamaktadır. Nitekim eğer veri zahmetsiz ve hızlı bir şekilde çoğaltılabiliyor, paylaşılabiliyor veya erişilebiliyorsa bu verilerin rekabetçi gücü arttırmadaki değerinin ve pazara giriş engeli yaratma ihtimalinin oldukça sınırlı olduğu görüşüne ulaşılabilmesi bir çelişki yaratmamaktadır.²⁸ Dolayısıyla verinin potansiyel bir pazar bariyeri olarak değerlendirilmesi somut olayın şartları altındaki kavramsal bakış açılarına göre farklı boyutlar kazanabilmektedir. Bir başka anlatımla veri faktörünün ilgili pazar açısından önemli ölçüde bir giriş engeli yaratıp yaratmadığı veya bu engelin büyüklüğü gibi hususlar, her bir olay özelinde ayrı ayrı değerlendirmelidir.²⁹

²⁸ Rubinfeld ve Gal, "Access Barriers to Big Data," 373-377. Bu düşüncelerin tam aksini savunan görüşler için ise bkz. Maurice E. Strucke ve Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

²⁹ Alman ve Fransız Rekabet Otoritesi Ortak Raporu (*Autorite de la Concurrence and Bundeskartellamt Joint Report-ACBJR*), *Competition Law and Data* (ACBJR, 2016), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2., 13.

Verinin pazara girişlere yönelik bir engel teşkil edip etmediğine ilişkin çeşitli rekabet otoritesi veya rekabet kanunlarından sorumlu resmi mercilerin karar ve açıklamaları, konuya ilişkin bütünüleyici bir perspektif sunabilecektir. Örneğin Amerika Adalet Bakanlığı (*Department of Justice-DoJ*), değerlendirme (puanlama) ve inceleme platformlarına ilişkin bir yoğunlaşma işlemi olan *Bazaarvoice/Power-Reviews*³⁰ devralmasına yönelik başlattığı incelemede: verinin ilgili pazara yönelik bir giriş engeli niteliği taşıdığı ve ilgili yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi halinde rekabetin azaltılarak pazarda tekele yakın bir görünüm ortaya çıkacağını belirtmiştir.³¹ OECD de bu yaklaşıma paralel olarak (büyük) veri ekonomisinin, piyasalarda giriş engelleri yaratarak pazarda yoğunlaşmanın ve tekelleşmesinin lehine bir unsur olabileceğini belirtmektedir.³² Aynı doğrultuda Avrupa Komisyonu (Komisyon veya *European Comission-EC*), çevrimiçi reklamcılık pazarına ilişkin bir yoğunlaşma işlemini konu olan *Microsoft/Yahoo Search*³³ kararında, pazara girebilmek için gereken; yazılım, insan kaynağı, algoritma ve IP patentleri gibi sebepler dolayısıyla yapılması gereken toplam sermaye yatırımının yaklaşık 2 Milyar ABD Doları bulduğunu vurgulamıştır.³⁴ Ayrıca taraflardan Microsoft, pazara girebilmek için yeni oyuncunun oldukça

³⁰ United States of America v. Bazaarvoice, INC., Case No.:13 0133, 10.01.2013, (<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/488911/download>).

³¹ ACBJR, Competition Law and Data, 12-13.

³² OECD, Data-Driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report, (OECD, October 2014), p 7, <http://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.

³³ EC, COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo! Search Business*, 18.02.2010, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf).

³⁴ EC, COMP M.5727 *Microsoft/Yahoo! Search Business*, 17-18.

önemli bir maliyeti, büyük ve çeşitli bir veri tabanının oluşturmaları için harcaması gerektiğini ifade etmiştir.³⁵

Diğer taraftan Darren Tucker ve Hill Welford'a göre, "*Bir veya birden çok teşebbüsün, müşterileri veya başka kaynaklardan elde ettiği yüksek hacim ve çeşitlilikte veriye sahip olması, pazara yeni giriş yapan/yapacak bir teşebbüsün etkin bir şekilde rekabet etmesi için aynı veriye kesinlikle ihtiyacı olduğu anlamına gelmemelidir... Dolayısıyla sırf oyuncuların varlıklarının eşit olmaması temeline dayanan bu görüşe göre verinin pazara yönelik bir giriş engeli olarak tanımlanması doğru olmayabilecektir.*"³⁶ Aynı minvalde John Yun, verinin her koşulda pazara giriş için bir engel olarak etiketlendirilmesinin gerekmediğine işaret etmektedir.³⁷ Araştırmacıya göre verinin pazara giriş engellediği değil bilakis pazara girişi kolaylaştırıcı veya daha verimli hale getirebileceği durumlar da ortaya çıkabilmektedir.³⁸ Nitekim bu görüş ACBJR tarafından da desteklenmekte ve verinin pazara giriş engellerini azaltabileceği vakaların da olabileceği belirtilmektedir.³⁹

Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission-FTC*) ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun *Google/Doubleclick*⁴⁰ devralmasına ilişkin kararlarında da yerleşik teşebbüsün işlem sonrası arttıracığı toplam kullanıcı verilerinin,

³⁵ Ibid., 18.

³⁶ Darren S. Tucker ve Hill B. Wellford, "Big Mistakes Regarding Big Data," *Antitrust Source* 14, (2014): 1, 7.

³⁷ John M. Yun, "Antitrust After Big Data," *The Criterion Journal on Innovation*, no. 4 (2019): 409.

³⁸ Yun, "Antitrust After Big Data," 409.

³⁹ ACBJR, *Competition Law and Data*, 13.

⁴⁰ FTC Statement, *Google/Doubleclick*, FTC File No. 071-0170, 20.09.2007 (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closes-googledoubleclick-investigation.>); EC, COMP/M.4731 *Google/Doubleclick*, 11.03.2008, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf).

çevrimiçi hedefli reklamcılık (*online targeting advertising*) pazarına giriş için bir giriş engeli teşkil etmeyeceği görüşüne ulaşılmıştır.⁴¹

Konuya ilişkin bir başka perspektif ise verinin kendisinin değil, (dışlayıcı bir şekilde) kullanımının pazara girişe yönelik bir engel yaratabileceği görüşüne dayanmaktadır. Dolayısıyla verinin salt kendisi yüksek bir değer taşımazken; verinin yapay zeka temelli ileri teknoloji ve prosedürlerle ele alınması sonucu yaratılan sinerji, verimlilik ve benzeri her türlü avantaj önemli bir değer taşıyabilecek ve bu durum pazara yönelik, kendi doğası gereği bile, bir pazara giriş engeli teşkil edebilecektir.⁴²

Başta verinin önemli bir pazar bariyeri olarak değerlendirilebileceği senaryolar olmak üzere Büyük Veri, teşebbüslerin pazar güçlerini de simetrik olarak yükseltebilmektedir. Özellikle internet temelli arama motorları ve sosyal medya platformları gibi verinin ana girdi olarak kullanıldığı sektörler, genellikle ölçek ve kapsam ekonomileriyle birlikte doğrudan veya dolaylı ağ etkilerini barındırabilen yoğunlaşmış bir pazar yapısına sahip olduğundan, veri üzerindeki hâkimiyet, bu sektörlerle yönelik pazar gücü

⁴¹ Simonetta Vezzoso, "Competition Policy in a World of Big Data," iç. *Research Handbook on Digital Transformations*, ed. F. Xacier Olleros and Majlinda Zhegu (Edward Elgar Publishing, 2016), 12.

⁴² FTC, *Big Data Hubris and The Implications of Big Data for Competition: Comments of William Rinehart*, FTC Docket Number: FTC-2018—0051 (FTC, 2018), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0051-d-0046-154941.pdf. Benzer görüşler için ayrıca bkz. Daniel Sokol ve Roisin Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," *George Mason Law Review* 119, no. 16-40 (2016). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2834611.

ölçümleri ve hâkim duruma⁴³ yönelik analizlerde kullanılabilecek önemli bir parametre olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴

Hâkim durumda bulunan yahut önemli ölçüde pazar gücüne sahip teşebbüsler, elde edecekleri yüksek hacim ve çeşitlilikteki veriler sayesinde tüketicilerinin istek ve ihtiyaçlarını çok daha doğru analiz ederek isabetli bir satış veya pazarlama stratejisi izleyebilir. Bu durum ise, teşebbüsün sunduğu ürün veya hizmetlerin geliştirilmesinde etkin bir rol oynayarak talebi arttırabilecek ve yeni tüketici veya kullanıcıların kazanılmasında rol oynayacaktır. Yeni kazanılan tüketici ve kullanıcılar ile de mevcut veri hacmi giderek genişleyecektir. Bu çerçevede, veriye dayalı stratejilerin ürün ve hizmetlerin kalitesini yükseltmesine dayalı olarak talebin artmasıyla yeni kullanıcıların elde edilmesi ve bu sayede veri tabanının genişlemesi, kendi içinde bir döngü oluşturmaktadır. Bu döngü, var olan veri tabanını daha da büyüterek kartopu etkisi (*snowball effect*) yaratmakta ve bu süreci başarılı olarak ilk geliştiren teşebbüsün pazar gücünü önemli ölçüde arttırabilmektedir.⁴⁵

Teşebbüslerin veriye olan erişimine bağlı olarak bu döngü tersine de çalışabilmektedir. Başlangıçta zayıf bir veri tabanına veya daha genel nitelikte veriye sahip olan teşebbüsler, pazara yeni sundukları ürün ve hizmetlerini rakiplerine göre yeterince geliştiremeyeceği için, daha düşük taleple karşılaşacak ve daha az ölçekte veri toplayacak ve bu durum ürün niteliğini ve talebi olumsuz etkileyecektir.

⁴³ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a (4054 sayılı RKHK) göre hâkim durum, Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade etmektedir.

⁴⁴ OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 16-17.

⁴⁵ ACBJR, *Data and Competition Law*, 13.

Veri toplama ve analiz etme yetenekleri bakımından teşebbüsler arasındaki farkın açılmasıyla teşebbüslerin pazar güçleri arasındaki fark da açılma eğilimine girebilmektedir. Bu bağlamda sektörde başarılı bir başlangıç yapan teşebbüslerin, döngü tekrar ettikçe giderek daha çok gelir elde edebileceği ve görece daha yüksek bir pazar gücüne ulaşabileceği öngörülebilir olmaktadır. Şayet bu teşebbüsler, elde ettikleri gelirin bir kısmını da doğrudan çeşitli enformasyon veya bilgisayar teknolojilerine harcıyorsa gelecekte bu veriyi toplama ve analiz etmedeki yeteneklerinin de çok daha artabilmesi mümkün gözükmemektedir. Başlangıçta, sınırlı veriye sahip pazar payı veya ölçeği düşük olan teşebbüsler için ise süreç tam aksi yönde işleyebilecek ve en nihayetinde daha yoğunlaşmış bir pazardan ve görece daha zayıf bir rekabetçi baskıdan söz edilebilecektir. Sürecin sonraki aşamalarında ise özellikle veri temelli ekonomik sektörlerde, tekelleşme eğilimlerinin gözlemlenmesi de ihtimal dâhiline girebilecektir.

Bu noktada, yukarıda açıklanan döngüde süreci başlatan unsurun veriye hâkimiyet mi yoksa iyi geliştirilmiş ürün ve hizmetler mi olduğu hususunun iyi analiz edilmesi büyük önem taşımaktadır. Şayet süreç üstün bir iş yeteneği ve/veya inovasyona bağlı olarak geliştirilmiş ürün ve hizmetlerden kaynaklanan bir talep artışı ve nihayetinde veri birikimi şeklinde ilerlemiş ise rekabetçi bakış açısına uygun bir müdahale gerekip gerekmediği konusunda dikkatli bir analiz yapılmalıdır. Nitekim salt sahip olunan yüksek hacimli veri tabanlarının, ilgili pazar için bir giriş engeli teşkil etmeyebileceği gibi veriye sahip olan teşebbüsün yalnızca bu araçla tekelleşmek veya rakiplerini dışlamak gibi bir motivasyonunun da bulunmayacağını ifade eden görüşler de mevcuttur.⁴⁶

⁴⁶ Sokol ve Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," 1135.

Daniel Sokol ve Roisin Comerford'a göre, ilgili pazara yeni giriş yapan teşebbüslerin veri gereksinimleri köklü firmalara kıyasla çok daha makul düzeyde ve niteliksel olarak farklı olabilmekte ve bu yeni rakipler ihtiyaç duydukları temel verileri genellikle üçüncü taraf teşebbüslerden de kolaylıkla satın alabilmektedir.⁴⁷ İlave olarak araştırmacılara göre günümüzde veri giderek daha fazla bollaşmakta, veriye erişim kolaylaşmakta ve verinin yaşam süresi kısalmaktadır.⁴⁸ Bu bakımdan verinin salt kendisinin bir pazar gücü yaratmasının oldukça güç olduğu ve temelde ortaya çıkabilecek pazar gücünün, verinin "eşsiz" oluşuna ve veriyi sistematik olarak kullanabilecek alt yapılara bağlı olduğunun altı çizilmektedir.⁴⁹

Catherina Tucker ise verinin pazara giriş engeli ve pazar gücü olarak analizinin, dört kriter altında yattığını belirtmektedir. Bu bağlamda verinin; ekonomik değeri, ikame edilebilirliği, nadirliği ve ulaşılabilirliği bu kilit kriter ve kavramları temsil etmektedir.⁵⁰ Bununla beraber Tucker, kendi deneyimleri ve araştırmaları ölçütünde Büyük Veri'nin yaratabileceği rekabetçi avantajların kolay bir şekilde taklit edilebileceği (rakipler tarafından ulaşılabilirliği) ve bu bakımdan verinin yalnızca kendisinin çoğunlukla bir pazar gücü oluşturmadığını ifade etmektedir.⁵¹

Tüm bu teorik ve akademik tartışmaların gölgesinde, uluslararası rekabet otoritelerinin ve rekabet kanunlarından

⁴⁷ *Ibid.*, 1139.

⁴⁸ Stucke ve Grunes bu görüşün tam aksini savunmaktadır. Stucke ve Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 8.

⁴⁹ Sokol ve Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," 1136-1140.

⁵⁰ Catherine Tucker, "Is Big Data a True Source of Market Power," [analysisgroup.com](https://www.analysisgroup.com/is-big-data-a-true-source-of-market-power), last modified November 13, 2020, <https://www.analysisgroup.com/is-big-data-a-true-source-of-market-power>.

⁵¹ Tucker, "Is Big Data a True Source of Market Power," 2.

sorumlu resmi mercilerin verdiği özellikle son dönemli karar ve tespitlerde, verinin pazara giriş engeli veya pazar gücü yaratma potansiyeliyle de bağlantılı olarak günümüzün rekabet paradigmasındaki yerinin çok daha belirginleştiği gözlemlenmektedir. Örneğin Alman Rekabet Otoritesi'nin (Bundeskartellamt), *Facebook*⁵² kararında, Facebook'un farklı kaynakların yanı sıra kullanıcıları üzerinden de rekabetçi verilere (*competition-related data*) ulaşılmasında çok ciddi bir üstünlüğünün bulunduğu ve bu durumun doğrudan/dolaylı ağ etkileri ile bağlantılı şekilde pazara girişte fazladan bir giriş engeli yarattığı belirtilmektedir.⁵³ Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu'nun (*Australian Competition and Consumer Commission-ACCC*) hazırlamış olduğu dijital platformlara yönelik sektör incelemesinde ise verinin rolünün, geleceğin piyasalarında çok daha önem kazanacağı ve yerleşik teşebbüs/teşebbüslerin geniş ve derin kullanıcı verileri sayesinde güçlü bir rekabetçi avantaj elde ederek pazarda giriş engellerine sebebiyet verebileceği değerlendirilmiştir.⁵⁴ Türkiye Cumhuriyeti Rekabet Kurumu (Kurum) da bu çalışma ile aynı eksende e-pazar yerlerine yönelik hazırlamış olduğu sektör raporunda, pazar yerlerinin topladıkları verinin hacmi ve

⁵² Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, 06.02.2019. (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5). Bu karara ilişkin detaylara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilmektedir.

⁵³ Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, 06.02.2019, 136.

⁵⁴ ACCC, *Digital Platforms Inquiry Final Report* (June 2019), <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>.

niteliği itibarıyla önemli bir rekabetçi varlık teşkil edebileceği görüşüne yer vermiştir.⁵⁵

Diğer perspektifleri göstermesi bakımından, Komisyon'un *Apple/Shazam*⁵⁶ kararı konuya ilişkin açıklayıcı ve tamamlayıcı bir örnek olarak irdelenebilmektedir. Dijital müzik endüstrisindeki bir yoğunlaşma işlemine konu kararda, taraflardan Apple, bünyesindeki Apple Music aracılığıyla internet temelli bir müzik platformuyken; Shazam çoğunlukla müzik tanıma ve çevrimiçi reklamcılık faaliyetleriyle iştigal eden bir dijital platformdur. Bu kararda Komisyon, iki şirketin yoğunlaşması sonucu ortaya çıkabilecek rekabetçi endişeleri incelerken Büyük Veri'nin etkilerini de dikkate almaktadır. Komisyon, tarafların birleşmesi sonucu oluşacak büyük ve kapsamlı veri setlerinin önemini vurgulamış ve müzik sektörü açısından kullanıcı verilerinin giderek daha büyük önem kazandığına işaret etmiştir. Bununla beraber yapılan tüm incelemeler neticesinde Komisyon Shazam'daki verilerin, 4V kriterleri çerçevesinde önemli bir rekabetçi avantaj sağlamasının muhtemel olmadığına ve bu durumun pazarda rakiplerin dışlanmasına yol açmayacağına kanaat getirmiştir.⁵⁷ İlave olarak Komisyon, Shazam'ın verilerinin Apple'n rakipleriyle paylaşılmaması halinde dahi bu durumun pazara girişe yönelik

⁵⁵ Rekabet Kurumu, *E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu* (Rekabet Kurumu, Nisan 2021), <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-on-rapor-20210705115502897-pdf>.

⁵⁶ EC, COMP/M.8788 *Apple/Shazam*, 06.09.2018, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf).

⁵⁷ Elena Argentesi vd., "Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment," *Journal of Competition Law and Economics*, (2020): 1-46, <https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2020/12/paper-Merger-digital-market.pdf>.

bir engel yaratmayacağı veya var olan engelleri arttırmayacağını değerlendirmektedir.⁵⁸

*Microsoft/LinkedIn*⁵⁹ ve *Verizon/Yahoo*⁶⁰ kararlarında da Komisyon, birleşme işlemi sonucu ortaya çıkacak büyük veri kombinasyonunun yaratabileceği rekabetçi endişeleri değerlendirmiş ve bu verilerin farklı kaynaklardan elde edilebileceğini ve eşleştirilemez nitelikte olmadığını ifade ederek işlemlere izin vermiştir.

Yukarıda yer alan tüm görüş, bilgi ve değerlendirmeler, verinin pazara giriş ve pazar gücü yaratmadaki rolünün çok katmanlı bir tartışma alt yapısında şekillenmekte olduğunu ana hatlarıyla ortaya koymaktadır. Bir sonraki alt başlıkta verinin pazarın iç dinamiklerine olan mevcut veya olası etkileri ile bu durumun rekabet analizlerindeki yansımaları masaya yatırılmaktadır.

B. Pazar Şeffaflığı ve Teşebbüsler Arası Koordinasyon Açısından Veri

Ekonomide yaşanan dijital dönüşümle beraber, giderek daha fazla teşebbüs faaliyetlerini internet ortamının sağladığı avantajlarla beraber gerçekleştirmeye başlamıştır. Teşebbüslerin internet üzerinden satış yapmaya başlaması veya çeşitli sosyal medya hesapları üzerinden düzenli olarak tüketici ve kullanıcılarına yönelik müşteri anketleri gerçekleştirmesi akla gelebilecek örneklerden yalnızca birkaçıdır. Bu süreçte yaratılan

⁵⁸ OECD, Consumer Data Rights and Competition, 29.

⁵⁹ EC, COMP/M.8124 *Microsoft/LinkedIn*, 06.12.2016 (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf)

⁶⁰ EC, COMP/M.8180 *Verizon/Yahoo*, 21.12.2016 (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8180_240_3.pdf)

her türlü veri ise kümülatif bir döngü içinde kendini beslemekte ve sonuç olarak başta çevrimiçi marketler olmak üzere ilgili pazarlardaki şeffaflığı arttırmaktadır. Bununla beraber, pazarın şeffaflaşmasının etkileri gerek üretici gerekse de tüketiciler açısından çok yönlüdür ve birbirinden bağımsız değerlendirilmemelidir.

Giderek artan sayıda teşebbüsün internet üzerinden satış yapmaya başlamasıyla beraber, tüketiciler rakip firmaların ikame ürünlerini çok daha hızlı ve geniş bir yelpazede değerlendirebilmektedir. Yalnızca ikame olan ürünleri ve onların fiyatlarını değil, aynı ürünün fiziksel ve çevrimiçi mağazadaki satış fiyatlarını dahi kıyaslama şansına kavuşan tüketiciler, bu sayede kişisel refahlarını arttırabilmektedir⁶¹. Tüketicilerin akıllı telefon, tablet veya kişisel bilgisayar vasıtasıyla internet üzerinden bu kıyaslamaları kolay ve zahmetsiz bir şekilde yapabiliyor olması, rakip teşebbüslerin fiyat ve kalite bakımından daha yoğun bir rekabet ortamına itilmesini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bu çerçevede, Büyük Veri'nin bilgi akışını ve pazardaki rekabetçi ortamı geliştirdiğini söylemek mümkündür.⁶²

Tüketicilerin internet üzerinden rakip ürünleri kıyaslama kriteri yalnızca fiyat ile sınırlı kalmamaktadır. Ürünle ilgili teknik bilgiler ve kullanıcı yorumları gibi hususlar da internet ortamında kolaylıkla bulunabildiğinden tüketiciler ürünü satın almadan önce bunları da dikkate alarak kendi satın alma kararını şekillendirebilmektedir. Ürünü internet üzerinden

⁶¹ Ülkemizde hâlihazırda faaliyet gösteren www.cimri.com, www.epey.com, www.akakce.com ve www.trivago.com ile uluslararası ölçekte faaliyetlerini yürüten www.skyscanner.com gibi teşebbüsler, fiyat karşılaştırma hizmetleri sunmaları bakımından konuya ilişkin örnek teşkil edebilecektir.

⁶² Ariel Ezrachi ve Maurice E. Stucke, "Virtual Competition," *Journal of European Competition Law and Practice* 9, no. 7 (2016): 585.

kolay ve detaylıca incelenebilme imkânı ise arama maliyetini azaltmakta ve en nihayetinde dijitalleşmenin getirdiği bu süreç, üretici ve tüketici arasındaki bilgi asimetrisini azaltmaktadır.⁶³

Büyük Veri'nin her ne kadar tüketici refahı üzerinde önemli ölçüde bir etkisi olabilse de sektörlerde verinin; işlenmesi, analizi ve yapay zekâ veya algoritma temelli kullanımındaki gelişmelerle birlikte artan pazar şeffaflığı, teşebbüslerin rekabet karşısı bir koordinasyon içine girebilmesi için uygun bir zemin de hazırlayabilmektedir.⁶⁴ Bu bakımdan, özellikle yüksek derecede yoğunlaşmış pazarlarda, büyük verinin yarattığı şeffaflığın etkisiyle teşebbüsler arasında açık bir kartel anlaşmasının kurulması kolaylaşabilecek veya teşebbüsler arasında örtülü anlaşma (*tacit collusion*) ya da paralel davranışların gelişmesi ihtimal dâhiline girebilecektir. Nitekim şeffaf pazarlarda takip ve misilleme imkânları daha geniş olduğundan, teşebbüsler arasındaki açık ya da örtülü anlaşmaların sürdürülebilirliğinin de daha yüksek olması beklenmektedir.⁶⁵

Mağaza görevlilerinin ürünlere fiyatları damgaladığı bir fiyatlandırma ortamından, gelişmiş bilgisayar algoritmalarının hızla fiyatları hesaplayıp değiştirdiği bir ortama geçişle birlikte, çok sayıda rakip tarafından tek bir algoritmanın kullanılması sonucunda pazarda (*hub-and-spoke*) karteli görülmesi ihtimali de ortaya çıkmaktadır.⁶⁶

Teşebbüslerin kendi stratejilerini şekillendirirken benzer verileri analizlerine dâhil etmesi yahut benzer tüketici popülasyonları üzerinden simülasyonlar yapması durumunda,

⁶³ ACBJR, Competition Law and Data, 14.

⁶⁴ OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to Digital Era, 22.

⁶⁵ OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to Digital Era, 23

⁶⁶ Ezrachi ve Stucke, "Virtual Competition," 585.

teşebbüslerin özdeş fiyat hareketleri sergileyebileceği ve bu durumun rekabet politikası bakımından irdelenmesi hususu son zamanların güncel tartışma konularından birisini oluşturmaktadır.⁶⁷ Teşebbüsler ortak/farklı fiyat algoritmaları vasıtasıyla bilinçli bir anlaşma içine girebileceği gibi teşebbüsler arası ortak bir irade olmaksızın yapay zekâ veya makine öğrenmesi temelli bir örtük anlaşma yaratılarak da piyasada rekabetçi fiyat seviyesinin üzerine çıkabilmektedir. Özellikle teşebbüslerin geçmiş fiyatlama davranışlarının takip edilebileceği ve geçmişe dönük ayrıntılı fiyat verisinin mevcut olduğu durumlarda, fiyat algoritmalarının rakiplerin şimdiki veya gelecekte olması beklenen fiyatlama davranışlarını oyun teorileri temelinde tahmin edebilmesinin, günümüzün ve geleceğin rekabetçi paradigmasında önemli bir role sahip olması beklenmektedir.⁶⁸ Yapay zekâ temelli fiyatlama davranışlarının rekabet hukukundaki yerinin başlı başına bir çalışma konusu teşkil ettiği düşünülerek bu çalışmada konuya ilişkin daha fazla detaya girilmemiştir.⁶⁹

C. İlgili Pazarın Tanımlanması Açısından Veri

Rekabet hukuku açısından “pazar” kavramı, ilgili ürün ve ilgili coğrafi pazar şeklinde iki farklı boyutta ele alınabilmektedir. Bu bakımdan Rekabet Kurulu’nun (Kurul)

⁶⁷ Bkz. Ulrich Schwalbe, “Algorithms, Machine Learning, and Collusion,” *Journal of Competition Law and Economics* 4, vol. 14 (2018): 568-569.

⁶⁸ Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition* (Berlin: ACBJR, 2019), 75-77, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5. ; Vezzoso, “Competition Policy in a World of Big Data,” 15.

⁶⁹ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. OECD, *Algorithms and Collusion* (OECD, 2017), <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>

yayımlamış olduğu “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz⁷⁰” sektörlerle yönelik rekabet incelemelerinde pazarın nasıl tanımlanması gerektiğine ilişkin yasal bir rehber niteliğindedir. İlgili Kılavuz’a göre pazarın tanımlanmasındaki temel amaç, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını çizmek ve teşebbüslerin rakiplerinden bağımsız davranabilme gücünü (pazar gücünü) talep ve arz ikamesi kavramları üzerinden aydınlatmaktır. Dolayısıyla pazarın doğru ve isabetli tanımlanması, sonrasında yapılacak rekabet analizleri için hayati bir rol taşımaktadır.

Çok hızlı bir şekilde değişebilen dijital sektörlerde pazarın sınırları çizebilmek “eski ekonomi” şeklinde tabir edilebilecek zamanlara göre daha zorlu bir görev haline gelmektedir. Üstelik çift taraflı dijital platformlardaki tarafların “bağımsız” olması ve günümüzde fiyat parametresinin yerini veri gibi farklı ölçütler alabilmesinden ötürü, rekabet hukuku ve iktisadındaki geleneksel pazar tanımlama yöntemleri de geçerliliğini kısmen veya tamamen kaybedebilmektedir.⁷¹

Rekabet iktisadı literatüründe pazarı tanımlamak için birçok farklı istatistiksel ve ekonometrik teknik bulunmaktadır.⁷² Bununla beraber pazarı tanımlamaya yönelik nicel analizlerin neredeyse tamamı, fiyat veya miktar gibi rahatlıkla ölçülüp analize sokulabilen parametrelere dayanmaktadır. Bu bakımdan

⁷⁰ Rekabet Kurumu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz (Rekabet Kurumu, 2008), [https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-\(08-04\)-56-m-20210203105245341-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf)

⁷¹ EC, *Competition Policy for the Digital Era* (EC, 2019), 46-47, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁷² Konuya ilişkin bkz. Rekabet Kurumu, *Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere İlişkin El Kitabı* (Ankara: Rekabet Kurumu, 2019), <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/1-rikel-pdf>.

dijitalleşen sektörlerde çok yoğun bir şekilde yaygınlaşan çift taraflı pazarlar ile sıfır fiyatlı marketlerin (*zero price markets*), iktisadi analizi çok daha kapsamlı bir boyut kazanmakta ve bu bağlamda her bir durum bazında farklı bir yaklaşım gerektirmektedir. Nitekim çift taraflı pazarlar için kullanılacak fiyatın nasıl bir yöntemle seçilmesi gerektiği veya sıfır fiyatlı pazarlar için fiyat yerine hangi iktisadi parametrenin kullanılmasının uygun olacağı gibi hususlar oldukça tartışmalı ve çok yönlü bir seviyeye evrilmiştir.⁷³

Doğası gereği sürekli değişen ve dinamik bir rekabetçi atmosferin oluşmasına yol açan dijital piyasalarda, pazarın nasıl tanımlanması gerektiği konusu, rekabet analizleri için oldukça önem taşımaktadır. Öte yandan bu konuda net bir fikir birliğinin bulunmaması ve her bir vaka özelinde rekabetçi yaklaşımların tekrar gözden geçirilmesi gerekliliği, rekabet incelemelerinin uzamasına ve süreçlerin aksamasına sebebiyet verebilecektir. Bu doğrultuda, Komisyon'un dijital pazarlara ilişkin ortaya koyduğu, "... pazarın tanımlanmasına yönelik analizlerden ziyade teşebbüslerin rekabet karşıtı strateji ve davranışlarının analizi ile ortaya çıkan zarar teorisinin incelenmesine odaklanılması..."⁷⁴ yaklaşımının isabetli ve yerinde olduğu düşünülmektedir.

D. Yoğunlaşma İşlemlerinde Veri

Yoğunlaşma işlemlerine ilişkin veri veya Büyük Veri'nin rolü birçok farklı bakış açısıyla ele alınabilen girift bir araştırma alanı olarak kabul edilmektedir. Nitekim büyük veri ile bağlantılı birleşme ve devralma sayısının her geçen gün giderek

⁷³ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Okkanoğlu, "Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri," 14-19.

⁷⁴ EC, *Competition Policy for the Digital Era*, 3.

artması bu alana yönelik potansiyel endişe ve değerlendirmeleri de beraberinde getirmektedir.⁷⁵

Veri temelli yoğunlaşma işlemlerine yönelik akla gelebilecek temel hususlardan ilki, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesine yönelik teşebbüslerin yıllık cirolarına dayanan bildirim eşiklerinin günümüzde yeterli olup olamayacağı sorusu üzerine şekillenmektedir. Nitekim her bir rekabet kanunu açısından değişebilmekle birlikte birleşme işlemlerine yönelik rejimlerin dayandığı temel husus, teşebbüslerin ciroları başta olmak üzere belirli parametrelere bağlı pazar paylarının analizi ve pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması veya bir hâkim durum yaratılıp yaratılmadığının tespitidir.⁷⁶ Bu bakımdan ana gelir kaynağı veri olan veya cirosu sınırlı olmasına karşın güçlü bir veri tabanı yahut veri işleme alt yapısına sahip teşebbüslerin yoğunlaşma işlemleri, rekabet kanunlarından belirlenen bildirim eşiklerinin altında kalabilmekte ve aslında piyasadaki rekabeti önemli ölçüde etkileyecek bir ticari işlem, otoritelerin denetiminden kaçabilmektedir.⁷⁷ Bağlantılı olarak teşebbüsler rakiplerinin veri setlerine ulaşma güdüsüyle, rakiplerini devralmak isteyebilmekte ve bu durumdan faydalanarak pazarda olan veriye erişimi engelleyebilmektedir.⁷⁸ Öte yandan bu ihtimale karşı rekabet otoriteleri, yoğunlaşma işlemlerinde cironun yanı sıra işlem maliyetinin (*transaction cost*) de dikkate alınması ihtimalini gündemlerine taşımaktadır.⁷⁹

Konuya ilişkin bir diğer tartışma, pazar gücünün belirlenmesinde ve etkinlik kazanımlarında verinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine yöneliktir. Bu kavramsal

⁷⁵ Sokol ve Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," 1145.

⁷⁶ Bkz. 4054 sayılı RKHK'nın 7.maddesi.

⁷⁷ Argentesi et al., "Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment," 20-21.

⁷⁸ OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, 26.

⁷⁹ OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era*, 20.

çerçevede, yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesinde temel alınan pazar payı veya pazar gücünün veriye bağlı nasıl şekillendiğinin anlamlandırılması, işlemin potansiyel rekabetçi etkilerini değerlendirmek bakımından da kritik olabilmektedir. Nitekim rekabet otoritelerinin verdiği kararlarda da veriye ilişkin rekabetçi endişeler ve etkinlik kazanımlarının her bir olayın kendi şartları altında ele alındığı ve her bir vakaya göre farklı sonuçlara ulaşıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin *Bazaarvoice/Power-Reviews* kararında DoJ, tarafların veri temelli öne sürdüğü etkinlik kazanımlarını yeterli derecede ispat edilemediği gerekçesiyle kabul etmezken; *Microsoft/Yahoo* kararında, veri kaynaklı rekabeti destekleyici etkinlikleri kabul etmiş ve bu durumun Google'a karşı güçlü bir rakibin ortaya çıkabilmesi açısından önemli olduğunu vurgulamıştır.⁸⁰

Zarar teorileri kapsamında, verinin yoğunlaşma işlemleri aracılığıyla ortaya çıkartılabileceği rekabetçi kaygılar ise temelde, tüketici verilerinin gizliliği ve korunması ile pazara yönelik giriş engellerinin yaratılması (veya veri pazarının kapatılması) suretiyle rakip maliyetlerinin yükseltilmesi argümanları üzerine inşa edilmektedir.⁸¹ Aşağıdaki alt başlıkta bu iki temel endişeyle bağlantılı ve rekabetçi açıdan endişe doğurabilecek bazı teşebbüs davranışlarına ve konuya ilişkin belirli kararlara değinilmektedir.

E. Veri Temelli Rekabeti Kısıtlayıcı Davranışlar

Verinin teşebbüslere sağladığı rekabetçi avantajların öneminin artmasıyla birlikte teşebbüsler, pazardaki rakiplerine karşı rekabetçi kalabilmek adına giderek daha çok veriye ulaşmaya ve elde ettikleri verileri ivedilikle analiz edebilmeye

⁸⁰ Sokol ve Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," 1146.

⁸¹ OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, 25.

odaklanmaktadır.⁸² Bunun bir getirisi olarak dijital piyasalarda, geleneksel yöntemlerle ölçülen pazar payı veya kârlılık gibi göstergeler pazar gücünü belirlemede yetersiz hale gelmeye ve pazardaki yoğunlaşma ve rakiplik ilişkileri de değişime uğramaya başlamıştır.⁸³

Diğer yandan, verinin günümüzde “değerli bir kaynak⁸⁴” niteliğiyle gün geçtikçe daha çok ön plana çıkması, yüksek teknoloji ve enformasyon teknolojilerini içselleştirmiş teşebbüs sayısının artmasına ve bu bakımdan sektörlerde ticari optimizasyon avantajlarının⁸⁵ çoğalmasına ön ayak olabilmekle beraber daha önce gözlemlenmemiş rekabetçi endişelere de yol açabilmektedir. Bu rekabetçi endişeleri teşebbüslerin var olan veriye zamanında ve yeterli miktarda ulaşabilmesi ve ihtiyaç duyulan veriyi istenen kalitede yaratacak yolları belirleyebilmesi şeklinde tasnif etmek mümkündür.⁸⁶

Verinin belirli teşebbüs veya teşebbüs grupları elinde yoğunlaşması durumunda ise rekabet hukuku bağlamında,

⁸² Allen P. Grunes ve Maurice E. Stucke, “No Mistake about it: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data,” *Antitrust Source* (2015): 7, erişim tarihi: Nisan 22, 2020. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051; ACBJR, *Competition Law and Data*, 15.

⁸³ Nicolai Van Gorp ve Olga Batura, “Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy,” *Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs* (2015), erişim tarihi: Ocak 10, 2020. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf,

⁸⁴ Damien Geradin ve Monika Kuschewsky, “Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue,” (2013): 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088.

⁸⁵ Rolf H. Weber, “Information At The Crossroads Of Competition Law And Data Protection Law,” *Journal of Competition Law* 2, no. 12 (2014): 169-171.

⁸⁶ Sokol ve Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data,” 23.

pazar gücüne dayalı dışlayıcı veya ayrımcı davranışların nasıl ve ne derece ortaya çıkabileceği sorusu gündeme gelmektedir.⁸⁷ Aynı zamanda bu sorunun olası cevapları pazardaki rekabetçi ortamın veri ile nasıl değişebileceğini yorumlamada da önem arz etmektedir.

Dijitalleşmenin ve enformasyon teknolojilerindeki gelişimin ticari hayata yansımaları ile içselleştirilmesi sonucunda veri elde etme süreçleri doğal olarak önemli bir rekabet aracı haline gelmiş ve yaygınlaşmıştır. Diğer taraftan, veriye erişim ve verilerin kullanılması konusu, bir yandan rekabet hukuku çerçevesinde farklı endişeler ortaya çıkartabilirken diğer yandan da bilişim hukuku veya kişisel verilerin korunması ve gizliliğine ilişkin hukuki normların da alanına girebilmektedir.⁸⁸

Bu noktada, tüketici refahının verinin kullanımına bağlı olarak niteliksel veya niceliksel arttığı veya artabileceğinin somut ve makul yöntemlerle ortaya konulabildiği durumlarda⁸⁹ yaratılan etkinlik kazanımları ile ortaya çıkan rekabetçi endişelerin bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmasının daha işlevsel olacağını söylemek uygun olacaktır.⁹⁰ Bağlantılı olarak veriye dayalı ortaya çıkabilecek yasa dışı bir davranışın eş zamanlı olarak birden çok kanun kapsamına girebileceğinin de çalışmanın devamına ilişkin arka planda bulundurulması gereken bir ön bilgi olduğu değerlendirilmektedir.

⁸⁷ Monopolkommission, *Competition policy: The challenge of digital markets*, Special Report No 68 (Monopolkommission, 2015): 161, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf.

⁸⁸ Türkiye'deki ilgili kanunlar kapsamında konuya ilişkin bkz. Muammer Ketizmen ve Aslıhan Kart, "Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında Big Data," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 1 (2019): 64-76.

⁸⁹ Veri temelli etkinlik kazanımlarının değerlendirildiği bir karar olarak bkz. *Microsoft/Yahoo* kararı.

⁹⁰ Grunes ve Strucke, "No Mistake," 11.

Çalışmamızın bu bölümünde verinin teşebbüsün pazar gücünden kaynaklı olduğu ve rekabetçi analizlerin ön plana çıktığı örnek kararlara ve teşebbüslerin sahip olduğu veriyi paylaşmaması veya üçüncü bir tarafın erişimine açmaması noktasında ortaya çıkabilecek rekabetçi endişelere değinilmektedir.⁹¹ Devamında ise teşebbüslerin veri yoluyla tüketicilerine ayrımcı fiyat politikaları uygulaması (*price discrimination*)⁹² ve kişisel verilerin gizliliği boyutu araştırma konusu yapılmıştır.

1. Veri Açısından Sözleşme Yapmanın (Mal Vermenin) Reddi ve Zorunlu Unsur Kavramı⁹³

Hâkim durumdaki teşebbüsün, rekabetçi olmayan bir amaç veya uygulamayla elinde bulundurduğu stratejik unsura erişimi kısıtlaması, engellemesi veya hiç paylaşmaması halinde; ilgili,

⁹¹ Bundeskartellamt, *Case Summary of B6-22/1*, 15.02.2019 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

⁹² İktisadi açıdan rasyonel olarak kabul edilebilen fiyat farklılaştırma uygulamaları somut olayın şartları bakımından sömürücü (*excessive pricing*) yahut yıkıcı (*predatory pricing*) fiyatlandırma niteliğindeki bir kötüye kullanma davranışı olarak rekabete aykırılık teşkil edebilmektedir. Konuya ilişkin bkz. Damien Geradin ve Nicolas Petit, “Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Theory in Search of Limiting Principles,” *Global Competition Law Centre Working Paper Series No. 07/05*, Erişim Tarihi Ağustos 20, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=763484.

⁹³ Türk rekabet hukuku açısından bu konu Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz (Kılavuz)’un “Sözleşme Yapmayı Reddetme” başlığı altında değerlendirilmektedir. Bkz. Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz* (Rekabet Kurumu, 2014), 8-11, <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>.

ardıl veya bir başka pazarda farklı rekabet sorunları ortaya çıkabilmektedir. Öyle ki bu türden kısıtlamaların somut olayın şartları çerçevesinde ve sayısız farklı senaryo altında değerlendirilmesi mümkündür.

İncelemenin ilk adımı, erişim talep edilen unsurun, pazarda faaliyet gösterebilmek ve rekabet edebilmek için gerekli, zorunlu veya alternatifsiz olup olmadığının sorgulanmasıdır. Bu varsayımda, rakip teşebbüslerin ilgili unsura kendi olanaklarıyla ulaşım ulaşamayacağı yahut ulaşabilecek ise hangi şartlar altında ulaşılacağı irdelenmektedir. Bu bakımdan eğer her iki şart da sağlanıyorsa, yani daha açık bir ifadeyle, hâkim durumda olduğu kabul edilen bir teşebbüsün pazarda faaliyet göstermek için zorunlu kabul edilecek bir unsura sahip olduğu ve bu unsurun rakipler tarafından ulaşılması/üretilmesinin iktisadi ve ticari açıdan mümkün olmadığı değerlendiriliyorsa söz konusu unsurun “zorunlu unsur (*essential facility*)”⁹⁴ niteliğinden bahsedilebilecektir.

Türk rekabet hukuku açısından bu konu Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz (Kılavuz)’un “Sözleşme Yapmayı Reddetme” başlığı altında değerlendirilmektedir.⁹⁵

Kılavuz böyle durumlarda ihlale ilişkin üç farklı koşulun birlikte varlığını aramaktadır⁹⁶:

- Reddetme fiili (alt) pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olmalıdır.

⁹⁴ Bu kavrama ilişkin detaylı bilgi için bkz. OECD, *The Essential Facilities Concept* (OECD, 1996), <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920021.pdf>.

⁹⁵ Rekabet Kurumu, Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, 8.

⁹⁶ *Ibid.*, 9-11.

- Reddetmenin alt pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldırması muhtemel olmalıdır.
- Reddetmenin tüketici zararına yol açması muhtemel olmalıdır.

Yukarıda sayılan üç koşul geleneksel piyasalar ve dijital piyasalar arasında bir ayrım gözetmese de özellikle veri-yoğun dijital pazarların kendine has yapısı ve dinamikleri bakımından veriye erişimin zorunlu unsur teşkil edip etmediği tartışması daha detaylı ve karmaşık bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır.⁹⁷

Bir başka anlatımla, dijitalleşen piyasalarda zorunlu unsur tanımı yapabilmek geleneksel piyasalara göre çok daha zorlaşmakta ve çok boyutlu bakış açılarını gerektirmektedir. Bu kapsamda dijital pazarlar bakımından gerek ABD, gerek AB’de zorunlu unsur doktrinine son derece ihtiyatlı yaklaşıldığı vurgulanmalıdır. ABD Yüksek Mahkemesi, kimi davalarda pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün belirli sözleşmeleri yapmaya mecbur bırakılması gerektiğini kararlaştırmışsa da yalnızca dijital pazarlar için değil hiçbir pazarda ilgili mahkeme zorunlu unsur doktrinini resmen tanımış değildir.⁹⁸ Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Verizon/Trinko*⁹⁹ kararı tartışmayı Amerikan federal hukuku bakımından noktalarken¹⁰⁰ uzlaşma ile sonuçlanan

⁹⁷ ACBJR, Competition Law and Data, 27-31.

⁹⁸ Zachary Abrahamson, "Essential Data," *Yale LJ* 124 (2014), 870, <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol124/iss3/7>.

⁹⁹ Supreme Court of The United States, *Verizon Commcations Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* 540 U.S. 398, 13.01.2014, 411, (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/>)

¹⁰⁰ İlgili kararda teşebbüslerin kendileri için avantaj yaratabilecek unsurları rakipleriyle paylaşması durumunda, gerek hâkim durumdaki teşebbüsün gerek rakiplerin bu unsurlara olan iktisadi yatırım güdüsünün azalabileceğine dikkat çekilmektedir. Bkz. *Id.*, 407-408.

*PeopleBrowsr/Twitter*¹⁰¹ davası gibi çeşitli dava ve incelemeler de sonuçsuz kalmıştır.¹⁰²

Avrupa Adalet Divanı'nın (*European Court of Justice- ECJ*) *Bronner*¹⁰³ kararında da Avusturya'da bir gazete dağıtım sistemine sahip bir teşebbüsün rakibi olan bir başka teşebbüsün gazetelerini dağıtmayı kabul etmemesi sonucu, bahse konu dağıtım sisteminin zorunlu bir unsur olup olmadığı tartışılmıştır. İlgili mahkeme, zorunlu unsurun tanımlanabilmesi için talepte bulunan teşebbüsün öngörülebilir bir gelecekte ilgili hizmeti kopyalayabilme yetisini temel alarak; (i) reddedilen unsurun alt pazardaki faaliyetler için vazgeçilmez olması veya alternatifinin bulunmaması, (ii) reddin haklı bir gerekçesinin olmaması, (iii) reddin alt pazardaki rekabeti tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğine hükmederek söz konusu vaka için bu şartların sağlanmadığını belirtmiştir.

Rekabet Kurulunun *illerarasımesafe.com/Google*¹⁰⁴ kararında da benzer biçimde sözleşme yapmanın reddinin bir ihlal olarak değerlendirilebilmesi bakımından vazgeçilmezlik, etkin rekabetin ortadan kalkması, tüketici zararı ve haklı gerekçenin olmaması koşullarının birlikte sağlanmaması nedeniyle 4054 sayılı RKHK çerçevesinde bir ihlalden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

¹⁰¹ U.S. Federal District Court, *PeopleBrowsr, Inc. v. Twitter, Inc.*, No. C-12-6120 EMC, 06.03.2013, (https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-cand-3_12-cv-06120/pdf/USCOURTS-cand-3_12-cv-06120-2.pdf)

¹⁰² Abrahamson, "Essential Data," 869.

¹⁰³ ECJ, *Bronner* C-7/97, 26.11.1998, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>).

¹⁰⁴ Rekabet Kurulu, K. 16-39/638-284, 16.11.2016, (<http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=be64f2cb-4f57-4004-be0d-354399eee0cb>).

Veriye ilişkin Komisyon'un *Google/DoubleClick* kararında ise işlem kapsamında iki teşebbüsün sahibi olduğu veri tabanlarının birleşmesi sonucu, Google'ın ciddi bir rekabetçi avantaj elde edeceği ve rakiplerinin bu duruma karşılık veremeyeceği iddiası incelenmiştir. Nitekim Komisyon, *DoubleClick*'in sahip olduğu verilerin zorunlu bir girdi (unsur) niteliği taşımadığına ve bu verilerin rakipler tarafından üçüncü taraf veri toplayıcılarından veya hizmet sağlayıcılardan bile temin edilebileceğine karar vermiştir.¹⁰⁵ Benzer şekilde *Microsoft/LinkedIn* ve *Verizon/Yahoo* kararlarında da Komisyon'un bu yaklaşımını koruduğu anlaşılmaktadır.

Literatürde hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu veri ve bu veriye erişimin zorunlu unsur olarak değerlendirilmesinin mutlaka kapsamlı hukuki ve iktisadi analizleri gerektirdiğinin altı önemle çizilmektedir.¹⁰⁶ Nitekim bu türden titiz inceleme yapılmaksızın hâkim durumdaki bir teşebbüsün elindeki verinin erişime açılması veya veriye zorunlu unsur niteliği tanınmasının bazı sakıncaları olduğu savunulmaktadır. Bu potansiyel sakıncalar temel hatlarıyla aşağıdaki gibi sıralanabilmektedir¹⁰⁷:

- λ Firmaların yatırım ve inovasyon güdüsünün azaltılması,
- λ Tüketici lehine olabilecek etkinlik kazanımlarının önüne geçilmesi,
- λ Ürün ve hizmet geliştirme süreçlerinin sekteye uğraması,
- λ Sektörde hukuki bir belirsizlik yaratılması,
- λ Kısa vadede rekabeti arttırıcı sonuçlar alınabilmesine karşın uzun vadede pazardaki rekabetin zayıflaması vb.

risk ve endişeler, hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu veri setinin rakipler için zorunlu unsur olarak

¹⁰⁵ EC, COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*, para. 360-366.

¹⁰⁶ Bkz. OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, 40-41.

¹⁰⁷ Bu görüşlere ilişkin ayrıca bkz. Geradin ve Kuschewsky (2013).

tanımlanabilmesi için oldukça kapsamlı ve detaylı analizlerin somut olayın sınırları içindeki analizini zaruri kılmaktadır.

2. Veriye Erişimde Ayrımcılık

Hâkim durumdaki teşebbüsün mevcut veri setini yalnızca belirli müşteri veya teşebbüslerle paylaşması durumunda da rekabetin kısıtlanabildiğinden söz etmek mümkündür.¹⁰⁸ Bu durum özellikle, üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün alt pazarda da faaliyet gösterdiği vakalarda ortaya çıkmaktadır. Nitekim Fransız Rekabet Otoritesi'nin *IMS/Cegedim*¹⁰⁹ kararı bu tür bir ihlale örnek olarak gösterilebilir. İlgili karar, sektörün önde gelen medikal veri sağlayıcısı Cegedim'in, rakibinin ürettiği program olan Euris isimli programı kullanan müşterilerine, sahip olduğu veri tabanını (OneKey) satmayı reddetmesini konu almaktadır. Yapılan tüm inceleme ve analizler sonucunda, Fransız Rekabet Otoritesi, OneKey isimli veri setinin zorunlu bir unsur olmadığını ancak bu veri seti aracılığıyla Cegedim'in medikal bilgi pazarında hâkim duruma geldiğini saptamış ve Cegedim'in davranışının rekabet kanunları açısından dışlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır¹¹⁰.

Veriye erişimde ayrımcılık uygulamalarına e-pazaryerleri yapılarında da rastlanılmaktadır. Nitekim Kurumun hazırlamış olduğu e-pazaryerlerine ilişkin sektör raporunda da

¹⁰⁸ Bruno Lassere ve Andreas Mundt, "Competition Law and Big Data: The Enforcer's View," *Italian Antitrust Review* 1, (2017): 93, Erişim Tarihi Kasım 5, 2019.
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikell/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2

¹⁰⁹ Autorité de la Concurrence, 14-D-06 *IMS/Cegedim*, 08.07.2014; EC, COMP/M.7337 *IMS Health/Cegedim Business*, 19.12.2014, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7337_20141219_20212_4101276_EN.pdf).

¹¹⁰ ACBJR 2016, s. 18.

pazaryerlerinde ayrımcılık uygulamalarına yönelik endişeler üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar, raporda yer aldığı haliyle;

- Platformlarına, platformları ile ilişkili hizmetlere (lojistik, kargo vb.) ve/veya kendi ekosistemleri içindeki başkaca hizmetlere erişimi reddetmek,
- Platformun ürün/satıcı sıralamasında kendi ürün/hizmetlerini veya belirli satıcıların ürün/hizmetlerini ön plana çıkarmak,
- Pazaryeri platformu veya pazar yerlerinin kendi ekosistemleri içinde sahip oldukları başkaca hizmetler aracılığıyla toplanan üçüncü taraf satıcı verilerini pazar lehine veya üçüncü taraf satıcıların aleyhine kullanmak ve üçüncü taraf satıcıların bu verilere erişimini engellemek

şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹¹

Çok kategorili e-pazaryerleri, bir yandan bünyelerinde faaliyet gösteren satıcıların tüketicilerle ticari faaliyetlerini gerçekleştirebilmesi bakımından bir pazaryeri görevi görmekle beraber diğer yandan kendi platformunda satıcı kimliğini de üstlenebilmektedir. Bu sayede platform, hem üçüncü taraf tüketicilerden hem de kendi bünyesinde yer alan satıcılardan ciddi ölçüde veri elde edebilmektedir. Platformun hem sağlayıcı hem de satıcı konumunda bulunduğu durumda, ticari işlemlerin platformun veri tabanında tutulması ve sistematik olarak her işleme ilişkin bilgilerin kaydedilmesi ile bu bilgilerden yapılacak çıkarımların değerlendirilmesi, platform sahibi teşebbüse belirli bir ölçüde rekabetçi avantajlar kazandırabilmektedir. Bir başka deyişle, platform sahibi teşebbüsün bu verileri kullanarak kendisine optimal bir satış politikası belirleyebilmesi ve diğer satıcılarla girdiği rekabette üstün konuma geçmesi söz konusu

¹¹¹ Rekabet Kurumu, E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu, 234.

olabilecektir. Platformda yer alan diğer satıcıların bu veriye erişiminin bulunmaması veya kısıtlanması yahut verilerin yalnızca belirli satıcıların erişimine açılması halinde ise platformun ve veriye ulaşım imkânı bulunan teşebbüslerin rekabetçi gücü yapay olarak artma imkânı bulacaktır.¹¹²

Öte yandan verinin vazgeçilmez, alternatifsiz veya eşsiz olması ile bağlantılı olarak yaratılan bu yapay rekabetçi avantajın, amaç veya etki yönünden rakipleri dışlama gücü veya potansiyelinin oldukça girift bir konu olduğu unutulmamalıdır. Zira analize konu verinin eşsiz bir niteliğinin olmadığı durumlarda, veriye yönelik ayrımcılık uygulamalarının doğrudan rekabete aykırı bir davranış olarak kavramsallaştırılmasının yaratacağı riskler, rekabetçi süreçlerin doğasına zarar verebilecektir.¹¹³

3. Veri Sağlayıcılarla Yapılacak Münhasır Anlaşmalar

Üçüncü taraf veri sağlayıcılarıyla yapılacak münhasır anlaşmalar konusu, çeşitli Komisyon kararlarında değerlendirilmiş ve verinin zorunlu unsur niteliği taşıyıp taşımadığı incelenirken verinin üçüncü taraflardan elde edilebilme imkânı detaylı bir şekilde araştırılmıştır. Örneğin, Komisyon'un *Publicis/Omnicom*¹¹⁴ kararında, veri analizi alanında faaliyet gösteren iki teşebbüsün birleşme işlemi sonrasında oluşturacakları birleşik teşebbüs vasıtasıyla, pazardaki rakiplerinin faaliyetlerine devam edebilmesi için gerekli olan veriye erişimi kısıtlayabilecekleri belirtilmiştir. Bununla beraber Komisyon, veri analizi hizmet pazarının hızla

¹¹² ACBJR 2016, s. 19.

¹¹³ OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets* (OECD, 2020), 40-42, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.

¹¹⁴ EC, COMP/M.7023 *Publicis/Omnicom*, 09.01.2014, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7023_20140109_20310_3566669_EN.pdf).

büyümekte olduğuna, rakiplerin bu veriyi üçüncü taraflardan da satın alabileceğine ve bu sebeplerle ilgili işlem kapsamında değerlendirilen veri tabanının zorunlu unsur niteliği taşımadığına hükmetmiştir.

İlgili pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün, pazarda faaliyet gösterebilmek için gerekli olabilecek genel veya özel nitelikli veri toplayıcı veya analiz edici teşebbüsler ile münhasır anlaşmalar yapması durumunda, verinin zorunlu unsur analizi farklı bir düzleme taşınabilmektedir. Rakiplerin kendi veri altyapılarının bulunmadığı ya da finansal açıdan bu veri altyapısını kurma güçlerinin kısıtlı olduğu durumlarda, veri sahibi hâkim durumdaki teşebbüsün etkinlik savunmaları rekabetçi endişeleri gidermeye yetmiyorsa ve ilgili veri seti sektörde faaliyet gösterebilmek adına zorunlu olarak görülüyorsa, bu durumda veri sağlayıcıları ile yapılacak münhasır anlaşmaların rekabet hukuku çerçevesinde birer kötüye kullanma uygulaması olarak ele alınması söz konusu olabilecektir.¹¹⁵ Nitekim hâkim durumdaki teşebbüs, rakiplerinin veriye olan erişimini üçüncü taraflarla yapacağı münhasır anlaşmalar yoluyla dolaylı şekilde engelleyebiliyorsa, rakiplerinin faaliyetlerini daha maliyetli hale getirebilir ve bir pazar kapamaya yol açabilir.¹¹⁶ Üstelik, hakim durumdaki firma ile üçüncü taraf veri sağlayıcıları arasında sistematik bir münhasır anlaşma ağı olması durumunda bu durum 4054 sayılı

¹¹⁵ Grunes ve Stucke, "No Mistake," 3.

¹¹⁶ Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Trade and Development-UNCTAD), *Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era* (UNCTAD, 2021), 9, https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d2_en_0.pdf.

RKHK kapsamında hem 4. hem de 6. maddeden ele alınabilecektir.¹¹⁷

Örneğin, Komisyon'un *Google Search*¹¹⁸ kararında, Google'ın münhasır anlaşmalar yoluyla reklam arama pazarında (*search advertising market*) rakiplerinin rekabet şartlarını zorlaştırılacak şekilde pazar kapamaya yol açtığı iddiası değerlendirilmiştir. Komisyon ilgili karar çerçevesinde Google'ın; yapay bir şekilde rakiplerinin üçüncü taraf internet sayfaları üzerinden reklamcılık faaliyetlerine erişmesini kısıtlaması, üçüncü taraflara minimum sayıda arama reklamı şart koşması ve üçüncü tarafların reklam görüntülemelerine ilişkin değişiklik yapılmasını kendi iznine bağlaması iddiaları kapsamında, hâkim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiş ve teşebbüse yaklaşık 1.49 Milyar Euro para cezası uygulamıştır.¹¹⁹

Öte yandan dijital piyasalardaki belirli durumlarda, münhasır anlaşmalar teşebbüslerin ticari etkinliklerini arttırarak daha güçlü bir rekabetçi ortamın tesis edilmesine katkıda bulunabilmektedir. Dolayısıyla bu anlaşmaların dijital pazarlar için değerlendirmesi yapılırken aşağıda yer verilen kriterlerin dikkate alınması önem arz etmektedir.¹²⁰

- § Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, üçüncü taraf veri sağlayıcıları ile yapacağı münhasır anlaşmalar, verinin eşsiz ve ikame edilebilirlik özellikleri kapsamında, rakiplerinin girdi (veriye ulaşım) maliyetini yükseltebilmektedir.
- § Hâkim durumdaki bir teşebbüsün münhasırlık hükmü bulunan çeşitli anlaşmalar yoluyla, rakiplerinin veriye

¹¹⁷ ACBJR, *Competition Law and Data*, 19.

¹¹⁸ EC, Case AT.39740 *Google Search (Shopping)*, 27.06.2017, (https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf).

¹¹⁹ UNCTAD, *Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era*, 10.

¹²⁰ Ibid., 10.

erişimi engellemesi ve bunun sonucunda rakiplerinin rekabet edebilmek için yeterli ölçek veya ağ etkisine ulaşmasının önüne geçilmesi mümkün gözükmektedir.

- § Verinin niteliğine bağlı olarak, hâkim durumdaki teşebbüsün yaptığı münhasır anlaşmalar, sektöre yeni üçüncü taraf oyuncuların girmesine veya rakiplerin kendi veri sistemlerini kurmasına ön ayak olabilecektir.

Konunun bir başka boyutu, bağlantılı sektörlerden elde edilen verilerin münhasır kullanımına (*cross-usage*) ilişkindir. Fransız Rekabet Otoritesi bu konuya ilişkin, farklı sektörlerden elde edilen verilerin belirli durumlarda analize konu pazarda kapama etkisi yaratabileceğinin altını çizmektedir¹²¹. Nitekim otorite *GDF Suez*¹²² kararında, belirli tüketici verilerinin (rakiplerle) paylaşılmasına ilişkin karar özelinde belirli önlem ve tedbirler getirmiştir. Benzer olarak Kurulun *Anadolu/Migros*¹²³ kararında da ilgili devralma/yoğunlaşma işlemi neticesinde 4054 sayılı RKHK'nın 7. maddesi çerçevesinde bira pazarında dolaylı olarak hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltılabileceği değerlendirilmiş; ancak ilgili işlem tarafların, ticari olarak hassas nitelikteki tüketici verilerinin (Customer Relationship Management-CRM) teşebbüsün ekonomik bütünlüğü içindeki

¹²¹ Autorité de la Concurrence, Opinion 10-A-13 on the cross-usage of customer databases, 14.06.2014, (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/relatif-lutilisation-croisee-des-bases-de-clientele>).

¹²² Autorité de la Concurrence, 14-MC-02 *GDF Suez*, 09.09.2014, (<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-une-demande-de-mesures-conservatoires-presentee-par-la-societe-direct-energie>).

¹²³ Rekabet Kurulu, K.15-29/420-117, 09.07.2015, (<http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=57e9efbd-fda1-4f78-b985-6a1542c88cd2>).

paylaşımına ilişkin belirli taahhütler getirmesi sonucu işleme izin verilmiştir. Dolayısıyla bir başka pazara ilişkin olsa dahi bir veri seti, rakiplerin rekabet etme imkânını kısıtlayabilecek ticari uygulamalara imkân verebilmekte ve rakiplerin dışlanarak pazardaki rekabetin zayıflamasına yol açabilmektedir.

4. Veri Temelli Fiyat Farklılaştırması

Platformun sahip olduğu yüksek hacimli veri tabanları, prensipte platforma tüketici bazında farklı fiyat farklılaştırma (*price differentiation*) tekniklerini uygulama imkânı vermekte¹²⁴ ve bu durum belirli koşullarda hâkim durumun sömürü veya dışlayıcı bir uygulaması olarak ele alınabilmektedir.¹²⁵ Bu bakımdan, fiyat farklılaştırmasına yönelik yaklaşımlar temelinde, yüksek hacimli veri tabanları, teşebbüslere tüketici tercihleri ve tüketicilerin ödemeye hazır olduğu en yüksek fiyatı (rezervasyon fiyatı) gerçeğe en yakın şekilde tahmin etme imkânını tanımaktadır. Dolayısıyla belirli tüketicilere aynı ürün için farklı fiyatlar sunulabileceği gibi aynı fiyat için farklı kalitede ürünler de sunulabilmektedir.¹²⁶ Öte yandan teşebbüs bakımından “doğru” veya “kazancını/kârı maksimize eden” fiyatı bulma süreci ise rekabetin temel dinamiklerinden biri olup fiyat farklılaştırmasını “tek başına rekabetçi açıdan endişe veren” bir uygulama olarak ele almak yanıltıcı olabilmektedir.¹²⁷

Temelde fiyat farklılaştırma teknikleri ile bir mal veya hizmet için düşük rezervasyon fiyatı olan tüketicilere daha düşük fiyatlar uygulanmaktayken; rezervasyon fiyatı yüksek

¹²⁴ Nathan Newman, “The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google,” *William Mitchell Law Review* 2, no. 40 (2014): 865-873.

¹²⁵ OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets*, 50.

¹²⁶ Vezzoso, “Competition Policy in World of Big Data,” 20.

¹²⁷ Lassere ve Mundt, “Competition Law and Big Data: The Enforcer’s View,” 93.

olan tüketicilere daha yüksek fiyatlar uygulanmaktadır. Bu bağlamda tüketicilerin talep esnekliklerine göre yapılandırılan bir fiyatlandırma söz konusudur.¹²⁸

Fiyat farklılaştırma yöntemlerinin pazarda ortaya çıkardıkları etkiler bakımından farklı merceler kullanarak incelenmesi mümkündür. Örneğin, teşebbüslerin belirli müşteri gruplarına yönelik daha yüksek fiyatlar uygulaması adil olmayan ve ayrımcı bir ticari uygulama olarak görülebilirken; teşebbüslerin daha yoğun fiyat farklılaştırma teknikleri kullanması, tüketici ve satıcılar arasındaki asimetrik bilgiyi daha da arttırarak yüksek arama maliyetlerine de yol açabilecektir.¹²⁹ Diğer taraftan fiyat farklılaştırma tekniklerinin tüketici veya toplam refahı arttırması (tüketici refahını azaltırken üretici refahını çok daha yüksek derecede arttırması) da mümkündür.¹³⁰

Teşebbüslerin uyguladığı fiyat farklılaştırması stratejileri ile rekabet hukukunun kesişim alanını belirlemek her zaman mümkün olmamakla beraber literatürde bir teşebbüsün rekabet hukuku kapsamına girebilecek şekilde fiyat farklılaştırması uygulayabilmesi için öncelikli olarak üç şartı sağlaması gerektiği belirtilmektedir.¹³¹ Bu şartlar; (a) teşebbüsün önemli ölçüde bir pazar gücü bulunması veya hâkim durumda bulunması, (b) alıcıların rezervasyon fiyatlarını ölçebilecek alt yapı ve veriye sahip olması, (c) düşük ve yüksek fiyatlar uygulanan müşterilerin arbitraj imkânının bulunmaması veya oldukça zor

¹²⁸ *Ibid.*, 94.

¹²⁹ ACBJR, *Competition Law and Data*, 21.

¹³⁰ Fiyat farklılaştırma tekniklerinin ekonomik etkileri için bkz. OECD, *Roundtable on "Price Discrimination"* (OECD, 2016), [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)75&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)75&docLanguage=En)

¹³¹ OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* (OECD, 2018), 6, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)123/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)123/en/pdf).

olması şeklinde tanımlanabilmektedir. Ayrıca teşebbüsün fiyat farklılaştırmasına yönelik uygulamalarının tüketiciler üzerinde yarattığı etkileri de oluşabilecek negatif yaklaşımlar bağlamında yakından takip etmesi gerekmektedir.¹³²

Avrupa Birliği uygulamalarında, pazarın üye ülkelerin tamamını kapsamaması (Avrupa Tek Pazarı), rekabet hukuku uygulamalarında da farklı perspektifleri beraberinde getirmektedir. Nitekim tüketici veya ülkeye göre makul gerekçelerle açıklanamayan fiyat farklılaştırma uygulamaları Avrupa rekabet normları kapsamında, hâkim durumun ayrımcı bir uygulaması olarak değerlendirilebilmektedir.¹³³ Diğer taraftan teşebbüsün hâkim durumda olmadığı bir durumda fiyat farklılaştırma uygulamalarının rekabet normları sınırlarına girmesi; ancak bu davranışın kolektif bir şekilde gerçekleştirmesiyle mümkün olabilmektedir.¹³⁴

Sonuç olarak veri temelli fiyat farklılaştırma uygulamalarının rekabetçi endişe veya zarara sebebiyet verdiği herhangi bir somut karar veya kanıtın da bulunmadığı bilgisi altında¹³⁵, bu türden uygulamaların tüketici refahı ile rekabeti destekleyici etkinlik kazanımlarına olan mevcut veya potansiyel etkilerinin birlikte değerlendirilmesi, bu türden uygulamalara yönelik rekabet kanunları çerçevesinde daha sağlıklı analizler yapabilmek bakımından hayati önem taşımaktadır.¹³⁶ Ayrıca rekabet hukuku çerçevesindeki veri temelli fiyat farklılaştırma uygulamalarının incelendiği somut olaylarda, uygulamanın hâkim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma davranışı olarak mı yoksa dikey bir kısıtlama olarak mı ele alınması

¹³² OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, 7.

¹³³ *Ibid.*, 8.

¹³⁴ *Ibid.*, 9.

¹³⁵ *Ibid.*, 10.

¹³⁶ *Ibid.*, 10; ACBJR, *Competition Law and Data*, 22.

gerektiği sorusunun cevabı da önem arz eden bir başka noktadır.¹³⁷

5. Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kişisel Verilerin Gizliliği

Veri temelli sektör ve iş modellerinde, teşebbüslerin pazar gücü ile kişisel verilerin gizliliği ve güvenliği arasında hukuki bir bağlantı ve bu kapsamdaki belirli sorunların ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Ülkemizde kişisel verilerin korunması, 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kapsamına girmekle birlikte konunun temeli T.C. Anayasa'sının özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesine dayanmaktadır. Bununla beraber, teşebbüslerin rekabetçi güçlerini arttırmak adına tüketicilerin daha yüksek hacimli ve detaylı verilerine ulaşması, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kaygıları arttırmakta¹³⁸ ve bu durum tüketicileri olumsuz etkileyebilmektedir.¹³⁹

Kişisel verilerin gizliliği ve korunmasının doğrudan rekabet hukukunun kapsamına girip girmediği sorusu ise gün geçtikçe şiddetlenen ve her bir yeni karar ve gelişmeyle birlikte daha fazla ön plana çıkan bir alan olarak değerlendirilmektedir. Örneğin Sokol ve Comerford, veriye ilişkin ortaya çıkan temel kaygıların rekabet hukuku kapsamına girmediğini

¹³⁷ ACBJR, *Competition Law and Data*, 22.

¹³⁸ Maureen K. Ohlhausen ve Alexander P. Okuliar, "Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy," *Antitrust Law Journal* 1, no .80 (2015): 133.

¹³⁹ Eleonora Ocello, Cristina Sjödin ve Anatoly Subocs, "What's up with Merger Control in Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU Merger Case," *Competition Merger Brief* 1, (2015): 6, Erişim Tarihi Ocak 10, 2020, http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.

savunurken¹⁴⁰; Stucke ve Grunes bu düşüncenin tam tersini savunmaktadır.¹⁴¹

Kişisel verilerin korunması ve gizliliği ile rekabet hukuku ilişkisine ait en çarpıcı inceleme, 2016 yılında Alman Rekabet Otoritesi tarafından başlatılan ve hâkim durumun çeşitli veri uygulamaları aracılığıyla kötüye kullanıldığı iddiasına konu Facebook soruşturmasıdır. İncelemede Facebook'un; 2018 yılı itibarıyla günlük 1.52 milyar aylık ise 2.32 milyar aktif kullanıcısının bulunduğu, teşebbüsün Alman sosyal ağ uygulamaları pazarında hâkim durumda bulunduğu, alternatifinin olmaması nedeniyle Facebook'un şart koştuğu kişisel verilerin kullanılmasına ilişkin rıza metnini kullanıcıların zorunlu olarak kabul etmek durumunda bırakıldığı ve bu sayede Facebook'un (gelirinin %98'lik bir kısmına katkı sağlayan) ciddi bir veri tabanına ulaştığı iddiası değerlendirilmiştir.¹⁴² Ayrıca otorite soruşturma safhasında, kişisel verilerin gizliliği ve korunmasına ilişkin Genel Veri Koruma Yönetmeliği'nde (*General Data Protection Regulation-GDPR*) yer alan standartları da kontrol etmiş ve dikkate almıştır. Sonuç olarak otorite, Facebook'un veri temelli uygulamalar ile (ulusal) sosyal ağ pazarındaki hâkim durumu güçlendirdiğine ve hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Dolayısıyla otoritenin iddiaya ilişkin nihai kararında, Facebook'un kullanıcılarından topladığı, işlediği ve ticari amaçlı kullandığı verilerin hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamına girdiği ve Facebook'un kullanıcılarına şart koştuğu kullanım koşullarının, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanuni düzenlemeleri ihlal etmenin yanı sıra rekabet hukukunu

¹⁴⁰ Sokol ve Comerford, "Antitrust and Regulating Big Data," 1145.

¹⁴¹ Stucke ve Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 4.

¹⁴² Bundeskartellamt, Case Summary of B6-22/16, 15.02.2019, (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

da ihlal ettiği belirtilmiştir.¹⁴³ Ayrıca anılan kararlar Facebook'un, kontrolünde bulunan WhatsApp, Instagram ve diğer üçüncü taraf internet siteleri gibi farklı kaynaklar aracılığıyla elde ettiği kullanıcı verilerini de birleştirmesi (*combine*) yasaklanmıştır.¹⁴⁴

Facebook, otoritenin kararına istinaden yüksek yerel mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmuş ve ilgili mahkeme; olası bir kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi eyleminin doğrudan rekabet hukukuna yönelik bir ihlal teşkil etmediğini, Facebook'un uygulamalarının, tüketicilerin aynı verileri benzer teşebbüslere de sağladığı dikkate alınarak sömürü olmadığını ve Facebook'un veri uygulamaları aracılığıyla rekabete nasıl zarar verdiğinin ortaya koyulamadığını değerlendirmiştir.¹⁴⁵ Bu duruma karşılık Alman Rekabet Otoritesi yürütmenin durdurulması istemiyle beraber Federal Adalet Mahkemesine (*Bundesgerichtshof*) başvurmuş ve mahkeme bu talebe istinaden otoritenin lehine karar vermiştir.¹⁴⁶ Ayrıca ilgili mahkeme; Facebook'un veri uygulamaları aracılığıyla kullanıcı tercihlerini kısıtlayarak hem sosyal ağ pazarında hem de potansiyel olarak çevrimiçi reklamcılık pazarında rekabeti kısıtlayabildiğine değinmektedir. Öte yandan mahkeme, rekabet otoritesinin

¹⁴³ Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, 06.02.2019, 46.

¹⁴⁴ A.g.k., 260.

¹⁴⁵ Higher Regional Court Düsseldorf, Case VI-Kart 1/19 (V) Facebook ./ Bundeskartellamt The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26.08.2019, (<https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>).

¹⁴⁶ Bundeskartellamt Press Release, Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position, 23.06.2020, (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde GDPR standartlarını da dikkate alma yaklaşımına katılmamaktadır.¹⁴⁷

Facebook kararı, rekabet hukuku ve kişisel verilere ilişkin önemli noktalara işaret etmektedir: “Günümüzde veriler şüphesiz rekabetin önemli bir parçasıdır. Facebook kararında da teşebbüsün hâkim durumda olduğunun ortaya konulması açısından veriler zorunlu bir unsur görevi görmüştür”.¹⁴⁸

Konuya ilişkin Google/DoubleClick, TomTom/TeleAtlas¹⁴⁹ ve Asnef-Equifax¹⁵⁰ kararlarında ise Komisyon, tüketici verilerinin gizliliği/korunmasına yönelik değerlendirmelerin tüketici verilerinin korunması için düzenlenen kanunlar çerçevesine girdiğini kabul etmiş ve verilerin gizliliği bir rekabet hukuku endişesi olarak değerlendirilmemiştir.¹⁵¹ Nitekim Komisyon, ilgili işlemlerin gerçekleşip gerçekleşmemesinden bağımsız olarak teşebbüslerin tüketici verilerinin gizliliği ve korunmasına ilişkin kanuni yükümlüklerinin devam ettiğini belirtmektedir.¹⁵²

Aynı doğrultuda FTC ve Komisyon, sırasıyla 2012 ve 2014 yıllarında Facebook/Whatsapp¹⁵³ birleşmelerine izin vermiştir.

¹⁴⁷ Karar ilişkin hukuki süreç hâlihazırda devam etmektedir

¹⁴⁸ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, 07.02.2019 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)

¹⁴⁹ EC, COMP/M.4854 Tomtom/Tele Atlas, 14.05.2008, (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf).

¹⁵⁰ ECJ, Case-C238/05 Asnef-Equifax v Ausbanc, 23.11.2006, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0238>).

¹⁵¹ OECD, Consumer Data Rights and Competition, 26.

¹⁵² Ibid., 27.

¹⁵³ FTC Press Release, FTC Closes Its Investigation Into Facebook’s Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program, 22.08.2012, (<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-closes-its-investigation-facebooks-proposed-acquisition>); EC, COMP/M.7217

Komisyon bahse konu yoğunlaşma işlemine yönelik verdiği kararda, birleşme sonrası ortaya çıkacak yeni teşebbüsün elde edeceği verileri kullanma kabiliyetini ele almıştır. Bu çerçevede Komisyon, tarafların belirttiği şekilde, mevcut verilerin birlikte kullanılmasının teknik zorlukları olduğuna dikkat çekmiş ancak; her ihtimalde kullanıcıların büyük bir kısmının örtüşmesi nedeniyle veri temelli rekabetçi endişe(etkilerin) sınırlı olacağına ve verilerin gizliliğine ilişkin hususların kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki normların kapsamına girdiğine kanaat getirmiştir.¹⁵⁴ Bununla beraber Komisyon, 2014 yılındaki *Facebook/Whatsapp* işleminin inceleme sürecinde Facebook'un, tüketici verilerinin teknik olarak eşleştirilebilmesine yönelik yanlış ve yanıltıcı bilgi vermesinden ötürü, 2017 yılındaki yeni kararıyla Facebook'a 110 Milyon Euro para cezası uygulamıştır.¹⁵⁵ FTC ise işleme izin vermesine karşın ilgili kararında, tüketici verilerinin gizliliği ve korunması hususunun önemini ayrıca belirtmiştir.¹⁵⁶

Rekabet Kurulu da 11.01.2021 tarihli kararıyla WhatsApp kullanıcılarına getirilen veri paylaşma zorunluluğu ile ilgili hem soruşturma başlatmış hem de tedbir kararı almıştır. WhatsApp 2020 yılının son günlerinde kullanıcılarına bir bilgilendirme metni göndererek kullanıcı verilerinin toplanması ve üçüncü taraflarla paylaşılması konusunda rıza istemiş, 8 Şubat 2021

Facebook/WhatsApp, 03.10.2014,
(https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf).

¹⁵⁴ EC, COMP/M.7217 *Facebook/WhatsApp*, 29.

¹⁵⁵ EC, Case M.8288 *Facebook/Whatsapp*, 17.05.2017,
(https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf)

¹⁵⁶ Bu karara ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Argentesi vd., "Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment," 23-32.

tarihine kadar bu rızayı vermeyen kullanıcıların uygulamayı kullanamayacağını belirtmiştir. Bunun üzerine hem Rekabet Kurulu hem Kişisel Verilerin Korunması Kurulu şirket hakkında re'sen soruşturma başlatmış, Rekabet Kurulu ayrıca nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğması ihtimalinin bulunduğu değerlendirmesi yaparak ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte bir tedbir kararı¹⁵⁷ almıştır. Kararda, WhatsApp uygulamasının, kullanıcılarına ait mesaj içerikleri, konum, profil fotoğrafı, grup bilgilerinin yanı sıra, kullanıcıların cihazlarında yüklü diğer bilgilere de erişim sağlayabildiği; bunların rehber, galeri gibi bilgiler ile sınırlı kalmadığı, cihazda yüklü diğer uygulamalarda kullanılan verilerin de kısmen erişilebilir olduğu endişesinin bulunduğu dile getirilmekte ve ayrıca kullanıcılara getirilen yükümlülüğün tam olarak açıklanmadığının görüldüğü belirtilmektedir. Facebook ve WhatsApp'ta paylaşılan verilerin niteliğinin farklı olduğu, WhatsApp'ta daha küçük gruplarda daha özel veya ticari sır içerebilecek verilerin paylaşıldığı tespitinin yapıldığı kararda bu verilerin ve Facebook'un faaliyet gösterdiği diğer pazarlarda kullanılmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında endişeye yol açacağı sonucuna varılmıştır. Kararın öngördüğü rekabet hukuku endişeleri; WhatsApp verilerinin, diğer Facebook şirket ürün ve verilerine bağlanması, Facebook'un tüketici iletişim hizmetleri pazarındaki gücünü, internet reklamcılığı alanındaki rakiplerinin faaliyetini zorlaştıracak şekilde kullanması ve aşırı veri toplanmasının ve verinin başka hizmetler için kullanılmasının tüketicinin sömürülmesine yol açması olarak sayılmaktadır. Bu açıdan Rekabet Kurulu'nun kişisel verilerin pazar gücü yüksek şirketler tarafından toplanması ve kullanılmasına ilişkin olarak yukarıda yer verdiğimiz Alman uygulamasına yakınsayan bir yorum tercih ettiği söylenebilir.

¹⁵⁷ Rekabet Kurulu, K. 21-02/25-10, 11.01.2021, (<http://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=e3bd6f42-4954-4177-b4ee-7783d47c4131>).

Tüm bu karar ve değerlendirmeler ışığında, teşebbüslerin yoğunlaşma işlemlerine, pazar güçlerine veya hâkim durumlarına dayanarak elde ettikleri kişisel verileri ticari amaçla kullanmalarıyla ortaya çıkan oldukça karmaşık ve çok boyutlu gizliliğe ilişkin endişeler, bu yönüyle kişisel verilerin korunması mevzuatının yanı sıra rekabet hukukunun da kapsamına girebilmektedir.¹⁵⁸ Bu çerçevede, ticari meta haline gelen kişisel veriler ve bu verilerin gizliliğinin korunması konusu fiyat dışı rekabet unsurlarından biri olarak da değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla, başta dijital pazarlar olmak üzere verinin, rekabet bileşenlerinden önemli bir tanesi haline gelmesiyle beraber¹⁵⁹, kişisel verilerin gizliliğine ilişkin tartışmaların doğrudan rekabet hukukunun kapsamı dışında bırakılmasının, yanlış bir yaklaşım olabileceği değerlendirilmektedir. Nitekim özellikle teşebbüsün pazar gücünün kaynağının veri olması durumunda, kişisel bilgilerin gizliliği ile rekabet hukuku ilişkisinin sınırlarının geçmişteki kadar keskin çizgilerle belirlenmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

SONUÇ

Büyük Veri olgusuyla beraber yeni bir anlam kazanan veri ve veri ekonomisi kavramlarının, ekonomilere ve rekabet paradigmasına olan etkileri, oldukça kapsamlı bir araştırma sahası olarak gün geçtikçe genişlemeye ve farklı perspektifler yaratmaya devam etmektedir. Bu minvalde dijital piyasalar başta olmak üzere teşebbüslerin ticari stratejilerinde giderek daha fazla; yapay zekâ, algoritma, makine öğrenmesi ve veri temelli uygulamalara yönelmesi gerek tüketici gerek üreticiler açısından etkinlik kazanımlarını beraberinde getirirken bir diğer taraftan rekabetçi dinamiklere ilişkin farklı endişeler doğurmaktadır.

¹⁵⁸ ACBJR, Competition Law and Data, 23.

¹⁵⁹ OECD, Consumer Data Rights and Competition, 24

Verinin iktisadi değerinin yükselmesi ve bir “girdi” olarak öneminin artması, hâlihazırda birçok rekabet otoritesi ve akademik çalışma tarafından vurgulanan kritik bir unsurdur. Nitekim rekabet hukuku ve politikası bakımından verinin rekabetçi analizinin temel dayanak noktası da teşebbüsler açısından bir girdi niteliği taşıması ve teşebbüsler açısından ikame edilebilirliğinin ve zorunluluğunun somut olay bazında aydınlatılması üzerine kurgulanmaktadır. Nitekim mevcut çalışma kapsamında ele alınan otorite kararları ve akademik tartışmalar rehberliğinde, rekabet kanunları bakımından verinin analizinin, somut olayın şartları altında, verinin; ekonomik değeri, ikame edilebilirliği, nadirliği, ulaşılabilirliği ve nasıl kullanıldığının bütüncül yaklaşımlarla irdelenmesi gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır. Aynı paralelde kişisel verilerin gizliliği ve rekabet kanunları arasındaki gün geçtikçe artan etkileşimin çözümlemesi yapılırken de verinin bir pazar gücü olarak niteliğinin irdelenmesi ve ortaya çıkan ekonomik zararın, verinin rekabetçi kullanımıyla bağlantısının saptanması, rekabet analizlerinin isabetliliği bağlamında kritik görülmektedir.

Mevcut çalışmada Büyük Veri ve veri ekonomilerinin alt yapısı olan veri olgusunun, dijitalleşme süreçleriyle beraber iktisadi gücü ve değerindeki değişimin rekabetçi süreçlere olan etkisi hem pozitif hem de negatif yönleriyle beraber bütüncül olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda ise verinin rekabeti arttırıcı ve rekabetçi endişe doğurabilecek yönleri; çeşitli rekabet otoritesi kararlarına, uluslararası organizasyonların görüşlerine ve belirli akademik çalışmalara dayandırılmış; akabinde konuya ilişkin mevcut olması halinde yazar görüşleri belirtilmiştir.

Sonuç olarak bilgi toplumu ve dijitalleşen piyasaların kendi doğası gereği bugünün doğruları yarının yangılları olarak ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla birçok ilişki için geçerli olduğu gibi rekabet hukuku ve Büyük Veri’nin girift etkileşiminin analizi de oldukça dinamik ve esnek bir alan olarak ele alınmalı ve statik veya genel geçer yaklaşımlardan uzak durulmalıdır.

Aksi taksirde, kısa ve uzun vadede ortaya çıkan rekabetçi etkiler farklılaşabilir ve son tahlilde ortaya çıkan zarar nispi olarak çok daha büyük boyutlara ulaşabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazarlar etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Yazar Katkı Oranı: Berkay Kurdoğlu %50; Çağlar Deniz Ata %50.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The authors have not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The authors stated that ethics committee approval is not required.

Contrubution Rate: Berkay Kurdoğlu 50%; Çağlar Deniz Ata 50%.

KAYNAKÇA

- ACBJR. *Competition Law and Data*. ACBJR, 2016. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- Abrahamson, Zachary. "Essential Data." Yale LJ 124 (2014), Erişim Tarihi Nisan 2, 2019. <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol124/iss3/7>.
- ACCC. *Digital Platforms Inquiry Final Report*. ACCC, 2019. <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>.
- Argentesi, Elena, Paolo Buccirossi, Emilio Calvano, Tomaso Duso, Alessia Marazzo ve Salvatore Nava. "Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assesment." *Journal of Competition Law and Economics* (2020): 1-46. https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2020/12/paper-Merger_-digital-market.pdf
- Baars, Henning ve H-G. Kemper. "Management support with structured and unstructured data—an integrated business intelligence framework." *Information Systems Management* 2, vol. 25 (2008): 132-148.
- Brosche, Kolija ve Arun Kumar. "Realtime Data Accelerates Online Marketing." in *Programmatic Advertising*, Edited by Oliver Busch, Springer: Springer International Press, 2016.
- EC. *Competition Policy for the Digital Era*. EC, 2019. <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- Ezrachi, A. ve Maurice E. Stucke. "Virtual Competition." *Journal of European Competition Law and Practice* 9, vol. 7 (2016): 585.
- Financial Times. "How much is your personal data worth?." Erişim Tarihi Eylül 21, 2021. <https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth>.

FTC. *Big Data Hubris and The Implications of Big Data for Competition: Comments of William Rinehart*. FTC Docket Number FTC-2018—0051 FTC, 2018. https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0051-d-0046-154941.pdf.

Geradin, Damien ve Monika Kuschewsky. "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue." (2013): 1-13, Erişim Tarihi Mart 14, 2019. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088.

Geradin, Damien ve Nicolas Petit. "Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Theory in Search of Limiting Principles." Global Competition Law Centre Working Paper Series No. 07/05, Erişim Tarihi Ağustos 20, 2018. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=763484.

Gorp, N. Van ve Olga Batura. "Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy." Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs (2015), Erişim Tarihi Ocak 10, 2020. http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.

Grunes, Allen P. ve Maurice E. Stucke. "No Mistake about it: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data." Antitrust Source (2015), Erişim Tarihi Nisan 22, 2020. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051.

Harris, Jim. "Bridging the Divide Between Unstructured and Structured Data." Berkeley School of Information, Erişim Tarihi Mayıs 20, 2021. <https://ischoolonline.berkeley.edu/blog/structured-unstructured-data>.

- Haucap, Justus. "Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy." *Intereconomics*, vol.4 (2019): 201-208.
- Hu, Han, Y. Wen, T-S. Chua ve X. Li. "Toward Scalable Systems for Big Data Analytics: A Technology Tutorial." *IEE Access*, vol. 2 (2014): 652-687, <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2014.2332453>.
- Ketizmen, Muammer ve Aslıhan Kart, "Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında Big Data," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 1 (2019): 64-76.
- Kitchin, Rob. *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*. Ireland: SAGE Publications, 2014.
- Kumar, Sachin, Prayag Tiwari, ve Michail Zymbler. "Internet of Things is a revolutionary approach for ftuure technology enhancement: a review." *Journal of Big Data* 6, vol. 111 (2019): 1-21, <https://doi.org/10.1186/s40537-019-0268-2>.
- Lassere, Bruno ve Andreas Mundt. "Competition Law and Big Data: The Enforcer's View." *Italian Antitrust Review* 1, (2017): 87-103, Erişim Tarihi Kasım 5, 2019. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- Maggiolino, Mariateresa ve Gulia Ferrari. "Can Digital Data be Replaced?." (2020): Erişim Tarihi: Şubat 12, 2021, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wpcontent/uploads/2020/02/AC-February-II.pdf>.
- Monopolkomission. Competition policy: The challange of digital markets, Special Report No 68. Monopolkomission, , 2015. https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf.
- Newman, Nathan. "The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google." *William Mitchell Law Review* 2, vol. 40 (2014): 850-888

- OECD. *Abuse of Dominance in Digital Markets*. OECD, 2020. <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.
- OECD. *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. OECD, 2016. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).
- OECD. *Consumer Data Rights and Competition*. OECD, 2020. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf)
- OECD. *Data-Driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report*. OECD, 2014. <http://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.
- OECD. *The Essential Facilities Concept*. OECD, 1996. <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920021.pdf>.
- Okkaoğlu, Çiğdem G. "Yoğunlaşma Kontrolünde Büyük Veri." *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, no. 165 (2020).
- Rekabet Kurulu. *Rekabet Değerlendirmesi Rehberi*. Rekabet Kurulu, 2014. <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/rekabet-degerlendirmesi-rehberi1.pdf>.
- Rekabet Kurumu. *E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu*. Rekabet Kurumu, 2021. <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-on-rapor-20210705115502897-pdf>
- Rekabet Kurumu. *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz*. Rekabet Kurumu, 2014. <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>.
- Rekabet Kurumu. *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*. Rekabet Kurumu, 2008. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin->

tanımlanmasına-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-
20210203105245341-pdf

Rekabet Kurumu. *Rekabet Kurulu Kararlarında Kullanılan İktisadi Analizlere İlişkin El Kitabı*. Rekabet Kurumu, 2019. <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/1-rikel-pdf>.

Rubinfeld, Daniel L. ve Michal Gal. "Access Barriers to Big Data." *Arizona Law Review* 339, vol.59 (2017): 340-381.

Schneider, Matthew J., Sharan Japgal, Sachin Gupta, Shaobo Li ve Yan Yu. "Protecting customer privacy when marketing with second-party data." *International Journal of Research in Marketing* 3, vol. 34 (2017): 593-603.

Schwalbe, Ulrich. "Algorithms, Machine Learning, and Collusion." *Journal of Competition Law and Economics* 4, vol. 14 (2018): 568-603.

Sokol, Daniel ve Roisin Comerford. "Antitrust and Regulating Big Data." *George Mason Law Review* 119, no. 16-40 (2016). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283461
1

Strucke, Maurice E. ve Allen P. Grunes. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Tucker, Catherine. "Is Big Data a True Source of Market Power." [analysisgroup.com](https://www.analysisgroup.com), last modified November 13, 2020, <https://www.analysisgroup.com/is-big-data-a-true-source-of-market-power>.

Tucker, Darren S. ve Hill B. Wellford. "Big Mistakes Regarding Big Data." *Antitrust Source* 14 (2014): 1-12.

UNCTAD. *Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era*. UNCTAD, 2021. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d2_en_0.pdf.

Vezzoso, Simonetta. "Competition Policy in a World of Big Data." in *Research Handbook on Digital Transformations*, Edited

by F. Xacier Olleros and Majlinda Zhegu, Edward Elgar: Edward Elgar Publishing, 2016.

Wasastjerna, Maria C. "The role of big data and digital privacy in merger review." *European Competition Journal* 2-3, vol.18 (2018): 417-444.

Weber, Rolf H. "Information At The Crossroads Of Competition Law And Data Protection Law," *Journal of Competition Law* 2, no. 12 (2014): 169-183.

World Economic Forum. The Emergence of New Asset Class (2011).

https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf.

Wortmann, Felix ve Kristina Flüchter. "Internet of Things," *Business and Information Systems Engineering* 57, vol.3 (2015): 221-224.

Yun, John M. "Antitrust After Big Data." *The Criterion Journal on Innovation*, vol. 4 (2019): 407-429.

KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE İNTERNET SİTELERİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ VE/VEYA İÇERİĞİN YAYINDAN ÇIKARILMASINDA GÖREV VE YETKİ SORUNU

The Issue Of Ratione Materiae and Ratione Loci Jurisdiction In Removing Content and/or Blocking Access To Websites Due To Violation Of Personal Rights

İsmail DEMEZ**

Öz

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, kişilik hakları ihlal edilen kişilerin sulh ceza hâkimliğine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Fakat söz konusu Kanun'da kanun koyucu sadece görevli mahkemeyi belirlemekle yetinerek yetkili

* Bu makale, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında yazılmakta olan "İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Erişimin Engellenmesi" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

* Araştırma Görevlisi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ismaildemez@karatekin.edu.tr, ORCID:0000-0003-0927-9987.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 31.10.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 30.12.2021.

Atıf/Citation: Demez, İsmail. "Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Ve/Veya İçeriğin Yayından Çıkarılmasında Görev Ve Yetki Sorunu." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 338-429.

mahkemeye ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Yetki konusunun belirsiz olmasının yanında, görevli mahkemeye ilişkin de birtakım problemler bulunmaktadır. Söz konusu durum, uygulamada birtakım sorunlara sebep olmaktadır. Bu çalışmada, kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılmasında yetki ve görev ile ilgili karşılaşılan sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri ele alınmıştır. Kişilik haklarının ihlali dışındaki nedenlerle erişimin engellenmesi konusu ise çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Haklarının İhlali, İnternet İçeriğinin Çıkarılması, İnternet Erişiminin Engellenmesi, Yetki, Görev.

Abstract

Article 9 of Law No. 5651 regulates that persons whose personal rights have been violated may request the removal of the content and/or the blocking of access by applying to the magistrate. However, in the Law in question, the legislator was content with only determining the *ratione materiae* competent court and did not make any determination regarding the *ratione loci* competent court. In addition to the ambiguity of the *ratione loci* jurisdiction, there are also some problems regarding the *ratione materiae* jurisdiction. This situation causes some problems in practice. In this study, the problems related to *ratione loci* and *ratione materiae* jurisdictions in removing content and/or blocking access due to violation of personal rights, and solutions to these problems are discussed. The issue of blocking access for reasons other than violation of personal rights has been left out of the scope of our study.

Key words: Violation of Personal Rights, Removal of The Internet Content, Blocking Internet Access, *Ratione Loci* Jurisdiction, *Ratione Materiae* Jurisdiction.

GİRİŞ

İnternet ortamında içerik üretmek, basılı eserlerde içerik üretmeye nazaran daha basit, kolay, erişilebilir, kapsayıcı, çok yönlü ve masrafsız olması nedeniyle oldukça yaygınlaşmıştır. İnternet ortamında içerik üretmenin yaygınlaşması, bu içeriklerle kişilik haklarının kolayca ihlal edilmesini de beraberinde getirmiştir. Bu duruma karşı kanun koyucu temel olarak 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun) ile birtakım düzenlemeler yaparak içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yönteminin usul ve esaslarını belirlemiştir. 5651 sayılı Kanun'un m. 2/1-o,ö hükmünde erişimin engellenmesi, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi şeklinde; içeriğin yayından çıkarılması ise içerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde kişilik haklarının ihlali nedeniyle öngörülen koruma yolları bağlamında tazminat talebi ile birlikte erişimin engellenmesinin ve/veya içeriğin yayından çıkarılmasının talep edilmesi de mümkündür.

Erişimin engellenmesi ile içeriğin yayından çıkarılması farklı işlemlerdir. Erişimin engellenmesi kararını erişim sağlayıcılar yerine getirirken, içeriğin çıkarılması kararını içerik veya yer sağlayıcılar yerine getirir. Erişimin engellenmesi ile içeriğe yalnızca Türkiye'den erişim engellenirken, içeriğin yayından çıkarılması durumunda bu içerik internet ortamından kaldırıldığı için hiçbir yerden bu içeriğe erişilemeyecektir. Kaldı ki erişimin engellenmesinde "https" protokolüne sahip URL adreslerine erişimin engellenmesi teknik olarak mümkün

olmadığı için¹ “https” protokolüne sahip URL adresleri hakkında erişimin engellenmesi kararı verilse bile bu karar erişim sağlayıcılar tarafından uygulanamayacaktır. Oysa hakkında içeriğin yayından çıkarılması kararı verilen “https” protokolüne sahip bir URL adresindeki içerik, içerik/yer sağlayıcı tarafından yayından çıkarılabilecektir. İki karar türünün bu gibi farklılıkları vardır.

Fakat mevzuattaki eksiklikler nedeniyle söz konusu erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılması kararını verecek görevli ve yetkili yargı mercileri konusunda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu uyuşmazlıklar ise kişilerin erişimin engellenmesi taleplerinin yerine getirilmesini geciktirmektedir. Bu durum internetin ultra dinamik yapısı nedeniyle ihlalin derhal sonlandırılması gerektiği gerçeğiyle çelişmekte ve kişilerin mağduriyetinin artmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi taleplerinin yerine getirilmesi sürecinin, görev veya yetki uyuşmazlıkları nedeniyle uzatılmaması gerekmektedir. Bunun için ise görev ve yetki konularının net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda kişilik haklarının ihlali nedeniyle verilecek erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından çıkarılması kararlarındaki yetki ve görev konularına ilişkin düzenlemeler, uygulamadaki ve mevzuattaki sorunlar ile bunların çözüm yolları değerlendirilecektir. Bu kapsamda, kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması konusunda sulh ceza hâkimliğinin ve asliye hukuk

¹ Bkz. Bülent Kent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 68-71; Doğan Kılınç, “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2016): 608-610.

mahkemesinin yetki ve görevleri, ceza mahkemelerinin ve cumhuriyet savcılarının erişimin engellenmesi kararı verip veremeyeceği, Erişim Sağlayıcıları Birliğinin ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görevi ve uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerimiz ele alınacaktır. İnternet ortamındaki kişilik haklarının ihlallerinden bazıları aynı zamanda suç teşkil ettiği için ayrıca ceza davasının da konusu olmaktadır. Fakat bu konu makalemizin dışında olduğu için ele alınmayacaktır.

I. 5651 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İÇERİĞİN ÇIKARILMASI VE/VEYA ERİŞİMİN ENGELLEMESİ KARARI VERME NEDENLERİ

5651 sayılı Kanun, dört farklı maddede çeşitli sebeplerle erişimin engellenmesini düzenlemiştir. Söz konusu Kanun'un 8. Maddesinde, bu maddenin ilk fıkrasının a, b ve c bentlerinde yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması düzenlenmiştir.

8/A maddesinde yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

9/A maddesinde internet ortamında yapılan yayın sebebiyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi kapsamında, haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin BTK'ya doğrudan başvurarak veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde BTK Başkanı tarafından erişimin engellenmesi² tedbirinin uygulanabileceği düzenlenmiştir.

² 9/A maddesi kapsamında "içeriğin yayından çıkarılması" tedbiri uygulanamaz yalnızca erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilir.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ise internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak erişimin engellenmesini ve/veya içeriğin çıkarılmasını³ da isteyebileceği düzenlenmiştir.

Biz, çalışmamızın kapsamı nedeniyle bu maddelerden 9 ve 9/A maddeleri kapsamındaki erişimin engellenmelerindeki yetki ve görev sorunlarını inceleyeceğiz.

II. KİŞİLİK HAKLARININ İHLALI NEDENİYLE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ VE/VEYA İÇERİĞİN ÇIKARILMASINDA GÖREVLİ MERCİ

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet erişiminin engellenmesine yönelik mevzuatımızda farklı düzenlemeler yer almaktadır. Temel olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi düzenlenmiş olsa da aynı Kanun'un 9/A maddesinde, Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Ek 4. maddesinde de birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerin uygulama alanları hakkında, aşağıda değinileceği üzere, doktrinde

³ 7253 sayılı Kanun ile değişik 5651 sayılı Kanun'da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi olarak ifade edilen bu yöntem, lafzından da anlaşılacağı üzere; erişimin engellenmesi kararı, içeriğin yayından çıkarılması kararı ile erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılması kararı şeklinde olmak üzere üç biçimde tezahür etmektedir. Bundan sonra kelime kalabalığına mahal vermemek adına, ihtiyaç duyulmadıkça, bu üç yöntemi de ifade etmek üzere sadece "erişimin engellenmesi" tabiri kullanılacaktır (5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi ve FSEK Ek madde 4 hükmü kapsamında yalnızca erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabildiğinden söz konusu maddelerle ilgili kısımlardaki "erişimin engellenmesi" tabirleri bu açıklamamız dışındadır.).

tartışmalar, yargı kararlarında da farklı içtihatlar bulunmaktadır.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesinde görevli yargı yerinin sulh ceza hâkimliği olduğu açıkça düzenlenmiştir. Fakat kişilik haklarının ihlali nedeniyle görülen hukuk davalarında hukuk mahkemeleri tarafından erişimin engellenmesi kararının verilip verilemeyeceği hususu ve 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen katalog suçların dışındaki herhangi bir suçun işlenmesi nedeniyle aynı zamanda kişilik haklarının da ihlal edildiği durumlarda, cumhuriyet savcısı veya ceza mahkemeleri tarafından erişimin engellenmesi kararı verilip verilemeyeceği hususu ve kişilik hakları ihlalinin ne anlama geldiği bu başlık altında tartışılacaktır.

A. Kişilik Haklarının İhlali

Doktrinde kişilik hakkının farklı tanımları yapılmıştır. Bu bağlamda kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı⁴; kişinin hayatı, sağlığı, beden bütünlüğü, özgürlükleri, namusu, şerefi, onuru, ismi, resmi, özel hayatı, sırları, bilimsel ve mesleki kimliği gibi kişiliğine bağlı değerlerin ve varlıkların tümü üzerindeki hak ile bu değerlerin korunmasına ilişkin tüm yetkiler⁵ şeklinde tanımlandığı gibi, kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi tüm değerler⁶ ve kişinin kişiliğini oluşturan, insan kılan maddi ve manevi tüm değerlere, özel olarak, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, saygınlığına, özel yaşamının

⁴ Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 100.

⁵ Hüseyin Altaş ve İrem Tuğçe Döngül, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (TMK m. 1-7) (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 89.

⁶ Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri)*, ed. Osman Gökhan Antalya (Ankara: Seçkin Hukuk, 2021), 158.

gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne, ekonomik hareket serbestliğine ilişkin hakkı⁷ olarak da tanımlanmıştır.

Kişilik hakkının muhtevasını oluşturan değerleri kesin olarak saymak imkânsızdır.⁸ Fakat kişinin güvenliği, özgürlüğü, beden bütünlüğü ve iç huzuru, şeref ve haysiyeti, onuru, özel hayatının gizliliği, ismi ve resmi üzerindeki korunma yararı tartışmasız olarak kabul edilen kişilik değerleridir.⁹ Kişilik hakları kişinin maddi bütünlüğüne ilişkin değerler, manevi bütünlüğüne ilişkin değerler ve iktisadi bütünlüğüne ilişkin değerler olarak sınıflandırılabilir.¹⁰ Maddi bütünlüğe ilişkin değerler hayat, beden tamlığı ve sağlık; manevi bütünlüğüne ilişkin değerler ehliyetler, özgürlük, şeref ve haysiyet, isim, resim, sır çevresi; iktisadi bütünlüğe ilişkin değerler ise iktisadi hürriyet ve varlık, mesleki şeref ve haysiyet, mesleki ve ticari sır çevresi gibi değerlerden oluşur.¹¹ Kişilik hakları mutlak ve inhisari bir hak olduğu için başkalarının, kişinin hayat alanına müdahalesini yasaklayarak kişisel varlıklar üzerinde hâkimiyet kurma yetkisini sadece bu değerlere sahip olan kişilere verir.¹² Kişilik haklarını oluşturan değerlerin başkalarının müdahalesi ile ihlal edilmesi ise kişilik haklarının ihlaline neden olur.

B. Sulh Ceza Hâkimliğinin Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Yayından Çıkarılması Kararı Verme Görevi

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar,

⁷ Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler," *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 11, no. 14 (1977):93

⁸ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 91.

⁹ Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 75.

¹⁰ Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 91.

¹¹ Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 91-103.

¹² Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 103.

öncelikle içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyar-kaldır yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler. Bu kişilerin taleplerinin, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılması gerekir. Kişiler bu yola başvurmadan doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak erişimin engellenmesini de isteyebilirler. Bu durumda hâkimin söz konusu başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlaması gerekir. O halde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararını verme görevi sulh ceza hâkimliğininindir.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değiştirilmiş ve bu değişiklik 19.02.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹³ Kanun'un değişiklikten önceki haline göre kişiler, içerik/yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilirdi. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine talebin ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde talebi yerine getirmezse talep reddedilmiş sayılırdı. Bu

¹³ Kanunun değişiklik gerekçesinde; "mevcut durumda İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların öncelikle içerik ve yer sağlayıcıya muhakkak başvurusu ve bu başvuruların sulh ceza mahkemesine başvuru sürecinde ispatı gerekliliğinden (elektronik ortamda gerçekleşen bildirimin, özellikle yurt dışı muhataplara ulaşp ulaşmadığı vb.) kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması amacıyla söz konusu kişiler ile kurum ve kuruluşların içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını talep etmesine bununla birlikte doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep edebilmesine" imkân getirildiği belirtilmiştir. Bkz. "6518 Sayılı Kanun'un Gerekçesi," TBMM, erişim tarihi: Ekim 5, 2021, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarn o=133166&pkanunnumarasi=6518>.

reddedilmiş sayılmanın üzerine kişiler on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilirdi. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlardı. Görüldüğü üzere, Kanun'un 2014'teki değişiklikten önceki halinde doğrudan sulh ceza hâkimine başvurma olanağı bulunmamaktaydı. Fakat mevcut düzenlemeye göre kişiler, içerik/yer sağlayıcıya başvurmak zorunda olmadan doğrudan sulh ceza hâkimine başvurabilmektedir. Bu oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira içerik/yer sağlayıcının iletişim bilgilerini tespit etmek her zaman mümkün olmadığından kişiler içeriğin yayından çıkarılması taleplerini iletecek muhatap bulamayabilir. Ayrıca içerik/yer sağlayıcıya ulaşılsa bile bunların 2 gün içerisinde vereceği cevabı beklerken ihlal internet ortamında büyümeye devam edecektir. İhlalin büyümesine mahal vermemek adına içerik/yer sağlayıcıya başvurmak zorunda olmadan doğrudan sulh ceza hâkimine başvurulabilmesine imkân tanınması oldukça yerinde olmuştur.

Ayrıca 2014'teki yasa değişikliği öncesinde hâkim, erişimin engellenmesi kararı verememekte, içeriğin yayından çıkarılması ve cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanması kararı (tekzip kararı) verebilmekteydi. 2014'teki değişiklik sonrasında ise hâkimin içeriğin yayından çıkarılması ve cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanması kararı değil, sadece erişimin engellenmesi kararı verebileceği düzenlenmişti. Böylece içeriğin yayından kaldırılması kararı vermek artık mümkün olmayacaktı. Ayrıca ihlal konusu içeriklere yönelik düzeltme ve cevap (tekzip) hakkı da kaldırılmıştır. Fakat 2014 değişikliği ile kaldırılan içeriğin yayından kaldırılması kararı verme imkânı, 31.07.2020 tarih ve 31202 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 29.07.2020 tarihli ve 7253 sayılı

Kanun ile tekrar düzenlenmiştir. Böylece 31.07.2020 tarihinden sonra hâkimler erişimin engellenmesi ile birlikte içeriğin yayından çıkarılması kararı da verebilecektir. Ayrıca 2020 değişikliği ile başvuranın adının karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verme imkânı da getirilmiştir. Fakat 2014 değişikliği ile kaldırılan tekzip talep hakkı yeniden düzenlenmemiştir. 19.02.2014 tarihine kadar mümkün olan içeriklerinin düzeltilmesi ve cevap hakkı 19.02.2014 tarihinden itibaren ve halen mümkün değildir.¹⁴ Tekzip uygulaması Basın Kanunu'nun 14. maddesi, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu 27. maddesi ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmektedir.¹⁵ Fakat internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili tekzip hakkı düzenlenmemiştir. Bize göre basılı yayınlarda tekzip hakkı tanınmasına rağmen, aynı yayınların internet ortamında yayımlanması durumunda internet ortamında tekzip talep edilememesi ciddi bir eksikliklerdir. Anayasa'nın 32. maddesinde koruma altına alınan ve temel haklardan olan düzeltme ve cevap hakkının internette yapılan yayınlarda da tanınması gerekmektedir. Doktrinde de, internet ortamındaki içerik yayından çıkarılsa bile kişilik hakkı ihlal edilen kişinin iradesiyle oluşturduğu bir metin ile durumunu beyan edememesi, kişilik hakkına zarar veren içerikle muhatap olan kitleye hiçbir açıklama yapamaması bir eksiklik olarak ifade edilerek tekzip hakkının yasa değişikliği ile kaldırılması eleştirilmiştir.¹⁶ Bununla birlikte önceki kanun döneminde

¹⁴ Hamza Şahin, *Sulh Ceza Hâkimliği Uygulamaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 145.

¹⁵ Erol Tatar, "Yasalarımızda Tekzip (Düzeltilme ve Cevap) Hakkı ve Uygulaması," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2008): 99.

¹⁶ Cengiz Apaydın, *Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında Cevap ve Düzeltme Hakkı-İnternete Erişimin Engellenmesi-Unutulma Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 149; Ahmet Güleç, "Cevap ve Düzeltme Hakkı" (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2014), 96.

tanınan tekzip hakkının, elverişli bir düzenleme olmasına rağmen, iki konuda sıkıntı doğuracağı da ileri sürülmüştür.¹⁷ Bu sorunlardan ilki, söz konusu istemin yalnızca yurt içinden içerik sağlayan ya da yer sağlayanlar için uygulama alanı bulabilmesidir. Çünkü yurt dışından bu işlemi gerçekleştirenler hem yasanın uygulama alanı açısından hem de bunlara yaptırım uygulanmasının olanaksızlığı bakımından söz konusu yasanın kapsamı dışında kalacaklardır. İkinci sorun ise içerik sağlayıcıya ulaşmanın mümkün olmaması halinde talebin yer sağlayıcıya yöneltilecek olmasıdır. Çünkü yer sağlayıcının, hizmet sunduğu içeriklere müdahalede bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Aksine hareket edilmesi TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen "bilgi sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun" gerçekleşmesine yol açabilecektir. Bu tespitler bizce de yerindedir. Yeni bir düzenleme yapılması halinde, tekzip metnini yayınlama yükümlülüğü yer sağlayıcılara değil içerik sağlayıcılara verilmelidir. Fakat kararın sadece Türkiye'de bulunan içerik sağlayıcılar açısından bağlayıcı olması bu hakkın hiç tanınmamasına gerekçe olmamalı, bu hak internet ortamındaki yayınlar için tekrar düzenlenmelidir.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verilen kararların icrası için Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) gönderilmesi gerekmektedir. Fakat uygulamada 9. madde kapsamında verilen kararların BTK'ya gönderildiğine rastlanmaktadır.¹⁸ 9. madde kapsamında verilerek BTK'ya gönderilen bu tarz kararlar, görevi olmaması nedeniyle BTK

¹⁷ Murat Volkan Dülger, "İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme," *İstanbul Barosu Dergisi* 81, no. 4 (2007): 1533.

¹⁸ Beypazarı SCH, 2020/634 D.İş, 30.11.2020. Kararda 9. Maddeden erişimin engellenmesine karar verilmiş fakat kararın icrası için BTK'ya gönderilmesine hükmedilmiştir.

tarafından uygulanmayacaktır. BTK, hâkimliğe kararın ESB'ye gönderilmesi gerektiğine dair bilgi verecektir. Bu durum ise erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmesinin gecikmesine sebep olacaktır. Bu tarz gecikmelere sebebiyet vermemek adına hâkimlerin, kararın icrası için gönderilecek merciyi doğru belirlemesi gerekmektedir.

5651 sayılı Kanun m. 6/A-8 hükmünde ESB'nin itiraz yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre ESB, kendisine gönderilen kararın mevzuata uygun olmadığını düşünürse bu karara itiraz edebilecektir. Örneğin bazı kararların gerekçe kısmında engelleme gerekçesi 8. madde olarak belirtilip, hüküm kısmında 9. madde kapsamında erişimin engellenmesine hükmedilmektedir.¹⁹ Ya da kararlarda hangi adresin engellenmek istendiği net olarak belirtilmemektedir.²⁰ URL formatında olmayan bazı hesapların ve mail adreslerinin engellenmesine yönelik hüküm kurulduğu görülmektedir.²¹ Erişime engellenmesi istenen adreslerden "https" protokolüne sahip olanların teknik olarak erişime engellenmesi mümkün olmadığından bu adresler yönünden talebin reddedildiği

¹⁹ Antalya SCH, 2020/4009 D.İş, 25.11.2020. Karar gerekçesinde "PKK terör örgütü ve örgüt liderinin propagandasının yapıldığı, bu içeriklerin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından tehlike oluşturduğu" belirtilmiş ancak hüküm kısmında 9. madde gereğince erişimin engellenmesine hükmedilmiştir.

²⁰ Akçakoca SCH, 2020/342 D. İş, 18.09.2020. Kararda "URL adreslerindeki... ilgili yayımların talepte bulunanla ilgili kısım ve bölümlerindeki içeriklere erişimin engellenmesine" hükmedilmiştir. Söz konusu kararda, yayındaki talepte bulunanla ilgili kısım ve bölümlerin neresi olduğu belirsizdir.

²¹ İstanbul 6. SCH, 2019/1673 D. İş, 26.03.2019 ve İstanbul 11. SCH, 2018/7534 D. İş, 28.12.2018 kararlarında e posta adreslerine erişimin engellenmesine hükmedilmiştir. Ankara Batı SCH, 2020/147 D.İş, 09.01.2020 kararında ise URL adresi belirtilmeden "n...n_e...k_t..ci isimli instagram ve N...n E..k isimli facebook hesaplarının kapatılarak erişiminin engellenmesine" hükmedilmiştir.

kararlar görülmektedir.²² Bunlar gibi mevzuata uygun olmayan kararlara ESB'nin itiraz etme görevi bulunmaktadır. Mevzuata uygun olmayan bu gibi kararların en aza indirilmesi için erişimin engellenmesi konusunda hâkimlerin meslek içi eğitime tabi tutulması yerinde olacaktır.

5651 sayılı Kanun'un 9/6 maddesinde, hâkimin verdiği karara karşı CMK hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. Bu itiraz usulü CMK m.268'de düzenlenmiştir. Buna göre ilgililer kararı öğrendiği günden itibaren 7 gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle hâkim veya mahkeme kararına karşı itirazda bulunabilir. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok 3 gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. Yetkili merci, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimlik; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliktir. Ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza

²² Yar. 19. CD, E. 2020/1943, K. 2021/788, 01.02.2021. Kararda, Bakırköy 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 05/07/2019 tarihli ve 2019/3842 değişik iş sayılı kararı ile kararda yer alan URL adreslerinin "https" uzantılı olması gerekçesiyle reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma yoluna başvurulmuştur. Yargıtay da *"erişimin engellenmesi talebinin uygulanmasına (infazına) dair teknik gerekçelerin, sulh ceza hâkimliğinin inceleme ve değerlendirme konusu olmayıp, yapılan itirazın merci tarafından esastan incelenerek, yayının kişilik haklarının ihlal edip etmediği ve basın özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının araştırılması ve bu hususta internet yayın uzantılarının "https" olup olmadığına bakılmaksızın bir karar verilmesi"* gerektiğini belirterek söz konusu kararı bozmuştur.

mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği yetkili merci sıfatını haiz olacaktır.

CMK m.271/4 uyarınca itiraz üzerine yetkili olan merciin verdiği karar artık kesindir. İtiraz üzerine verilen kararın kesin olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânı da bulunmaktadır. Ayrıca, itiraz üzerine verilen kararın hukuka uygun olmadığını düşünen ilgili kişilerin, CMK m. 309 hükümlerine göre olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma yoluna başvurabilmeleri de mümkündür.

5651 sayılı Kanun'un 9/11 maddesinde, sulh ceza hâkiminin kararını 9. maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumlularının, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Fakat bu suç için 5651 sayılı Kanun'da görevli mahkeme tayin edilmemiştir. Bu durumda genel hükümlere göre görevli mahkemeyi belirlemek gerekecektir. Sulh ceza hâkimliği bir mahkeme olmadığından yargılama yapamayacağı için bu konuda görevli değildir. Suç, niteliği itibarıyla ağır ceza mahkemesinin de görevi dışındadır. O halde bu konuda asliye ceza mahkemesi görevli olacaktır. Yetki konusunu belirlemek için ise suçun nerede işlendiğini tespit etmek gerekecektir. Zira suçun işlendiği yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu suç, yapılması gerekenin yapılmaması suretiyle işlenen bir suç olması nedeniyle ihmali bir suçtur. İhmali suçlarda ise hareket nerede yapılmalı idiyse suçun orada işlenmiş sayılması gerekir.²³ Bu nedenle içerik, yer veya erişim sağlayıcıların hâkimlik kararını nerede uygulaması gerekiyor idiyse o yer mahkemesi yetkili olacaktır. Bu kararlar ise içerik, yer veya erişim sağlayıcıların merkezi neresi ise orada uygulanmaktadır. O halde içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan hangisi hâkimlik kararını yerine getirmemiş ise onun

²³ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 273.

merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ceza mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır. Fakat her zaman kararı uygulamayan içerik ve yer sağlayıcının adresine ulaşmak mümkün olmadığından suçun işlendiği yerin tespit edilmesi de mümkün olmayabilecektir. Bu durumda ise CMK m. 13 hükmü uyarınca, başka türlü yetkili mahkemeyi tespit etmek mümkün değilse ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi, örneğin şikâyet dilekçesinin verildiği yer mahkemesi, yetkili olacaktır.

5651 sayılı Kanun 8/15 maddesine göre birden fazla sulh ceza hâkimliğinin olduğu yerlerde hangi sulh ceza hâkimliğinin erişimin engellenmesi taleplerine bakacağı iş bölümü kapsamında HSK tarafından belirlenecektir. Bu düzenleme, bilişim suçlarının özel ihtisas gerektiren bir alan olması gerekçesiyle ve hâkimliklerin ihtisaslaşmasını sağlamak amacıyla konulmuştur.²⁴ Fakat bize göre bu ihtisaslaşmanın sağlandığı tam olarak söylenemez. Zira erişimin engellenmesi kararı vermekle görevli olan sulh ceza hâkimliklerinin, erişimin engellenmesinin yanında tutuklama, tekzip, idari para cezalarına itiraz, koruma tedbiri kararları vb. gibi ciddi bir iş yükü vardır. Bu husus Venedik Raporunda da sulh ceza hâkimlerinin ağır iş yüklerinin hâkimlere, özellikle tutuklama ve internet sitelerinin kapatılması davalarında kişiye özel yeterince muhakeme yapmalarına yetecek kadar zaman bırakmadığı; sulh ceza hâkimlerinin bireylerin insan hakları üzerinde ciddi etkileri olan kararları yeterince gerekçelendiremedikleri belirtilerek eleştirilmiştir.²⁵ Ayrıca, aşağıda da değinileceği üzere, 5651 sayılı Kanun'da birçok konuda eksiklikler ve boşlukların bulunması,

²⁴ “6527 sayılı Kanun Gerekçesi,” TBMM, erişim tarihi: Ekim 5, 2021, https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarn_o=149409&pkanunnumarasi=6527.

²⁵ Venedik Komisyonu, *Türkiye Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş*, (Strasburg: Görüş No. 852 / 2016, 13 Mart 2017), 20-21.

bilişim hukukunun sadece bir parçası olan erişimin engellenmesindeki yetki konusunda dahi bir istikrar sağlanamamış olması, sulh ceza hâkimlerinin (iş yüklerinin çok olmasından veya özel bir düzenleme olan 5651 sayılı Kanun'a yeterince hâkim olmamalarından olsa gerek) BTK'ya göndermeleri gereken kararları ESB'ye, ESB'ye göndermeleri gereken kararları BTK'ya göndermeleri gibi yukarıda bazı örnekleri verilen mevzuata aykırı kararlar vermeleri erişimin engellenmesi konusunda ihtisaslaşmanın sağlanamadığına işaret etmektedir.

C. Cumhuriyet Savcısından ve Ceza Mahkemelerinden Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Erişimin Engellenmesinin Talep Edilmesi Durumu

1. Genel Olarak

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesinde cumhuriyet savcısına veya ceza mahkemelerine erişimin engellenmesi kararı verme görevi öngörülmemiştir. Fakat ceza mahkemelerinin ve cumhuriyet savcısının 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde sayılan katalog suçlara ilişkin olarak erişim engelleme kararı verme görevi vardır. 8. maddede erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ceza mahkemesi tarafından verileceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; fakat bu durumda cumhuriyet savcısının kararını yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunması gerektiği ve hâkimin kararı en geç yirmi dört saat içinde onaylamaması halinde erişimin engellenmesi tedbirinin derhal kaldırılacağı düzenlenmiştir. O halde, Kanun'un 8. maddesinde sulh ceza hâkimliği dışındaki bazı mercilere de erişimin engellemesi kararı verme görevi tanınmasına rağmen Kanun'un 9. maddesinde sadece sulh ceza hâkimliğinin görevli tayin edilmesi, 9. madde

kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarında sulh ceza hâkimliklerinin tek görevli merci olduğunu göstermektedir. Bir diğer ifadeyle kanun koyucu, kişilik haklarının ihlali nedeniyle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında, sulh ceza hâkimlikleri dışında başka bir mercie erişimin engellenmesi kararı verme görevi tanımamıştır. Bu nedenle ceza mahkemeleri veya cumhuriyet savcılarının 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararı verme görevleri bulunmamaktadır. Fakat bu durumu bilmeyenlerce, cumhuriyet savcılarında veya ceza mahkemelerinden erişimin engellenmesi talep edilebilmektedir. Bu nedenle söz konusu durumla karşılaşıldığında ne yapılması gerektiği hususunu da ele almak gerekmektedir.

2. Cumhuriyet Savcısından Erişimin Engellenmesinin Talep Edilmesi Durumu

Cumhuriyet savcısının kişilik haklarının ihlali nedeniyle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararı verme görevi olmadığı yukarıda izah edilmişti. Fakat buna rağmen kişilik hakları ihlal edilen kişilerin cumhuriyet savcısına erişimin engellenmesi talebiyle başvurması uygulamada karşılaşılan bir durumdur. Özellikle internette işlenen bir suç aynı zamanda kişilik haklarının ihlaline de vücut veriyor ise bu suç için şikâyet ile birlikte suç konusu içeriğe erişimin engellenmesi de savcıdan talep edilmektedir. Bu durumla karşılaşıldığında cumhuriyet savcısı, erişimin engellenmesi kararı verme görevi olmadığından bahisle erişimin engellenmesi talebini reddetmeli midir? Bu talebi bir koruma tedbiri olarak değerlendirip sulh ceza hâkiminden tedbir olarak erişimin engellenmesini mi talep etmelidir? Yoksa koruma tedbiri olmasa da sulh ceza hâkimine sadece talebi mi iletmelidir? Bu soruyu cevaplandırmak için öncelikle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararının hukuki niteliğini ele almak gerekir. Zira şayet bu karar

bir koruma tedbiri ise savcı koruma tedbiri olarak hâkimden erişimin engellenmesini de talep edebilecektir. Aksi takdirde başka bir uygulama yapmak gerekecektir.

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. ve 10. fıkralarında koruma tedbirinden, 11. fıkrasında idari tedbirden bahsedilmiştir. Kanun'un 9/A maddesinde ise, koruma tedbiri ya da idari tedbir niteliğinde bulunmadan sadece erişimin engellenmesi tedbirinden bahsedilmiştir.²⁶ Kanun'un 8/A ve 9. maddelerinde ise sadece erişimin engellenmesinden bahsedilmiş, bu kararın tedbir olup olmadığına hiç değinilmemiştir. Bu sebeple 9. maddede yer alan kararın niteliğinin ne olduğu Kanun metninden anlaşılamamaktadır. Doktrinde ise bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre 9. madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararı; araç değil amaç olduğu için, geçici değil kalıcı nitelikte olduğu için, kararı verecek sulh ceza hâkiminin ayrıca bir ceza muhakemesi yapması ve bunun neticesinde varacağı hükmü infaz etmesi gibi bir durum söz konusu olmadığı için bir "ihtiyatî tedbir" veya bir "koruma tedbiri" kararı değildir.²⁷ Bir görüşe göre²⁸ 9. madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları bir tedbir değil, cezai bir

²⁶ Kent, Türkiye'de İnternet, s.57-58.

²⁷ Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi," *Legal Hukuk Dergisi*, no. Özel Sayı Rona Aybay'a Armağan Cilt 1 (2014), 1070; Melikşah Çırakoğlu, "5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği" (Yüksek lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2015), 33.

²⁸ İsmail Çınar, "5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2021): 67-68.

yaptırım, başka bir görüşe göre²⁹ ihtiyati tedbir, diğer bir görüşe göre³⁰ ise bir koruma tedbiridir. Ayrıca bazı ceza muhakemesi hukuku kitaplarında da erişimin engellenmesi koruma tedbirleri başlığı altında incelenmiştir. Bu kitapların bazısında 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmelerinin hukuki niteliği net olarak belirtilmese de bu madde kapsamındaki kararlar da koruma tedbirleri başlığı altında incelenmiştir.³¹ Bazısında ise 8. madde kapsamındaki erişimin engellenmesi kararları koruma tedbirleri başlığı altında yazılmasına rağmen 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmeleri bu başlık altına alınmamıştır.³²

Anayasa Mahkemesi ise bir kararında, madde bazında bir ayrıma yer vermeden 5651 sayılı Kanun'daki erişim engelleme

²⁹ Mine Kaya, “Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunması” (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi, 2015), 372.

³⁰ M. Süheyl Karakaya, “5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi Koyun Postunda Kurt Hükmü,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 137 (2018): 115.

³¹ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 461; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 481-482. Son atıf yapılan yazarların kitabında 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmesi kararları koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmişken bu kitabın 2021 yılında çıkan 14. baskısında erişimin engellenmesi başlığı tamamen koruma tedbirleri başlığı altından çıkarılmıştır, bkz. Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

³² Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 466-467. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020), 529-533. Centel ve Zafer, ayrıca 8. ve 8/a maddeleri kapsamındaki erişimin engellenmesinin, bir delilin korunmasına yönelik değil suçun işlenmesine devam edilmesinin önlemesine ve kamunun korunmasına yönelik olması nedeniyle koruyucu olmaktan çok önleyici tedbir niteliğinde olduğunu belirtmiştir, bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 529.

kararlarının cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğinde olduğunu vurgulamış³³ ancak bu tedbirin ne tür bir tedbir olduğuna ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Başka bir kararında ise, internet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müştekinin yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebileceğini ve bu durumda ceza soruşturması ve kovuşturması için cumhuriyet savcılığına da başvurabileceğini, bir ceza kovuşturması açıldığı takdirde hâkim mahkûmiyet kararı verirse güvenlik tedbirlerine de hükmedeceği için internet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacağını belirtmiştir.³⁴ Bu kararda Anayasa Mahkemesinin kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesini güvenlik tedbiri olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır.

Biz makalemiz kapsamındaki soruyu cevaplamak için 9. maddede belirtilen erişimin engellenmesinin hukuki niteliğinin koruma tedbiri olup olmadığı üzerinde duracağız. Zira farklı görüşlerden de anlaşılacağı üzere söz konusu erişimin engellenmesinin hukuki niteliğinin ne olduğunu tam olarak tanımlamak zordur; fakat ne olmadığı konusunda yorum yapılabilir. Bize göre 9. maddede belirtilen erişimin engellemesi kararı bir koruma tedbiri değildir. Zira koruma tedbirleri, suç şüphesi üzerine, ceza muhakemesinde delil toplamak, ilerde muhakemenin yapılmasını temin etmek ve verilecek hükmün infazını sağlamak amaçlarıyla başvurulmuş ve geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına imkân veren tedbirlerdir.³⁵ Bu yönüyle koruma tedbirlerinin kanunla

³³ AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014, AYM, BN 2014/5552, 26.10.2017, B.65.

³⁴ AYM, BN 2014/5552, 26.10.2017, B.65.

³⁵ Çınar, "5651 Sayılı Kanun," 67.

düzenlenmiş olma, geçici olma ve araç olma özellikleri vardır.³⁶ Ayrıca koruma tedbirlerinin varlıklarını soruşturma ve kovuşturma evresi boyunca sürdürdükleri, tedbire devam edilmesi isteniyorsa bunun mahkeme tarafından verilen hükümde yaptırım ya da güvenlik tedbiri olarak belirtilerek yapılması gerektiği ifade edilmiştir.³⁷ Bu özellikler açısından bakılacak olursa 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmesi kararı, her zaman bir suç nedeniyle verilmez; ortada bir suç yok iken sadece kişilik haklarının ihlali durumunda da verilebilir. Suçla veya suç şüphesi ile ilgili olmayan bir durumla ilgili koruma tedbiri kararı verilemeyecektir. Bir suçla beraber kişilik haklarının da ihlal edilmesi durumunda koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği akla gelse de her kişilik hakkını ihlal eden suçla ilgili koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesinin uygulanacağına dair açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. 9. maddede de bu erişimin engellenmesinin açıkça koruma tedbiri olduğu düzenlenmemiştir. Kaldı ki kanun koyucu 8. maddede koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçları katalog halinde yazmıştır. Kanun koyucunun bu suçları katalog halinde sayması, yalnızca bu suçlar için erişimin engellenmesi kararlarının koruma tedbiri olarak verilmesi gerektiğine işaret eder. Kanun koyucunun 8. maddede koruma tedbiri nitelendirmesi yapmasına rağmen 9. maddede böyle bir nitelendirmede bulunmaması, kanun koyucunun bu madde kapsamındaki erişimin engellenmesini koruma tedbiri olarak görmediğini ortaya koyar. Bu durumda kişilik haklarının ihlaline vücut veren tüm suçlarda koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi uygulanamaz. Ayrıca koruma tedbirleri araçtır,

³⁶ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku 1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 288; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 301; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 380-381.

³⁷ Dülger, "İnternet İletişiminin," 1527.

geçicidir ve soruşturma ve kovuşturma evresinde geçerlidir. Oysa 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmesi geçici değil, sürekli. Zira burada erişimin engellenmesi bir süre ile sınırlı olarak verilmemektedir. Ayrıca araç değil, amaçtır. Kişiler erişimin engellenmesi amacıyla bunu talep ederler. Bu yönleriyle de koruma tedbiri olmadığı sonucuna varılabilir. O halde 9. madde kapsamındaki erişimin engellenmesi bizce koruma tedbiri niteliğinde değildir.

9. maddede öngörülen erişimin engellenmesi bir koruma tedbiri olmadığına göre, bir suç nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda cumhuriyet savcısından 9. madde kapsamında erişimin engellenmesi de istenildiğinde, cumhuriyet savcısının koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesini hâkimden talep etmesi bir zorunluluk değildir. Peki savcı bu durumda erişimin engellenmesi için hâkimliğe başvurulması gerektiğini belirterek talebi reddetmeli midir? Yoksa koruma tedbiri olarak talep etmese de sadece talebi bildirmek amacıyla talebi değerlendirmek üzere hâkimliğe bildirmeli midir? Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte olması gereken bizce savcının talebi değerlendirmek üzere sulh ceza hâkimine bildirmesidir. Uygulamada da bunun yapıldığı görülmektedir.³⁸ Bu sonuca, CMK Madde 162’de yer alan “Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir” hükmünün kıyasen uygulanmasıyla ulaşılabilir. Şöyle ki; bu madde hükmü, soruşturma yapılması gereken konulara ilişkindir ve erişimin engellenmesi kararı

³⁸ Polatlı Sulh Ceza Hâkimliğinin 25.10.2019 tarih ve 2019/1859 D.İş sayılı kararında kasten yaralama suçu ile ilgili yapılan soruşturmada cumhuriyet savcılığının erişimin engellenmesi talebini üst yazıyla sulh ceza hâkimliğine bildirmesi üzerine erişimin engellenmesi kararı verilmiştir.

vermek bir soruşturma işlemi olarak kabul edilmeyebilir. Bu nedenle bu madde doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır. Fakat bu hükmün kıyasen uygulanması mümkün olabilecektir. Zira ceza hukuku bakımından mutlak bir şekilde kıyas yasağı bulunmaktayken, ceza muhakemesi hukukunda kıyas, prensip olarak serbesttir.³⁹ Bu serbestlik sınırsız bir serbestlik olmayıp kanunda sınırlayıcı ve istisnai hükümler bakımından kıyasın gerçekleştirilmesi söz konusu değildir.⁴⁰ Bu nedenle, sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas hariç olmak üzere, ceza muhakemesine ilişkin hükümlerin uygulanması esnasında kanunda uygulanacak bir norm bulunmaması halinde, benzer bir hükmün kıyasen uygulanması mümkündür.⁴¹ CMK m. 162 hükmünün de istisnai veya sınırlayıcı bir hüküm içermemesi nedeniyle söz konusu durumda uygulanabileceği kanaatindeyiz. O halde, cumhuriyet savcısından 9. madde kapsamında erişimin engellenmesinin talep edilmesi durumunda savcının, bu talebi hâkimliğe göndermesi gerektiği açıkça belirtilmemiş olsa da savcı CMK m. 162 hükmü gereğince bu talebi sulh ceza hâkimliğine bildirmelidir.

Yukarıdaki açıklamalarımıza ek olarak, AİHS m. 6 ve Anayasa m. 36'da vurgulanan adil yargılanma hakkının bir tezahürü olan makul sürede yargılanma hakkı ve Anayasa m.141 *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir"* hükmü kapsamında da cumhuriyet savcısının erişim engelleme talebini sulh ceza hâkimine iletmesi yerinde olacaktır. Zira erişimin engellenmesi, internetin doğası gereği çok hızlı işlemesi gereken bir mekanizma olup, gecikme halinde, başlangıçtaki ihlal giderek büyüyerek giderilmesi neredeyse

³⁹ Abdullah Batuhan Baytaz, "Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum" (Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015), 380.

⁴⁰ Baytaz, "Kanunilik İlkesi," 375.

⁴¹ Baytaz, 375.

imkânsız bir hal alabilecektir. 5651 sayılı Kanun'un, hâkimin 24 saat içerisinde karar vermesi gerektiğine ve erişim sağlayıcının 4 saat içerisinde erişimi engellemesi gerektiğine yönelik düzenlemesiyle söz konusu kanunun ruhunda da acil müdahalenin yattığı anlaşılmaktadır. Fakat sulh ceza hâkimliğine başvurulması gerektiğini bilmeyen kişilik hakları ihlal edilen birisinin, erişimin engellenmesi talebiyle cumhuriyet savcısına başvurması durumunda, cumhuriyet savcısının günler belki haftalar sonra talebi reddetmesi, bu kararın günler sonra ilgiliye tebliğ edilmesi, ilgilinin tekrar sulh ceza hâkimliğine başvurulması ve hâkimliğin karar vermesi süreçleri epey zaman kaybına sebep olacaktır. Bu durum hem talebin yerine getirilme süresini uzatacak hem de usul ekonomisi açısından talebin yerine getirilmesini daha masraflı hale getirecektir. Bu da Anayasa m. 36 ve 141 hükümlerine uygun düşmeyecektir. O halde örneğin, internet yoluyla hakarete uğrayan kişinin, hakaret nedeniyle ve suç konusu içeriğe erişimin engellenmesi talebiyle cumhuriyet savcısına suç duyurusunda bulunduğunu varsayalım. Hakaret suçu 8. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığı için erişimin engellenmesi talebine ilişkin olarak cumhuriyet savcısı ve asliye ceza mahkemesi bu konuda görevsizdir. Bize göre bu talep bir koruma tedbiri de olmadığı için, savcı sulh ceza hâkiminden erişimin engellenmesini koruma tedbiri olarak da talep edemeyecektir. Hakaret suçu aynı zamanda kişilik haklarını da ihlal ettiği için 9. madde kapsamında ihlal konusu içeriğe sulh ceza hâkiminin erişimin engellenmesi kararı vermesi gerekecektir. Bu halde cumhuriyet savcısı, erişimin engellenmesi talebini sulh ceza hâkimine bildirerek sulh ceza hâkiminin talebi değerlendirmesini sağlamalı, hakaret suçuyla ilgili olarak şayet şartları varsa ayrı bir iddianame düzenleyip dava açmalıdır.

Kanun'un 8. maddesi dışında bir suçtan dolayı şikâyetle bulunulduğunda kişilik hakları ihlal edilenlerin suçla ilgili içeriklere erişimin engellenmesi talebi olmamasına rağmen savcının suç konusu içeriklere resen erişimin engellenmesini

talep edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Örneğin internet ortamında silahla tehdit veya hakaret suçu ile ilgili bir şikâyetle bulunulduğunda erişimin engellenmesi talep edilmemesine rağmen savcı kendiliğinden sulh ceza hâkimliğinden suç konusu içeriklere erişimin engellenmesini isteyebilecek midir? Şayet suç konusu içerik salt kişilik haklarının ihlaline vücut veriyorsa burada 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi geçerli olacaktır. Kanun'un 9/1 maddesinde ise erişimin engellenmesini talep edecek kişiler, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar olarak belirtilmiştir. Cumhuriyet savcısı, sayılan bu kişi, kurum ve kuruluşların talebi olmadıkça erişimin engellenmesini talep edemeyecektir. Şayet bunların talepleri varsa, yukarıda belirttiğimiz gibi, savcı talebi sulh ceza hâkimine bildirmelidir. Fakat suç konusu içerik aynı zamanda yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden birisine vücut verecek tarzda ise bu durumda cumhuriyet savcısı talep olmasa dahi Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimin engellenmesi için sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunabilmelidir.

Cumhuriyet savcısının, bazı şartların sağlanması durumunda, kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi⁴² kararı vermesine imkân sağlayan bir kanun maddesi bulunmaktadır: FSEK Ek Madde 4/3.⁴³ Elbette bu

⁴² Bu usul kapsamında içeriğin yayından çıkarılması kararı verilemez.

⁴³ "Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını

hüküm, fikri hakların ihlali halinde hukuki ve cezai talepler bakımından uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür.⁴⁴ Fakat doktrinde bu düzenlemenin, internet ortamında yayınlanan ve kişilerin görüntüsünü içeren videolar açısından uygulanabilecek, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin muadili bir tedbir mekanizması öngördüğü ve kişilik haklarının ihlal edildiği kanaatinde olan kişilerin, kişilik hakkı ihlalinin apaçık ortaya konmadığı hallerde dahi, FSEK Ek m. 4 üzerinden tedbir kararı alabilmesinin mümkün bulunduğu dair bir görüş bulunmaktadır.⁴⁵ Bu görüşe göre kişinin rahatsızlık duyduğu ancak kişilik hakkı ihlali açısından apaçık bir saldırı durumunda olmayan bir video için⁴⁶ 5651 sayılı Kanun'un 9. madde düzenlemesinin işletilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kişilerin internet üzerinde kendi görüntüsünü içeren bir videoya karşı tedbir kararı alabilmesi için alternatif bir dava stratejisi olarak FSEK Ek m. 4 hükmünün kullanılması mümkündür.⁴⁷ Bu tedbir mekanizmasının işletilebilmesi için her şeyden önce videonun bir sinema eseri vasfını haiz olması, icranın özgün bir icra olması, icranın izinsiz olarak yayınlanması ve komşu hakların ihlalinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya

ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır."

⁴⁴ Savaş Bozbel, "Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?" iç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*, ed. Tekin Memiş (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009): 154.

⁴⁵ Murat Can Pehlivanoglu, "Kişilik Haklarının İnternet Ortamında Telif Haklarına Dair Tedbir Kararı Vasıtasıyla Korunması," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1 (2020): 302.

⁴⁶ Örneğin kişinin bu videoyu kendi internet sitesinden veya sosyal medya hesaplarından kendi kendine alenileştirdiği hallerde, kişinin başlangıçta rızasının mevcudiyeti, ilk bakışta ihlalin ortaya konmasını güçleştirecektir.

⁴⁷ Pehlivanoglu, "Kişilik Haklarının," 297.

konabilmesi önem taşımaktadır.⁴⁸ Bu şartların oluşması durumunda erişimin engellenmesi tedbiri gündeme gelebilecektir. Esasen, FSEK Ek Madde 4/3 hükmünde yer alan tedbir; “*servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması*” şeklindedir. Bu usulde belirtilen servis sağlayıcı ve bilgi içerik sağlayıcıdan kastedilenin ne olduğu açık değildir. Fakat madde metninin bütünü nazara alındığında, bilgi içerik sağlayıcıdan kastın içerik sağlayıcı olduğu, servis sağlayıcıdan kastın yer sağlayıcı olduğu, hükümde yer alan tedbirin ise yer sağlayıcı tarafından ihlali sürdüren içerik sağlayıcıya verilen hizmetin durdurulmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁹ Zira servis sağlayıcıdan, ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmeti durdurması istenilmesi, servis sağlayıcının erişim sağlayıcı olamayacağını ifade eder çünkü içerik sağlayıcıya verilen hizmetin durdurulması demek internete erişimin bu kimse açısından durdurulması demektir.⁵⁰ Fakat her ne kadar yasanın lafzında içerik sağlayıcıya sağlanan servis hizmetinin durdurulması belirtiliyorsa da aslında içerik sağlayıcıya ulaşan bireylerin erişiminin engellenmesi yöntemiyle ihlale son verilmektedir.⁵¹ Zira yer sağlayıcıların genellikle yurt dışında olması ve Türk makamlarınca verilmiş bir kararın yurt dışında icrasının mümkün olmaması nedeniyle cumhuriyet savcıları

⁴⁸ Pehlivanoglu, 303.

⁴⁹ Bozbel, “Fikri Hakların,” 154; Özgür, Doğan, “Uyar-Kaldır Sistemi,” iç. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar II*, ed. Süleyman Yılmaz (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 431; Karşı yönde bkz. Kılınç, “5651 Sayılı,” 611.

⁵⁰ Bozbel, “Fikri Hakların,” 154.

⁵¹ Murat Volkan Dülger ve Yasin Beceni, *Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler*, TÜSİAD-T/2011,03; 512 (İstanbul: Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği, 2011), 60.

erişimin engellenmesini tercih etmektedirler.⁵² Bu yönüyle FSEK Ek 4. madde hükmünün etkisi itibariyle internet erişiminin engellenmesi sonucunu doğurduğu belirtilmektedir.⁵³

FSEK Ek 4. madde kapsamında cumhuriyet savcısının vereceği bu kararın adli karar değil, idari karar niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴ Ayrıca bu usul kapsamında cumhuriyet savcısına yapılan başvurunun bir şikâyet değil, bir talep olması nedeniyle içerik sağlayıcı hakkında suç soruşturması başlatılması için hak sahiplerinin talepleri varsa ayrıca şikâyetle bulunmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁵

3. Ceza Mahkemelerinden Erişimin Engellenmesinin Talep Edilmesi Durumu

Ceza Mahkemelerinin de cumhuriyet savcıları gibi kişilik haklarının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi kararı verme görevi bulunmamaktadır. Kişilik hakları ihlal edilenlerin ceza mahkemelerinden erişimin engellenmesini talep etmesi durumunda, her ne kadar uygulamada esasa girerek erişimin engellenmesi kararı veren mahkemeler⁵⁶ olsa da mahkeme

⁵² Bozbel, "Fikri Hakların," 155.

⁵³ Pehlivanoglu, "Kişilik Haklarının," 295.

⁵⁴ Dülger ve Beceni, *Türkiye'de İnternet*, 60.

⁵⁵ Yusuf Başlar, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Ek Madde 4 Hükmünün İhlali Suçları," *Ankara Barosu Dergisi*, no.4 (2019): 68.

⁵⁶ İzmir 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 01.10.2019 tarihli ve 2019/75 E. - 2019/727 K. sayılı gerekçeli kararında, Mahkeme, kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmek veya yaymak ve hakaret suçlarından dolayı yapılan yargılamada, iddianamede talep edilmemiş olmasına rağmen, katılan vekilinin mahkemeden erişimin engellenmesini talep etmesi üzerine suça konu paylaşımları içeren URL adresine erişimin engellenmesine hükmetmiştir.

erişimin engellenmesine ilişkin bu taleple ilgili erişimin engellenmesi kararı vermemelidir. Bu talebi sulh ceza hâkimliğine bildirerek talebi sulh ceza hâkiminin değerlendirmesini sağlamalıdır.

Cumhuriyet savcısının hem 8. madde kapsamına girmeyen bir suç nedeniyle (örneğin hakaret suçu nedeniyle) hem de erişimin engellenmesi talebiyle iddianame düzenleyip ceza mahkemesinde dava açması durumunda ne olacaktır? Bu konuya ilişkin farklı ihtimaller vardır. Şöyle ki; görevsizlik nedeniyle iddianamenin iadesinin mümkün olmadığını ve iddianamenin kabulünden önce de görevsizlik kararı verilemeyeceğini belirten yazarlar vardır.⁵⁷ Bu görüş esas alınırsa ceza mahkemesi öncelikle iddianameyi kabul etmelidir. Daha sonra ise erişimin engellenmesi konusuna dair dosyayı ayırarak sadece erişimin engellenmesi konusunda görevsizlik kararı vererek talebi sulh ceza hâkimine göndermeli, asıl suça ilişkin olarak da kovuşturmaya devam etmelidir. Fakat savcının suçun hukuki nitelendirmesini doğru yapmakla birlikte iddianameyi görevli olmayan mahkemeye hitaben yazması durumunda görevsizlik nedeniyle iddianamenin iadesinin mümkün olduğuna yönelik de görüşler mevcuttur.⁵⁸ Bu görüş

Bandırma Ağır Ceza Mahkemesinin 07/11/2018 tarihli ve 2018/233 E. sayılı kararında Mahkeme; yağma, suç işlemeye alenen tahrik etme, hakaret, ruhsatsız ateşli silahlarla mermileri satın alma veya taşıma veya bulundurma, yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve tehdit suçlarından dolayı yapılan yargılamada, sanıkların suç konusu fiilleri işlerken video kaydı alarak sosyal medya ortamında paylaşması nedeniyle söz konusu videoya erişimin engellenmesine de karar vermiştir.

⁵⁷ Mustafa Taşkın, “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016):1036-1037.

⁵⁸ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 472; Feridun Yenisey ve Ayşe

esas alınırsa mahkeme, iddianamede talep edilen erişimin engellenmesi konusunda görevsiz olduğundan bahisle iddianameyi iade edecek, cumhuriyet savcısı da erişimin engellenmesi talebini sulh ceza hâkimliğine bildirerek yalnızca suça ilişkin olarak tekrar iddianame düzenleyecektir.

D. Asliye Hukuk Mahkemesinin Erişimin Engellenmesi Kararı Verme Görevi

Kişilik haklarının ihlali durumunda asliye hukuk mahkemesinin erişim engelleme kararı verip veremeyeceğini değerlendirmek için öncelikle, internet ortamındaki kişilik haklarının ihlalinde, bu uyumsuzluğa hangi mevzuatın uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. Bahsi geçen konuya dair, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin yanında Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24. maddesi⁵⁹ ve 25. maddesi⁶⁰ hükümleri de bulunmaktadır. Şayet TMK düzenlemesi bu konuda uygulanabilirse saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, devam eden saldırıya son verilmesi davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası söz konusu olacak, bu davalarda ise

Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 267; Murat Aydın, "Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2013): 42-43; Serkan Meraklı, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. Özel Sayı (2013): 1643.

⁵⁹ "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir..."

⁶⁰ "Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir."

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

görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.⁶¹ O halde TMK'nın uygulama alanı bulup bulamayacağını tartışmak gerekir. Bu hususa dair, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında farklı değerlendirmeler mevcuttur.

Doktrindeki görüşlerden birisine göre; daha sonra çıkan kuralın öncekiyle çatışması halinde sonraki kuralın uygulanacağı ve konuya ilişkin özel kural bulunması halinde genel kuralın uygulanamayacağı ilkesi bağlamında, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin TMK 24-25 maddelerine göre hem özel nitelikte hem de sonraki kanun niteliğinde olması nedeniyle, TMK'ya dayanılarak erişimin engellenmesi kararı verilemeyecek, yalnızca 5651 sayılı Kanun'a başvurulabilecektir.⁶² Bu görüşe paralel bir diğer görüşe göre de kişilik hakkı ihlaline ilişkin saldırının durdurulması kararı bağlamında erişimin engellenmesine karar verilemeyecektir zira erişimin engellenmesi ile tüm toplumun haberleşme ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin engellenmesi söz konusudur. Temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması ancak kanun ile mümkün olup bu konuda kanuni bir düzenleme söz konusu olmadığından hukuk mahkemeleri erişimin engellenmesi yönünde nihai karar veremeyecektir.⁶³ Ancak

⁶¹ Habip Oğuz, "İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması" (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2010), 134.

⁶² Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, *İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2008): 56; Burcu Görkemli, "Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi" (Yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi, 2015), 137.

⁶³ Kaya, "Elektronik Ortamda," 373-374; Aksi yönde; ihtiyati tedbir yoluyla veya Medeni Kanun'un 24 ve 25. maddelerine dayanarak verilen internet yayınının durdurulması gibi kararların hukuka uygun olduğuna dair bkz. Zakir Avşar ve Gürsel Öngören, *Bilişim Hukuku* (İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2010), 306-307.

erişimin engellenmesi dışındaki ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin hukuk mahkemelerine başvurulabilir. Hukuk mahkemelerinde erişimin engellenmesi hususunda ihtiyati tedbir talebi ile birlikte açılan koruyucu davalar ve tazminat davalarında, yalnızca ihtiyati tedbir konusunda görevsizlik kararı verilmeli; fakat uyuşmazlığın esasına hukuk mahkemelerinde bakılmaya devam edilmelidir.⁶⁴ Bu görüşlerin aksi yönde olan görüşe göre ise özel kanun genel kanunu ilga eder ilkesi, iki hüküm arasında çatışma varsa uygulanır. İki hüküm arasında çatışma yok ise bu hükümler birbirini tamamlayan, birbirine göre ek düzenleme veya hızlı bir koruma getiren hükümler olduğu kabul edilir. Söz konusu hükümler arasında da bir çatışma olmadığından 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, TMK 24. madde karşısında özel hüküm değil, bu hükmün yanında uygulanabilecek bir ek hükmüdür. Dolayısıyla bir internet yayınından dolayı kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde öngörülmüş hızlı usulle kişilik haklarının korunması amacına ulaşamamış ise bu amacına TMK m. 24 ve 25 uyarınca hukuk davası yoluyla ulaşabilir.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi de kişilik haklarına internet ortamında yapılan bir yayınlı saldırıda bulunulan kişinin, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurarak "ilk bakışta ihlal" durumu var ise hızlı bir koruma elde edebileceğini, aynı kişinin daha fazla tatmin elde etmek amacıyla Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya devam eden müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka

⁶⁴ Kaya, "Elektronik Ortamda," 372.

⁶⁵ Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal," 1076-1079; Turan Atlı, "Kişi Haklarının İhlali Durumunda İnternet Erişiminin Engellenmesi," *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2020): 20; Ferhat Tuna Emin, *Ceza Hukuku Açısından İnternet Yayıncılığı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 73-75.

aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesini isteyebileceğini; gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hâllerde tehlike veya zararın önlenmesi için hâkimden gereken tedbirlere karar vermesini isteyebileceğini belirtmiştir.⁶⁶

Yargıtay içtihatlarında ise bu konuda bir istikrar bulunmamaktadır. Yargıtay ağırlıklı olarak 5651 sayılı Kanun'un TMK'ya göre özel yasa durumunda olması ve 5651 sayılı Kanun'da görev yönünden özel bir düzenleme bulunması nedeniyle erişimin engellenmesi konusunda görevli mahkemenin sulh ceza hâkimliği olduğunu belirterek bu konuda hukuk mahkemelerinin görevsizlik kararı vermesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.⁶⁷ Fakat Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında yerleşik bir karşı oy da oluşmuştur. Bu karşı oylarda, belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanunun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa kanunlardan hangisinin uygulanacağı konusunda sorun bulunmayacağı ve davacının 5651 sayılı Kanun gereğince sulh ceza hâkimliğine müracaat edebileceği gibi TMK hükümlerine göre asliye hukuk mahkemesine de başvurabileceği belirtilmiştir.⁶⁸ Yargıtay bu

⁶⁶ AYM, BN. 2014/5552, 26.10.2017, R.G. 30270, 14.12.2017.

⁶⁷ Yar. 4. HD, E. 2012/6581, K.2012/10331, 13/06/2012; Yar. 4. HD, E. 2012/2045, K.2013/1218, 29/01/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/4447, K.2013/5761, 28/03/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/7417, K.2013/10004, 27/05/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/15321, K.2013/16805, 31/10/2013; Yar. 4. HD, E. 2016 / 12634, K.2018 / 7778, 10/12/2018; Yar. 4. HD, E. 2016/15622, K.2019/1452, 14/03/2019.

⁶⁸ Yar. 4. HD, E. 2012/8513, K.2013/7518, 22/04/2013; Yar. 4. HD, E. 2012/13534, K.2013/9321, 21/05/2013; Yar. 4. HD, E.2013/8313, K.2013/9886, 27/05/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/10125, K.2014/5825, 07/04/2014; Yar. 4. HD, E. 2013/12487, K.2013/14479, 18/09/2013; Yar. 4. HD, E. 2013/17358, K.2013/19417, 09/12/2013; Yar. 4. HD, E.2014/608, K.2014/1490, 03/02/2014;

karşı oya paralel olarak, kişilik hakları ihlal edilen kişilerin ister 5651 sayılı Kanun'a göre sulh ceza hâkimliğine ister TMK hükümlerine göre asliye hukuk mahkemesine başvurabileceği yönünde de kararlar vermiştir.⁶⁹ Öyle ki Yargıtay'ın 5651 sayılı Kanun'un özel kanun niteliği sebebiyle sulh ceza hâkimliğine başvurulması gerektiği yönünde verdiği bir karara karşı, karar düzeltme yoluna gidilmiştir. Karar düzeltme davasında ise Yargıtay görüşünü değiştirerek 5651 sayılı Kanun ile yalnızca cezai sorumluluk ve yaptırımların öngörüldüğünü, hukuki sorumluluk konusunda bir düzenleme yapılmadığını, 5651 sayılı Kanun'un TMK'nın 24. ve 25. maddelerini ortadan kaldırdığının kabul edilemez olduğunu belirtmiş, davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığı gerekçesiyle hukuki veya cezai korunma yollarının seçiminde özgür olduğuna yönelik karar vermiştir.⁷⁰ Başka bir ifadeyle Yargıtay, 5651 sayılı Kanun'un TMK'ya göre özel kanun niteliğinde olmadığını belirtmiştir.⁷¹

Bizim kanaatimize göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile TMK 24 ve 25. maddeleri arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Şöyle ki kanun koyucu bazen mevcut genel bir normun kapsamına giren konuların bir kısmını özelliklerinden dolayı ayrıca özel norm şeklinde düzenleyebilmektedir. Böyle bir halde kanun koyucu, söz konusu konulara genel normun değil, münhasıran özel normun uygulanmasını istemiş olabilir. Fakat bunun her zaman mutlaka böyle olması zorunlu değildir. Zira kanun koyucu özel hüküm düzenlemekle hak sahibinin durumunu daha da iyileştirmek,

Yar. 4. HD, E. 2014/2231, K.2014/4277, 12/03/2014; Yar. 4. HD, E.2015/6149, K.2015/7354, 04/06/2015; Yar. 4. HD, E.2014/7187, K.2014/8832, 28/05/2014.

⁶⁹ Yar. 4. HD, E.2009/8571, K.2009/9921, 15/09/2009; Yar. 4. HD, E.2014/11219, K.2014/15371, 17/11/2014; Yar. 4. HD, E.2016/7331, K.2016/9068, 27/09/2016.

⁷⁰ Yar. 4. HD, E.2015/13252, K.2016/2190, 22/02/2016.

⁷¹ Karakaya, "5651 Sayılı Kanun'un," 125.

onu özel ve genel normdan dilediğine dayanmakta serbest bırakmak suretiyle yeni imkânlar tanımak istemiş de olabilir.⁷² Burada kanun koyucunun iradesini iyi tespit etmek gerekir. Zira iki hükmün birbirine göre özel ve genel hüküm teşkil etmeleri genel hükmün bertaraf edilmesi için yeterli değildir. Kanun koyucunun bir özel hüküm sevk ederken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün genel hükmü bertaraf edici (*exclusive*) nitelikte olmasını arzu ve irade etmiş olması da lazımdır.⁷³ Kanun koyucu bazen direkt veya dolaylı olarak bu iradesini ifade eder. Kanun koyucu amacını dolaylı olarak veya direkt olarak ifade etmemişse ve hükmün kaleme alınış tarzından da bu konuda bir sonuca varılamıyorsa bu durumda, kanunun özel hükümle güttüğü amaca bakmak gerekir. Genel hükmün alternatif olarak uygulanması, özel hüküm ile güdülen amacı akim bırakacaksa özel hükmün genel hükmü bertaraf edici olduğu kabul edilmelidir.⁷⁴ Genel hükmün hak sahibi için her bakımdan avantajlı olması halinde durum böyledir; zira bu takdirde hak sahibi daima kendisi için avantajlı olan genel hükme istinat edecek ve sonuç olarak özel hüküm hiç uygulanamayacak ve kanunun özel hükümle varmak istediği amaç ve sonuç akamete uğrayacaktır.⁷⁵ 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi düzenlemesine bakıldığında TMK m. 24-25 hükümlerinin artık uygulanmaması gerektiğine yönelik direkt veya dolaylı bir irade görülmemektedir. TMK hükümlerinin uygulanması, 5651 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasındaki amacı akamete uğratacak nitelikte de değildir. Zira TMK hükümleri her bakımdan hak sahibi için daha

⁷² Tahir Çağa, "Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 3 (1991): 368.

⁷³ Çağa, "Özel Hüküm," 373.

⁷⁴ Çağa, 375.

⁷⁵ Çağa, 374-375.

avantajlı değildir. Örneğin daha hızlı karar alma noktasında ve husumet yöneltme zorunluluğu olmama noktasında 5651 sayılı Kanun TMK'ya göre daha avantajlıdır. O halde 5651 sayılı Kanun'unda yer alan söz konusu düzenlenmenin yürürlüğe girmesiyle TMK hükümlerinin artık uygulanmayacağı yorumu doğru değildir.

Ayrıca 5651 sayılı Kanun ile TMK hükümleri kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarında fiili netice aynı olsa da hukuki netice ve hukuki yarar noktasında farklılar vardır.⁷⁶ Şöyle ki 5651 sayılı Kanun kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları işin esasına yönelik tespit hükmü içermemekte, hatta içerik yayından çıkartılırsa karar kendiliğinden hükümsüz kalmaktadır. Oysa saldırıya son verme davası sonunda verilecek karar, kişilik hakkına yönelik müdahalenin aynı zamanda hukuka aykırı olduğunun tespitini içereceği ve bu konuda kesin hüküm teşkil edeceği için hukuki netice açısından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla mağdurun (acele işler veya husumetin yöneltileceği kişinin belli olmaması gibi haller dışında) son verme davası açarak kesin hüküm elde etmeyi istemekteki hukuki yararı daha farklıdır.⁷⁷ Bu nedenle, TMK hükümlerinin 5651 sayılı Kanun'un yanında uygulanmasında bir sakınca olmadığı gibi hukuki yarar bulunmaktadır.

Öte yandan özel kanunun genel kanunu ilga edeceği ilkesi, bir "çatışma çözme" kuralı olup bu ilke, ancak iki hükmün arasında çatışma/çelişki var ise uygulanır.⁷⁸ Oysa 5651 sayılı

⁷⁶ Sinan Sami, Akkurt, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 403-404.

⁷⁷ Akkurt, *Sosyal Medyada*, 404.

⁷⁸ Yaşar Karayalçın ve Aynur Yongalık, *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008), 151; Gözler, "Kişilik Haklarının İhlal," 1076; Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri," iç. *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm*

Kanun ile TMK hükümleri arasında bir çatışma veya çelişki bulunmamaktadır. O halde 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi, TMK m.24-25 maddeleri karşısında özel hüküm olmayıp bu hükümlerin yanında uygulanabilecek ek bir hükümdür.⁷⁹ Bu yönüyle de TMK hükümlerinin 5651 sayılı Kanun'un yanında uygulanmasında bir sakınca yoktur.

Sonuç olarak kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle erişimin engellenmesinde TMK m. 24-25 hükümleri de uygulanabileceğinden asliye hukuk mahkemesinin bu maddeler kapsamında koruma davaları yoluyla veya ihtiyati tedbir yoluyla erişimin engellenmesi kararı verme görevi bulunmaktadır.

E. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Erişimi Engelleme Görevi

5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesinde özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi⁸⁰ düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği de esasen kişilik haklarından biridir. Özel hayatın gizliliğinde özel yaşam alanına ilişkin mahrem bilgiler bulunmaktadır. Bu yönüyle diğer kişilik haklarından ayrılmaktadır. Fakat özel hayatın gizliliği daha dar kapsamlı bir kişilik hakkıdır. Örneğin bir kimsenin fotoğraf ya da videosunun rızasına aykırı olarak internet ortamında gösterimi, kişilik haklarının ihlali olarak görülebilecek iken aynı görüntüler her zaman özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyecektir.

Somutlaştırması, ed. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012), 97; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuka Giriş* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 127.

⁷⁹ Gözler, "Kişilik Haklarının İhlal," 1079.

⁸⁰ Özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle yapılan başvurularda sadece erişimin engellenmesi talep edilebilmekte olup içeriğin yayından çıkarılması talep edilememektedir.

Zira her görüntü kişinin başkalarının görülmesini istemediği özel yaşam alanına dair unsurları içermemektedir.⁸¹ Kanun koyucu özel hayatın gizliliğinin ihlali için ayrıca özel olarak düzenlemek istemiştir. Kanun gerekçesinde niçin 9. maddeden ayrı özel bir düzenleme yapma gereği duyulduğuna dair bir bilgi yer almamaktadır. Ancak mahremiyet açısından diğer kişilik haklarına nazaran çok daha hızlı reaksiyon alınması gereken bir alan olması nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlali durumunda 9. maddeye göre nispeten hızlı bir yol öngörülmüş olduğu kanaatindeyiz. Bu düzenleme ile kişilerin hâkim onayına sunmak şartıyla taleplerini BTK'ya iletilmesiyle veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde BTK Başkanı'nın resen vereceği bir kararla erişimin engellenmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki özel hayatın gizliliği aynı zamanda bir kişilik hakkı niteliğinde de olduğu için 9/A maddesinde düzenlenen bu yol yerine, 9. madde kapsamında doğrudan sulh ceza hâkimliğine başvurularak erişimin engellenmesi talebinde bulunmanın önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle yapılan başvurularda sadece URL adresine erişimin engellenmesi talep edilebildiğinden⁸² teknik olarak erişimin engellenemeyeceği durumlarda⁸³ kişilerin bu yola başvurma pratik bir fayda sağlamayacaktır. Bu durumlarda 9/A maddesi yerine 9. madde kapsamında doğrudan hâkimden içeriğin yayından çıkarılmasına karar vermesini talep etmek, tercihe şayan olacaktır.

5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının

⁸¹ Pehlivanoglu, "Kişilik Haklarının," 293.

⁸² Alan adına erişimin engellenmesi veya içeriğin yayından çıkarılması talep edilemez.

⁸³ "https" protokolüne sahip alan adına erişimin engellenmesi mümkün iken "https" protokolüne sahip URL adresine erişimin engellenmesi teknik olarak mümkün değildir.

gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, BTK'ya doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir. Yapılan bu istekte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmesi gerekir. Bu bilgilerde eksiklik olması halinde talep işleme konulmaz. BTK Başkanı, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhal ESB'ye bildirir. Erişim sağlayıcılar da bu tedbir talebini derhal ve en geç dört saat içinde yerine getirir.

Burada BTK'nın söz konusu başvurudaki içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini değerlendirmede takdir yetkisinin olup olmadığını incelemek gerekir. Kanun'un m. 9/A-2 hükmüne göre erişimin engellenmesi için yapılan talepte, hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmesi gerekir. Bu bilgilerde eksiklik olması halinde talep işleme konulmaz. Bu madde hükmünün mefhumu muhalifinden anlaşılan manaya göre talepte yer alması gereken söz konusu bilgilerde eksiklik yoksa talep işleme konulmalıdır. Ayrıca Kanun'un m. 9/A-3 hükmünde,⁸⁴ Başkan'ın önce taleple ilgili erişimin engellenmesine karar verip sonra bu kararı ESB'ye göndereceği düzenlenmemiş, bilakis Başkan'ın doğrudan talebi uygulanmak üzere ESB'ye göndereceği düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile Kanun, talebin BTK'ya ulaşması ile (şayet istenilen belgelerde eksiklik yok ise) BTK'nın, başkaca bir değerlendirme yapmadan talebi doğrudan ESB'ye göndermesini düzenlemiştir. Kaldı ki, aşağıda da değinileceği üzere, kişilerin BTK'dan talepte bulundukları saatten itibaren 24 saat içerisinde bu talebini sulh

⁸⁴ "Başkan, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir."

ceza hâkimliğinin kararına sunması gerekmektedir. Şayet BTK'ya burada bir takdir yetkisi tanınmış olsaydı kişilerin, taleplerini BTK'dan talepte bulundukları saatten itibaren değil BTK'nın erişimin engellenmesi kararı vermesinden itibaren 24 saat içerisinde hâkimliğin kararına sunması gerekirdi. Aksi yönde düşünülmesi durumunda, BTK'nın erişimin engellenmesi kararı verip vermeyeceği henüz belli değilken, ortada bir erişimin engellenmesi kararı da henüz yokken kişilerin hâkimin kararına tam olarak neyi sunacakları belirsiz hale gelecektir. Faraza BTK'nın talebi reddetmesi durumunda kişiler olmayan bir erişimin engellenmesi kararını hâkimin kararına sunmuş olacaklardır ki bu, abesle iştigaldir. O halde bu konuda BTK'nın talepte yer alan içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini değerlendirme görevi bulunmamaktadır. Talepte istenilen belgelerde eksiklik yok ise BTK talebi doğrudan ESB'ye gönderecek, ESB'nin de talebi erişim sağlayıcılara göndermesiyle erişimin engellenmesi yerine getirilmiş olacaktır. BTK'nın buradaki takdir yetkisi ise sadece talepte yer alması gereken bilgi ve belgelerin var olup olmadığı konusundadır. Ayrıca maddede kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgiler istenildiğine göre talepte bulunan kişinin ihlal konusu yayınlı bir ilişkisi olup olmadığını da BTK değerlendirebilmelidir. Ayrıca talep edenin özel hayatını ihlal ettiği iddia edilen yayının başvuru yapıldığı sırada da devam ediyor olması gerekmektedir.⁸⁵ Zira yayından kaldırılmış bir içerik için erişimin engellenmesi talebinde bulunulamaz. Bu nedenle BTK talep konusu yayının aktif olarak devam edip etmediğini de değerlendirebilmelidir. Fakat bu hususlarda bir eksiklik var olduğu için talep işleme konulamayacak ise bu durum, talep eden hâkimliğe başvurmadan derhal talep edene bildirilmelidir. Aksi halde olmayan bir erişimin engellenmesi için hâkimliğe başvurularak hâkimlik meşgul edilmiş olacaktır.

⁸⁵ Doğan, "5651 Sayılı İnternet," 608.

BTK'nın talep konusu içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal edecek nitelikte olup olmayacağını değerlendirme görevi bulunmadığına değindik. Talepte yer alması gereken şartlar tamamlanmışsa BTK erişimin engellenmesi talebini yerine getirmek durumundadır. Diğer bir ifadeyle BTK bir ön denetim yapmadan erişimin engellenmesini sağlayacaktır.⁸⁶ Esasen bu durumda erişimin engellenmesi kararını veren, talepte bulunanın kendisi olmaktadır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi madde düzenlemesinde kişinin talebinden sonra, talepte yer alan adrese erişimin engellenmesi kararı verecek bir merci belirtilmemiştir. Söz konusu madde bu yönüyle eleştiriye açık bir maddedir. BTK'ya, talepte yer alan içeriğin özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediğini değerlendirme noktasında bir takdir yetkisi tanınarak, erişimin engellenmesi kararını BTK'nın vermesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Kişiler, özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi talepleri için fiziken veya e-Devlet kapısı üzerinden BTK'ya başvuru yapabilmektedirler.⁸⁷ Fakat kişiler bu talepte bulunduğu andan itibaren 24 saat içerisinde taleplerini sulh ceza hâkiminin kararına sunmalıdırlar. Hâkim ise 48 saat içerisinde bu konuda bir karar vermelidir. Hâkimin 48 saat içerisinde karar vermemesi durumunda erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkacaktır. Bu husus Kanun'un 9/A

⁸⁶ Eylül Can Köse, "5651 sayılı Kanun Aracılığıyla İnternet Ortamında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (2020): 2241.

⁸⁷ "Özel Hayatın Gizliliğinin İhlaline Yönelik Bireysel Başvuru," Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, erişim tarihi: Ekim 15, 2021, <https://internet.btk.gov.tr/haberler/ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlaline-yonelik-bireysel-basvuru>.

maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.⁸⁸ Bu madde hükmüyle ilgili olarak; talep edenlerin taleplerini hâkim onayına sunmasından sonra hâkimin en geç kırk sekiz saat içinde kararı açıklamamasının yaptırıma bağlandığı fakat talep eden kişilerin, taleplerini yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunmamlarının yaptırımının yasada düzenlenmediği, bu nedenle yirmi dört saat içinde, talep eden kişiler tarafından taleplerin yargıç onayına sunulmaması halinde, erişimin engellenmesinin -hukuka aykırı da olsa- uygulanmasına devam edilmesi tehlikesi bulunduğu ifade edilmiştir.⁸⁹ Bu eleştiriye biz de katılmaktayız. Zira kişilerin taleplerini hâkimliğe sunmamları haline açıkça bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda, kişilerin 24 saatlik hâkimliğe başvurma süresi + hâkimin 48 saatlik karar verme süresi olmak üzere toplam 72 saat sonra BTK'ya taleple ilgili herhangi bir karar gelmemişse erişimin engellenmesi kaldırılacaktır. Fakat 72 saat boyunca sadece kişi talebi üzerine erişim engellenmiş, ifade özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Bu ise hukuk devletinde olmaması gereken ciddi bir eksikliktir. Madde metninde yer alan *“aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.”* ibaresinin, içinde bulunduğu cümle ile birlikte kendisinden önceki cümleye de şamil olduğu; bir diğer ifadeyle, hem hâkimin en geç kırk sekiz saat içinde kararını açıklamaması halinde hem de kişilerin BTK'dan talepte bulundukları saatten itibaren yirmi dört saat içinde taleplerini sulh ceza hâkiminin kararına sunmamları halinde erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkacağı yorumu yapılabilir. Fakat bu durumda

⁸⁸ “Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Kuruma gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.”

⁸⁹ Şaban Cankat Taşkın, “İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar” (Doktora tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2015), 380.

BTK'nın talepte bulunan kişilerin sulh ceza hâkimine başvurup başvurmadıklarını nasıl tespit edeceği sorunu gündeme gelecektir. BTK'nın böyle bir tespit yapması oldukça güçtür. Bu nedenle bu yorum pek sağlıklı görünmemektedir. Bu nedenle söz konusu hususta bir boşluk bulunmakta olup bu konuda bir düzenleme yapılmalıdır. Kişilerin 24 saat içinde sulh ceza hâkimine başvurmaması halinde de erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkacağı açıkça düzenlenmelidir. BTK'nın talepte bulunan kişilerin hâkime başvurup başvurmadıklarını tespit edebilmesi için ise talepte bulunan kişiler için, talepte bulundukları andan itibaren 24 saat içinde hâkime başvurduklarına dair bir belgeyi e-posta veya farklı bir yolla BTK'ya ulaştırma zorunluluğu getirilmelidir. Böyle bir belgenin 24 saat içerisinde BTK'ya sunulmaması halinde erişimin engellenmesi tedbiri kaldırılmalıdır. Ayrıca tedbirin kendiliğinden nasıl kalkacağı da belirsizdir. Erişimin engellenmesi için talep BTK tarafından ESB'ye gönderildiğine göre, erişimin engellenmesinin kaldırılması için de bu usul kullanılarak BTK'nın ESB'ye bildirimde bulunmasıyla tedbirin kaldırılması sağlanmalıdır. Zira yetkide paralellik ilkesi gereğince bir işlemin yapılması için yetkili olan makam, kanunda aksine hüküm yoksa o işlemin, değiştirilmesi, ilgası veya geri alınması için de yetkilidir.⁹⁰ Bu sonuca bu ilke yoluyla ulaşılsa da tedbiri kimin kaldıracağının da açıkça kanunda düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Hâkimin 48 saat içinde karar vermesinden sonra, BTK Başkanı'nca bu karara karşı CMK hükümlerine göre itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Hâkimin vereceği bu karara karşı BTK Başkanı'nın itiraz edebileceği düzenlense de talepte

⁹⁰ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019), 278.

bulunanın veya içerik/yer sağlayıcının itiraz edebileceğine dair bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle talepte bulunanın veya içerik/yer sağlayıcının itiraz hakkı olmaması eleştirilmiştir.⁹¹ Fakat biz burada CMK hükümlerine göre talepte bulunanın ve içerik/yer sağlayıcının da itiraz hakkı olduğu kanaatindeyiz. Zira burada BTK Başkanı'na ayrıca itiraz yetkisi verilmesinin nedeni bizce; karara itirazın BTK Başkanı'na münhasır kılınmasından ziyade CMK hükümlerine göre hâkim kararına itiraz edeceklerin yanında BTK Başkanı'na da ayrıca bu yetkinin verilmek istenmesidir. Elbette bu itiraz, hâkim tarafından içeriğe erişimin engellenmesi kararının kaldırılması veya onaylanması olasılığında geçerlidir. Talebin 24 saat içinde hâkim onayına sunulmaması durumunda ise BTK Başkanı'nın veya içerik/yer sağlayıcının itiraz için başvurabileceği bir yol düzenlenmemiştir.⁹²

Erişimin engellenmesine konu içeriklerin yayından çıkarılması halinde hâkimin kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir. Ancak içeriğin yayından çıkarılıp çıkarılmadığının tespitini kimin yapacağı ve hükümsüz kalan kararın gereğini kimin ne şekilde yerine getireceği konusunda maddede yeterli hüküm bulunmamaktadır.⁹³ Bu konuda da düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesinin 8. fıkrasında özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Başkan'ın emri üzerine erişimin engellenmesinin BTK tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerden ne anlaşılması gerektiği muğlaktır. Esasen internet ortamının hızlı ve dinamik yapısı nedeniyle, internette özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesine bağlı olan tüm hallerin gecikmesinde bir sakınca bulunmaktadır. Bu madde metninden kastedilen mananın ne

⁹¹ Kaya, "Elektronik Ortamda," 375.

⁹² Taşkın, "İnternete Erişim Yasakları," 380.

⁹³ Kent, Türkiye'de İnternet, 121.

olduğu belirsizlik taşımaktadır. Fakat özellikle kamuoyunca tanınan, bilinen kişilerin şantaj veya başka bir amaçla uygunsuz görüntülerinin internet ortamına sızdırılması durumunda, kamuoyunda infiale ve kaosa sebep olunmasını, söz konusu kişinin şeref ve haysiyetinin zedelenmesini ve ihlalin büyümesini engellemek amacıyla, söz konusu kişinin talep etmesini beklemeden BTK Başkanı tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi bu madde kapsamında değerlendirilebilir.

BTK Başkanı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının 24 saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı, hâkimin ise kararını 48 saat içinde açıklayacağı düzenlenmiştir. Fakat hâkimin kararını 48 saat içinde açıklamaması veya kararın 24 saat içinde hâkim onayına sunulmaması durumunda kararın akıbetinin ne olacağı düzenlenmiş değildir. Kanun'un 9/A maddesinin 5. fıkrasında, söz konusu durumda erişimin engellenmesinin kendiliğinden kalkacağı düzenlenmişti. Fakat bu fıkra hükmünde erişimin engellenmesinin kalkacağı düzenlenmemiştir. Esasen hukuk devletinde idareye verilen görevin yerine getirilmemesi gibi bir durum düşünülemez. Bu sebepten olsa gerek kanun koyucu söz konusu duruma ilişkin bir yaptırım düzenlemeye gerek görmemiştir. Fakat mevcut halde fıkra lafzına göre düşünülecek olursa herhangi bir sebeple BTK Başkanı'nın, erişimin engellenmesi kararı verdikten sonra kararını sulh ceza hâkiminin onayına sunmaması veya hâkimin kararını 48 saat içinde açıklamaması haline madde metninde herhangi bir yaptırım düzenlenmediği için erişimin engellenmesi tedbirinin devam edeceği sonucu çıkar.⁹⁴ Elbette BTK Başkanı'nın kanunla verilen bu görevi yerine getirmemesi görevi ihmal suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti meçhul olacaktır. Bu bir boşluktur ve bu boşluk, ya 9/A maddesinin 5. fıkrasında yer alan

⁹⁴ Aksi yönde bkz. Kent, *Türkiye'de İnternet*, 122; Kılınç, "5651 Sayılı," 603.

“aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar” şeklindeki düzenlemenin, söz konusu 9. fıkra bakımından da kıyasen uygulanmasıyla ya da ilgili fıkraya benzeri bir cümlelerin eklenmesiyle giderilebilecektir.⁹⁵ Bu boşluk kanun koyucu tarafından giderilinceye kadar *“aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar”* şeklindeki düzenleme 9. fıkra bakımından da kıyasen uygulanmalı ve kararın 24 saat içinde hâkim onayına sunulmaması veya hâkimin kararını 48 saat içinde açıklamaması durumunda erişimin engellenmesi kaldırılmalıdır.

F. Erişim Sağlayıcıları Birliğinin Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Çıkarılmasındaki Görevi

ESB, 5651 sayılı Kanun’un 6/A maddesi uyarınca aynı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışında verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması konusunda koordinasyon görevine sahip bir özel hukuk tüzel kişisidir. ESB’nin koordinasyon görevine sahip olması nedeniyle, ESB’ye gönderilmesi gereken erişimin engellenmesi kararlarının ESB’ye gönderilmesi halinde, ESB de söz konusu kararları uygulanmak üzere üyesi olan tüm erişim sağlayıcılara iletmektedir.⁹⁶ Dolayısıyla erişimin engellenmesi işlemini ESB değil, ESB’ye üye olan erişim sağlayıcıların her biri ayrı ayrı yapmaktadır.

ESB’nin erişimi engelleme görevi olmamakla birlikte, doğrudan bir erişimin engellenmesi kararı verme görevi de bulunmamaktadır. Fakat ESB’nin, başvuru halinde, daha önceden sulh ceza hâkimliklerince verilmiş erişimin engellenmesi kararlarını aynı içeriğe sahip URL adresleri için de

⁹⁵ Taşkın, “İnternete Erişim Yasakları,” 382.

⁹⁶ İçeriğin yayından çıkarılması kararlarında ise; ESB, söz konusu kararı uygulanmak üzere ilgili içerik/yer sağlayıcılara bildirmektedir. İlgili içerik/yer sağlayıcı içeriği yayından çıkarmaktadır.

uygulama görevi bulunmaktadır. Bu görev 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesinde öngörülmüştür.⁹⁷ Bu maddede öngörülen usulün uygulanması için: 1-5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre verilmiş bir sulh ceza hâkimliği kararı olmalıdır; 2-Hâkimlik kararında yer alan kişilik haklarının ihlaline ilişkin yayının aynısı⁹⁸ başka internet adreslerinde yayınlanmalıdır; 3-Kişilik hakkı ihlal edilen kişi aynı yayına erişimin engellenmesi

⁹⁷ "Bu madde kapsamında hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır."

⁹⁸ 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesinin iptal edilen önceki halinde "aynı mahiyette" olan yayınların bu kapsamda işleme alınacağı belirtilmekte idi. Ancak Anayasa Mahkemesi kararı ile söz konusu kısım ("aynı mahiyette") iptal edilmiştir. Bu nedenle ESB tarafından yalnızca "aynı içeriklerle" ilgili olarak 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesi uygulanabilecektir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesinin ne şekilde uygulanacağını da şu şekilde açıklamıştır: "Hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının aynısının bir başka internet adresinde yayınlanması durumunda Birlik tarafından kararın bu adresler için de uygulanmasında sorun bulunmamaktadır. Bu durumda mevcut kararın bu adresler için de uygulanması, söz konusu hâkim kararının yerine getirilmesinden ibarettir. Çünkü belirtilen yayının kişilik hakkını ihlal ettiği mahkeme tarafından tespit edilmiş durumdadır. Birliğin burada yapacağı şey, söz konusu yayının aynı olup olmadığını ve ihlale konu yayının belirtilen internet adresinde aynen veya bir parçasının yayınlanıp yayınlanmadığını belirlemekten ibarettir. Ayrıca, hâkim kararını etkisiz kılacak şekilde çok küçük değişiklikler yapılmak suretiyle aynı eylemin gerçekleştirilmesi halinde de ihlale konu yayının aynı olduğu kabul edilmelidir. Burada Birlik tarafından hukuki bir değerlendirme yapılması söz konusu olmayıp maddi olay tespit edilecektir. Bu durumda da erişimin engellenmesi kararının uygulanacağı yayın, daha önce hâkim kararıyla tespit edilmiş olduğundan herhangi bir belirsizlikten bahsedilemeyeceği gibi ifade hürriyetinin keyfi veya ölçsüz şekilde sınırlandırılmasından da söz edilemez." Bkz. AYM, E.2014/87, K. 2015/112, 08.12.2015, B.119.

için usulüne uygun şekilde⁹⁹ ESB'ye müracaat etmelidir. Bu şartların sağlanması durumunda ESB, talepte yer alan aynı içeriklere, daha önceden verilmiş erişimin engellenmesi kararını¹⁰⁰ uygulayarak söz konusu içeriklere erişimin engellenmesi için erişim sağlayıcılara bildirimde bulunur.

ESB'ye aynı içeriklere hâkimlik kararını uygulama görevi verilmiş olsa da ESB'nin daha önce verilmiş erişimin engellenmesi kararında yer alan içeriklerin ne olduğunu nasıl tespit edeceği hususu belirsizdir. Zira erişimin engellenmesine karar verilen içeriğe erişim engellenmiştir, içeriğin çıkarılmasına karar verilen içerik ise yayından çıkarılmıştır. Engellenen veya yayından çıkarılan bu içeriklere ESB de ulaşamayacaktır. Engellenen adreslerin "https" protokolüne sahip olduğu varsayımında "https" protokolüne sahip adreslere erişimin engellenmesi teknik olarak mümkün olmadığından şayet içerik yayından çıkarılmadıysa ESB bu içeriklere ulaşabilecektir. Fakat bu varsayımda da içerik sağlayıcının söz konusu içeriği değiştirmiş olma ihtimali bulunmaktadır. ESB'nin ise hâkimin karar verdiği andaki ihlal konusu içerikleri bilmesi gerekmektedir. Bunun için de ESB'nin karar tarihindeki ekran görüntülerine ulaşması gerekir. Bu ekran görüntülerinin ESB tarafından kayıt altına alınması gerektiğine dair yasal bir düzenleme yoktur. O halde ESB'de bu kayıtların bulunmadığı varsayılır. ESB'nin bu durumda yapabileceği tek şey kararı veren sulh ceza hâkimliğinden, söz konusu kararda yer alan içeriklerle ilgili ekran görüntülerini talep etmektir. Hâkimlikte

⁹⁹ ESB Tüzüğü M. 5/1-a/bb: "Kişilik hakkının ihlaline dair Hâkimin verdiği erişim engelleme kararına konu yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda; ilgili kişi tarafından Birliğe ıslak veya güvenli elektronik imzalı müracaatı halinde, Birlik tarafından mevcut karar bu adresler için de uygulanır."

¹⁰⁰ Şayet hâkimlik kararı içeriğin yayından çıkarılmasına yönelik bir karar ise ESB, talep konusu aynı içeriklerin yayından çıkarılmasına yönelik olarak kararı bu içeriklere uygulayacaktır. Elbette ESB'nin bu kararı, uygulanmak üzere içerik/yer sağlayıcılara gönderilecektir.

ekran görüntüleri varsa sorun yoktur. Fakat ekran görüntüleri taraflarca her zaman hâkimliğe sunulmamış olabilir. Hâkimliğin de ihlal konusu ekran görüntülerini kayıt altına alma görevi olmadığından bu ekran görüntülerine her zaman ulaşabilmek mümkün değildir. Kaldı ki ekran görüntüleri olsa bile bu ekran görüntülerinin hâkimlik tarafından ESB'ye ulaştırılması zaman alacaktır. Bu sorun ise 9/9 maddesi gereğince yapılan başvuruların neticelenmesini zorlaştıracak, bazen imkânsız kılacaktır. Bu boşluk şu 2 yoldan birisiyle çözülebilecektir: 1- Karar veren hâkimliklere, ihlal konusu içeriklere ait ekran görüntülerini açık bir şekilde alarak kararla birlikte ESB'ye gönderme görevi verilerek 2- ESB'ye, sulh ceza hâkimliklerinden gelen erişimin engellenmesi kararlarını uygulamadan önce ihlal konusu içeriklerin ekran görüntüsünü alma görevi verilerek. Fakat 2. seçenekte, kararın ESB'ye ulaşmasına kadar geçen süre içerisinde içerikler değiştirilmiş veya yayından kaldırılmış olabileceğinden bu ekran görüntülerinin hâkimlik tarafından temin edilip kararla birlikte ESB'ye gönderilmesi daha doğru bir tercih olacaktır. Böylece aynı içerik nedeniyle erişimin engellenmesi talep edildiğinde ESB'de sürekli hazır bulunan ekran görüntüleri sayesinde ESB hızlıca içeriklerin aynı olup olmadığının değerlendirmesini yapabilecektir.

Elbette iş yoğunluğu nedeniyle hâkimliklere bir de ekran görüntüsü alma görevi verilmesi makul görülmeyebilir; ancak bu, bilişim sistemlerinin aktif kullanılmasıyla üstesinden gelinebilecek bir sorundur. Şöyle ki; hali hazırda Türkiye Noterler Birliği'nin E-Tespit hizmeti bulunmaktadır. Bu hizmet ile internet ortamında yayınlanan sayfaların ve indirilebilen dosyaların tespiti Türkiye Noterler Birliğinin internet sitesinden kolayca yapılabilmektedir. Bu tespit işlemi yapıldıktan sonra işlemin kesinleşmesi için mesai saatleri içinde herhangi bir

noterliğe başvurularak tespit tutanağı hazırlatılabilmektedir.¹⁰¹ Bu yöntem ile kişilerin ihlal konusu içeriğin ekran görüntüsünü resmi bir delil suretinde alması mümkündür. Elbette bu işlem belli bir ücrete tabidir. Yukarıda bahsedilen soruna çözüm olarak kişilere, erişimin engellenmesini talep etmeden önce E-Tespit sistemi üzerinden ekran görüntüsü alıp hâkimliğe sunma zorunluluğu getirilmesi akla gelse de E-Tespit sisteminin ücrete tabi olmasından ve erişimin engellenmesinin aciliyeti karşısında kişilerin ekran görüntüsü almayla uğraşması vakit kaybına sebep olacağından bu yöntemin zorunlu tutulması kanaatimizce uygun değildir. Fakat bu sistemi ücretsiz ve daha pratik şekilde yapmak mümkündür. Bunun için, aşağıda da değineceğimiz üzere, öncelikle kişilerin erişimin engellenmesi talebini UYAP sistemi üzerinden ilgili hâkimliğe iletebilmesi sağlanmalıdır. Ardından kişilerin UYAP sistemi üzerinden başvuru yaptığı esnada ihlal konusu içeriğin adresini/adreslerini sisteme girmesi sağlanmalıdır. Sonrasında kişilerin sisteme girmiş olduğu adreste bulunan içeriğin ekran görüntülerinin sistem tarafından otomatik olarak alınması sağlanmalıdır. Bu şekilde tamamlanan başvuru, kararı verecek olan hâkimin karşısına ekran görüntüleriyle birlikte hazır bir şekilde gelmiş olacak ve aynı zamanda hâkimin kararını daha hızlı ve kolay vermesi de sağlanacaktır. Hâkim tarafından gerekli incelemeler yapıldıktan sonra erişimin engellenmesine karar verilen adresler için ESB'ye UYAP üzerinden bildirimde bulunulacağından, söz konusu karar ile birlikte erişime engellenen içeriklerin sistem tarafından alınmış olan ekran görüntüleri de ESB'ye gönderilecektir. Böylece ESB, söz konusu ekran görüntülerine kolay, masrafsız ve sağlıklı bir şekilde ulaşmış olacaktır. Bu sistemi kullanmadan fiziken başvuru yapılması durumunda ise kişilerin zaman damgalı ve internet adresi ile içeriğin net görüldüğü ekran görüntülerini alarak hakimliğe sunması zorunlu olmalıdır. Bu

¹⁰¹ "E-Tespit," Türkiye Noterler Birliği, erişim tarihi: Aralık 5, 2021, <https://e-hizmet.tnb.org.tr/tespit/>.

durumda hâkim erişimin engellenmesine karar verirse talep edenin sunduğu bu ekran görüntülerini ESB'ye göndermelidir. Ayrıca herhangi bir aksaklık nedeniyle ESB'ye ekran görüntülerinin gönderilememesi durumunda ise ekran görüntülerinin ESB tarafından alınabilmesi sağlanmalıdır.

Kanun'da ESB'nin benzer içerik başvurusuna ilişkin bu talebi ne kadarlık süre zarfında yerine getireceğine dair bir düzenleme de yapılmamıştır. Esasen, ESB'nin sınırlı bir süre içerisinde talebi yerine getirmesini istemek yukarıda arz edilen ekran görüntüsü sorunu nedeniyle makul da değildir. Zira ESB'nin elinde erişime engellenen içerikler ile talep konusu yayının aynı olup olmadığını değerlendirecek veriler her zaman bulunmamaktadır. Bu sebeple ESB ilgili hâkimliğe yazı yazarak erişimin engellenmesine karar verilen içerikler ile ilgili ekran görüntüsü, cd kaydı gibi materyalleri talep edecektir. Fakat bu görüntüler o hâkimlikte hiç olmayabilir, olsa bile arşivden bilgileri alıp üst yazı hazırlayarak ESB'ye gönderene kadar hayli bir süre geçmiş olacaktır. Bu süre bazen haftaları bazen ayları bulabilecektir. Bu nedenle ESB'yi belli bir zamanla sınırlamak doğru olmayacaktır. Fakat diğer taraftan hakları ihlal edilen kişilerin taleplerinin bir an önce yerine getirilmesi de gerekmektedir. Bunun için yukarıda bahsedilen önerimiz doğrultusunda veya farklı bir şekilde düzenleme yapılarak ESB'nin ekran görüntülerine hızlıca erişmesi sağlandıktan sonra ESB'nin, belirlenecek makul bir süre içerisinde talepleri yerine getirmesine dair de düzenleme yapılmalıdır.

Başka bir eksiklik ise ESB'nin 9/9 maddesi kapsamındaki kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmemiş olmasıdır. Bu kararlara karşı itiraz yolu öngörülme de ESB'nin kendisine işlemini düzeltmesi için başvuru yapılmasında bir engel yoktur. Elbette bu seçenek yetersizdir. İtirazın ayrı bir merci tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda ESB'nin söz konusu kararlarının idari yargı denetimine açık olup olmadığı hususu

akla gelebilir. ESB bir kamu kurumu değil özel hukuk tüzel kişisidir. Bu nedenle ESB'nin verdiği kararların idari nitelikte olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bazen özel hukuk tüzel kişileri de kamu hizmeti faaliyeti yürütebilir, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak idarî işlemler yapabilirler ve bu işlemlerin yargısal denetimi idarî yargıya ait olabilir.¹⁰² Nitekim Danıştay, bir özel hukuk kişisi olan Türkiye Diyanet Vakfı yönetim kurulunun bir kararını idarî nitelikte sayarak, idarî yargının görev alanında saymıştır.¹⁰³ Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında, Dernekler Kanununa göre kurulan Türkiye Jokey Kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulu'nun kararını idarî nitelikte saymıştır.¹⁰⁴ Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerinin bazı işlemlerinin idarî nitelikte sayılması ve bu işlemlerin yargısal denetiminin idarî yargıda yapılması mümkündür. Bu kapsamda, ESB özel hukuk tüzel kişisi olsa da kamu hizmeti faaliyeti yürütmesi ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması nedeniyle yaptığı bazı işlemler idari nitelikte sayılmalı ve idari yargının denetimine açık olmalıdır. ESB'nin 5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesi kapsamında verdiği kararlar da bu kapsamda idari nitelikte bir işlem olup idari yargının denetimine açıktır. Zira bu karar, idari işlemlerin temel nitelikleri olan tek yanlılık, icrailik, kamu gücüne dayanma ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma gibi özellikleri barındıran bir işlemdir.¹⁰⁵

¹⁰² Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no.7 (2016): 391-392.

¹⁰³ Dan. 5. Daire, E.2000/624, K.2003/1085, T.01.04.2003. Aktaran: Çağlayan, *Hukukumuzda*, 393.

¹⁰⁴ UM, E.1995/2, K.1995/1, T.13.02.1995, RG.20.03.1995-22233: "...Jokey kulübünün sözü edilen faaliyetlerini Bakanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdürdüğü sonucuna varılmakta ve adı geçen komiserler heyetinin idarî bir kurul olduğu, kararlarının da idarî nitelik taşıdığı kabulü gerekmektedir..." Aktaran: Çağlayan, "Kamu Tüzel Kişiliği," 393.

¹⁰⁵ Çirakoğlu, "5651 sayılı," 100.

5651 sayılı Kanun'un 9/9 maddesi kapsamında verilen kararlara karşı idari yargı yolu açık olsa da kişilerin idari dava yoluna gitmesi durumunda, şayet yürütmenin durdurulması kararı verilmezse, davanın sonuçlanması aylar sürecektir. Ayrıca idari davanın harçları ve davanın reddedilmesi durumunda talep eden aleyhine vekalet ücretine hükmedilecek olması bu yolu masraflı hale de getirecektir. Haliyle ESB kararlarına idari yargıda itiraz etmek çoğunlukla makul bir seçenek olmayacaktır. Fakat mevcut halde uygulanabilir başka bir itiraz mekanizması da bulunmamaktadır.

ESB kararına itiraz etmek yerine sulh ceza hâkimliğine yeniden başvurmak daha makul ve hızlı bir yol olacaktır. Fakat uygulamada, aynı içeriğin başka adreslerde yayınlanması nedeniyle erişimin engellenmesi talebiyle tekrar sulh ceza hâkimliğine başvuru yapılması durumunda, Kanun'un 9/9 maddesi uyarınca ESB'ye başvurulması gerektiğinden bahisle talebin reddedildiği görülmektedir.¹⁰⁶ Oysa Kanun'un 9/9 maddesinde öngörülen bu yol seçimsel bir yoldur, zorunlu bir yol değildir. Bu sonuca söz konusu maddenin lafzından bile kolaylıkla ulaşılabilmektedir. Madde metninde yer alan *"...ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır"* hükmünde sadece ESB'ye başvurulması gerektiğine dair zorunluluk içeren bir ibare yer almamaktadır. Aynı içeriğe erişimin engellenmesi için sulh ceza hâkimine başvurulamayacağına dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı içeriğin başka adreslerde de yayınlanması durumunda hakları ihlal edilen kişiler, sulh ceza hâkimliğine ya da ESB'ye başvurmak noktasında serbesttirler. Ayrıca kişileri bu yola başvurmak zorunda bırakmak hakkaniyete de uygun değildir. Zira yukarıda ESB kararlarına itirazın çoğunlukla makul olmayacağından ve ESB'nin karar verme sürecinin uzayabileceğinden bahsettik. Gerçekten de

¹⁰⁶ İstanbul Anadolu 4. SCH, 2019/6525 D. İş, 25.09.2019.

ESB'ye başvurulması halinde, en iyi ve en hızlı ihtimali düşünecek olursak, talebin elektronik imzayla imzalanarak e-mail yoluyla hiçbir eksik olmadan ESB'ye iletilmesi, ESB'nin daha önceden erişime engellenen içeriklere ait ekran görüntülerine derhal ulaşacak imkânının bulunması, talep konusu içeriklerin hâkimlik kararındaki içeriklerle aynı olup olmadığının kontrolünün derhal yapılması, kontrolden sonra erişimin engellenmesi gereken içeriklerin tespit edilmesi, bu incelemenin yazıya geçirilmesi, bu yazının ESB'nin iç işleyişinde imzaya sunulması ve imzalar tamamlandıktan sonra söz konusu kararı erişim sağlayıcılara ileterek erişimin engellenmesi süreçleri en iyi ihtimalle 2-3 gün sürecek işlemlerdir. Hâlbuki kişilerin sulh ceza hâkimliğine başvurusu durumunda hâkimin 24 saat içinde karar verme zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla 9/9 maddesinde öngörülen düzenlemedeki ihlali giderme süresi, en iyi ihtimalde bile sulh ceza hâkimliğinin karar verme süresi kadar kısa değildir. Bu açıdan ESB'ye başvurmak, hâkimliklerin iş yükünün azaltılmasında etkinlik sağlasa da kişiler için ivedilik açısından pek de etkinlik sağlamamaktadır. Bu nedenlerle, hâkimlerin, aynı içeriklere erişimin engellenmesi için ESB'ye başvurulması gerektiğinden bahisle, kişilerin erişimin engellenmesi taleplerini reddetmesi hukuka ve hakkaniyete uygun değildir.

ESB'nin bir diğer görevi de yayından çıkarılan içeriğin hükümsüz kalması nedeniyle bu hükümsüzlüğün gereğinin yerine getirilmesi ile ilgilidir. 5651 sayılı Kanun'un 9/7 maddesinde, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir. Fakat bu madde birçok açıdan belirsizlikler içermektedir. Hâkimlik kararının hükümsüz kalmasından anlaşılması gereken nedir? Hükümsüz kalan kararın akıbeti ne olacaktır? Hükümsüz kalan kararın gereğini kim ve nasıl yerine getirecektir? İçeriğin yayından çıkarılmış olup olmadığını kim ve nasıl denetleyecektir? Bu soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Hâkimlik kararının hükümsüz kalmasından, bu kararın hukuk âleminde kaldırılması, artık bir hüküm ifade etmemesi, bir nevi yok kabul edilmesi anlaşılırsa bu durum, Kanun'un 9/9 maddesi ile çelişecektir. Şöyle ki 9/9 maddesinde, aynı içeriğin başka adreslerde de yayınlanması durumunda erişimin engellenmesi kararının bu adreslere de uygulanacağı belirtilmiştir. Şayet içeriklerin yayından kaldırılması nedeniyle erişimin engellenmesi kararı hükümsüz kaldıysa artık bu karar hukuk âleminde yok hükmünde olduğundan, bu karara dayanarak aynı içerik başvurusunda bulunmak dayanaktan yoksun bir işlem olacaktır. Fakat böyle bir yorum 9/9 maddesinde öngörülen bu hakkın kullanılmasını kısıtlayacağından bu yorum tercih edilmeyerek, karar hükümsüz kalsa da kararın aynı içerik başvurusuna dayanak olarak kabul edilmesinin kabulü daha yerinde olacaktır. Ayrıca erişimin engellenmesine konu "içeriğin" yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararının hükümsüz kalacağına dair düzenlemede "içeriğin" ibaresi yer aldığı için, birden fazla URL'nin yer aldığı kararda yalnızca bir URL'deki "içeriğin" yayından çıkarılması durumunda kararın tamamının hükümsüz kalacağı yorumu yapılabilir. Elbette lafzi yorum itibariyle doğru olan bu yorum amaçsal olarak doğru bir yorum değildir. Zira bir kararda birden fazla URL adresi erişime engellenmiş olabilir. Bu URL adreslerinden yalnızca biri veya birkaçının yayından kaldırılması durumunda karar yalnızca içeriği yayından kaldırılan bu adresler için hükümsüz hale gelmelidir. Bir diğer ifadeyle sadece içeriği yayından çıkarılan adreslerin erişiminin engellenmesi kaldırılmalıdır. Fakat kanaatimizce yukarıdaki gibi hak kısıtlayıcı yorumlara mahal vermemek adına, bu maddede, içeriklerin yayından çıkarılması durumunda kararın hükümsüz kalacağı değil, içeriği yayından çıkarılan adreslere erişimin engellenmesinin kaldırılacağı açıkça belirtilmelidir.

Hâkimlik kararının hükümsüz kalması, karar ile hükmedilen sonucun ortadan kaldırılmasını gerektirir. O halde,

erişimin engellenmesi kararının hükümsüz kalmasıyla kararda erişime engellenen adreslere erişimin engellenmesinin kaldırılması gerekecektir. Bu kaldırma işlemini ise ESB Tüzüğü'ne göre ESB'nin yapması gerekmektedir. ESB Tüzüğü M. 5/1-a/aa hükmüne göre *"Hâkim kararının hükümsüz hale geldiğinin tespiti için içerik veya yer sağlayıcısının Birliğe bildirimde bulunması esastır. Mahkeme kararına konu içeriğin çıkarıldığı veya engellendiğine dair bildirimin Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne, içerik veya yer sağlayıcısı tarafından Kanunun 3/3 maddesinde belirtilen usullerle yapılması halinde, kararın kendiliğinden hükümsüz hale gelmesi sebebiyle erişimin engellenmesi kararı uygulanmaz veya uygulanmış ise engelleme kaldırılır. İçerik veya yer sağlayıcısının beyanı ilgili mahkemeye yazı ile bildirilir."* Bu hükme göre içerik veya yer sağlayıcıların elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile içeriğin yayından kaldırıldığına dair ESB'ye bildirimde bulunmaları halinde ESB, erişimin engellenmesinin kaldırılması için üyesi olan erişim sağlayıcılara bildirimde bulunarak erişimin engellenmesinin kaldırılmasını sağlayacaktır. Peki, içerik/yer sağlayıcıların içeriklerin çıkarıldığına dair bildirimini erişimin engellenmesinin kaldırılması için yeterli olacak mıdır? ESB'nin, ayrıca içerik/yer sağlayıcıların içeriği yayından kaldırıp kaldırmadığını kontrol etmesi gerekecek midir? Şayet kontrol edecekse bu kontrolü nasıl yapacaktır? Elbette içerik/yer sağlayıcıların sadece bildirimini yeterli olmamalıdır. ESB'nin, içeriklerin gerçekten yayından kaldırılıp kaldırılmadığının kontrolünü yapması gereklidir. Zira doğruluğu kesin olmayan bir bildirimle dayanarak hâkimlik kararını hükümsüz bırakmak doğru olmayacaktır. Bu nedenle bildirimin doğruluğunun da araştırılması gerekmektedir.¹⁰⁷ ESB'nin, içerik/yer sağlayıcıların

¹⁰⁷ Ayrıca ESB'nin içeriğin yayında olmadığını tespit etmesi durumunda, içeriğin yayından kaldırıldığına dair ekran görüntüsünü de alarak delil oluşturması yerinde olacaktır. Zira içeriği yayından kaldıran içerik/yer sağlayıcının, erişimin engellenmesi kalktıktan sonra aynı içeriği aynı URL'den tekrar yayınlaması teknik olarak mümkündür.

bildiriminin doğruluğunu nasıl tespit edeceği meselesini, erişimi engellenen adresin “http” veya “https” protokolüne sahip olmasına göre iki ihtimalle ele almak gerekir. Erişime engellenen adresin “https” protokolü kullanması halinde bu adresin teknik olarak erişime engellenmesi mümkün olmadığı için içeriğin yayından kaldırılıp kaldırılmadığının kontrolü kolaydır. Zira hâlihazırda bu adrese erişim engellenemediğinden adreste içeriklerin yer alıp almadığının kontrolü kolaylıkla yapılacaktır. Fakat erişime engellenen adres “http” protokolüne sahip ise içeriğe erişim teknik olarak engellendiği için bu içeriğin bulunduğu adrese ESB de ulaşamayacak ve içeriğin yayından kaldırılıp kaldırılmadığını doğrudan kontrol edemeyecektir. Bu durumda ESB, erişimin engellenmesini aşacak yöntemler¹⁰⁸ kullanarak içeriğin yayından çıkarılıp çıkarılmadığının tespitini yapabilecektir. Fakat bu yol hem etik olarak pek uygun değildir hem de her zaman sağlıklı bir kontrol imkânı sunmaz. Bu durumda ESB’nin içeriğin yayından kalkıp kalkmadığını en doğru şekilde kontrol edebilmesi için söz konusu içeriğe erişimin engellenmesinin kaldırılması gerekecektir. Adresin erişime açılması halinde gerçekten içeriğin yayından kaldırılıp kaldırılmadığı teyit edilebilecektir. Fakat erişimin engellenmesi kaldırıldıktan sonra şayet içeriğin yayından kaldırılmamış olduğu görülürse karar hükümsüz kalmış sayılmayacağından adrese tekrar erişimin engellenmesi gerekecektir. Ayrıca bu durumda gerçekte hükümsüz kalmayan bir kararın sonucu ortadan kaldırılmış olacaktır ki bu hukuki bazı sorunlara vücut verecektir. Örneğin içeriğin erişime açıldığı bu süre zarfında bu durum nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen kişi zarar görürse bu zarardan kimin sorumlu olacağı sorunu gündeme gelecektir. Bu

¹⁰⁸ Bu yöntemler için bkz: Mehmet Bedii Kaya, *İnternet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 97-104. Bu yöntemlerden özellikle VPN ve diğer trafik aktarma yöntemleri ile online çeviri sistemleri kullanma yöntemleri kullanılabilir.

sorun makalemizin kapsamı dışında olacağı için detaylandırılmayacaktır. Fakat bu gibi sorunlara sebebiyet vermemek için erişimin engellenmesinin kaldırılmasına dair (ESB'nin içeriklerin yayından kaldırılıp kaldırılmadığının kontrolünü yapabilmesi için hangi teknik altyapıyı nasıl kullanacağını da belirten) detaylı bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

III. ERİŞİMİN ENGELLENMESİNDE YETKİLİ MAHKEME

A. Genel Olarak

5651 Sayılı Kanun'da erişimin engellenmesine yönelik taleplerle ilgili hangi yer sulh ceza hâkimliğinin yetkili olduğu düzenlenmemiştir. Bu durum ise uygulamada fazlaca yetkisizlik kararı verilmesine ve erişimin engellenmesi kararı verilmesinin gecikmesine sebep olmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi erişimin engellenmesi konusundaki olumsuz yetki uyuşmazlığına dair 2021 yılında¹⁰⁹ 15, 2020 yılında 18, 2019 yılında 32, 2018 yılında 10, 2017 yılında 3, 2016 yılında 90, 2015 yılında 19 olmak üzere 7 yılda toplam 187 karar vermiştir.¹¹⁰ Yetki uyuşmazlığını gidermekte Yargıtayın yanında Bölge Adliye Mahkemeleri ve tartışmalı olsa da ağır ceza mahkemeleri de görevlidir. Bu mahkemelerin de olumsuz yetki uyuşmazlığına dair kararlarını düşünürsek bu sayı daha da artacaktır. Elbette bu sayılar yalnızca, her iki mahkemenin de yetkisizlik kararı vermesi nedeniyle olumsuz yetki uyuşmazlığının çıktığı durumlarla ilgilidir. Yetkisizlik kararı verilip yetki uyuşmazlığının çıkmadığı durumları tespit edebilmemiz mümkün olmamakla birlikte uygulamada karşılaştığımız kadarıyla bu durumlar hiç de az değildir. Bu durumu da düşünecek olursak erişimin engellenmesi konusunda her yıl hatırı sayılır sayıda yetkisizlik

¹⁰⁹ 01.01.2021-12.10.2021 tarihi aralığındaki kararları kapsamaktadır.

¹¹⁰ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/adresindeki-verilerden-tespit-edebildigimiz-rakamlardir>.

kararı verildiği görülecektir. Erişimin engellenmesinin aciliyetinin karşısında bu tarz yetkisizlik kararları verilmesi, kişiler açısından zaman kaybına, mağduriyetlere ve hak kayıplarına sebep olmakla birlikte tebligat, posta, kırtasiye masrafları gibi masraflar nedeniyle devlet için de mali külfete neden olmaktadır. Ayrıca, uygulamada yetkinin net olmaması nedeniyle işini riske atmak istemeyip erişimin engellenmesinin bir an önce gerçekleştirilmesini isteyen kişilerin aynı anda birden fazla hâkimliğe başvurmakta olduğunu gözlemlemekteyiz. Bu, bazen her iki hâkimliğin birden erişimin engellenmesi kararı vermesi sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durum ise mahkemelerin, ESB'nin ve erişim/içerik sağlayıcıların iş yükünü artırmakta, zaman ve kaynak israfına neden olmaktadır. Bu sorunların çözümü için yetki kurallarının uyumsuzluğu en aza indirgeyecek şekilde ve kişiler için açıkça öngörülebilir nitelikte düzenlenmesi elzemdir. Bu kapsamda, yetki kuralları ile ilgili öncelikle hangi ülke hukukunun uygulanacağı meselesi daha sonra Türkiye'deki mahkemelerin yetki meselesi açıklanmaya çalışılacak ve bu konudaki önerilerimiz belirtilecektir.

B. Uygulanacak Hukuk

İnternet üzerinden bir içeriğe, ülke sınırları ile sınırlı olmaksızın dünyanın herhangi bir yerinden ulaşılabilir ve teknik olarak kullanıcıları, bir devletin ülkesi ile sınırlamak mümkün değildir.¹¹¹ İnternetteki içeriklere dünyanın her yerinden ulaşılabilmesi, internet erişiminin engellenmesi taleplerinde devletlerin yetki sorununu gündeme getirecektir. Bu kapsamda erişimin engellenmesi konusunda hangi şartlarda Türk hukukunun uygulanacağına dair yetki sorununu ele almak gerekir. Öncelikle 5651 sayılı Kanun kapsamındaki erişimin

¹¹¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 110.

engellenmesi konusu irdelenmelidir. Erişimin engellenmesinde hangi şartlarda Türk hukukunun uygulanabileceğine ilişkin 5651 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle genel düzenlemelere bakmak gerekecektir.

Türk Ceza Kanunu (TCK) sistematüğinde uygulanacak hukukun tespiti açısından geçerli olan ilkeler; mülkilik ilkesi, şahsılık ilkesi, koruma ilkesi, evrensellik ilkesi, ikame yargı ilkesi ve yetki paylaşımı ilkesi şeklinde ifade edilmiştir.¹¹² TCK, mülkilik ilkesini esas almakla birlikte, bunu diğer ilkelerle tamamlayan karma bir sistem benimsemiştir.¹¹³ Mülkilik ilkesine göre failin veya mağdurun tabiiyetine bakılmaksızın bir suç hangi devletin sınırları içinde işlenmiş ise o devletin ceza kanunu uygulanır.¹¹⁴ Ayrıca bu ilkeye göre ülke sınırları dışında gerçekleşse bile etkisini ülke sınırları içerisinde gösteren bir olay hakkında da söz konusu devletin uluslararası yetkisi bulunmaktadır.¹¹⁵ Bu kapsamda TCK'da mülkilik ilkesini içeren 8. madde hükmünü ele almak gerekir. Bu düzenlemeye göre Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Hangi durumlarda suçun Türkiye'de işlenmiş sayılacağı ise maddenin devamında ifade edilmiştir. Buna göre fiilin kısmen veya tamamen işlendiği veya neticenin gerçekleştiği yer Türkiye ise suç Türkiye'de işlenmiş sayılacak ve bu konuda Türk kanunları uygulanacaktır. Bu yaklaşımdan hareketle suçun işlendiği yerin tespiti hususunda Türk hukukunun karma

¹¹² Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017), 160.

¹¹³ Durmuş, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza*, 92.

¹¹⁴ Hüseyin Aydın, "Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan (2019): 352; Durmuş, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza*, s.91.

¹¹⁵ Yasin Söyler, "Kamu Hukuku Açısından İnternet İçeriğinin Düzenlenmesi ve Bu Alanda Devletin İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi" (Doktora tezi, Gazi Üniversitesi, 2013), 56.

sistemi benimsediği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile suçun işlendiği yerin tespiti bakımından ne salt harekete ne de salt neticeye ağırlık verilmekte hem netice hem de hareket dikkate alındığı için karma bir bakış sergilenmektedir.¹¹⁶ Dolayısıyla hareketin veya neticenin gerçekleştiği yerlerdeki mahkemeler yetkili mahkemelerdir. Hareket veya neticeden birinin Türkiye’de gerçekleştirilmesi suçun işlendiği yerin Türkiye olması ve oradaki mahkemenin yetkili olması için yeterlidir.¹¹⁷

Suç oluşturan içeriğin Türkiye’den internete yüklenmesi halinde hareket ülke içinde gerçekleştirilmiş olacak ve suç Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır. Ancak içerik sunucuya yabancı bir ülkede yüklenmiş ise kural olarak Türkiye fiil yeri olarak yetkili değildir. Zira fiilin işlendiği yer, failin verileri sunucuya yüklediği sırada bulunduğu ülkedeki yerdir.¹¹⁸ Fiil yerinin Türkiye olmaması durumunda ise neticenin gerçekleştiği yere bakmak gerekir. Ne var ki internet yoluyla işlenen suçlarda TCK madde 8/1 anlamında netice yerinin Türkiye olup olmadığı bugüne kadar kesin olarak açığa kavuşmamış bir sorundur.¹¹⁹ Fakat bu konuda Özgenç, yayın yoluyla işlenen suçlarda yayının yapıldığı her yerde suçun işlendiğini kabul ederken, internet ortamında yapılan yayınlar bakımından da durumun aynı olduğunu söyleyerek, internet ortamında yapılan yayın yoluyla işlenen suçlarda internet ortamındaki içeriğe ulaşılabilen her yerde suçun işlendiğini kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bu tür suçlar için CMK m. 12’nin sınırlayıcı

¹¹⁶ İlker Tepe, “Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları” (Yüksek lisans tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2009), 190.

¹¹⁷ Berrin Akbulut, “Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2016): 50.

¹¹⁸ Durmuş, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza*, 112.

¹¹⁹ Durmuş, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza*, 113.

hükümlerle düzenlemeler yaptığını ve bunun da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.¹²⁰ Bu görüşü esas alacak olursak internet ortamındaki içeriğe Türkiye’den ulaşılabiliriyorsa netice Türkiye’de gerçekleşmiş olacak ve Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Erişimin engellenmesi konusunda kişilik haklarının ihlal edilmesini bu madde hükmüne uygulayacak olursak kişilik haklarının ihlal edilmesine sebep olan fiil kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenirse veya bu ihlalin neticesi Türkiye’de gerçekleşirse ihlalin Türkiye’de yapıldığı kabul edilmeli ve Türk mahkemeleri yetkili olmalıdır. Burada sadece netice esas alınsa bile internetteki ihlal konusu içeriğin ulaşılabilirdiği her yerde netice meydana gelmiş olacağından Türkiye’de ulaşılabilen bir içeriğe erişimin engellenmesinde Türk mahkemelerinin yetkili olacağı sonucuna ulaşılabilir. O halde internet ortamındaki içeriğin Türkiye’de erişilebilir olması halinde, bu içerikten kişilik hakları ihlal edilen herkesin Türkiye’deki yargı yerlerinden erişimin engellenmesini talep etme hakkı bulunması gerekir. Söz gelimi yurt dışında bulunan Türkiye vatandaşının veya yabancı bir şahsın Türkiye’den ulaşılabilen bir internet yayını ile kişilik hakları ihlal edilmişse bu kişilerin, söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini Türk mahkemelerinden talep etmesi halinde Türk mahkemelerinin yetkili olacağı kanaatindeyiz.

Uluslararası doktrinde de yukarıdaki kanaatimize uygun olacak ilkeler yer almaktadır. Şöyle ki bir devletin uluslararası bir konu hakkında yetki iddiasında bulunabilmesi için söz konusu olayla kendi arasında hukuksal bir bağ kurması gerekmektedir. Bu bağın çeşitli şekillerde kurulduğu bazı ilkeler geliştirilmiştir. Bunlar “mülklik ilkesi” (territoriality principle),

¹²⁰ İzzet, Özgenç *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 872, d. n. 3. İnternette işlenen suçlarda dünya üzerinde geçerli bir yargı yetkisinin varlığından bahsetmenin, “dünya polisliği” yapmak gibi olacağı eleştirisi için bkz. Tepe, “Modern Ceza,” 190.

“şahsilik ilkesi” (personality principle), “koruma ilkesi” (protective principle), “hedef ilkesi” (targeting principle), “etki ilkesi” (effect principle) ve “evrensellik ilkesi” (universality principle) olarak ele alınabilir.¹²¹ Bu ilkelerden özellikle mülkilik, hedef ve etki ilkeleri erişimin engellenmesi konusunda yukarıdaki kanaatimizi destekler niteliktedir. Mülkilik ilkesi yukarıda arz ettiğimiz üzere halihazırda TCK’da uygulama alanı bulmaktadır. Hedef ilkesine göre, internet sitelerinin özel olarak yabancı devlet vatandaşlarını hedefleyip hedeflemedikleri hususu esas alınmakta ve eğer bir internet sitesi spesifik olarak yabancı bir ülke vatandaşını hedef almışsa, ortaya çıkan hukuksal sorunlar açısından hedef alınan ülke devletinin uluslararası yetkisinin bulunduğu ileri sürülmektedir.¹²² Bu ilkeye göre yabancı bir ülkeden Türkiye vatandaşı hedef alınarak kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda Türkiye mahkemeleri yetkili olabilecektir. Etki ilkesine göre ise uluslararası bir olay hakkında bu olayın etkisini gösterdiği devletin egemenlik yetkisi bulunmaktadır.¹²³ İnternetteki yayınların etkisinin uluslararası olduğu açıktır. Bu durumda Türkiye’de ulaşılabilen ve etki doğuran ihlal konusu yayına içeriğin engellenmesinde Türkiye mahkemeleri yetkili olabilecektir.

Ceza yargısı yoluyla erişimin engellenmesinde hangi hukukun uygulanacağına değindik. Özel hukuk yoluyla erişimin engellenmesinde hangi hukukun uygulanacağına ayrıca bakmak gerekmektedir. Bu konuda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin düzenlendiği MÖHUK hükümlerine bakmak gerekmektedir. Bu kapsamda MÖHUK m. 34 hükmünde haksız fiillerde yetki

¹²¹ Söyler, “Kamu Hukuku,” 55.

¹²² Söyler, 57.

¹²³ Söyler, 58. Etki ilkesine yönelik eleştiriler için bkz. Söyler, 58-61.

kuralları belirlenmiştir. Fakat MÖHUK'ta kişilik hakkının ihlalinin gazete, dergi, radyo, televizyon, internet veya benzer kitle iletişim araçlarıyla yapılması durumunda, söz konusu uyuşmazlığın, kişilik hakkının diğer yollarla ihlalden farklı olarak özel bir bağlama kuralına tabi tutulması öngörülmüştür. Söz konusu kural MÖHUK Madde 35/1 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümde kişilik hakları internet yoluyla ihlal edilen kişilerin, uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında, zarar görenin mutad meskeni hukuku, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya zararın meydana geldiği ülke hukuku arasında seçimlik hakkı olduğu belirtilmiştir.¹²⁴ Ayrıca, zarar görenin mutad meskeni hukuku ve zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda olması şartı aranmaktadır. Zira özellikle zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması noktasında zarar görenin, internetin her yerdeliğini ileri sürerek, kişilik haklarını koruyan en lehe hukuku uygulanacak hukuk olarak seçip kolaylıkla kötüye kullanılabilme ihtimaline karşı, hakkaniyeti sağlamak adına bu öngörülebirlilik şartı da aranmıştır.¹²⁵ Öte yandan, söz konusu maddenin gerekçesinde, belirsiz sayıda alıcı karşısında teknik araçlarla çok yaygın bilgilendirme yoluyla kişilik haklarının ihlâli konusunda genel

¹²⁴ MÖHUK Madde 35/1: "Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre; a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku, b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır."

¹²⁵ Esra Tekin, "Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlâlinde Sorumluluk" (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), 280.

haksız fiil kuralı yetersiz kalacağından yeni kanunun bu tür ihlâllere karşı özel bir hüküm düzenlediği belirtilmiştir.¹²⁶ Madde gerekçesinde belirsiz sayıda alıcıdan bahsetmekte olduğundan kişilik hakkının sadece internet yoluyla yapılmış olması yetmeyecek ayrıca yayının kamuya açık şekilde belirsiz sayıda alıcı karşısında yapılması gerekecektir. Örneğin internet vasıtasıyla gönderilmiş olmakla birlikte, kamuya açık olma şartını sağlamayan bir e-postayla gerçekleşen kişilik hakkı ihlâlleri m. 35 kapsamına değil, m. 34'deki genel haksız fiil kuralının kapsamına girecektir.¹²⁷ O halde haksız fiilin internet yoluyla ve kamuya açık olarak kişilik haklarının ihlaline neden olacak şekilde tezahür etmesi durumunda, kişilik haklarının kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde özel bir bağlama kuralı olarak düzenlenen MÖHUK m. 35 hükmü uygulama alanı bulacaktır.¹²⁸ Buna göre yabancıların başka bir yabancı hakkında, yabancıların Türk vatandaşı hakkında veya Türk vatandaşının yabancı biri hakkında yaptığı kişilik haklarını ihlal eden internet yayınına Türkiye'den ulaşılabiliriyorsa bu kişiler, MÖHUK m. 35/1 kapsamında Türkiye'deki hukuk mahkemelerinden söz konusu yayına erişimin engellenmesini talep edebileceklerdir.

C. Yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi

TMK hükümlerine göre kişilik haklarının korunmasına ilişkin davalarda yetki kuralı TMK m. 25'te belirtilmiştir. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir. Ayrıca

¹²⁶ "5718 Sayılı Kanun'un Gerekçesi," TBMM, erişim tarihi: Ekim 5, 2021, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

¹²⁷ Tekin, "Milletlerarası," 274.

¹²⁸ Cemil Güner, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 15 (2020): 254.

yetkili mahkemeye ilişkin bu fıkra hükmü, koruyucu davalar ile birlikte tazminat davası ve vekaletsiz iş görme davalarını da kapsar. Dolayısıyla anılan davalar tek tek açılabilir bile yetkili mahkeme davacının ya da davalının yerleşim yeri olacaktır.¹²⁹

Bu davalarda ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.16 hükmüne göre¹³⁰ haksız fiilin işlendiği yer veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.¹³¹ Yargıtay'a göre de davayı hangi mahkemede açacağı konusunda seçimlik hakkı bulunan davacı, davasını dilerse davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde, dilerse kendi yerleşim yeri mahkemesinde veya haksız eylemin gerçekleştiği ya da zararın doğduğu yer mahkemesinde açabilir.¹³² Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği/gelme ihtimalinin bulunduğu yer birbiriyle örtüşmekte olup, bu yer paylaşımının görüntülenebilir olduğu her yerdir.¹³³ Yargıtay da zararın doğduğu yerin neresi olduğuna ilişkin olarak, ulusal ve uluslararası çaptaki sosyal medya üzerinden yapılan yayının ulaştığı her yerde zararın

¹²⁹ Oğuz, "İnternet Ortamında," 135.

¹³⁰ HMK m.16: Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

¹³¹ Akkurt, *Sosyal Medyada*, 405; Oğuz, "İnternet Ortamında," 136; Recep Aşit, "Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 486; Karşı yönde bkz. Serap Helvacı, "Kişilik Haklarına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılabilir Davalarda Yetkili Mahkeme," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 12, no. Özel Sayı Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan (2006): 657.

¹³² Yar. 4. HD, E.2014/9711, K. 2014/13917, 27/10/2014; Yar. 4. HD, E. 2007/3113, K. 2007/4145, 29.3.2007.

¹³³ Akkurt, *Sosyal Medyada*, 407.

gerçekleştiği yönünde karar vermiştir.¹³⁴ O halde bu davalarda hem davacının yerleşim yeri hem davalının yerleşim yeri hem de haksız fiilin işlendiği yer (kişilik hakkının ihlaline sebep olan yayının ulaşılabilirdiği her yer) asliye hukuk mahkemesi yetkilidir.

D. Yetkili Sulh Ceza Hâkimliğı

2014 yılında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yapılan değışiklik öncesinde, yayından çıkarma isteminin içerik veya yer sağlayıcı tarafından reddedilmesi halinde kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurabileceğı açıkça düzenlenmişti. Ancak 2014'te yapılan değışiklikle bu düzenleme kaldırılarak yetkili hâkimliğin neresi olduğu belirtilmeden sadece sulh ceza hâkimliğinin görevli olduğu düzenlenmiştir. 5651 sayılı Kanun'da yetki kuralı belirlenmediğine göre bu konudaki yetkinin CMK'nın yetkiye ilişkin genel hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda ise doktrinde ve yargı içtihatlarında farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde internet yayını yoluyla işlenen suçlarda yetkili mahkemenin tespitinde CMK m.12/5 hükmünün¹³⁵ uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir.¹³⁶ Çünkü bu maddede görsel ve işitsel yayın kavramından bahsedilmiştir. Görsel ve işitsel

¹³⁴ Yar. 4. HD, E.2014/13098, K.2014/17547, 22/12/2014. Ayrıca, kişilik haklarının ihlaline sebep olan gazetenin dağıtıldığı yerdeki mahkemenin de yetkili olduğuna dair bkz. Yar. 4. HD, E. 2016/4020, K. 2016/6406, 10/05/2016.

¹³⁵ CMK m.12/5: Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

¹³⁶ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 265; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 273-274.

yayınların radyo, televizyon, internet, mobil telefon gibi araçları kapsadığı¹³⁷, internet üzerindeki iletişimin görsel ve işitsel yayın kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹³⁸ Bu maddeye göre ise işitsel ve görsel yayınlarla işlenen suçlarda CMK m. 12/3 hükmü uygulanacak, ayrıca yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Burada birden fazla yer mahkemesine seçenekli şekilde yetki verme ilkesi benimsenmiştir.¹³⁹ Bu maddedeki ilk yetki seçeneği, basılı eserle işlenen suçlardaki yetkinin belirlendiği CMK 12/3 maddesinin uygulanmasıdır. CMK m.12/3 düzenlemesi ise şu şekildedir: *“Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.”* Madde 12/3 düzenlemesinde eserin yayım merkezi olan yer mahkemesi ve eserin basıldığı yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Fakat bu maddenin gerekçesine¹⁴⁰ göre birden çok yerde basılan eserlerin baskılarında içerik

¹³⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 523.

¹³⁸ Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 54; Emin, *Ceza Hukuku Açısından*, 134.

¹³⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 152.

¹⁴⁰ Üçüncü fıkrada ise, suçun, ülkede yayımlanan basılı bir eserin içeriğinde yer aldığı hâllerde, basılı eserin yayım merkezi olan yer mahkemesinin yetkili bulunduğu hükme bağlanmaktadır. Ancak, uygulamada eserin birden çok yerde basıldığı ve bu baskılarda da içerik farklılığı olduğu, bazı durumlarda ise yayım merkezindeki basıda suç unsuru bulunmayan bir basılı eserin, başka yerdeki basısında suç unsuru taşıdığı görülmektedir. Bu itibarla, basın davalarının en kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamak üzere yetkili mahkemenin, içeriği suç oluşturan eserin basıldığı yerdeki mahkeme olması kabul edilmiştir. “5271 Sayılı Kanun’un Gerekçesi,” TBMM, erişim tarihi: Ekim 20, 2021, https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarn_o=23594&pkunnumarasi=5271.

farklılığı olduğu ve eserin yayın merkezindeki basısında suç unsuru bulunmayıp başka yerdeki basısında suç unsuru taşıdığı durumlarda basım yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Bu yetki kuralının internette işlenen suçlara nasıl tatbik edileceği ise ciddi bir soru işaretidir. Zira atıfta bulunulan 3. fıkra hükmü basılı eserle işlenen suçlardaki yetkiyi belirlemektedir. Basılı bir eser için yayım merkezi veya basıldığı yer tespiti yapmak kolaydır. Fakat internette yapılan yayınlarda yayım yeri ve basım yerinin ne anlama geleceği belirsizdir. Kaldı ki internet yayınlarında basım yeri şeklinde bir kavram olmadığından basım yerinin yetkili olması imkânsızdır. İnternet yayınının yayın merkezinin ise yetkili olacağı düşünülebilir. Doktrinde de görsel veya işitsel yayınlarda suç, ülkede yayınlanan görsel ve işitsel yayınlarla işlenmişse yetkinin görsel veya işitsel yayının yayın merkezi olan yer mahkemesine ait olacağı belirtilmiştir.¹⁴¹ Ayrıca yayın birden çok yerde yayınlanıyorsa yayın merkezi dışında yayın yapılan yer mahkemesinin de yetkili olacağı belirtilmiştir.¹⁴² Fakat bu görüşlerde de görsel veya işitsel yayının yayın merkezinden ne anlaşılması gerektiği ve internetteki yayının yayım merkezi dışında yapılmasından ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. İnternetteki yayının yayın merkezinden içerik sağlayıcının bulunduğu yer mi, yer sağlayıcının bulunduğu yer mi, sosyal ağ sağlayıcının bulunduğu yer mi, erişim sağlayıcının bulunduğu yer mi anlaşılmalıdır? Yayın merkezinden içerik, yer veya sosyal ağ sağlayıcının bulunduğu yerlerden hepsinin anlaşılması gerektiği iddia edilse bile bu yetki kuralı pratikte birçok zorluklara ve imkânsızlıklara neden olacaktır. Zira içerik ve yer sağlayıcıların tanıtıcı bilgilerinin internet sitesinde yer

¹⁴¹ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 263; Özen, *Öğreti ve Uygulama*, 250; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 523.

¹⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 523.

alması gerekse de¹⁴³ çoğu zaman internet sitelerinin künyesinde yer sağlayıcıya ilişkin bilgilere yer verilmemektedir. Çünkü yer sağlayıcıların ve sosyal ağ sağlayıcıların birçoğu yurt dışında bulunmaktadır. Haber siteleri gibi içerik sağlayıcıların tanıtıcı bilgileri, internet sitelerinde genelde yer aldığı için bunların Türkiye'deki adreslerini tespit etmek mümkün olsa da Türkiye'de bulunan her içerik sağlayıcının adresini tespit etmek de her zaman mümkün değildir. Özellikle sosyal medya platformlarında içerik sağlayıcı olarak paylaşımda bulunan kişilerin Türkiye'deki yerlerini tespit etmek oldukça zordur. Uygulamada bu içerik sağlayıcıların adreslerinin, cumhuriyet savcılarınca dahi tespit edilemediği pek çok örnek vardır. Kaldı ki kişilik hakları ihlal edilen kişilerin içerik sağlayıcının adresini tespit etmesini beklemek abesle iştigal olacaktır. Bu nedenle yayın merkezinin içerik, yer veya sosyal ağ sağlayıcının bulunduğu yerlerin tamamı olduğu kabul edilse bile bu yetki kuralı ile yetkili hâkimliği belirlemek çoğu zaman imkânsız veya zor olacaktır. O halde 12/3 hükmünün yetki konusunda kullanılması pratikte çok da mümkün değildir.

CMK 12/3 hükmünün kullanılması pratikte mümkün görülmediği için m.12/5 hükmünün devamında yer alan “*görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir*” şeklindeki hükmü değerlendirmek gerekir. Bu hükümde her ne kadar “ve” bağlacı kullanılmış olsa da bunun “veya” bağlacı şeklinde anlaşılması gerekir. Diğer bir ifadeyle yayın, mağdurun yerleşim yeri veya oturduğu yerde görülmüş veya işitilmişse bu yerlerdeki her bir

¹⁴³ 5651 sayılı Kanun m. 3: İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

mahkeme yetkili olacaktır.¹⁴⁴ Bu konudaki yetki açıktır; fakat bu düzenleme de bizce yetersizdir. Şöyle ki internette kişilik haklarını ihlal eden yayınlara kısa sürede müdahale edilmezse daha sonradan bu yayınlara müdahale etmek zorlaşacak, internet ortamında yayılan iftira, yalan yanlış ve eksik bilgilerle bir taraftan ilgili kişilere zarar verilirken diğer taraftan üçüncü kişiler yanıltılarak yanlış yönlendirilip olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olunacaktır.¹⁴⁵ Bu nedenle erişimin engellenmesi taleplerinin hızlı bir şekilde en yakın hâkimliğe başvurmak suretiyle yapılması ve bu taleplerin hızlıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Hâlbuki kişinin yerleşim yeri veya oturduğu yer hâkimliğinin yetkili olmasına yönelik mevcut düzenlemeler bazı durumlarda erişimin engellenmesinin gecikmesine sebep olacak tarzdadır. Örneğin işi gereği veya tatil maksadıyla ya da tedavi maksadıyla seyahat etmek zorunda olan birisinin, bu seyahati sırasında hakkında yapılan yayınlar nedeniyle erişimin engellenmesini talep etmek istemesi durumunda, bu kişinin oturduğu yer veya yerleşim yeri hâkimliğine gitmek zorunda kalması telafisi zor veya imkânsız hak kayıplarına sebep olabilecektir. Burada kişinin kendisinin gitme zorunluluğu olmadığı, avukatı marifetiyle veya bulunduğu yerden muharebe yoluyla başvuruda bulunabileceği akla gelse de herkesin avukatın yardımına başvurma gücü ve imkânı olmayabilir. Muharebe yöntemi ise genelde posta yoluyla yapıldığı için talebin yetkili hâkimliğe ulaşması günler sürebileceğinden bu yöntemler, ihlalin derhal sonlandırılmasına makul ve hızlı bir şekilde hizmet edemeyecektir. Bu nedenle sadece yerleşim yeri ve oturma yerinin yetkili olması tek başına

¹⁴⁴ Kanunun gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: “görsel ve işitsel yayın, saldırıya uğrayan kimsenin yerleşim yerinde veya oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkili olacaktır.” Bkz. “5271 sayılı Kanun’un gerekçesi.”

¹⁴⁵ Kent, Türkiye’de İnternet, 100.

internet erişiminin engellenmesinde gereken faydayı sağlamayacaktır.

CMK m.12/6 hükmünde ise “*bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının ya da banka veya kredi kartlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlarda mağdurun yerleşim yeri mahkemeleri de yetkilidir*” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu fıkradaki bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlar kanaatimizce internet yoluyla işlenen suçları da kapsar. O halde erişimin engellenmesinde bu yetki kuralının da kullanılabileceği düşünülebilir. Bu düzenleme ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı durumlarda, suçun işlendiği yer mahkemesinin yanında mağdurun yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili hale getirildiği ifade edilmiştir.¹⁴⁶ O halde bu konuda hem suçun işlendiği yer mahkemesi hem mağdurun yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Mağdurun yerleşim yeri m. 12/5 hükmüne göre halihazırda yetkili idi. Suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olması durumuna bakılacak olursa; suçun işlendiği yerden anlaşılması gerekenin hareketin gerçekleştirildiği yer veya neticenin ortaya çıktığı yer olduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁷ Bu konuda hareketin yapıldığı yerin esas alınması durumunda uygulamada ciddi problemlerle karşılaşılacaktır. Zira internet ortamında işlenen suçlarda hareketin nerede yapıldığının tespiti çoğu zaman kolay değildir. Kaldı ki hareketin yapıldığı yer olarak nerenin esas alınması gerektiği de belirsizdir. Hareketin yapıldığı yer için içerik sağlayıcının içeriği paylaştığı esnada fiziken bulunduğu yerin esas alınacağı düşünülse de bunun tespiti de oldukça güçtür. Örneğin şehirler arası yolculuk yaptığı sırada suç konusu içeriği sosyal medya hesabında paylaşan kişinin, söz konusu içeriğin internet ortamına aktarıldığı esnada fiziken bulunduğu yeri

¹⁴⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 523.

¹⁴⁷ Bahri Öztürk et al., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 144; Özen, *Öğreti ve Uygulama*, 247; Karşı yönde: Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 273.

tespit etmek oldukça güçtür. Fakat neticenin meydana geldiği yerin esas alınması durumunda suçun işlendiği yerin tespitini yapmak bizce bu kadar müşkil değildir. Zira kanaatimizce bu durumda, internetteki suç konusu yayının ulaştığı her yerde netice gerçekleşmiş sayılmalıdır. Neticenin gerçekleştiği yerin içeriğe ulaşılabilen her yer olduğu kabulünde, suç konusu içeriğe ulaşılabilen her yerdeki mahkemeler yetkili olmalıdır. O halde internet erişiminin engellenmesinde, ihlal konusu içeriğe ulaşılabilen her yerdeki sulh ceza hâkimliğinin yetkili olması gerektiği yorumu yapılabilir.

Doktrinde de içerik suçları bakımından suç teşkil eden hareketin ve neticenin doğduğu yerler ile birlikte suç teşkil eden içeriğin kayıtlı olduğu yer sağlayıcının bulunduğu yerde suçun işlendiği kabul edilerek buradaki mahkemelerin her birinin yetkili kılınması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴⁸ Bu görüşü erişimin engellenmesine uyarlayacak olursak kişilik haklarını ihlal ettiği iddia edilen fiilin doğduğu yer, fiilin neticesinin ortaya çıktığı yer (ki bu kanaatimizce internette söz konusu içeriğe ulaşılabilen her yerdir) ve yer sağlayıcının bulunduğu yer yetkili olmalıdır. Bu kriterlerden sadece neticenin doğduğu yer yetkiyi belirlemede esas alınsa bile ihlal konusu içeriğe Türkiye'nin her yerinden ulaşılabilceği için kanaatimizce talepte bulunulan her hâkimlik yetkili olacaktır.

Yargıtay ise erişimin engellenmesinde yetkili yargı yerinin tayinine ilişkin farklı nitelikte kararlar vermekte ve bu kararlarda bir istikrar bulunmamaktadır. Yargıtay, bazı kararlarda 5651 sayılı Kanun'un konuluş amacı, erişimin engellenmesi ile elde edilmek ve korunmak istenen hukuki yarar, bu talebin mahiyeti ve yirmi dört saat içinde karar verilme zorunluluğu gibi hususları nazara alınarak, talep sahibinin

¹⁴⁸ Tepe, "Modern Ceza," 195.

istemde bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁹ Bu içtihadı biz de katılmaktayız. Bazı kararlarında ise ikamet yerini esas alarak yerleşim yeri hâkimliğinin yetkili olduğuna dair karar vermiştir.¹⁵⁰ Yargıtay bir kararında ise bulunan yer ile yerleşim yeri arasında çıkan olumsuz yetki uyuşmazlığında yerleşim yeri hâkimliğini yetkili bulmuştur. Uyuşmazlığa sebep olan olay şöyledir: Silivri Cezaevinde bulunan bir kişi bulunduğu cezaevini adres olarak göstererek Silivri Sulh Ceza Hâkimliğinden erişimin engellenmesini talep etmiş fakat bu hâkimlik kişinin ikametgâhının Ankara'da olduğundan bahisle yetkisizlik kararı vererek dosyayı Ankara Sulh Ceza Hâkimliğine göndermiştir. Ankara Sulh Ceza Hâkimliği ise talep edenin Silivri Cezaevinde bulunduğu anlaşıldığı karşısında, Sulh Ceza Hâkimliğinin 24 saat içerisinde karar verme zorunluluğu nazara alınıp internet üzerinden kişilik haklarının ihlal edildiğini öğrenen kişinin, bulunduğu ilden yolculuk yaparak yerleşim yeri hâkimliğine gidip talepte bulunmasının düşünülemeyeceği, bunun genel mantığa da kanun hükmüne göre aykırılık teşkil edeceği, Kanun düzenlenirken bu taleplerle ilgili kişilere kolaylık sağlanması amacıyla bulunduğu yer hâkimliğinden talepte bulunulması imkânı verildiğini belirterek Silivri Sulh Ceza Hâkimliğinin yetkili olması gerektiğinden bahisle olumsuz yetki uyuşmazlığına karar verip dosyayı Yargıtaya göndermiştir.¹⁵¹ Yargıtay ise talep edenin bulunduğu yer hâkimliği ile yerleşim

¹⁴⁹ Yar. 5. CD, E. 2019/1252, K.2019/1756, 11/02/2019; Yar. 5. CD, E.2020/1011, K.2020/6102, 17/02/2020.

¹⁵⁰ Yar. 5. CD, E.2020/2122, K. 2020/10637 15/04/2020; Yar. 5. CD E.2019/6292, K.2019/8336, 17/09/2019; Yar. 5. CD E.2019/4284 , K.2019/5988, 30/05/2019; Yar. 5. CD E.2019/1901 , K.2019/3128, 14/03/2019; Yar. 5. CD E. 2019/1066 , K.2019/1889, 12/02/2019; Yar. 5. CD E.2018/13560 , K.2019/801, 17/01/2019; Yar. 5. CD E.2018/5564 , K.2018/4464, 18/06/2018; Yar. 5. CD E.2018/1609 , K.2018/1218, 26/02/2018.

¹⁵¹ Ankara 8. SCH, 2015/653 Değişik İş, 12/02/2015.

yeri hâkimliği arasında çıkan bu olumsuz yetki uyuşmazlığında, Ankara Sulh Ceza Hâkimliğinin yetkisizlik kararını kaldırarak yerleşim yeri hâkimliğinin yetkili olduğuna karar vermiştir.¹⁵² Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında istikrar bulunmamaktadır. Uygulamada da yetki konusunda, bazı sulh ceza hâkimliklerinin yerleşim yerini esas aldıkları, bazı hâkimliklerin ise yerleşim yerine bakmadan talepte bulunan yer ölçütünü esas aldıkları gözlemlenmektedir.

Bize göre bu konuda olması gereken en makul ve 5651 sayılı Kanun'un ruhuna en uygun olan, talep edenin başvurduğu yer hâkimliğinin yetkili olmasıdır. Elbette CMK'da talep edenin başvurduğu yer şeklinde bir yetki biçimi yoktur. Fakat yukarıda yaptığımız yorum neticesinde bu sonuca ulaşılabilecektir. Bu yetki kuralının geçerli olması, hem kişilerin yetkili hâkimliğin neresi olduğunu tespit etmeye çalışmasıyla vakit kaybetmesini önleyecek hem de hâkimliklerin bu konuda yetkisizlik kararı vermesinin önüne geçecektir. Bu da erişimin engellenmesi özelinde ihlalin hızlıca sonlandırılmasını sağlayacaktır. Elbette bu sorunun en yerinde çözümü, internet erişiminin engellenmesinin özel bir yol olması nedeniyle kanun koyucunun bu konudaki yetkiyi yorumlara bırakmadan net bir şekilde düzenlemesi olacaktır. Zira uygulamada da görüldüğü üzere genel yetki kurallarının yorumu kişiye göre değişecektir. Bu konuda istikrar ve öngörülebilirliğin sağlanması için kanun koyucunun bir an önce erişimin engellenmesindeki yetki konusunu düzenlemesi gerekmektedir.

Burada şu önerimizi de belirtmekte fayda vardır. UYAP sistemi yoluyla e-imza kullanıcısı vatandaşlar, hukuk mahkemelerinde ve idare mahkemelerinde dava açabilmekte, harç ve masraf ödeyebilmekte, dava dosyalarına evrak

¹⁵² Yar. 5. CD, E. 2015/6847, K.2015/12839, 22.06.2015.

gönderebilmekte, idari ve trafik para cezalarına itiraz edebilmekte, cumhuriyet savcılıklarına şikâyet dilekçesi gönderme gibi işlemleri yapabilmektedir.¹⁵³ Bunun yanında tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin Tüketici Bilgi Sistemi vasıtasıyla e-Devlet üzerinden tüketici hakem heyetlerine kolayca başvuru yapılabilmektedir.¹⁵⁴ İnternetin sağladığı bu kolaylığı erişimin engellenmesi talepleri için de kullanarak söz konusu taleplerin UYAP sistemi veya e-Devlet kapısı üzerinden yapılabilmesini sağlamak oldukça yerinde bir gelişme olacaktır. Elbette bu önerinin gerçekleşmesi halinde yetkisizlik kararlarına sebebiyet vermemek adına sistemin otomatik olarak takdir edilecek yetkili hâkimliği belirlemesi gerekmektedir.

E. Sulh Ceza Hâkimlikleri Arasında Çıkan Yetki Uyuşmazlığını Giderecek Görevli Mahkeme

CMK m. 17 hükmüne göre birkaç hâkim veya mahkeme arasında çıkan yetki uyuşmazlığında, ortak yüksek görevli mahkeme yetkili hâkim veya mahkemeyi belirleyecektir. Bu madde düzenlemesindeki ortak yüksek görevli mahkemenin hangi merci olduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüş farklılıkları ağır ceza mahkemelerinin ortak yüksek görevli mahkeme olup olamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bir görüşe göre ortak yüksek görevli mahkeme, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunan iki mahkeme arasında çıkan yetki uyuşmazlıklarında ağır ceza mahkemesi; aralarında uyuşmazlık bulunan mahkemelerden birinin ağır ceza mahkemesi olması veya uyuşmazlığın farklı ağır ceza

¹⁵³ “Genel Bilgi,” UYAP Bilişim Sistemi, erişim tarihi: Ekim 2, 2021, <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>.

¹⁵⁴ “Tüketici Hakem Heyetlerine Elektronik Ortamda Başvuru,” Ticaret Bakanlığı, erişim tarihi: Ekim 2, 2021, <https://ticaret.gov.tr/haberler/tuketici-hakem-heyetlerine-elektronik-ortamda-basvuru>.

mahkemesinin yargı çevresinde bulunan mahkemeler arasında olması durumunda çevresi içinde bulundukları bölge adliye mahkemesinin ceza daireleri; farklı bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresi içinde bulunan mahkemeler arasında ortaya çıkan görev uyuşmazlıklarında ise Yargıtay yetkili ceza dairesidir.¹⁵⁵ Diğer bir görüşe göre ise ortak yüksek görevli mahkeme, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay'tır.¹⁵⁶ Zira 5235 sayılı kanunun 37/2. maddesi¹⁵⁷ konuya ilişkin doğrudan bölge adliye mahkemelerini görevlendirdiğinden bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçtikten sonra ağır ceza mahkemelerinin görev uyuşmazlıklarını çözmesi mümkün olmayıp ortak yüksek görevli mahkeme, bölge adliye mahkemelerini ve Yargıtay'ı ifade edecektir.¹⁵⁸ Bu görüşe benzer diğer bir görüşe göre ise aynı ağır ceza mahkemesinin yer itibarıyla yetki bölgesi içerisinde yer alan örneğin bir sulh ceza hâkimliği ile asliye ceza mahkemesi arasında bir görev uyuşmazlığı çıktığında, CMK'ya göre yetkili mercii o yer ağır ceza mahkemesi, 5235 sayılı Kanun'un 37/2 maddesine göre ise o yer bölge adliye mahkemesi ceza dairesi olacağı ifade edilerek kanun koyucunun bu iki düzenlemeden birini tercih etmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁹ Uygulamaya egemen olan görüş ise ağır ceza mahkemelerinin de ortak yüksek görevli mahkeme

¹⁵⁵ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 662.; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 145.

¹⁵⁶ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 265; Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 260.

¹⁵⁷ "Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri şunlardır: ...2-Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek..."

¹⁵⁸ Aydın, "Ceza Muhakemesinde," 41.

¹⁵⁹ Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 62 (2006): 49,50.

olduğudur. Örneğin Yargıtay, erişimin engellenmesi talebi üzerine yapılan yargılama sırasında Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği ile Gölbaşı (Ankara) Sulh Ceza Hâkimliği arasında oluşan olumsuz yetki uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin bir kararında, söz konusu hâkimliklerin aynı ağır ceza mahkemesi yargı çevresinde bulunmaları sebebiyle bu hâkimlikler arasında oluşan olumsuz yetki uyuşmazlığını giderecek yargı yerinin ortak görevli ağır ceza mahkemesi olduğunu ifade etmiş ve Yargıtay'ın bu konuda görevsiz olduğunu belirterek görevsizlik kararı vermiştir.¹⁶⁰ Bu kararda görüldüğü üzere uygulamada ağır ceza mahkemeleri yetki uyuşmazlıkları ile ilgili işlere bakmaktadır. Kanun koyucunun ağır ceza mahkemelerinin ortak yüksek görevli mahkeme olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme yaparak bu ihtilafı gidermesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Kişilik haklarının ihlali nedeniyle internet erişiminin engellenmesine yönelik mevzuatımızda farklı düzenlemeler yer almaktadır. Temel olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi düzenlenmiş olsa da TMK, FSEK ve 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi kapsamında da birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Fakat mevzuat düzenlemelerindeki eksiklikler nedeniyle özellikle söz konusu erişimin engellenmesi kararını verecek görevli ve yetkili yargı mercileri konusunda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Çalışmamızda internet ortamında kişilik haklarının ihlali durumunda erişimin engellenmesinde yetki ve görev konuları ile bu konudaki sorunlar ve çözüm önerileri izah edilmeye çalışılmıştır. Bu sorunların çözümü bağlamında sulh ceza hâkimlerinin mevzuata aykırı karar vermelerinin en aza indirgenmesi için hâkimlerin meslek içi eğitime tabi tutulmaları gerektiğini; erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle işlenen suçlarda görevli ve yetkili mahkemenin açıkça düzenlenmesi gerektiğini; tekzip hakkının

¹⁶⁰ Yar. 5. CD, E.2016/3147, K.2016/3659, 07/04/2016.

internet yayınlarında da söz konusu olması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini; cumhuriyet savcısının 9. madde kapsamında erişimin engellenmesi kararı verme görevi olmasa da kişilik hakları ihlal edilenlerin cumhuriyet savcısından erişimin engellenmesi talebinde bulunması halinde, cumhuriyet savcısının talebi sulh ceza hâkimliğine bildirmesi gerektiğini; asliye hukuk mahkemelerinin de TMK kapsamında erişimin engellenmesi görevi olduğunu; 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi kapsamında erişimin engellenmesi düzenlemesindeki boşlukların giderilmesi gerektiğini; ESB'nin 9/9 maddesi kapsamında yapılan başvurularda talepleri hızlıca karşılayabilmesi için ya karar veren hâkimliklere ihlal konusu içeriklere ait ekran görüntülerini açık bir şekilde alarak kararla birlikte ESB'ye gönderme görevi verilmesi ya da ESB'ye sulh ceza hâkimliklerinden gelen erişimin engellenmesi kararlarını uygulamadan önce ihlal konusu içeriklerin ekran görüntüsünü alma görevi verilmesi gerektiğini; ESB'nin, bu talepleri belirlenecek makul bir süre içerisinde yerine getirmesine dair de düzenleme yapılması gerektiğini; erişimin engellenmesinin kaldırılmasına dair (ESB'nin içeriklerin yayından kaldırılıp kaldırılmadığının kontrolünü yapabilmesi için hangi teknik altyapıyı nasıl kullanacağını da belirten) detaylı bir düzenleme yapılması gerektiğini; internet ortamındaki içeriğin Türkiye'de erişilebilir olması halinde, bu içerikten kişilik hakları ihlal edilen herkesin Türkiye'deki yargı yerlerinden erişimin engellenmesini talep etme hakkı bulunması gerektiğini; yetkili hâkimliğin belirlenmesinde talep edenin başvurduğu yer hâkimliğinin yetkili olması gerektiğini, bu konuda istikrar ve öngörülebirlirliğin sağlanması için kanun koyucunun bir an önce erişimin engellenmesindeki yetki konusunu açıkça düzenlemesi gerektiğini; erişimin engellenmesi taleplerinin UYAP sistemi veya e-Devlet kapısı üzerinden yapılabilmesi gerektiğini; yetki uyuşmazlıklarını çözme konusunda ağır ceza mahkemelerinin ortak yüksek görevli mahkeme olup olmadığı konusunda açık

bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade ettik. Elbette kanun koyucunun çağın gereklerine uygun olarak 5651 sayılı Kanun gibi bir düzenleme yapması gayet yerinde ve önemli bir gelişmedir. Fakat 5651 sayılı Kanun'un düzenlemeleri yeterli değildir. Birçok konuda boşluk bulunmaktadır. Bu boşluklar yorum yoluyla doldurulmaya çalışılsa da yorumların farklılık arz etmesi, kişilik hakları ihlal edilen kişilerin öngörülebilirlik hakkını elinden almakta, birçok hak kayıplarına ve mağduriyetlere sebep olmaktadır. Kanun koyucunun mevcut düzenlemeleri tadil ederek bu sorunları gidermesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. "Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2016): 7-55.
- Akdeniz, Yaman ve Kerem Altıparmak. *İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*. Ankara: İmaj Yayınları, 2008.
- Akkurt, Sinan Sami. *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Altaş, Hüseyin ve İrem Tuğçe Döngül. *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Antalya, Osman Gökhan ve Murat Topuz. *Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri)* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Apaydın, Cengiz. *Basın, Televizyon ve Radyo Yayınlarında Cevap ve Düzeltme Hakkı-İnternete Erişimin Engellenmesi-Unutulma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aşit, Recep. "Kişilik Hakkı İhlallerinde Yetkili Mahkemeler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 2 (2017): 467-492.
- Atlı, Turan. "Kişi Haklarının İhlali Durumunda İnternet Erişiminin Engellenmesi." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2020): 4-32.
- Avşar, Zakir ve Gürsel Öngören. *Bilişim Hukuku*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2010.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydın, Hüseyin. "Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk*

- Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan (2019): 349-377.
- Aydın, Murat. “Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2013): 29-60.
- Başlar, Yusuf. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2019): 37- 74.
- Baytaz, Abdullah Batuhan. “Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum.” Doktora tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2015.
- Bıçak, Vahit. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Bozbel, Savaş. “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?” İç. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*. ed. Tekin Memiş, 135-164. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020.
- Çağa, Tahir. “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 3 (1991): 366- 375.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 373-398.
- Çınar, İsmail. “5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2021): 63-95

- Çırakoğlu, Melikşah. "5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği." Yüksek lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2015.
- Doğan, Özgür. "Uyar-Kaldır Sistemi." İç. *Bilişim Hukuku Güncel Sorunlar II*, ed. Süleyman Yılmaz, 415-444. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Dülger, Murat Volkan ve Yasin Beceni. *Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler*. TÜSİAD-T/2011,03; 512. İstanbul: Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği, 2011.
- Dülger, Murat Volkan. "İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme." *İstanbul Barosu Dergisi* 81, no. 4 (2007): 1477-1545.
- Emin, Ferhat Tuna. *Ceza Hukuku Açısından İnternet Yayıncılığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Hukuka Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Feyzioğlu, Metin. "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 62 (2006): 27-61.
- Görkemli, Burcu. "Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku’nda İnternet Erişiminin Engellenmesi." Yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi, 2015.
- Gözler, Kemal. "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti

- Açısından Değerlendirilmesi.” *Legal Hukuk Dergisi*, no. Özel Sayı Rona Aybay’a Armağan Cilt 1, (2014): 1059-1120.
- Gözler, Kemal. “Yorum İlkeleri.” İç. *Kamu Hukukçuları Platformu-Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, ed. Ozan Ergül, 15-119. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2012.
- Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019.
- Güleç, Ahmet. “Cevap ve Düzeltme Hakkı.” Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2014.
- Güner, Cemil. “Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 15 (2020):229-272.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Helvacı, Serap. “Kişilik Haklarına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılabilir Davalarda Yetkili Mahkeme.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 12, no. Özel Sayı Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan (2006): 653-660.
- Karakaya, M. Süheyl. “5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi Koyun Postunda Kurt Hükmü.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 137 (2018): 97-132.
- Karayalçın, Yaşar ve Aynur Yongalık. *Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008.
- Kaya, Mehmet Bedii. *İnternet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kaya, Mine. “Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunması.” Doktora tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, 2015.

- Kent, Bülent. *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Kılınç, Doğan. “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (2016): 577-623.
- Köse, Eylül Can. “5651 sayılı Kanun Aracılığıyla İnternet Ortamında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2020): 2223-2245.
- Meraklı, Serkan. “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. Özel Sayı (2013): 1595-1652.
- Oğuz, Habip. “İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması.” Yüksek lisans tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 2010.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özen, Mustafa. *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Özdem Özaydın, Derya Villemin Altınok ve Mehmet Can Tok. *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Pehlivanoglu, Murat Can. "Kişilik Haklarının İnternet Ortamında Telif Haklarına Dair Tedbir Kararı Vasıtasıyla Korunması." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1 (2020): 287-304.
- Serozan, Rona. "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler." *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 11, no. 14 (1977): 93-112.
- Söyler, Yasin. "Kamu Hukuku Açısından İnternet İçeriğinin Düzenlenmesi ve Bu Alanda Devletin İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi." Doktora tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 2013.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku* 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şahin, Hamza. *Sulh Ceza Hâkimliği Uygulamaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Taşkın, Mustafa. "Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 1025-1060.
- Taşkın, Şaban Cankat. "İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar." Doktora tezi, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, 2015.
- Tatar, Erol. "Yasalarımızda Tekzip (Düzeltilme ve Cevap) Hakkı ve Uygulaması." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2008):97-109.
- Tekin, Esra. "Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlâlinde Sorumluluk." Doktora tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, 2020.
- Tepe, İlker. "Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları." Yüksek lisans tezi, Antalya: Akdeniz Üniversitesi, 2009.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Hukuk, 6. Baskı, 2021.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Venedik Komisyonu, *Türkiye Sulh Ceza Hâkimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş*. Strasburg: Görüş No. 852 / 2016, 13 Mart 2017.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Yargı Kararları

Akçakoca SCH, 2020/342 D. İş, 18.09.2020. (Karar Yayınlanmamıştır)

Ankara 8. SCH, 2015/653 Değişik İş, 12/02/2015 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)

Ankara Batı SCH, 2020/147 D.İş, 09.01.2020. (Karar Yayınlanmamıştır)

Antalya SCH, 2020/4009 D.İş, 25.11.2020. (Karar Yayınlanmamıştır)

AYM, E.2014/87, K. 2015/112, 08.12.2015.(Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

AYM, BN. 2014/5552, 26.10.2017, R.G. 30270, 14.12.2017. (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası)

Bandırma Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2018/233, 07/11/2018.(Karar Yayınlanmamıştır)

Dan. 5. Daire, E.2000/624, K.2003/1085, T.01.04.2003.

UM, E.1995/2, K.1995/1, T.13.02.1995.

İzmir 5. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2019/75, K. 2019/727, 01.10.2019. (Karar Yayınlanmamıştır)

- İstanbul 6. SCH, 2019/1673 D. İş, 26.03.2019. (Karar Yayınlanmamıştır)
- İstanbul 11. SCH, 2018/7534 D. İş, 28.12.2018. (Karar Yayınlanmamıştır)
- İstanbul Anadolu 4. SCH, 2019/6525 D. İş, 25.09.2019. (Karar Yayınlanmamıştır)
- Polatlı Sulh Ceza Hâkimliği, 2019/1859 D.İş, 25.10.2019. (Karar Yayınlanmamıştır)
- Yar. 4. HD, E. 2012/6581, K.2012/10331, 13/06/2012. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2012/2045, K.2013/1218, 29/01/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/4447, K.2013/5761, 28/03/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/7417, K.2013/10004, 27/05/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/15321, K.2013/16805, 31/10/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2016 / 12634, K.2018 / 7778, 10/12/2018. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2016/15622, K.2019/1452, 14/03/2019. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2012/8513, K.2013/7518, 22/04/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2012/13534, K.2013/9321, 21/05/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/8313, K.2013/9886, 27/05/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/10125, K.2014/5825, 07/04/2014. (HukukTürk Veritabanı)

- Yar. 4. HD, E. 2013/12487, K.2013/14479, 18/09/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2013/17358, K.2013/19417, 09/12/2013. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2014/608, K.2014/1490, 03/02/2014. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E. 2014/2231, K.2014/4277, 12/03/2014.(HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2015/6149, K.2015/7354, 04/06/2015.(HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2014/7187, K.2014/8832, 28/05/2014. (HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2009/8571, K.2009/9921, 15/09/2009.(HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2014/11219, K.2014/15371, 17/11/2014.(HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2015/13252, K.2016/2190, 22/02/2016.(HukukTürk Veritabanı)
- Yar. 4. HD, E.2014/9711, K. 2014/13917, 27/10/2014.(Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 4. HD, E. 2007/3113, K. 2007/4145, 29.3.2007.(Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 4. HD, E.2014/13098, K.2014/17547, 22/12/2014.(Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 4. HD, E.2016/4020, K. 2016/6406, 10/05/2016.(Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2019/1252, K.2019/1756, 11/02/2019.(Yargıtay Karar Arama)

- Yar. 5. CD, E.2020/1011, K.2020/6102, 17/02/2020. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2020/2122, K. 2020/10637 15/04/2020. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2019/6292, K.2019/8336, 17/09/2019. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2019/4284, K.2019/5988, 30/05/2019. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2019/1901, K.2019/3128, 14/03/2019. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2019/1066, K.2019/1889, 12/02/2019. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2018/13560, K.2019/801, 17/01/2019. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2018/5564, K.2018/4464, 18/06/2018. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2018/1609, K.2018/1218, 26/02/2018. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 5. CD, E.2015/6847, K.2015/12839, 22.06.2015.(Sinerji Mevzuat ve İtihat Programı)
- Yar. 5. CD, E.2016/3147, K.2016/3659, 07/04/2016. (Yargıtay Karar Arama)
- Yar. 19. CD, E. 2020/1943, K. 2021/788, 01.02.2021. (Yargıtay Karar Arama)

İnternet Kaynakları

- Ticaret Bakanlığı. “Tüketici Hakem Heyetlerine Elektronik Ortamda Başvuru.” Erişim Tarihi: Ekim 2, 2021. <https://ticaret.gov.tr/haberler/tuketici-hakem-heyetlerine-elektronik-ortamda-basvuru>.

UYAP Bilişim Sistemi. "Genel Bilgi." Erişim Tarihi: Ekim 2, 2021.
<https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. "5271 Sayılı Kanun'un Gerekçesi." Erişim Tarihi: Ekim 20, 2021.
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarasi=5271>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. "5718 Sayılı Kanun'un Gerekçesi." Erişim Tarihi: Ekim 5, 2021.
<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

Yargıtay. "Karar Arama." Son Erişim Tarihi: Ekim 27, 2021.
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu. "Özel Hayatın Gizliliğinin İhlaline Yönelik Bireysel Başvuru." Erişim Tarihi: Ekim 15, 2021.
<https://internet.btk.gov.tr/haberler/ozel-hayatin-gizliliğinin-ihlaline-yonelik-bireysel-basvuru>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. "6527 sayılı Kanun Gerekçesi." Erişim Tarihi: Ekim 5, 2021.
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=149409&pkanunnumarasi=6527>

Türkiye Büyük Millet Meclisi. "6518 Sayılı Kanun'un Gerekçesi." Erişim Tarihi: Ekim 5, 2021.
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=133166&pkanunnumarasi=6518>.

E-Tespit, Türkiye Noterler Birliği, Erişim Tarihi: Aralık 5, 2021,
<https://e-hizmet.tnb.org.tr/tespit/>

NFT'LER ÖZELİNDE SİBER SİGORTAYA BİR BAKIŞ

An Overview of the Cyber Insurance in Specific to NFTs

Eyüp Ensar ŞAĞBAN *

Öz

Siber dünya, kişilerin hayatına her geçen gün daha fazla dahil olmaktadır. Hatta bir parçası haline gelmektedir. Siber ortamda ortaya çıkan riskler siber çözümler getirmektedir. Günümüz itibarıyla birçok sigorta şirketi siber sigorta hizmeti sunmaya başlamıştır. Beri taraftan, Blokzincir teknolojisinin gelişimi ile ise NFT'ler yaygın kazanmaya başlamaktadır. Bunun sonucunda milyonlarca doları bulan ürünlerin sigortalanması ihtiyacı da belirmektedir. Ancak henüz NFT sigortasına rastlanmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: NFT, Siber, Risk, Sigorta, Blokzincir.

Abstract

Cyberworld is included more in people's lives day by day. Furthermore, it becomes a part of the life. Cyber risks arising out of the cyber world need cyber-remedies. At the present time,

* Avukat, Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, ensarsagban@outlook.com ORCID: 0000-0003-2387-1581.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.05.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.09.2021.

Atıf/Citation: Şağban, Eyüp Ensar. "NFT'ler Özelinde Siber Sigortaya Bir Bakış." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 430-493.

numerous insurance companies begin to offer cyber-insurance services. On the other hand, NFTs (Non-Fungible Tokens) gain wide currency due to the development of the Blockchain's technology. Consequently, the products that reaching millions of dollars are need to be insured. Nevertheless, NFT-insurances are yet to be seen.

Keywords: NFTs, Cyber, Risk, Insurance, Blockchain.

GİRİŞ

Siber alemde ortaya çıkan virüs, trojan, solucan ve sair casus yazılım ile kötü amaçlı yazılımların sebep olduğu zararlar karşısında bu zararların bertaraf edilmesi veya sonuçlarının tazmin edilmesi maksadıyla hukuki çarelerin düşünülmesi kaçınılmazdır.

Bu yazının ele alınış sebebi öncelikli olarak kişilerin sanal varlıklarının her geçen gün arttığı siber alemde ortaya çıkabilecek risklere karşı düzenlenecek sigortalar üzerine düşündürmektedir. Bu noktada, siber sigortanın ne olduğu ve ne şekilde koruma sağladığına değinilecektir.

Çalışmanın ikinci kısmında ise, NFT adı verilen jetonlarla emsalsiz olarak üretilen eserlerden bahsedilmektedir. Bu kapsamda, işbu jetonların kullanıcısına ne şekilde olanaklar sağladığına değinildikten sonra, bu eserlerin sigorta sözleşmelerine konu edilip edilemeyeceği hususları değerlendirilecektir.

İ. SİBER SİGORTANIN TANIMI, TEMEL VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

Çalışmanın bu kısmında, siber sigortayı anlayabilmek için öncelikle siber risk, siber tehdit gibi temel kavramlardan bahsedilecek ve siber sigortanın dijital sigorta gibi ilişkili kavramlardan farkı açıklanacaktır.

A. Siber Risk

Sigorta şirketleri, karşılaşılabilecekleri riskleri önceden bilip üzerine çalışma yaptıktan sonra bunların olası etkilerini bertaraf edebilmeyi amaçlamaktadır. Bunu yaparken de risklerin doğru bir şekilde ölçülmesi ve ardından bu riskin çoğunluğa dağıtılması gerekmektedir. Sigortanın temel çalışma esası da budur.¹ Buradan hareketle söylenebilir ki, sigorta poliçesi riskleri ortadan kaldırmaz. Yalnızca riskin dağıtılması esası ile müşterisinin finansal bir şok yaşamasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.²

Tüm diğer sigortalar gibi siber sigortalar açısından da bu durum geçerliliğini korumaktadır. Bu sebepten dolayı, siber tehditlerin ne olduğunun ve yaratacağı risklerin çok iyi bilinmesi gerekmektedir. Zira kimse bilmediği bir şeye karşı mücadele yürütemez. Benzer söyleyiş ile, “ölçülmeyen yönetilemez”.³ Bu noktada, öncelikle siber sigortanın temelini oluşturan siber riskin açıklanması gerekmektedir. Ancak farklı tanımlar mevcut ise de yaygın şekilde kabul edilen genel bir tanım olmadığından bahsedilmiştir.⁴ Öte yandan, tanım yapma güçlüğünün zorluğu karşısında ayrıca ifade edilmiştir ki, siber riskler bütüncül ve yıkıcı tehditler içermektedir. Bu sebeple, risklerin tespiti ve bunlarla baş edilmesi zor ve pahalıdır. Bu noktada, siber riskler

¹ Levent Sezal, “Sigortacılık Sektöründe Karşılaşılan Riskler ve Etkin Risk Yönetimi”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 17, (Aralık 2018): 186-192.

² Daniel Bara, Sanja Ćorić ve Goran Jurišić, "The role of the Cyber Insurance in managing and mitigating Cyber Security Risk (With special emphasis on the potential of Croatia and Serbia Cyber insurance market)", *Međunarodna naučno-stručna konferencija IKT bezbednost (Uluslararası Bilimsel-Profesyonel BİT Güvenliği Konferansı)*, (Ocak 2015): 40.

³ Sezal, “Sigortacılık Sektöründe,” 192.

⁴ Ahmet Karayazgan, “Sigorta Sektöründe Siber Risk-Siber Sigorta”, iç. *Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında)*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020, 5.

sigorta poliçelerine konu risklerin diğer hiçbirine benzememektedir.⁵

Kavramsal açıdan bir açıklama yapma ihtiyacı karşısında, siber risk şu şekilde tanımlanabilir: Bilişim teknolojileri vasıtası ile herhangi bir sistem, hizmet veya veritabanı üzerindeki mahremiyet, bütünlük veya mevcudiyete yönelik risklerdir.⁶

Siber tehditlerin yelpazesinin oldukça geniş olduğu belirtilmelidir. Buna göre, veri hırsızlığı ve fidyecilik gibi günlük hayatta karşılaşılabilecek ancak daha yüksek sıklık taşıyan risklerin yanında, birçok işletmeyi etkileyebilecek ve uluslararası bilişim sistemi krizlerine neden olabilecek ancak daha düşük sıklık taşıyan riskler de bulunmaktadır. Oxera'nın çalışmasında bu büyük çaplı saldırılara NotPetya ve Wannacry saldırıları örneklenmiştir.⁷

B. Siber Tehdit ve Siber Saldırıları

Siber riske dayanak olacak siber tehditler ve siber saldırılar ise belli ölçüde çeşitlilik arz etmektedir. Bu tehdit ve saldırıların taslağı şu şekilde çizilebilir: Öncelikle siber saldırı, kötü amaçlı yazılım veya hemen takip eden paragrafta belirtilen diğer şekillerde bilişim sistemlerini devre dışı bırakmak veya bilişim sistemlerinde mevcut fikri mülkiyet ve sır niteliğinde olanlar ve kişisel veriler dahil her cins verileri çalmak amacıyla yapılan saldırılardır. Siber tehdit ise, siber saldırıların başarılı olarak gerçekleşmesi olasılığını ifade eder.⁸

⁵ PWC, Insurance 2020 & beyond: Reaping the dividends of cyber resilience, (2015): 7.

⁶ Oxera, The value of cyber insurance to the UK economy: Prepared for the Association of British Insurers, (Kasım 2020): 1.

⁷ Oxera, "The value of cyber insurance," 2.

⁸ Ahmet Korkusuz, "Kurumlarda Siber Güvenlik ve Siber Riskler", (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020): 14-15.

Siber sigortaların kapsamı konusunda poliçelerde teminat altına alınan siber tehditler ise başlıklar itibarıyla şu şekilde sayılabilir: fidyecilik (ransomware), phishing (oltalama), kırma (cracking), ortadaki adam (man in the middle), sosyal mühendislik (social engineering) ve nesnelerin interneti (internet of things – IoT).

Siber tehdit çeşitlerine ilişkin olarak iki çalışma dikkate şayandır. Öncelikle, Şekeroğlu ve Özüdoğru tarafından yapılan çalışmada bahsedilen bu tehditlerin, sonrasında Cebeci tarafından yapılan çalışmada genişletildiği görülmektedir. Halihazırda bu konuda detaylı çalışma yapıldığı için ve doğrudan çalışmanın inceleme konusuna temas etmediği için bu tehdit çeşitlerine ilişkin detaylı açıklamada bulunulmayacaktır.⁹

Yukarıda sayılanlara, kredi ve banka kartı dolandırıcılıkları, DOS/DDOS atakları ve yine dolandırıcılar tarafından yollanan SMS, bilgi çalma, reklam gösterme gibi mobil tehditler de eklenebilir.¹⁰ Tehditlerin tek tek vuku bulması söz konusu olabileceği gibi birden fazlası tehdidin ve hatta hepsinin birden de tek bir saldırının sonucunda vuku bulması mümkündür. Öyle ki, saldırıların büyüklüğüne göre, iflas etme ihtimali bile söz konusu olabilecektir.¹¹

⁹ İlgili çalışmalar için bkz: Sinan Şekeroğlu ve Haşim Özüdoğru, “Dijital Dönemin Koruyucuları: Siber Risk Sigortaları”, 4. *International Research Congress on Social Sciences (11-13 September 2019)*: 55-64; İpek Cebeci, “Türkiye’de Siber Risk Sigortalarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi* 56, no. 1, (2021): 163-188.

¹⁰ Eda Altuntaş, Emine Kara, Abdullah Buğra Soylu ve Erdem Kırkbeşoğlu, “Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar”, *Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi*, no. 12, (Aralık 2018): 6.

¹¹ Cüneyt Çatuk, “Siber Riskler Karşısında KOBİ’lerin Bilgi Güvenliği Farkındalıklarını Ölçen Bir Ölçek Geliştirme: Gaziantep Örnekleme”, (Yayımlanmamış doktora tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2018), 1.

İlave etmek gerekir ki, siber tehditler her zaman yalnızca veri ihlaline neden olacak riskler içermez. Nitekim, anılan riskler iş süreçlerini baltalayacak şekilde zararlara da yol açabilir. Buna göre, kötü niyetli saldırılar, ele geçirilen bilgiler üzerinden rant sağlama dışında bilgileri doğrudan yok etmeye yönelik de olabilir. Karayazgan, çok uluslu bir şirkete yapılan saldırıda şirket ağının yok edildiğini belirtmektedir. Bu tarz saldırıların kurtarma maliyeti ve itibar hasarına dikkat çekmektedir.¹²

Buraya kadar yapılan açıklamalarda, siber tehdit ve saldırıların ancak ekonomik ve dijitalleşmiş veriler üzerinde sebep olabileceği zararlardan bahsedilmişse de ayrıca, siber tehditlerin bazı zamanlarda fiziksel hasarlara da neden olabileceği görülmüştür. OECD'nin hazırladığı raporda, Almanya'da 2014 yılında çelik fabrikasında gerçekleşen ve Ukrayna'da 2015 yılında gerçekleşen geniş ölçekli güç kesintilerinin siber saldırılar sonucunda meydana geldiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, her ne kadar ilk bakışta siber tehditlerin çoğunlukla maddi olmayan varlıklar ve itibar gibi maddi olmayan kavramlar üzerinde zarar oluşturacağı düşünülse de verilen örneklerde olduğu gibi gözle görülebilen zararlar oluşturması riski de mevcuttur.¹³

Diğer siber tehditlerin çoğunlukla gerçek kişi veya kişilerce işlenebilecek fiillere bağlı olarak hukuka aykırılık ve kast unsurlarını taşımasına karşın, nesnelerin interneti (Internet of Things- IoT) kavramında teknolojik ürünlerin doğası gereği birtakım riskler barınmaktadır. Özellikle, son dönemde robot süpürge veya benzeri akıllı ev ürünlerinin yaygınlaşması sıradan bir son kullanıcı açısından da risk oluşturabilecektir.

¹² Karavazgan, "Sigorta Sektöründe", 23.

¹³ OECD, Supporting An Effective Cyber Insurance Market, *OECD Report for the G7 Presidency*, (Mayıs 2017): 4.

Yine nesnelerin internetinin gelişimi ve 5G teknolojisinin kitlelerin erişimine açık hale getirilmesi ile birlikte çevrede bulunan ve internet erişimi sağlayan milyarlarca cihazın veri sağlayıcısı olacağı beklenmektedir.¹⁴ Bu noktada, bu verilerin yönetimi ile otonom karar alan bu cihazların oluşturacağı risklerin göz ardı edilmemesi gerekliliği açıktır. Zira, internete bağlı çokça cihaz olması demek, bir anlamda siber tehditlerin de bir o kadar artması demektir.¹⁵

Siber riskin çerçevesini oluşturduktan sonra, siber sigortanın tanımına yer verdikten sonra, konuya ilişkin olarak siber sigortanın diğer bazı kavramlardan farkını ortaya koyabilmek adına benzer sigorta kavramlarına ilişkin tanımlara yer vermek gerekecektir.

C. Siber Sigorta

Siber risk, siber tehdit ve siber saldırılara ilişkin tanımların ardından, nihayetinde kavramsal olarak siber sigorta, bilişim sistemlerinde ortaya çıkan siber riske bağlı olarak sigorta lehtarının kayıplarını konu alan sigorta çeşidi olarak tanımlanmıştır.¹⁶ Bir başka tanımda, siber sigorta, gizliliği haiz ve korunma ihtiyacı duyulan verilerin hukuka aykırı yollarla ortaya çıkması ile oluşacak hasara karşı yapılan sigorta poliçesi olarak ifade edilmiştir.¹⁷

¹⁴ Sezai Tunca ve Bülent Sezen, "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir (Blockchain) Teknolojisi Uygulamaları", *Bankacılık ve Sigorta Araştırmaları Dergisi*, no. 14, (2020): 17.

¹⁵ PWC, "Insurance 2020 & beyond," 9.

¹⁶ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe," 28; Altuntaş, Kara, Soylu ve Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar," 12.

¹⁷ Şekeroğlu ve Özüdoğru, "Dijital Dönemin Koruyucuları", 55. Aynı yönde bkz: Alperen Çotak, "Sigortacılık Sektöründe Siber Güvenliği, Dünyada ve Türkiye'de Gelişmelerin İncelenmesi", (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), 16.

Sigortacılık faaliyetlerin internet kanalıyla yapılması, anılan sigortayı kendiliğinden siber sigortanın bir alanı veya çeşidi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Tanımda da ifade edildiği üzere, öncelikle siber ortamdaki faaliyetlerden kaynaklanan bir rizikonun mevzubahis olması gerekmektedir. Tanım bu yönüyle halihazırda zaten ilgisinin de olmadığı dijital sigortadan ayrılmaktadır.

D. Dijital Sigorta veya Sanal Sigorta

Dijital sigorta veya sanal sigorta olarak adlandırılan kavramın ise, sigorta poliçelerinin yalnızca alım satım değil, ara işlemleri de dahil olmak üzere tüm süreçlerinin elektronik ortamda yürütülmesi faaliyeti olarak tanımlandığı görülmektedir.¹⁸ Dijital sigortacılığın kapsamında görülen bu ara işlemleri ise, poliçelerin uygulanması, oluşan zararlara ilişkin başvuruların neticelendirilmesi ve poliçe bilgilerinin arz edilmesi gibi bilgilendirici hizmetler ile muhasebe ve aracılık hizmetleri gibi faaliyetlerden oluşmaktadır.¹⁹

Dijital sigorta hizmetlerinin özellikle konut veya araç sigortaları gibi somut verileri belirgin olan ve bu noktada birbirlerine yakın teklifler sunulabilen sigorta poliçeleri açısından dikkat çektiği belirtilebilir. Bu şekilde mobil ve dijital dağıtım kanalları üzerinden poliçe teklifleri sunulabilmektedir.

¹⁸ Nuri Ömürbek ve Fatma Gül Altın, "Sigortacılık Sektöründe Bilgi Teknolojilerinin Uygulanmasına İlişkin Bir Araştırma", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 3, (2008): 113.

¹⁹ Müberra Yurdakul ve Nilüfer Dalkılıç, "Sigortacılık Sektöründe Dijital Çağ", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 50, (Ekim 2016): 50-52.

Ayrıca, tüketicilerin karşılaştırma yapma ve çıkarlarına en uygun düşeni satın alma kolaylığı da oluşmaktadır.²⁰

E. Diğer İnternet Sigortaları

Siber sigortanın, dijital sigorta kavramının yanı sıra, farklı sigorta teminatları içeren diğer bazı sigortalardan farkının da ortaya konulması gerekir.

Bu noktada, örnek olarak İnternet aracılığıyla hizmet sunanların yapacağı “İnternet Sorumluluk Sigortası” ve bu hizmetin sunulduğu teknolojik ürünlerde ortaya çıkacak teknik risklerin teminat altına alınması maksadıyla “Elektronik Cihaz Sigortalarından” bahsedilebilir.²¹

Elektronik cihaz sigortaları, siber faaliyette bulunan teknik cihazların yangın, elektrik kesintisi, su baskını ve sair sebeplerle uğrayabileceği maddi zararların teminat altına alması ile siber sigortadan ayrılmaktadır.

İnternet sorumluluk sigortası ise, internet erişimi sağlayan hizmet sağlayıcıların veya e-ticaret yapan kimselerin mesleki sorumluluklarına istinaden düzenlenen poliçeleri ifade etmektedir.

Netice itibarıyla, gerek elektronik cihaz sigortaları olsun ve gerek internet sorumluluk sigortaları olsun, siber riske istinaden

²⁰ Levent Sezal, “Türk Sigortacılık Sektöründe Mobil Teknoloji Uygulamaları”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, no.19, (Ocak 2018): 131. Bul da ayrıca sağlık ve hayat sigortası gibi karmaşık ve çok değişkenli sigorta poliçeleri için geleneksel dağıtım kanalları olan acente ve brokerlere olan ihtiyacın ortadan kalkmadığını belirtmektedir. Konu hakkında daha detaylı açıklama için bkz: Aycan Bul, “Sigorta Dağıtım Kanallarının Dijitalizasyonu”, 15. Ulusal İşletmecilik Kongresi Bildirileri, (26-28 Mayıs 2016): 1. Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021. https://www.researchgate.net/publication/313837149_SIGORTA_DAGITI_M_KANALLARININ_DIJITALIZASYONU.

²¹ Huriye Kubilay ve Atakan Kubilay, “Sigortacılık Sektöründe Bilişim Teknolojilerinin Rolü”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, no.8, (2013): 1827.

düzenlenen poliçeleri ifade etmediği için çalışma konusu olan siber sigorta kavramının dışında kalmaktadırlar.

II. SİBER SİGORTANIN TİCARİLEŞTİRİLMESİ

Sigorta şirketlerinin esasen bir şirket olması hasebiyle, asıl amaçlarının klasik şirket anlayışıyla paralel olarak kâr etmek olduğu belirtilebilir. Aksi bir düşüncenin kabulünde bu şirketlerin dernek veya vakıf gibi örgütlenmesini gerektirirken, bunun imkansızlığı karşısında sigorta teminatına konu edilebilecek herhangi bir riskin belirlendikten sonra öncelikli amacın bunun ticarileştirilmesi olduğu da belirtilebilir. Üretilen primler incelendiğinde de siber sigortanın ılımlı bir şekilde artan ivmeyle ticari menfaatler sağladığı görülmektedir. Çalışmanın bu bölümünde siber sigorta poliçelerinin çerçevesi çizilerek, siber risk artışına paralel olarak siber sigorta poliçelerindeki değer artışına değinilecektir.

A. Siber Sigorta Poliçeleri

Siber sigortalar, dünyanın diğer yerlerinde olduğu gibi Türkiye’de de sigorta şirketleri, acente ve brokerler tarafından veri koruma, siber koruma ve sair isimlerle poliçe olarak tüketicilere sunulmaya başlanmış durumdadır.

Yirminci asrın son on yılında dünyada ortaya çıkan²² siber sigortanın Türkiye’de ilk kez 2017 yılında Anadolu Sigorta tarafından piyasaya sürüldüğü ifade edilmektedir.²³ Beri taraftan, Amerika merkezli AIG Sigorta’nın ise Türkiye’de 2012

²² OECD, “Supporting An Effective,” 5.

²³ Sigorta Gündemi, “Siber risklere karşı Türkiye'nin ilk bireysel sigortası”, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <http://www.sigortagundem.com/haber/siber-risklere-karsi-turkiyenin-ilk-bireysel-sigortasi/1262619#ixzz52TtNbm84>.

yılından beri bu alanda sigorta hizmetinin verildiği belirtilmiştir.²⁴

Bugün ise hemen her sigorta şirketi tarafından ürün olarak sunulmasa dahi, Hazine ve Maliye Bakanlığının hayat dışı sigorta branşında faaliyet gösteren ruhsat sahibi 39 sigorta şirketinden 11'inin tek başına siber sigorta poliçesi teklif ettiği görülmektedir.²⁵ Sigorta şirketlerinin ayrıca acente ve brokerleri tarafından da tekliflerini sunduğu görülmektedir. Acente ve brokerler bir yana Türkiye'de farklı isimlerle siber sigorta ürünü teklif eden sigorta şirketleri ise tespit edilebildiği kadarıyla şunlardır:

Aksigorta A.Ş.	Siber Koruma Sigortası
Allianz Sigorta A.Ş.	Siber Sorumluluk Sigortası
Anadolu Anonim Türk Sigorta A.Ş.	Ticari Siber Güvenlik Paket Poliçesi
CHUBB European Group SE Merkezi Fransa Türkiye İstanbul Şubesi	Veri Koruma Sigortası

²⁴ Gözde Yeniova, "Siber saldırılara karşı sigorta teminatı geldi", Ekonomist, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.ekonomist.com.tr/teknoloji/siber-saldirilara-karsi-sigorta-teminati-geldi.html>.

²⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı, 26 Ekim 2020 tarihi itibarıyla Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Emeklilik Şirketlerinin Ruhsat Sahibi Olduğu Branşları Gösterir Tablo, Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2021. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2020/10/Sigorta-ve-Reas%C3%BCrans-%C5%9Eirketleri-ile-Emeklilik-%C5%9Eirketlerinin-Ruhsat-Sahibi-Oldu%C4%9Fu-Bran%C5%9Flar%C4%B1-G%C3%B6sterir-Tablo-26.10.2020.xlsx>.

Doga Sigorta A.Ş.	Ticari Siber Güvenlik Sigortası
Zurich Sigorta A.Ş.	KOBİ Kimliğim Güvende

Tablo.1: Kurumsal müşterilerine siber sigorta teklifinde bulunan sigorta şirketleri

Anadolu Anonim Türk Sigorta A.Ş.	Bireysel Siber Güvenlik Sigortası
Axa Sigorta A.Ş.	Dijital Güvence Sigortası (Siber Sigortam Yanımda)
Mapfre Sigorta A.Ş.	Özel Risk Sigortaları (Bilgisayar Suçları)
Ray Sigorta A.Ş.	Cyberella
Quick Sigorta A.Ş.	Kimlik Hırsızlık Sigortası
Sompo Sigorta A.Ş.	Dijital Güvenlik Sigortası
Zurich Sigorta A.Ş.	Zurich Dijital Güvenlik Sigortası

Tablo.2: Bireysel müşterilerine siber sigorta teklifinde bulunan sigorta şirketleri

B. Siber Aktivitelere Artış

Siber sigortaların özellikle taçvirüs²⁶ döneminin de etkisi ile çevrimiçi faaliyetlerin ve siber risklere yönelik farkındalığın

²⁶ Türk Dil Kurumuna ait “Türk Dili” dergisinde yayımlanan bir çalışmada, “korona” ve ilişkili kelimelerin bulunduğu terimlerin önceki dönemlerde Türkçe’ye “taç” ile ilişkili olacak şekilde çevrildiği belirtilmekte ancak

artması sonucu talep artışına geçtiğini söylemek mümkündür.²⁷ Yeni normal olarak ifade edilen bu süreç içerisinde sosyal hayat günbegün sanal hayatla bütünleşmekte, günlük hayatta sürdürülen aktiviteler adım adım sanal ortama taşınmaktadır. Sanal ağ üzerindeki bu bağlantı artışı ile birlikte, siber saldırıların hedefinin de arttığı ve dolayısıyla küresel ölçekte siber risklerin ciddileştiği söylenebilir.

Özellikle, bulaş durumunu azaltmak maksadıyla ve kimi sektörlerde bulaştan bağımsız olarak kalıcı hale getirilen uzaktan çalışmaya yönelik talebin artış göstermesi siber risklerin de artması sonucunu doğuracaktır.

C. Personelin Uzaktan Çalışmasına Bağlı Risk Artışı

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca hazırlanan ve 10 Mart 2021 tarihli ve 31419 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği” ile her ne kadar uzaktan çalışmanın sözleşmesel esasları tespit edilmiş ve çerçevesi ortaya koyulmuşsa da siber riske ilişkin etraflıca bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

Anılan Yönetmeliğin 11’inci maddesi ile, verilerin korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınacağı ve buna ilişkin hususlara sözleşmede açıkça yer verileceği düzenlenmiş ise de veri koruma faaliyetinin ne şekilde gerçekleşeceğine yönelik

koronavirüs özelinde henüz bir tanım getirilmemektedir. Anılan incelemede yalnızca, “koronavirüs” kelimesinin bitişik yazılması gerektiğine değinilmiştir. Konu hakkında bkz: Hamza Zülfikar, “Gündemi Meşgul Eden Sağlık Terimleri”, *Türk Dili*, no. 821, (Mayıs 2020): 11. Ortaya çıkan tabloda önceden taç kelimesi ile ilintili olacak şekilde çeviri yapıldığı gözetilerek dilimize bu şekilde geçmesi bu çalışmanın yazarı tarafından temenni edilmektedir.

²⁷ Oxera da bu hususu belirtmektedir. Bkz: Oxera, “The value of cyber insurance”, 11.

herhangi bir detaydan bahsedilmemiştir.²⁸ Bu açıdan, siber riskteki artışın önlenmesi maksadıyla ne yapılacağı hususu cevapsız kalmakla, işletme sahiplerinin bu sorunları kendilerinin çözmelerinin beklendiği anlaşılmaktadır.

Bu haliyle, uzaktan çalışanın sebep olabileceği siber risklerin işletme organizasyonu açısından üzerinde durulması gereken bir risk olduğu ihmal edilmemelidir. Çünkü, Verizon'un yaptığı çalışmaya göre, işletme çalışanın hakimiyeti olmaması nedeniyle oluşan sistem hatası ve oltalama gibi saldırılara maruz kalınması gibi risk doğuran hareketler, siber tehdide konu olan tüm riskler içerisinde %40'ı aşan bir kısmı oluşturmaktadır ki bu hiçbir şekilde göz ardı edilebilecek bir oran değildir.²⁹ Bu sebeple, özellikle çalışanların eğitimi hususu bir işletme açısından hayati önem taşımaktadır. Anılan Yönetmeliğin herhangi bir çerçeve ortaya koymuyor oluşu bu istatistikle birlikte değerlendirildiğinde, siber riskin azaltılması maksadıyla işletme sahiplerine (= işverenlere) ciddi bir sorumluluk doğmaktadır.

D. Siber Sigortada Ekonomik Beklentiler

Sektörün içinde bulunduğumuz yıl itibarıyla 10 milyar Dolara yaklaşacağı³⁰ 2022 yılında ise 15 milyar Dolar seviyelerine

²⁸ RG. 10.03.2021, S.31419. “(1) İşveren; uzaktan çalışanı, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili mevzuat hakkında bilgilendirir ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alır. (2) İşveren, korunması gereken verinin tanım ve kapsamını sözleşmede belirler. (3) Verilerin korunması amacıyla işveren tarafından belirlenen işletme kurallarına uzaktan çalışanın uyması zorunludur.”

²⁹ Verizon, 2021 Data Breach Investigations Report, 15.

³⁰ Sözcü, “Siber sigorta pazarı 9.5 milyar dolara ulaşacak”, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.sozcu.com.tr/2021/sigorta/siber-sigorta-pazari-9-5-milyar-dolara-ulasacak-6221265/>.

ulaşacağı öngörülmektedir.³¹ Bu alandaki çalışmalar ve farkındalıklar arttıkça piyasadaki pastanın genişleyeceğini tahmin etmek güç değildir. Özellikle kamu tarafından da gerek regülasyon yoluyla ve gerek teşvikler ile desteklenmesi halinde yükseliş trendinin hızlanacağı beklenebilir.

Marsh'ın yeni yayımladığı bir çalışma göstermektedir ki, özellikle pandeminin getirdiği siber ağa katılımın artması ve bunun doğrudan sonucu ile siber risklerin artışına bağlı olarak siber sigorta branşındaki fiyat artışı ABD'de %56'yı ve Birleşik Krallık'ta %35'i bulmuş vaziyettedir. Bu artışlar önceki seneye göre %50 daha fazla bir artış anlamına gelmektedir.³² Bu durumun kullanıcı talebini olumsuz etkilememesi halinde üretilen primlerin toplam değerinde bir artış yaratacağı da ifade edilebilir. Fiyat artışının tüketici yönünde tolere edilebilir seviyede kalmasının, piyasaya katılma konusunda diğer paydaşların da iştahını artıracaktır. Nihayetinde, ekonomik bir kazanım sonucu doğabilecektir.

Siber sigortanın sağladığı teminatlarla risk transferine olanak sağlamasının yanı sıra, siber riskin gerçekleşmesi halinde zararın giderilmesi maksadıyla yapılacak harcamanın ekonomik hayatın içinde tutulması da refah artışına olumlu yönde etki sağlayacaktır. Nitekim, siber güvenlik tedbirlerine harcanan bedel, riskin gerçekleşmesi ihtimalinde ortaya çıkacak kaybın çok daha azı bir bedel ile iç ekonomide kalmaktadır.³³

Önceki bölümde ifade ettiğimiz nesnelerin internetinden de beklentiler bu yönde olup siber sigorta ile uyum içinde çalışması

³¹ Shay Simkin'in açıklamalarından alıntıl原因 Dünya, "Siber sigorta pazarı 15 milyar dolara gidiyor", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.dunya.com/sektorler/sigortacilik/siber-sigorta-pazarı-15-milyar-dolara-gidiyor-haberi-455727>.

³² Marsh, Global Insurance Markets: Pricing Increases Moderate in Second Quarter, (Temmuz 2021): 2.

³³ Oxera, "The value of cyber insurance", 13.

arzu edilmektedir. Nesnelerin internetinin gelişimiyle birlikte bu cihazların internete olan erişimi sayesinde tehditlerin önceden tespiti ile sigorta müşterilerinin karşılaşabilecekleri risklere karşı uyarma ve yönlendirme etkileşimi sağlayabilecektir. Böylelikle, sigortanın rizikonun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan zararın tazmin edici özelliğinden ziyade, hasarın gerçekleşmesinden evvel yani önleyici bir nitelik kazanması beklenecektir. Bu şekilde de sigorta şirketlerinin en büyük gider kalemi olan hasar ödemeleri de azalacaktır.³⁴ Ayrıca yine nesnelerin interneti uygulamaları ile son kullanıcıların beklentilerinin daha rahat ölçülerek kişiselleştirilmiş tekliflerin sunulması beklenmektedir.³⁵

III. SİBER RİSKİN GERÇEKLEŞMESİ İLE SİBER SİGORTA TEMİNATININ DEVREYE GİRMESİ VE BU KONUDAKİ ENDİŞELER

Siber sigortaya konu olan rizikonun gerçekleşmesi ile veri ihlali veya yukarıda izah edilen şekilde benzeri hasarlar ortaya çıkabilmekte ve ciddi bir mali külfet yaratan sonuçları doğabilmektedir. Siber riskin gerçekleşmesini müteakiben sigortalılarca siber sigorta poliçesindeki teminatlardan faydalanılmak istenecektir. Sigortalının poliçe şartlarına uygun davranması halinde bu imkanların sigortacı tarafından tanınması gerekmektedir. Beri taraftan, siber sigorta ödemesinin temini konusunda ve siber riskin poliçe kapsamında olup olmadığı noktasında sigortalıların endişesi ortaya çıkabilmektedir. Halihazırda, çoğu sigorta şirketinin kaçınmakta olduğu siber sigorta alanında çalışan sektör bileşenlerinin bu noktada siber riskin vuku bulması ile ortaya çıkan zararların giderilmesine yönelik çalışması gerekmekte, müşterilerini adeta

³⁴ Bul, “Sigorta Dağıtım Kanallarının Dijitalizasyonu”, 5.

³⁵ Fatih Acer, “Sigorta sektörü InsurTech ile gelişecek”, *Sigorta Medya*, Erişim Tarihi: 31 Temmuz 2021. <https://www.sigortamedya.com.tr/fatih-acer-sigorta-sektoru-insurtech-ile-gelisecek/>.

ikinci bir zarara uğratabilecek şekilde tutumda bulunmamaları önem arz etmektedir. Bu bölümde, siber riskin gerçekleşmesi ile ortaya çıkan durum ve beklentiler ile siber sigorta teminatlarına değinilecektir.

A. Siber Riskin Gerçekleşmesi

Önceki bölümde belirttiğimiz üzere, siber tehdit ve saldırılara ilişkin temel yaklaşım gerekli tedbirlerin alınarak risklerin azaltılmasıdır. Ancak öte yandan siber risklerin gerçekleşmesi ihtimalinde ise siber sigorta ile teminat altına alınan yükümlülükler uygulama bulacaktır. Buna göre, kişilerin ortaya çıkan zararlarının sigorta şirketine aktarılması mümkün olacaktır.³⁶

Çalışmanın önceki kısmında belirtilen ekonomik duruma rağmen piyasa aktörlerinin yaklaşımı çeşitlilik arz etmektedir. Zira, siber sigorta ile risk transferi yapılan rizikonun gerçekleşmesi halinde teminatların yerine getirilmesi için sorumluluğun nihai üstlenicisinin kim olacağı noktasında bir endişe mevcuttur. Buna göre; sigorta şirketi, acente ve broker gibi kimi piyasa oyuncuları milyarlarca doları bulan primlerden pay almaya yanaşmakta iken, kimi sigorta paydaşları ise bu riskin üstlenmek için fazlaca büyük olduğunu düşünerek siber sigorta tekliflerinden kaçınmaktadırlar.³⁷

Marsh'ın çalışmasının ABD içinde yapılan araştırmanın en önemli kısımlarından birinin bazı sigorta paydaşlarının siber koruma teminatı hizmeti sunmaktan vazgeçtiğini, kimilerinin ise sigorta poliçelerinde kayda değer değişikliklerle daraltmaya gittiğini göstermektedir.³⁸ Çalışmanın Avrupa ayağında ise

³⁶ OECD, "Supporting An Effective", 3.

³⁷ PWC, "Insurance 2020 & beyond", 9.

³⁸ Marsh, "Global Insurance Markets", 6.

trendin devam ettiği ancak sözleşmesel hükümlerde ve teminat dışı hallerin düzenlenmesinde değişikliklerin devam ettiği görülmektedir.³⁹

B. Siber Sigorta Teminatları

Siber sigortanın yapısı gereği birinci ve üçüncü taraf teminatlar getirdiği görülmektedir.⁴⁰ Ancak siber sigortanın, teminatlarının rizikonun gerçekleşmesinden sonra ve öncesi için ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Aslında geleneksel sigortacılık anlayışı ekseninde siber sigortanın sağladığı temel teminatın finansal zarar, hukuki yardım ve tazminat kalemleri gibi hususlar olduğu düşünülmektedir. Fakat klasik anlayışa ilaveten aslında bu gibi riskleri azaltmak amacıyla, saldırılar gerçekleşmeden öncesine yönelik personelin eğitilmesi, gerekli siber güvenlik önlemlerinin alınması ve ihlal oluşacak alanların ortaya çıkarılmasına yönelik çalışmalar ile riskin azaltılması ve harcamaların bu şekilde dengeli tutulması da öncelikli yararları arasında sayılabilir.⁴¹

Siber tehditlerin yol açtığı hasarlar ve teminatların kapsamı ise genel olarak veri kaybı, şantaj, iş ve üretimlerin durdurulması, ele geçirilen bilgilerin ifşası ve itibar kaybı olarak belirtilmektedir. Üçüncü kişilerin hasarlarının teminata alınması açısından ise dava masrafları, kriz yönetimi ve medya sorumluluğu ile veri ve gizlilik yükümlülüklerine dair teminatlar da sayılabilir.⁴²

Bireysel müşterilere yönelik olarak sunulan siber sigorta tekliflerinde ise; kimlik hırsızlığına karşı getirilen korumalar, ödeme araçlarının hileli kullanımından oluşacak zararlar ile

³⁹ Marsh, "Global Insurance Markets", 11-12.

⁴⁰ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe", 41.

⁴¹ Oxera, "The value of cyber insurance", 12, 13.

⁴² Altuntaş, Kara, Soylu ve Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar", 11-13.

sanal saygınlığa ilişkin hukuki destekler, ortalama gibi saldırılar sonucu oluşacak maddi kayıpların poliçede belirtilen miktarla sınırlı olmak üzere giderimi, siber fidye ve şantajlar sebebiyle doğacak kayıplar, veri tarama hizmetleri ile kredi ve bank kartı ile cep telefonu, e-posta ve benzeri araçlara yönelik şifre koruma hizmetleri ile ihlal halinde poliçe çerçevesinde kayıpların tazmini, iletişim ve seyahat masrafları görülmektedir.⁴³

Literatürde belirtilen teminatlar bahsinde sayılanlara ayrıca *siber kişiliğin korunması* hususu da eklenebilir. Zira her geçen gün kişilerin gerçek hayatlarıyla kimi zaman bütünleşik ve kimi zaman ise ayrı bir sanal kişilikleri oluşmakta ve bu kişiliklere olan olası saldırıların teminata dahil edilmesi talebi ise haklılık arz etmektedir. Sosyal medya ve paylaşım sitelerinde içerik üreticisi olarak kazanç elde edenler açısından sanal kişiliklerinin ve itibarlarının korunması hususu bu vesile ile bir kez daha anamlanmaktadır.

Nihayetinde siber sigortanın maddi varlığı olmayan siber değerlere ve bilgilere karşı oluşan tehditleri tamamıyla oradan kaldıran bir nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Siber sigortanın siber güvenlik ihlali ile oluşan maddi zararlara karşı bir önlem olarak lehtarını finansal kayıplarını azaltmayı amaçladığı görülmektedir.

Bazı ülkelerde sigorta kapsamlarına adli ve idari para cezalarının dahil edilememesinin o ülkeler özelinde siber sigortanın gelişimini kısıtladığı düşünülmektedir.⁴⁴ Ülkemizdeki sorumluluk sigortaları genel şartlarında da

⁴³ Söz konusu teminatlar, siber sigorta teminatlarının neler olabileceğini göstermek maksadıyla, sigorta şirketlerinin bireysel tekliflerinde yer alan teminatlara göre bu çalışmanın yazarı tarafından derlenmiştir. Her şirketin sunduğu teklifte, bu açıklamada sayılan teminatların tamamının bulunduğu anlamına gelmemektedir.

⁴⁴ OECD, "Supporting An Effective," 8.

tarafılarcı aksine anlaşılmadıka idari ve adli para cezalarının teminat kapsamının dışında olduğu görölmektedir. Ancak yine ölkemizdeki siber sigorta poliçelerinin kimilerinde para cezalarının da teminat kapsamına alındığı görölmektedir.⁴⁵ Tüketicilerin bu aşamada ihtiyaç duyduğu teminatı içeren poliçeyi tercih etmelerinde fayda olacaktır.

Klasik teminatların yanı sıra bazı poliçelerde anlık risk takibi ile SMS ve e-posta bilgilendirmesi ve antivirüs yazılımının poliçe içeriği olarak sunulması gibi önleyici hizmetler de sunulduğu görölmüştür.⁴⁶

Sigorta şirketlerinin teminatların uygulanabilmesi için yer yer sigortalılara antivirüs yazılımlarını güncel tutma, düzenli yedekleme faaliyetinde bulunmuş olma ve benzeri yükümlölükler getirdiği de görölmektedir.

Siber sigortaya ilişkin olarak poliçe ile birlikte teminatların başladığı hususu ifade edilmektedir. Karayazgan'a göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 1473'üncü maddesinden hareketle⁴⁷, zararın sigorta süresi içerisinde gerçekteşmesinin sigortanın işletilmesi için yeterli olduğunun ayrıca talebin bu süre içerisinde yapılp yapılmadığına bakılmasına gerek olmadığının kabulü gerekmektedir.⁴⁸ Ancak, anılan hükmün Türk Ticaret

⁴⁵ Örneğin, Anadolu Sigorta'nın bilgilendirme formunda idari para cezalarının teminat kapsamında olduğu açıkça yazılmıştır.

⁴⁶ Örneğin, Axa Sigorta'nın teklifinde önleyici hizmetler açıkça belirtilmiş, Quick Sigorta'nın teklifinde Bitdefender Total Security isimli antivirüs ve güvenlik paketinin poliçe kapsamına dahil edildiği gösterilmiştir.

⁴⁷ RG. 14.02.2011, S.27846. "Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörölen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekteşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörölen miktara kadar tazminat öder."

⁴⁸ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe", 49.

Kanunu'nun sorumluluk sigortaları başlığı altında olduğu düşünüldüğünde, şayet siber sigorta teminatlarının mal sigortası kapsamında değerlendirilmesi yapılacak ise, tersine bir yorum suretiyle talebin de sigorta süresi içerisinde yapılması gerekecektir.

C. Siber Sigortaya Yönelik Endişeler

Kimi sigortacıların siber sigortaya yönelik endişelerinin anlaşılması mümkündür. Çünkü, siber sigortanın üzerinde yeterince çalışma yapılmaması ve saldırıların ne şekilde etkiler doğurabileceğine dair yeterli bilgi olmaması sigorta şirketleri açısından siber sigortanın üzerindeki şüphelerin kalkmasını zorlaştırmaktadır.⁴⁹

Üstelik siber sigorta konusundaki farkındalık ve verilerin yetersizliği yalnızca sigortacı tarafında değil, sigortalı tarafında da endişeye neden olmaktadır. Burada önemle belirtilebilir ki, sigortacılık mesleğinin kilit taşının “güven” olduğu unutulmamalıdır. Siber risklerin olduğu “güvenilmez” bir ortamda, kişilerin sigorta yaptırmasının önemini anlatabilmek ve bu kişilerin güvenini kazanabilmek önem arz eder. Nitekim, kimse güvenmediği bir hizmete karşı bedel ödemek istemeyecektir.⁵⁰

Güven meselesine sebep olan hususun ve esasen asıl unsurun ise tecrübe eksikliği olduğu ifade edilmektedir. Zira sigorta hizmetinin sağlanabilmesi için şirketin konuya ilişkin elinde veri olması gerekir. Siber sigortaların henüz bu denli veri

⁴⁹ PWC, “Insurance 2020 & beyond”, 4.

⁵⁰ Bu konuda meslek mensubunun görüşleri için bkz: Okan Utku, “Dijital Sigortacılık ve Güven”, Sigortacı Gazetesi, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://sigortacigazetesi.com.tr/dijital-sigortacilik-ve-guven/>; Siber sigortanın önündeki en önemli engellerden birinin güven meselesi olduğu hakkında bkz: Cebeci, “Türkiye’de Siber Risk”, 181.

sağlayamaması da riskin ve karşılığı olan primin öngörülmesini zorlaştırmaktadır.⁵¹ En azından prim karşılığı olan teminat kapsamını tüketici aleyhine daraltmaktadır.

Sigorta şirketlerinin de sosyal medya ve internet kanallarında varlıklarını artırmaları ile uygulamalı olarak riskleri görme ve tecrübe etme şanslarının artması bu konudaki gelişimin diğer sigorta branşlarına kıyasen daha hızlı olacağı beklenebilir. Bu noktada, Yurdakul ve Dalkılıç'ın çalışmasında mevcut sigortaların dijital platformlar üzerinden pazarlanmasının önemine işaret edilmekte ve müşteri ile sigorta şirketlerinin dijital yapı sayesinde aynı çatı altında olacağından bahsedilmektedir.⁵² Sigorta şirketlerinin iş ve işlemlerinin dijitalizasyonu şirketlerin müşterileri ile aralarında siber riskler ve siber sigorta açısından çok daha kuvvetli bağların oluşacağı da açıktır.

Beri taraftan, özellikle siber sigortalarda, piyasa aktörlerinin siber risklerin azaltılması konusunda kayda değer bir teklif sunamaması ve somut bir teminat gösterememesi de pazarın en önemli sorunlarından biridir. Bunun nedenin bu çalışmada da birden fazla kez tekrarlanan siber riskin sınırlarının tam olarak bilinmemesi olmakla birlikte, netice itibarıyla müşterilerin güven sorununun çözülememiş olması gerçeğini de değiştirmemektedir. Zira tüketicide, siber riskin gerçekleşmesinin ardından karşılık gelen ödemenin yapılıp yapılmayacağı noktasında endişeler devam etmektedir.⁵³ Burada eklenmelidir ki, müşterilerin güven algısının oluşması bakımından sigorta şirketlerinin öncelikle kendi güvenliğini

⁵¹ Detaylı bilgi için bkz: Altuntaş, Kara, Soylu ve Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar", 9.

⁵² Bkz: Yurdakul ve Dalkılıç, "Sigortacılık Sektöründe", 55.

⁵³ OECD, "Supporting An Effective", 3, 11; Aynı yönde bkz: PWC, "Insurance 2020 & beyond", 10.

sağlaması gerekmektedir. Kendini koruyamayan bir işletmeye, müşterilerinin itimat etmesi beklenemez.⁵⁴

Çalışmanın ikinci kısmında yer alan NFT'lerle de ilişki olması sebebiyle açıklanacak olmasına rağmen yeri gelmişken belirtilebilir ki, blokzincirinin gelişimi ile sahtekarlıkların belirli oranda azalacağı, sorunların çözümünde akıllı sözleşmelerden faydalanılmasının ve merkezi yönetimin doğurduğu risklerin merkezi olmayan yapı sayesinde bertaraf edilmesi ile birlikte tüketicilerin güven sorununun aşılacağı temenni edilmektedir.⁵⁵

IV. SİBER SİGORTANIN BRANŞI VE GENEL ŞARTLARI

Bazı yazarlarca siber sigortanın genel itibarıyla mesleki sorumluluk sigortası genel şartları hükümlerine tabi olacağı hususu ifade edilmektedir.⁵⁶ Ancak yukarıda Tablo.1 ve Tablo.2'de gösterilen ve tek başına siber sigorta poliçesi teklifinde bulunan sigorta şirketlerinin kimilerinin siber sigorta poliçelerini mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarına değil de, ferdi kaza sigortası genel şartları veya hırsızlık sigortası genel şartları hükümlerine tabi tuttukları da görülmüştür. Buradan hareketle sigorta şirketlerinin, sağladıkları teminata ve siber risklerden tercih ettikleri ihlal sebeplerine göre genel şartları seçtikleri söylenebilir. Zira, siber risklerin tamamının gerçekleşmesi halinde hırsızlık veya kaza olayları ile aynı sonucu doğurmadığı da görülmektedir.

Karayazgan'ın da ifade ettiği şekilde, siber sigorta poliçesinde birden fazla çeşit teminat bulunduğundan tek bir branşa veya genel şarta tabi tutulması imkanı bulunmamaktadır.

⁵⁴ PWC, "Insurance 2020 & beyond", 14.

⁵⁵ Görüş hakkında bkz: Tunca ve Sezen, "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir", 15-16.

⁵⁶ Altuntaş, Kara, Soyly ve Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar", 12.

Teminatın ilgili olduğu branşa göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu anlamda, zarar (mal veya sorumluluk) sigorta kapsamından uygun düşenine göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Yazarın da değindiği şekilde genç bir sigorta dalı olan siber sigortanın genel şartlarının düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁵⁷

Beri taraftan, siber sigortanın herhangi bir mevzuata tabi tutulmamasının sözleşme serbestisine tabi olduğu da söylenmekte ve bu sebeple ortaya çıkan zarar bakımından değerlendirme yapılabileceği de ifade edilmektedir.⁵⁸

Sorumluluk sigortası hususunun, içerik ve yer sağlayıcıları bakımından halen kabul edilebilir nitelikte olduğu ifade edilmesinde bir beis yoktur. Ancak siber kişiliklerin ortaya çıkması ile birlikte üretilen ve çalışmanın ikinci kısmında yer alan NFT'ler gibi içeriklerin bir eşya olarak kabul edilmesi halinde mal sigortası olarak kabul edilmesi gerektiği de söylenebilir.

Siber sigortanın doğrudan sorumluluk sigortası hükümlerine tabi olduğu her ne kadar açıkça belirtilmemiş ise de Oxera'nın çalışmasında fiyat kıyası açısından Marsh'ın 2015 yılının Mart ayında Birleşik Krallık Hükûmetine sunduğu "UK Cyber Security The Role of Insurance in Managing and Mitigating the Risk" isimli rapordan yaptığı alıntıda genel

⁵⁷ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe", 41-44.

⁵⁸ Mahmut Barlas, "Türk Hukukunda Siber Sigorta", Fintechtime, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://fintechtime.com/tr/2020/09/turk-hukukunda-siber-sigorta/>; Karayazgan da mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarına tabi olduğunu ancak bunun zorlama bir yorum olduğunu belirtmekte, siber sigortanın kendine özgü bir genel şartlara ihtiyaç duyduğunun altını çizmektedir. Bkz: Ahmet Karayazgan, "Hukuki Yönüyle Siber Sigorta ve Sessiz Siber Teminatının Çalışma Esasları", iç. *Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında)*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020, 139-141.

sorumluluk sigortası fiyatları ile siber sigortanın fiyatlarının artışına dair grafiği paylaştığı görülmektedir.⁵⁹ Yalnızca buradan hareketle Oxera'nın siber sigortaya en yakın branş olarak genel sorumluluk sigortasını gördüğü düşünülebilir. Zira, Marsh'ın anılan çalışmasında, kıyas yapılan tabloda mülkiyet sigortasına da yer verdiği de görülmektedir.⁶⁰ Böylece Oxera'nın çalışmasından hareketle siber sigortanın mal sigortası içeriğinde tasnif edilmemesi gerektiği kanaatine varılabilir.

Siber sigortanın ayrı bir poliçe olarak sunulması dışında, geleneksel sigortaların ana teminat ve ek teminatları olarak da düzenlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁶¹ Bu haliyle, kendisine mahsus genel şartları olmadığından diğer branştaki sigortaların alanına gireceği de ifade edilebilir. Nitekim, Tablo.1 ve Tablo.2'de çeşitli isimlerle siber sigorta teklifinde bulunan sigorta şirketlerinin yaptığıın da esasen bu husus olduğu görülmektedir. Ancak bu şekilde, teminat altında olmadığı açıkça ifade edilmeyen hususların da teminat kapsamında sayılacağı 03 Haziran 2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan temel kuralı⁶² karşısında sigorta şirketlerinin aleyhine bir kapsam kazanacaktır. Bu sebeple, siber sigorta konusunda genel şartların hazırlanması ihtiyacına yönelik düşünce ifade edilmiştir.⁶³

⁵⁹ Oxera, "The value of cyber insurance", 10.

⁶⁰ Marsh ve Birleşik Krallık Hükûmeti, UK Cyber Security The Role of Insurance in Managing and Mitigating the Risk, 22.

⁶¹ OECD, "Supporting An Effective", 5.

⁶² RG. 14.06.2007, S.26652. "(4) Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır."

⁶³ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe", 42-44.

Ancak yalnızca genel şartın hazırlanması da yeterli olmayacaktır. Gelişen teknolojilere uygun olarak siber varlıkların karşılaştığı risklere karşı özellikle teminat tutarı ve kapsamının belirlenmesi hususunda düzenleme yapılması zarureti de ortaya çıkmaktadır. Konuya ilişkin, yapılan araştırmalar da kamunun siber sigorta konusunda özel sektör temsilcileri ile fikir teatisine girilmesi ve buyurucu hükümler ile konu hakkında regülasyona gidilmesi noktasında taleplerin bulunduğunu göstermektedir.⁶⁴

V. SİBER SİGORTANIN REASÜRANSI

Siber sigortanın gelişiminden daha yavaş olan bir alan siber sigortanın reasüransı meselesidir. Daha önceden de bahsedildiği şekilde, riskin büyüklüğü ve belirsizliği karşısında sektörün ilerlemesindeki yavaşlık reasürans işlemlerinin yaygınlaşabilmesi açısından daha da yavaş olmaktadır.⁶⁵ Ancak siber sigortadaki gelişimle birlikte artışın devam ettiği de görülmektedir.

Oxera'nın çalışmasında brokerlere daha fazla rol düştüğü de ifade edilmektedir. Nitekim, siber sigorta kullanıcılarının genel brokerlerden ziyade bu alana mahsus olarak görev üstlenen "siber brokerleri" tercih ettiği de belirtilmiştir.⁶⁶

Türkiye'de faaliyet gösteren reasürans şirketlerinden gerek Milli Reasürans T.A.Ş.'nin ve gerek Türk Reasürans A.Ş.'nin 2020 yılı faaliyet raporlarında pandemi koşullarının oluşturduğu dijital yönelimin siber riski çok ciddi bir şekilde artırdığından bahisle, neredeyse tüm branşlara ilişkin reasürans anlaşmalarında siber risklerin istisnai klot olarak eklendiği

⁶⁴ Marsh ve TÜSİAD, "Araştırma", 3.

⁶⁵ PWC, "Insurance 2020 & beyond", 13.

⁶⁶ Oxera, "The value of cyber insurance", 11.

belirtilmektedir.⁶⁷ Söz konusu raporlarda şirketlerin siber sigortaya yönelik reasürans işlemlerine dair bilgi verilmemektedir. Ancak, siber riskin tolere edilmesi için artan siber sigorta ihtiyacı ve bunun riskinin reasüre edilmesine yönelik talepler karşısında bu şirketlerin de harekete geçeceği beklenmektedir.

VI. SİBER GÜVENLİĞİN KAMUSAL YÖNÜ VE SİBER SİGORTAYA YÖNELİK MEVZUAT İHTİYACI

Siber güvenliğin her ne kadar işletmeleri ilgilendiren bir yönü bulunduğu düşünülse de en büyük piyasa aktörünün çoğu konuda devlet olduğu düşünüldüğünde ve serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu ülkelerde dahi kriz anında devletin müdahale zorunluluğunun kaçınılmazlığı ortadadır. Hangi tür ekonomik politikalar benimsenmiş olursa olsun, piyasa regülasyonu konusunda kamu tarafına açık bir yükümlülük düşmektedir.

Çalışmanın ilk kısmında da belirtildiği üzere, siber güvenliği tehdit eden risklerin henüz standartlaştırılması ve daha keskin bir ifade ile siber riskin sınırlarının belirlenmesi mümkün olmadığından siber sigortanın gelişimi yavaş kalmaktadır.⁶⁸ Bu noktada, devletlerin piyasaya kural koyucu olarak müdahalesinin kaçınılmazlığı ortaya çıkmaktadır.

A. Türkiye’de Siber Tehdide İlişkin Çalışmalar

Siber tehditlere karşı kamu tarafında alınacak önlem ve uygulamalara ilişkin 29 Aralık 2020 tarihli ve 31349 sayılı Resmi Gazete’de 2020/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi

⁶⁷ Türk Reasürans A.Ş. 2020 Faaliyet Raporu, 39; Milli Reasürans T.A.Ş. 2020 Faaliyet Raporu, 52.

⁶⁸ Bara, Ćorić ve Jurišić, "The role of the Cyber Insurance", 40.

yayımlanmıştır. Genelge ile Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı koordinasyonunda hazırlanan ve ilk defa 2013 yılından itibaren politika metni haline gelen Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı da bu defa 2020 ilâ 2023 yılları arasında uygulanmak üzere resmîyet kazanmıştır.

Siber suçlarla mücadele, bilişim teknolojilerinin entegrasyonu, yeni nesil ağlar ve yerli teknolojilerin geliştirilmesi ve desteklenmesi gibi 8 ana başlıkta toplanan söz konusu strateji ve eylem planı metninde siber güvenliğe ilişkin de önlemlere yer verildiği görülmektedir.

Her ne kadar anılan eylem planında doğrudan siber sigortacılıktan bahsedilmemişse de risk yönetimi ve siber risk kavramlarına değinilerek siber risklerin getirdiği zararların önlenmesi ve giderilmesi maksadıyla alınacak tedbirlerden bahsedildiği görülmektedir. İlkesel açıdan da siber güvenliğin güçlü hukuki temeller üzerine inşa edilmesinin amaçlandığı da belirtilerek bir kez daha bu alanda hukukçulara düşen görevin de altı çizilmiştir.⁶⁹

Yine Eylem Planı çerçevesinde siber güvenliği sağlamaya katılacak her paydaşın temel hedefinin “siber tehditlerin, risklerin ve bunların etkilerinin en aza indirgenmesi”⁷⁰ hususundan bahsedilmesi de siber tehditlerle ortaya çıkan zararların giderilmesi veya en aza indirilmesi hususunda sigorta sektöründe yer alan paydaşların sorumluluğuna da işaret etmektedir.

⁶⁹ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (2020-2023), 19.

⁷⁰ Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, “Eylem Planı”, 20.

Siber vatan⁷¹ olarak da ifade edilen kavramın eylem planında siber uzay olarak ifade edildiği görülmektedir.⁷² Türk devleti yurttaşlarının özgür ve güvenli bir şekilde siber varlıklarını korumaları ve geliştirmelerini temin etmek maksadıyla internet ortamında devletin siber egemenlik hakkı⁷³ olduğu ve bu hakkın sonuçları bakımından da gerekli önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

06 Temmuz 2019 tarihli ve 30823 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2019/12 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri ilan edilmişse de bu önlemlerin siber güvenliği sağlamaya yönelik olduğu ve ancak tazmine yönelik hükümler içermediği görülmektedir.

⁷¹ Özgür Altuncu, “Siber vatan savunması”, Hürriyet, Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2021, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/siber-vatan-savunmasi-41716074>; Söz konusu haberdan de görüleceği üzere ve Cumhurbaşkanlığı düzeyinde ifade edilen şekliyle, “siber vatan” egemenlik sınırlarının içinde tutulacaktır. “Uzay vatan”, kavramıyla birlikte yakın gelecekteki iki önemli başlıktan biri olacağı düşünülmektedir.

⁷² Siber uzay kavramı, Varşova Zirvesi’nde NATO tarafından tanınmıştır ve gerek NATO üye ülkeleri ve gerek Avrasya tarafında yer alan ülkelerin bu konuda önlem alarak “siber ordular” yarattığı görülmektedir. Bkz: Cebeci, “Türkiye’de Siber Risk”, 164.

⁷³ Siber egemenlik hakkı kavram ilk kez 2014 yılında Çin’in Ciciang eyaletinde gerçekleştirilen Dünya İnternet Konferans’ında Çin Halk Cumhuriyeti devlet başkanı Şi Cinping tarafından dile getirilmiştir.

⁷⁴ Siber egemenlik kavram için, “Devletlerin, uyruklarını siber dünyadaki risklerden ve tehditlerden korumak adına tek taraflı tasarrufla bulunabilmeleri gücüne sahip olmalarıdır.” şeklinde bir tanım önerilebilir. Her ne kadar Türkiye’de bu kavramdan yaygın şekilde bahsedilmemekte ve egemenlik kavramının önemine zarar verdiği iddia edilmekte ise de dünya çapında yalnızca Çin tarafından değil, Fransa başta olmak üzere Avrupa ülkelerince de ciddi çalışmalar yapılmaktadır. Ancak bu çalışmalar siber egemenlikten öte üçüncü dünya ülkeleri üzerinde başlatılan siber sömürgecilik faaliyeti olarak görülerek eleştirilmektedir.

Bu vesile ile, bireylerin siber riskler konusundaki farkındalıkları ile özellikle finansal okuryazarlık ve bilişim okuryazarlığı konularındaki birikimlerinin önem arz ettiğini de belirtmek gerekmektedir.⁷⁵ Bu noktada, görsel ve işitsel medyadan yararlanmak suretiyle bu konuda daha fazla çalışma yapılması önem taşımaktadır. Nitekim, çalışmanın önceki bölümünde de belirtildiği üzere, siber saldırıların %40'ından fazlası kullanıcı hatası veya bilinçsizliğinden faydalanılması sayesinde ortaya çıkmaktadır. Siber egemenlik hakkını kullanan bir devletin de milletin eğitimi siber dünyadaki çıkarları koruyacak şekilde öncelik vermesi bu gibi risklerin azaltılmasını sağlayacaktır.

B. Dijitalleşme Yolunda Mevzuat Adımları

Siber sigorta kavramının önemli bir ayağını teşkil eden kısmın dijital hizmetlerle ilgili olduğu açıktır. Dijital hizmetlere ilişkin olarak, 07 Aralık 2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 05 Aralık 2019 tarihli ve 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi İle Bazı Kanunlarda Ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birlikte Türk hukukunda dijital verginin yer almaya başlaması, dijital ortamda sunulan hizmetlerin vergiye

⁷⁵ Marsh'ın TÜSİAD için hazırladığı çalışmasında yer alan veriler ışığında 2019 yılında %22 olarak ölçülen dünya çapındaki farkındalığın, 2020 yılındaki araştırmaya göre Türkiye'de %9 olarak ölçülmesi örnek olarak gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz: Marsh ve TÜSİAD, 2020 Türkiye Siber Risk Algı Araştırması, 2. Ömürbek ve Altın'ın çalışmasında da ifade edildiği üzere, halkımızda ciddi bir kadercilik anlayışı hakimdir. Bkz: Nuri Ömürbek ve Fatma Gül Altın, "Sigortacılık Sektöründe Bilgi Teknolojilerinin Uygulanmasına İlişkin Bir Araştırma", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, no. 3, (2008): 108. Ancak çizilen kötü manzaraya rağmen, sanal platformların günlük hayatın bir miktar daha dışında kalması ile, klasik yaklaşımların ve kaderci anlayışın bu alanda yaygın olmayacağı, bilgi ve tecrübe ile diğer alanlara kıyasen siber sigorta alanında gelişimin çok daha hızlı olacağı öngörülebilir.

tabi bir kazanç olduğunu yasal dayanak altına almıştır. O halde, vergilendirme tabi bir kazanç getiren faaliyetin varlığının doğası gereği riskler de barındırdığı ve sigorta teminatı altına alınabilmesi gerektiği de düşünülebilir. Hatta, siber sigorta poliçelerine yapılan ödemelerin vergiden düşürülmesi gibi teşviklerle bu iki alanın birbirini besler şekilde gelişimine imkân tanınabilir.

20 Mayıs 2021 tarihli ve 7319 sayılı Sigortacılık İle Diğer Bazı Alanlara İlişkin Kanunlarda Ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12'nci maddesi ile 03 Haziran 2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 33/A maddesinde yapılan değişiklik ile kurulan Özel Riskler Yönetim Merkezi'nin sigorta veya reasürans teminatı altında olmayan ancak sigorta edilmesinde kamu yararı görülen risklerin yönetimi ve yürütülmesi yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda söz konusu merkezin siber riskin kamu menfaatini ilgilendiren bir tehdide dönüşmesi halinde kanundaki hükümler uyarınca siber sigorta teminatlarına yönelik çalışmada bulunabileceği düşünülebilir. En azından yürürlükteki mevzuat açısından bunun önünde bir engel gözükmemektedir.

Bu aşamada, siber sigortaya ilişkin meselelerde mevzuat çalışmalarının yapılarak sınırının çizilmesi, genel şartları ve siber sigortaya ilişkin standartların belirlenmesinin uygulama kolaylığı sağlayacağı hususu bir kez daha dikkat çekmektedir.

C. Standardizasyona Yönelik Çalışmalar

Siber sigortanın birden çok kez ifade edildiği üzere karşılaştığı en önemli sorun siber risklerin çeşitliliği, poliçenin kapsama noktaları ve riskin ortaya çıkmasından öncesi ve sonrası için yapılan çalışmaların belli ve programlı olmasının zorluğudur.

OECD'nin bu zorlukların önüne geçilmesi için üye devletlerden beklentisi hükûmetlerce yapılacak çalışmalar ile siber sigorta pazarının önünde duran engellerin kaldırılması ve

sektörün gelişimi için uygun mevzuat ve fırsat beklentilerinin yaratılmasıdır. Bunun önemli bir ayağı olarak, risklerin belirlenmesinde standardizasyon ve güvenlik politikalarının oluşturulması gelmektedir. Ayrıca, sektörle kamu arasında oluşturulacak bir ağ ile siber tehditlerle, vuku bulan siber risklere ilişkin yapılan ödeme taleplerine ilişkin istatistiksel bilgilerin hükûmetlere sunulması konusunda teşvik veya zorunluluk getirilmesi de eklenmektedir.⁷⁶

OECD'nin bu yaklaşımına emsal nitelik gösteren bir uygulama Birleşik Krallık Hükûmetinden gelmiştir. 2014 yılından beri uygulamaya konulan "Siber Esaslar" isimli 10 adımdan oluşan siber güvenlik uygulaması önem taşımaktadır. Hükûmetin bu yaklaşımı ile, siber riskin belirsizliğinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Esasların dikkat çeken yanının ise tüm büyüklükten işletmelerin uygulayabileceği temel önlemlerden ibaret olmasıdır.⁷⁷

Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletleri'nde de *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency* - CISA (Siber Güvenlik ve Teknik Altyapı Güvenliği Ajansı) isimli kurumun 2018 yılında İç Güvenlik Bakanlığına bağlı bir müsteşarlık statüsünden çıkarılıp da müstakil bir federal ajans haline gelmesini takiben 2019 yılının Kasım ayında yayımladığı rehber ile yine işletmelere yönelik "Siber Esaslar" yayımlanmış ve 6 temel adımda işletmelerin siber güvenliklerini artırmaya yönelik ilkeler uygulamaya geçilmiştir.

Gerek Birleşik Krallıktaki ve gerek ise Birleşik Devletler'deki bu uygulamalar gözetilerek Türkiye'nin de "siber usul ve esasları" ortaya koyması ve Amerikan kurumuna benzer şekilde Türkiye'deki Siber Güvenlik Kurulu'nun, Türkiye Ulusal Siber Güvenlik Ajansına dönüştürülmesinin fayda

⁷⁶ OECD, "Supporting An Effective", 11-12; Aynı yönde bkz: PWC, "Insurance 2020 & beyond", 5.

⁷⁷ Bara, Ćorić ve Jurišić, "The role of the Cyber Insurance", 40.

sağlayabileceği görülmektedir. Böylelikle, alanında uzmanlaşmış bir otorite ile regülatif faaliyetlerin daha hızlı hayata geçişi beklenebilecektir.

D. Kişisel Verilerin Korunması Kanunlarının Etkisi

Amerika'daki siber sigorta piyasanın tarihsel süreç içerisinde her zaman Avrupa piyasasından ileride olduğu gözükmemektedir. Bunun en önemli nedeninin kişisel verileri korumaya ilişkin düzenlemelerin Amerika'da çok daha önceden başlaması gösterilmektedir. Öyle ki, Kaliforniya'da 2002 yılında hazırlanan ve 2003 yılında çıkan verilerin korunmasına ilişkin kanunun 2005 ve 2016 yılları arasında tüm eyaletlerde yayıldığı görülmekte iken, Avrupa'da ise *General Data Protection Regulation*'a (Genel Veri Koruma Tüzüğüne) ilişkin çalışmaların 2012 yılında başladığı ve ancak 2018 yılında yürürlük kazandığı görülmektedir.⁷⁸

Türkiye'de de benzer şekilde 2010'lu yılların ikinci yarısına doğru kişisel verilere ilişkin çalışmalar hız kazanmış ve 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kabulü ile kanuni zemini oturmuştur. Ancak 2020'li yıllara gelinmesine rağmen veri siciline kayıtların uzatılması sebebiyle Kanun tüm çerçevesiyle uygulanmasının halen tam olarak başlanmadığı da görülmektedir. Bu noktada, VERBİS kayıtlarının tamamlanmasına müteakiben siber sigortanın da Türkiye sathında da önem kazanacağı tahmin edilebilir.

Buradaki açıklamalara ek olarak, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin Amerika'da öncelikli olarak ilerlemesi ve Avrupa'nın yakın tarihsel süreçte bilişim alanında daha çok ileride olan değil de takip eden statüde oluşunun siber sigortanın gelişimi açısından etkili olduğunu ifade etmek

⁷⁸ Oxera, "The value of cyber insurance", 5-6.

mümkündür. Ancak her halükarda kaçınılmaz olan teknolojik gelişmelerin getirdiği *modern sorunlar modern çözümler gerektirir*.⁷⁹

VII. SİBER SİGORTA ZORUNLULUĞU HAKKINDA

Yaygın olarak tahmin edildiği şekilde, büyüklüğü fark etmeksizin çoğu işletme sahiplerince siber saldırılara maruz kalma riski altında oldukları bilinmemektedir. Üstelik gelecekte de böyle bir riskin artarak devam ettiği ve hatta belki de siber saldırıya çoktan uğramış olduklarından bihaber oldukları da düşünülmektedir.⁸⁰

İşletmelerin yüksek risk altında olmalarının bertaraf edilmesi maksadıyla, siber sigortanın kanuni çerçevesinin çizildikten sonra küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için zorunlu hale getirilmesi hususu düşünülmekte ve bu yönde talepler ortaya çıkmaktadır.⁸¹ Ancak bu talebin yalnızca KOBİ'lere yönelik olması üzerine düşünmeyi gerektirmektedir.

Siber sigortanın, siber tehditlerle ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik teminatlar getirdiği ve bu sigortanın kendi

⁷⁹ "Modern problems require modern solutions" sözü aslında Amerikan komedyen Dave Chappelle'nin Chappelle's Show dizisinde geçmişse de internet ortamında "mim" haline gelerek yaygınlaşmıştır. Çalışma özelinde ifade edilebilir ki, yakın gelecekte buna benzer bir içeriğin NFT haline getirilmesi ihtimal dahilindedir.

⁸⁰ OECD, "Supporting An Effective", 3; Siber riskin gerçekleşmesi halinde aylarca ve hatta yıllarca tespit edilememesi ve bu süreç içerisinde kayıpların katlanması gibi riskler bulunmaktadır. Bkz: PWC, "Insurance 2020 & beyond", 9.

⁸¹ Habertürk, "Siber güvenlik sigortası KOBİ'ler için zorunlu olmalı", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.haberturk.com/siber-guvenlik-sigortasi-kobi-ler-icin-zorunlu-olmali-3023980-ekonomi>.

başına siber saldırıları engelleyemeyeceği hususu unutulmamalı ve işletmelerce siber güvenlik önlemleri muhakkak alınmalıdır.⁸²

Zaten günümüz dünyasının geldiği nokta itibarıyla, önleyici hizmetlere ilişkin proaktif çalışmaların, zararın ortaya çıktıktan sonra giderilmesine yönelik geleneksel sürecin yerini yavaş yavaş almaya başladığı da gözlemlenmektedir.⁸³ Buna göre sigorta şirketleri, bilincin artırılması, risk ölçümlerinde ve tespit edilen risklerin azaltılması noktalarında müşterilerini cesaretlendirme ve teşvik etme şeklinde üç temel şekilde önleyici hizmetler sunabileceklerdir.⁸⁴ Ancak siber dayanıklılığın oluşması için tek rol yalnızca sigorta şirketlerine ve hükûmetlere düşmemektedir. Teknolojinin gelişimiyle birlikte, kişiler ve kültürel yaklaşımların da buna uygun olarak şekillenmesi ve bütüncül bir yapı ile risklere karşı mücadelede bulunulması gerekmektedir.⁸⁵

Öyle ki, siber tehditlerden kaynaklanabilecek risklerin ölçülmesi, karşılaşılabilecek muhtemel zararların önceden simule edilerek tespitinin yapılmaya çalışılması ve buna yönelik hazırlıkların tamamlanması önem arz etmektedir. Tehditlere karşı, olabilecek en kısa sürede güvenliğin sağlanmasına yönelik çalışmalar yapılması ve siber güvenlik şirketleri ile bu konuda iş birliğine gidilmesi gerekecektir. Sigorta şirketlerinin de müşterilerinin de bu ve benzeri sorumlulukları gerek iç

⁸² Şekeroğlu ve Özüdoğru, "Dijital Dönemin Koruyucuları", 62; Aynı yönde: Çotak, "Sigortacılık Sektöründe", 66; Siber sigorta teminatı altına alınacak işletmeler açısından siber güvenlik önlemlerine ve risk yönetim politikalarına sahip olunması bir zorunluluk olarak da telakki edilmektedir. Bu husus hakkında bkz: Altuntaş, Kara, Soylu ve Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar", 20.

⁸³ Bara, Ćorić ve Jurišić, "The role of the Cyber Insurance", 42; Aynı yönde bkz: Bul, "Sigorta Dağıtım Kanallarının Dijitalizasyonu", 5.

⁸⁴ OECD, "Supporting An Effective": 3.

⁸⁵ PWC, "Insurance 2020 & beyond", 5.

regülasyon yönünden ve gerek düzenli takibatı yönünden kontrollerinin eksiksiz yapılması ve tarafların birbirinin bilgilerini güncel tutması da yine risklerin azaltılması bakımından önemlidir.

Siber tehditlerin verinin kendisine yönelik olması sebebiyle, ilk bakışta işletme büyüklüğünün siber saldırılar açısından bir öneminin olmadığı düşünülmektedir. Ancak, küçük işletmelerin çevrimiçi hizmetler ve bulut servislerinin kullanımında büyük şirketlere kıyasen daha zayıf güvenlik tedbirlerinin aldığı ise genel olarak söylenebilir. Beri taraftan, KOBİ'lerdeki bu güvenlik zafiyetinin iş ortaklıkları kurdukları büyük şirketlerin verilerini de tehdit ettiği belirtilmelidir.⁸⁶ Tersine bir yorum ile Oxera'nın ifade ettiği şekilde, orman yangınlarının durdurulmasında olduğu gibi siber sigorta bilincinin artırılmasında diğer şirketlerin de dışsal yararı ortaya çıkacaktır. Nitekim, bir işletme kendini bu şekilde korumaya aldığı anda diğer işletme de bu korumadan yararlanmış olacaktır.⁸⁷

KOBİ'lerle büyük şirketlerin siber sigortaya olan ilgisi kıyaslandığında elde edilen bir sonuç dikkat çekicidir: Büyük şirketlerin siber güvenliğe yaptığı yatırım KOBİ'lere kıyasen iki kattan daha fazla iken, siber saldırıların vuku bulması halinde KOBİ'lerin yaptığı harcama ise büyük şirketlere kıyasen beş kat daha fazla olmaktadır.⁸⁸ Siber sigortanın ve siber güvenlik politikalarının önemini göstermeye tek başına bu veri delil olabilecektir.

Her ne kadar KOBİ'lerin siber risklere karşı yeterli önlemleri almadığı ve farkındalığın düşük olduğu ifade edilmişse de⁸⁹

⁸⁶ Bara, Ćorić ve Jurišić, "The role of the Cyber Insurance", 37.

⁸⁷ Oxera, "The value of cyber insurance", 14.

⁸⁸ Oxera, "The value of cyber insurance", 4.

⁸⁹ Cebeci, "Türkiye'de Siber Risk", 166.

gerek ülkemizde ve gerek dünya çapında milyonlarca kullanıcısı olan şirketlerin veya sosyal medya paylaşım sitelerinin dahi siber saldırıların hedefi olduğu ortaya çıkmıştır. Beri taraftan, PWC tarafından 2013 ve 2014 yılları arasında yapılan araştırma, şirketin büyüklüğü arttıkça benzer şekilde şirketlere yapılan saldırıların giderilmesi için gereken harcamanın da arttığını göstermektedir.⁹⁰

Bu denli büyük şirketlerin KOBİ'lere kıyasen çok daha fazla kişinin verilerini barındırdığı ve saldırılardan daha fazla etkilenebilecekleri düşünüldüğünde bu sigortanın yalnızca KOBİ'ler açısından zorunlu hale getirilmesinin ise nihayetinde haksızlık yaratacağı ve eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşünülmelidir.

Siber varlığı ve siber risklere açık hizmetleri bulunan işletmelerin büyüklüğüne bakılmaksızın siber sigortanın zorunlu hale getirilmesi ise daha isabetli olabilecektir. Bu aşamada, teminat ve prim miktarlarının farklı tutarlarda öngörülmesi ve işletmelerin büyüklüğü ile güvenlik tedbirlerine uyumlu bir şekilde belirlenmesi gerekliliği ise tartışmasıdır. Sonuç olarak, riskin büyüklüğü yalnızca şirketin büyüklüğü ile ölçülemez. Şirketin büyüklüğüne ek olarak siber güvenlik önlemlerinin bir arada değerlendirilmesi sonucunda mümkün olduğu kadar yaklaşık risk tespitinin yapılması gerekmektedir. Bunun ardından, maktu fiyat politikasından ziyade, kişiselleştirilmiş fiyat tekliflerinin sunulması ve buna uygun prim toplanması gerekmektedir.

Çalışmanın önceki bölümünde belirtilen Birleşik Krallık Hükûmetinin 10 maddelik Siber Esaslar politikasında yer alan önlemlerin orta ve büyük işletmeler açısından %90'ları aşan şekilde uygunluk sağlanmasına kıyasen mikro ve küçük

⁹⁰ PWC, "Insurance 2020 & beyond", 8.

işletmelerde ise bu oran %50'lere kadar düştüğü görülmektedir.⁹¹ Türkiye gibi Birleşik Krallık'ta da ticari hayatın %99'unun KOBİ'lerden oluştuğu düşünüldüğünde⁹² siber sigortanın KOBİ'ler açısından halen istenen noktada olmadığı da dikkat çekicidir.

VIII. NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN)

Blokzinciri ve kriptopara teknolojisindeki gelişmelerle birlikte NFT'ler (Non-Fungible Token) ile üretilen sanat eserleri gündeme gelmiş durumdadır. "Değiştirilemez Jeton"⁹³ olarak adlandırılabilen NFT'ler blokzincirinde yer alan harf ve rakamlarla şifrelenen emsalsiz ve biri diğerinin yerine geçemeyecek jetonlardır. Çalışmanın ilham kaynağı da bu jetonlarla üretilen sanat eseri gibi çeşitli içeriklerin sigortalanması imkânı hakkında düşündürmektir.

IX. BLOKZİNCİRİ VE JETONLAR

Değiştirilemez jetonları anlayabilmek için öncelikle kabaca blokzinciri yapısının anlaşılması gerekmektedir. Blokzinciri, bir kayıt zinciri olarak düşünülebilir. Bu zincirler blok halinde birbirine bağlanarak büyüyen bir yapı oluşturur. Her blokta da şifreleme, zaman damgası ve işlem verileri bulunmaktadır. Kayıtların oluşması için sistemde bulunan tüm üyelerin doğrulama yapması gerekmektedir. Bu sebepten dolayı, kayıt listesini içerir veri yani blokzinciri uçtan uca şifreli hale gelerek

⁹¹ Oxera, "The value of cyber insurance", 14.

⁹² Oxera, "The value of cyber insurance", 14. Çatuk, "Siber Riskler Karşısında KOBİ'lerin Bilgi Güvenliği", 13.

⁹³ NFT'lerin Türkçeleştirilmesi açısından "değişmez im" anlamına gelecek şekilde "DİM" kısaltması kullanılabilir. Ancak TDK'nın bu aşamada henüz bir tercihi olmadığı görüldüğünden çalışma boyunca NFT ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir.

merkezi olmayacak şekilde, sistemdeki tüm üyelerin bilgisayarlarında birer kopya oluşturur. Merkezi olmayan bu blokzinciri de belirli kişi veya grupların yönetimi altında kalmaz.⁹⁴

Blokzincirinin en önemli avantajı, sonraki blokun kendinden önce gelen bloka bağlanması ve bu zincirin diğer kullanıcılar tarafından da görüldüğü için saldırganlarca sıralarının değiştirilemiyor oluşudur. İlaveten, tarih ve zaman damgası içerdiği için de olası herhangi bir değişiklik teşebbüsünde bunun bariz olması sonucunu doğuracaktır.⁹⁵

A. Sigorta Sektöründe Blokzinciri

Blokzincirinin oluşumu ile birlikte halihazırda zaten sigortacılık girişimlerinin azımsanmayacak bir ölçüde bu yapıya intibak etmeye başladığı söylenebilir. Öyle ki, *McKinsey*'in veri tabanına kayıtlı girişimlerin %10'unun sigorta sektörüne ilişkin olduğu not edilmiştir.⁹⁶

Çalışma özelinde blokzincirinden NFT'ler oluşturulması ve bu ürünler üzerinde sigorta teminatlarına ilişkin bir inceleme söz konusu ise de, blokzincirinin diğer sigorta teminatları açısından da kullanılabilir olduğu belirtilebilir. Blokzincirinin maliyet avantajı sağlaması, güvenilir altyapı olanağı ve tazminat

⁹⁴ Tunca ve Sezen, "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir", 14-16.

⁹⁵ Mahir Çipil, "'Blockchain' sigortacılığı nasıl etkileyecek?", *Dünya*, Erişim Tarihi: 31 Temmuz 2021. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/blockchain-sigortaciligi-nasil-etkileyecek/344612>.

⁹⁶ Çipil, "'Blockchain' sigortacılığı nasıl etkileyecek?".

süreçlerinin hızlandırması gibi etkenlerle farklı şekillerde kullanıma konu edilebileceği ifade edilmektedir.⁹⁷

Sayılan avantajlara yeni talep esnekliği, daha fazla kişiye ulaşma kolaylığı ve akıllı sözleşmelerin getireceği yeni modeller de eklenebilir. Özellikle akıllı sözleşmelerin piyasayı değiştireceği beklenmektedir. Ancak blokzinciri teknolojisine ilişkin tecrübelerin, deneyimsel olarak ilerlemesi hataların ortaya çıkması ve giderilmesi zaman aralığında dahi ciddi ekonomik zararlara sebep olabileceği kaçırılmamalıdır. Yakın gelecekte ise, blokzincirinin dijital iletişimin olduğu her yerde içerik üreticisi ve içeriği koruyucu olarak bulunması ihtimali de düşünülmektedir.⁹⁸

Akıllı sözleşmeler açısından ayrıca, teminatın doğrulanması ve lehtarların sunduğu taleplerin teminat bilgileri ışığında karara bağlanması gibi süreçlerin de ayrıca doğrulama gerekmesizin çözümleneceği düşünülmektedir. Yine ayrıca, akıllı sözleşmelerin portföy çeşitliliğini artırarak kişiselleştirilmiş hizmet deneyimi sunması konusunda avantaj sağlayacağı da beklenmektedir.⁹⁹

Sigorta şirketlerinin bilişim altyapılarına bağımlı halde çalışmalarının siber risk açısından ciddi bir hedef olma ve

⁹⁷ Bu konu hakkında bkz: Duygu Kule, “Dijital Sigortacılıkta Hizmet Kalitesi”, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, 2019), 18.

⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz: İsmail Yıldırım, Eyyüp Ensari Şahin, “Insurance Technologies (Insurtech): Blockchain and Its Possible Impact on Turkish Insurance Sector”, *Journal of International Management, Education and Economics Perspectives* 6, no. 3, (2018): 18-21.

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz: Tunca ve Sezen, “Sigorta İşlemlerinde Blokzincir”, 18-19; Yeni ekonomik yapılar ile birlikte müşterilerin en iyi fiyat teklifinden ziyade kişiselleştirilmiş hizmet deneyimini önemsediklerine yönelik bir diğer görüş hakkında bkz: Sezal, “Türk Sigortacılık Sektöründe”, 135.

savunma zorluğu durumu yarattığı belirtilmektedir.¹⁰⁰ Ancak blokzincirindeki gelişmelerle bu durumun aşılabacağı öngörülmektedir. Nitekim, blokzincirinin değiştirilemez ve yok edilemez yapısı sayesinde veritabanları üzerindeki korumanın arttığı gözükmemektedir.¹⁰¹ Açık kaynak kodu ile birden fazla yerde depolanarak merkeziyetçi yapıdan kurtulan bu sistem ile siber tehditlerin tek bir merkezi ele geçirilerek ciddi bir risk arz ettiği dönemler kapanabilecektir.

B. Değiştirilebilir ve Değiştirilemez Jetonlar

NFT'yi anlamak için ayrıca değinilmesi gereken nokta, jetonların değişebilir niteliğinin ne olduğu hususudur. NFT'nin blokzincirinin altyapısını kullanmasına rağmen değiştirilemez içeriği diğer kripto varlıklardan ayrılması sonucunu doğurmaktadır. Buna göre, NFT'lerin biri diğeri ile eş olmayan kendine mahsus yapıları vardır. Ancak değişebilir jetonlarda (fungible token) tıpkı kağıt ve metal paralarda olduğu gibi değişebilir bir nitelik taşıması söz konusudur. Bununla ifade edilmek istenen 1 TL'lik bir metal paranın diğeri bir 1 TL'lik metal para yerine kullanılarak değiş-tokuşa aracılık etmesi gibi blokzinciri altyapısını kullanan Bitcoin gibi kripto paralarda da bu durumun geçerli olduğudur. Yani 1 Bitcoin yerine diğeri bir 1 Bitcoin geçebilmektedir. Dolayısıyla, değişebilir jetonların daha üretim aşamasında dahi karşılık buldukları bir değer bulunmaktadır.¹⁰²

Ancak NFT'ler birbiri ile aynı değeri taşımayan ve fiyatı günden güne pazara olan talebe göre değişebilecek jetonlardır.

¹⁰⁰ Karayazgan, "Sigorta Sektöründe," 20.

¹⁰¹ Tunca ve Sezen, "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir," 15.

¹⁰² Robyn Conti ve John Schmidt, "What You Need To Know About Non-Fungible Tokens (NFTs)," Forbes, Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021. <https://www.forbes.com/advisor/investing/nft-non-fungible-token/>.

Bu anlamda, birbirinden farklı resim, video, müzik ve benzeri içeriğe sahip NFT'ler aynı platformdan ihraç edilse dahi farklı fiyata sahip olabilmektedir.¹⁰³

X. NFT'NİN GENEL ÇERÇEVESİ

Resimden müziğe, “twitlerden” video kliplere kadar birçok içerik NFT'ler vasıtası ile satışa çıkarılabilmektedir.¹⁰⁴ Kriptografi yöntemleriyle çeşitli içerikler akıllı sözleşmelere kilitlenerek satışa çıkarılmaktadır. NFT adı verilen bu içerikler özellikle NFT marketleri vasıtası ile kolay bir şekilde kriptopara karşılığında ticarete konu edilebilmektedir. Bir kez NFT'ye gömülen eserler, sahibinin fikri mülkiyeti altına girmektedir. Bu haliyle adeta, dijital bir bandrol altına alınmaktadırlar.¹⁰⁵

Aslında NFT'lerin tarihi hemen hemen blokzincirinin ortaya çıkması kadar eskiye dayanmaktadır. Nitekim, ünlü simaların da kendilerine ait eşya veya sosyal medya paylaşımlarını bir süredir NFT aracılığı ile sattıkları basına da yansımıştır. BNP Paribas'ın yan kuruluşu L'Atelier'in raporuna göre 2020 yılında bir önceki yıla göre 4 kat artarak 338 milyon Dolarlık bir markete

¹⁰³ Conti ve Schmidt, “What You Need To Know”.

¹⁰⁴ Bu çalışmanın yapıldığı günlerde bir NFT satışı daha gündeme gelmiştir. İnternet aleminde küçük kardeşinin parmağını ısırması ile bilinen “Charlie parmağımı ısırıldı” videosunun yaklaşık 760 bin Dolar'a NFT olarak satışı gerçekleşmiştir. Bu satışın ardından adı geçen videonun satımdan önce açık erişim şeklinde yer aldığı YouTube sitesinden kaldırılması beklenmektedir. NTV, “Charlie bit my finger” rekor fiyata NFT olarak satıldı”, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/charlie-bit-my-finger-rekor-fiyata-nft-olarak-satildi,fhLOTQ5oaUi0ovQXwpSxQw>.

¹⁰⁵ Özgür Arkan, “NFT Sanat Eserleri ve Telif Hukuku”, Fikri Mülkiyet, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://fikrimulkiyet.com/nft-sanat-eserleri-ve-telif-hukuku/>.

ulaşan NFT satışlarının daha da büyüyeceği tahmin edilmektedir.¹⁰⁶

NFT'lerin dünya çapında ses getirmesini sağlayacak olay ise, 2021 yılının ilk aylarında, bir sanat eserinin 69,3 milyon Dolar gibi astronomik bir fiyatla satımına aracılık etmesinin hemen ardından gerçekleşmiştir.¹⁰⁷

XI. NFT'NİN KAPSAMI VE HUKUKİ DEĞERİ

NFT'lerin hukuki statüsü hakkındaki belirsizlik NFT'lerin sigortalanması meselesinin yanı sıra, vergilendirilmesi noktasında da sorunlar yaratmaktadır. Bu bölümde, NFT'nin hukuki statüsü incelenerek yürürlükteki mevzuat açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

A. Bir Eşya Olarak NFT

Her ne kadar blokzincirinde yer alan şeylerin somut olarak bir varlıkları olmasa da çeşit borca konu olamayan NFT'lerin Roma hukukundan beri gelen ayrıma istinaden biraz da geniş yorum yoluyla da olsa gayri misli eşya olarak adlandırılması mümkündür. Zira *Fungible* (değiştirilebilir) olarak üretilen jetonların aksine, NFT'lerin farkı önceden de belirtildiği üzere içinde gömülü olan içeriğin değiştirilemez oluşudur. Bu aşamada, NFT'lerin satım sözleşmesine konu edilmesi halinde bir parça borcu oluşacaktır. Söz konusu NFT içeriğinin çeşitli

¹⁰⁶ Nina Bambysheva, "BNP Paribas Subsidiary Helps Identify \$250 Million Leap In NFT Sales", Forbes, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. tarihli yazısı, <https://www.forbes.com/sites/ninabambysheva/2021/02/15/french-banking-giant-bnp-paribas-details-explosion-of-new-crypto-sector-with-250-million-sales-volume/?sh=5ad59216412f>.

¹⁰⁷ Mehmet Çağrı, "NFT nedir? Kripto sanat çağı mı başlıyor?", TRT Haber, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.trthaber.com/haber/kultur-sanat/nft-nedir-kripto-sanat-cagi-mi-basliyor-570069.html>.

sebeplerle yok olması durumunda sözleşme sona ereceğinden de bu aşamada gayri misli eşya olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

NFT'ler ile içerik üretmenin en önemli faydası orijinal halinin devredilebilir bir şekilde koruma sağlamasıdır. Ayrıca bazı durumlarda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 45'inci maddesinde belirtilen sanat eserlerinin sonraki satışlarından pay verilmesi usulünün NFT'ler için kolaylıkla uygulama bulacağı da ifade edilmektedir.¹⁰⁸

NFT'nin koruduğu bu hukuki değerin yanında beri taraftan sanatçıların eserlerini ulaştırabilmesi noktasında eşitsizlik yarattığı, marketin kaosa neden olduğu, karbon emisyonu artırımı ile iklim değişikliğine katkı sağladığı ve nihayetinde emsalsiz bir kopya olarak hazırlanan eserin sanatın özüne ve ruhuna aykırı olduğuna yönelik iddialar da bulunmaktadır.¹⁰⁹

NFT'lerin sanatın geleceğine ve çevreye yönelik olumlu veya olumsuz etkileri tartışılarsun, NFT'ler ile yapılan satışlarda içeriği üreten kimsenin sonraki satışlar için de komisyon alabilme fırsatı sağlamasının¹¹⁰ dahi tek başına,

¹⁰⁸ Özgür Arıkan, "NFT Sanat Eserleri ve Telif Hukuku", Fikri Mülkiyet, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://fikrimulkiyet.com/nft-sanat-eserleri-ve-telif-hukuku/>.

¹⁰⁹ Gregory Barber, "NFTs Are Hot. So Is Their Effect on the Earth's Climate", Wired, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://www.wired.com/story/nfts-hot-effect-earth-climate/>; Cass Marshall, "NFTs are generating huge paydays for some artists, others feel under siege", Polygon, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://www.polygon.com/22327806/nft-artists-online-theft-non-fungible-token>.

¹¹⁰ Efe Öç, "NFT nedir: İnternette kolayca indirilebilen bir dijital eser, nasıl 70 milyon dolara alıcı buldu?", BBC, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56385962>; Beri taraftan, NFT'lerle yapılan satışlarda fiyatın inanılması güç bir hızla yükselmesinin

sanatçıları teşvik edeceği ve eserlerini bu yöntemle satma noktasında cesaretlendireceği ifade edilebilir.

Bu noktada, yer yer birbiriyle orantısız NFT fiyatları ortaya çıkabilmekte ise de fiziki sanat eserlerine benzer şekilde serbest piyasanın dengeyi bulacağı beklenmektedir.¹¹¹

NFT'lerin blokzincirinde yer alan değiştirilemez yapısının yakın gelecekte sözleşmesel ilişkilerde de yaygın olarak kullanılabilmesi de mümkündür. Halihazırda Ethereum isimli kriptopara temelinde yer alan ve NFT olarak hazırlanan akıllı sözleşmelerin 19.000 sayısını aştığı da ifade edilmiştir.¹¹²

NFT'lerin hukuki olarak menkul kıymet olup olmadığı hususu ise henüz belli olmayıp konuya ilişkin olarak Amerikan mahkemelerinde yargılama devam etmektedir. Ayrıca, NFT'lerin teknolojik gelişmelerle birlikte *Fractional* (Bozukluk) halde üretilerek hisselerle ayrılması gibi meseleler de NFT'nin hukuki olarak nitelendirilmesini zorlaştırmaktadır. Beri taraftan, hemen aşağıda da değinileceği üzere yürürlükteki Türk mevzuatı açısından blokzincirinin bir ürünü olan bu yapının menkul kıymet olarak nitelendirme imkanı bulunmamaktadır.

dayanaksız ve olduğu ve çakılma riskinin bulunduğu da ifade edilmektedir. Her halükarda, sahte NFT'lere de dikkat edilmesi gerekir.

¹¹¹ Çağlar, yazısında NFT market fiyatlarının %50'sinin 200 Dolar altında olduğuna değinmektedir. Milyon dolar üzerinde satış yapan sanatçıların kriptopara topluluklarınca bilinen isimler olduğunu ifade etmekte, ortalama NFT fiyatının 2021 yılının Mayıs ayı itibarıyla 1400 Dolar olduğunu belirtmektedir. Deniz Çağlar, "NFT Sanat Pazarı: Finansal bir balon mu?", Habertürk, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.haberturk.com/yazarlar/deniz-caglar/3057138-nft-sanat-pazarı-finansal-bir-balon-mu>.

¹¹² Dilek Sarı, "Ethereum'daki (ETH) NFT Odaklı Akıllı Sözleşmeler Rekor Kırdı", Coinkolik, Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2021. <https://www.coinkolik.com/ethereumdaki-eth-nft-odakli-akilli-sozlesmeler-rekor-kirdi/>.

B. İlk NFT Davası – NFT, bir menkul kıymet midir?

NFT'lerin bu çalışmanın hazırlandığı sıralarda ciddi bir davayla karşı karşıya kaldığını not etmek gerekir. Dava, Ethereum blokzincirini kullanmakta iken, Flow adını verdikleri blokzincirini oluşturan ve önceden CryproKitties olarak bilinen Dapper Labs şirketine karşı açılmıştır. Şirket, NBA (National Basketball Association) ile ortaklaşa kurduğu “NBA Top Shot” isimli, Amerikan basketbol ligindeki kayda değer anları NFT'lere dahil ederek alım ve satım yapmaktadır. Ancak davacı tarafın iddiasına göre, bu ürünlerde makul bir kâr beklentisi ile yatırım söz konusu olduğundan menkul kıymet olarak satılması ve ulusal menkul kıymetler yasalarına uygun şekilde alım satım faaliyetinin yürütülmesi gerekmekte iken, kayıtsız şekilde yürütülen bu faaliyetin hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir. Virginia eyaletinde yaşayan davacının federal yasaların ihlal edildiğinden bahisle New York eyalet mahkemelerinde açtığı bu davanın yetki sebebiyle usulden reddi beklenmektedir. Yine de mahkeme henüz bir karar vermemiştir.¹¹³

Ancak, NFT'ler açısından kayda geçen ilk dava olmasının yanı sıra bu gibi davaların işbu çalışma özelinde de bir önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Çünkü, bu veya buna benzer bir davanın kabulü ile hukuk literatüründe NFT'lerin makul bir kâr beklentisi niteliğini haiz olduğu ve menkul kıymet olarak adlandırılabilceği sonucu doğacaktır. Bunun ardından da söz konusu menkullerin taşıdığı riskin gerçek veya spekülatif olup olmadığı noktasında bir değerlendirme de kaçınılmaz olacaktır. Zira, NFT'lerin spekülatif risk taşıdığı ve zenginleşme beklentisinin yanı sıra piyasada oluşacak herhangi bir etkenle

¹¹³ David Zaslowsky, “NBA Top Shot Sued Based on the Allegation That the Sale of NFTs Violated US Securities Laws Because they Qualify as Securities,” Lexology, Erişim Tarihi: 05 Ağustos 2021. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9617ec0c-4511-4223-9638-07c173438235>.

zarara neden olabileceği kabul edilirse, bu noktada sigorta kapsamına alınmayacağı net bir şekilde ifade edilebilir olacaktır.

Şayet, NFT'lerin spekülasyon risk taşıdığı kabul edilirse sigortanın genel ilkeleri açısından düşünüldüğünde NFT'ler açısından şöyle bir sorun söz konusu olabilecektir. Sezal'ın da çalışmasında belirttiği şekilde sigorta gerçek risklerle ilgilenir, zira zenginleşme aracı değil güvence aracı niteliğini taşımaktadır.¹¹⁴ Buradan hareketle de söylenebilir ki, NFT'lerin zenginleşme aracı olarak bir menkul değer niteliği taşımasının yargı makamlarınca veya yasama organlarından çıkacak kanunlarca tespiti halinde sigorta poliçesine konu edilmesi mümkün olmayacaktır.

C. NFT'nin Yürürlükteki Türk Mevzuatına Göre Konumu

İç hukuk bakımından yürürlükteki mevzuat açısından NFT'nin menkul kıymet olarak atfedilmesinin mümkün olmadığı açık bir şekilde ifade edilebilir. Zira kripto varlıkların kullanılamamasına ilişkin hazırlanan "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmeliğin" 3'üncü maddesi ile getirilen tanımda kripto varlıkların "menkul kıymet ve sermaye piyasası aracı olamayacağı" hususu açıkça ifade edilmiştir.¹¹⁵ Bu aşamada, Yönetmeliğin yürütücüsü olan Merkez Bankasının kanaati değişmedikçe hemen yukarıda yaptığımız açıklamalara istinaden ABD Mahkemelerince, blokzincirinin bir ürünü olan NFT'lerin, menkul kıymet olarak kabulünün iç hukuk açısından bir anlam ifade etmeyeceği de belirtilebilir. Ancak, Türkiye'nin de ardıl yaklaşımlarının

¹¹⁴ Sezal, "Sigortacılık Sektöründe", 188.

¹¹⁵ RG. 16.04.2021, S.31456. "Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder."

NFT'lere ve genel olarak blokzinciri ile üretilen kriptoparalara menkul değer statüsü vermek yönünde değiştiğinde, bu defa bu ürünlerin sigorta kapsamından çıkarılması da gerekebilir. Son tahlilde, mevcut durum, NFT'lerin sigortalanmasında Türk hukuku açısından herhangi bir engel olmadığıdır. Bu sebeple, sigorta poliçesine konu edilerek teminat altına alınabilir.

Bu noktada, kripto varlıkların yürürlükteki mevzuat bakımından hukuki statüsünün belirsizliği gündeme gelmekle, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde "gayri maddi varlık" olarak ifade edilmesinden hareketle marka, patent, ticari sır gibi fikri veya sınai mülkiyete konu edilebilecek bir nitelik taşıdığı sonuç ve kanaatine ulaşılabilecektir. Bu haliyle de eşyaya ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir.¹¹⁶

XII. NFT'LERİN SİGORTALANMASI

Dünyanın hemen her yerinde siber sigorta hizmeti verilmesine karşın henüz NFT'ler için sunulan bir sigorta poliçesi bulunmamaktadır.

Bu yazının kaleme alındığı tarihte bilindiği kadarıyla tıpkı Türkiye gibi dünyada da henüz NFT'leri sigorta altına alan bir

¹¹⁶ İşbu çalışma kapsamında daha önceden de ifade edildiği şekilde, kripto varlıkların dijital bandrol gibi bir fikri mülkiyete konu olması sebebiyle eşya üzerindeki mülkiyet kurallarının uygulanamayacağı ifade edilmekle birlikte; Özdemir'in çalışmasında kripto varlıkların ve özellikle kripto paraların günlük hayattaki sorunlarının çözülebilmesi için doğal güçlerin taşınır mülkiyetine konu olabileceğine dair Medeni Kanun düzenlemesinden hareketle kripto varlıklara eşya statüsünün verilmesinin bir ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir. Konuya ilişkin anayasal dayanaklardan hareket eden bir çalışma olması sebebiyle ilgililer bakabilir: Gençer Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no.1, (2021): 289-306.

şirkete ulaşılamamıştır. Ancak Hong Kong merkezli YAS MicroInsurance isimli sigorta şirketinin “NFTY” adını verdikleri NFT sigortası için İtalya merkezli Generali Sigorta ile iş birliğine gidilerek bu konuda birlikte çalışmalara başlandığı belirtilmektedir.¹¹⁷ Türkiye’de de NFT alanında satış işlemlerinin başladığı ve yüksek tutarlara ulaşmaya yaklaştığı da gözetildiğinde Türk sigorta şirketlerinin de çağın gerisinde kalmamak adına bu alanda poliçe ve teminat hazırlıklarına girişeceklerini beklenebilir.

Beri taraftan NFT ürünlerinin, fiziksel ürünlerin banka kasalarında saklanması gibi saklanması amacıyla hizmet sunulmasına başlandığı da bildirilmektedir.¹¹⁸

Bu aşamada NFT’lerin yakın vakitte sigorta poliçelerine konu olacağı beklenmektedir. Böylelikle, teminat kapsamının belirlenmesi ve reasüransına yönelik işlemlerin başlatılması gerekmektedir.

XIII. NFT’LERİN TEMİNAT KAPSAMINA ALINMASI VE REASÜRANSI

Çalışmanın ilk bölümünde de açıklandığı üzere, bir şeyin sigorta teminatı kapsamına alınabilmesi için karşılaşılabilecek risklerin ne olduğunun çok iyi bilinmesi gerekmektedir. Siber risklerin de bu açıdan bilinmesi gerekmektedir. Birlikte, aynı şekilde NFT’lerin de ne gibi tehditlerle karşı karşıya gelebileceği

¹¹⁷ PR Newswire, “YAS Launches the World’s First Microinsurance “NFTY” Covering NFT”, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.prnewswire.com/news-releases/yas-launches-the-worlds-first-microinsurance-nfty-covering-nft-301269677.html>.

¹¹⁸ Insured Finance, “Launching the First Insurance Vault for NFTs”, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://insured.finance/launching-the-first-insurance-vault-for-nfts/>.

bilinmelidir. Nitekim, blokzincirinin tartışmalı yapısı nedeniyle kişisel veri ihlallerine davetiye çıkarıp çıkarmadığının tespiti bu aşamada kritik düzeyde önem taşır. Zira, blokzincirinde yer alan tüm paydaşların kişisel verilerinin birbirleri arasında işlenmesi faaliyetleri de bulunabilecektir. Beri taraftan, veri sorumlusu ile uygulanacak yerel hukukun belirlenmesi ve açık rızanın geri çekilmesi gibi hususlar netleşmemektedir. Ancak bunların anonimleştirme gibi kişisel veri koruma mevzuatlarına uygun hale getirilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁹

NFT'lerin fikri mülkiyet hakkına konu olması sebebiyle, siber sigortalarda veya geleneksel sigortalarda olduğu gibi teminat altına alınmasını olanaksız kılmaktadır. Oysa, siber casusluk gibi faaliyetlerle bu gibi fikri ürünlerin değerlerinin düşürülmesi ise ihtimal dahilindedir. Nitekim, OECD'nin raporunda da bu hususun siber sigorta sektörünün gelişmesinin önünde bir engel olduğu mütalaa edilmiştir.¹²⁰ Bu noktada, daha önceden de ifade edildiği şekilde, sigorta şirketlerinin proaktif role bürünerek NFT içeriğinin güvenliğinin sağlanmasına yönelik teknolojik gelişmelerin eşzamanlı olarak poliçe sahibiyle paylaşılması zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

Sanal bir parmak izi gibi eşsiz¹²¹ olan bu NFT'lerle satıma konu edilen eserlerin mali bir değer ifade ettiği açıktır. Bu değerın sanat eseri gibi mallarda fahiş fiyatlara kadar çıkması ile NFT'lerin hukuken geçerli ve korunması gereken bir menfaat olduğu ve bu sebeple teminat altına alınabilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar günümüz itibarıyla sigorta şirketlerince böyle bir poliçe söz konusu olmasa da ileriki

¹¹⁹ Blockchain Türkiye, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Blokzinciri Teknolojisi Raporu, Türkiye Bilişim Vakfı, 78-84.

¹²⁰ OECD, "Supporting An Effective", 8.

¹²¹ Tunca ve Sezen, "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir", 16.

zamanlarda yapılacak bir sigortanın muhtemelliği ve büyük ölçüde kesinliği söz konusu olacaktır.

NFT'lerde ortaya çıkma ihtimali olan muhtemel zararlar gerek birinci taraf ve gerek üçüncü taraf teminatlarını ilgilendirir niteliktedir.¹²²

NFT'lerin zarara karşı veya suça karşı olmak üzere iki farklı şekilde sigortaya konu olacağı ifade edilmektedir. Zarar sigortasının işçi zararlarına benzer şekilde kişisel bilgisayar veya başkaca bir şeyin blokzincirine yapacağı müdahaleden dolayı oluşan zararlardan dolayı teminat sağlayacağı ve diğer yandan hırsızlık veya mala zarar verme gibi hareketlerden veya üçüncü bir kişinin NFT içeriğindeki ürünün sahtesini piyasaya sürerek oluşturabileceği dolandırıcı faaliyetlerden dolayı ise suça karşı sigorta teminatı kapsamında tabi tutulabileceği ifade edilmektedir.¹²³ Suça karşı sigortalamak tanımının da iç hukukumuzdaki karşılığının sorumluluk sigortası ile daha uyumlu olduğu ifade edilebilir.

NFT teminatının sigorta lehtarları açısından asıl beklentisinin de NFT sahibinin dijital varlığın değeri hakkında önceden belirlenmiş bir bedelin ödenmesinin birinci taraf teminatlara kıyasen daha öncelikli olacağı da ifade edilebilir.¹²⁴

¹²² Aynı yönde bkz: Bethan Moorcraft, "How can we insure NFTs?", Insurance Business America, Erişim Tarihi: 29 Temmuz 2021. <https://www.insurancebusinessmag.com/us/news/breaking-news/how-can-we-insure-nfts-260576.aspx>.

¹²³ General Liability Insurance, "Non-Fungible Tokens Insurance (NFTs)", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://generalliabilityinsure.com/non-fungible-tokens-insurance.html>.

¹²⁴ Bethan Moorcraft, "How can we insure NFTs?", Insurance Business America, Erişim Tarihi: 29 Temmuz 2021. <https://www.insurancebusinessmag.com/us/news/breaking-news/how-can-we-insure-nfts-260576.aspx>.

Ancak siber kişiliklerin ortaya çıkması ile birlikte üretilen içeriklerin ve işbu çalışma özelinde NFT'lerin bir eşya olarak kabul edilmesi halinde mal sigortası olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak NFT teknolojisi ile kayıt altına alınan eserlerin adeta çevrimiçi bir galeri gibi satışa çıkarıldığı pazarlar açısından ise mesleki sorumluluk sigortasına benzer sigorta ihtiyacı gündeme gelebilecektir. Nihayetinde sigortanın kapsamı ve lehtarı bakımından çeşidinin değişeceği söylenebilir.

VHV Reasürans A.Ş.'nin sitesinde yer alan bilgiye göre, sanat sigortalarındaki pazarın artışı ve bununla eş şekilde artan reasürans ihtiyacına istinaden risk kabullerinin başladığı belirtilmiştir.¹²⁵ Bu aşamada, çok yakın gelecekte fiziksel sanat eserlerine getirilen söz konusu reasüre hizmetinin kapsamının NFT'ler açısından da genişletilmesi söz konusu olabilecektir.

XIV. BOZUKLUK NFT'LER (FRACTIONAL NFTS)

NFT'lere ilişkin olarak son güncellemelerden biri de bir NFT içeriği üzerinde paylı mülkiyete sahip olmaya olanak tanıyan Bozukluk NFT'lerdir. *Fraction* ya da *Fractional NFT*¹²⁶ olarak ifade edilen bu NFT çeşitleri içeriğin tümü üzerinde bir anda mülkiyet sahibi olamayan kullanıcılar için katkıda bulunulan hisse oranında parça temini sağlamaktadır. Kullanıcılar yalnızca bir NFT'nin parçalarını alabileceği gibi birkaç NFT'ye ait parçalardan farklı olanlarda alım yaparak kendi portföylerini de oluşturabilmektedirler.¹²⁷

¹²⁵ VHV Reasürans, Sanat Sigortaları, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021. <https://www.vhvre.com/tr-tr/sanatsigortalari>.

¹²⁶ Esasen "Fractional" ifadesinin fraksiyonel, parçalı, kısmi, oranlı veya hisseli gibi alternatif çevirileri yapılabilir ise de, blokzinciri ve kripto para teknolojisinin geleneksel para terimleri ile karşılanabileceği düşüncesinden hareketle "bozukluk" ibaresinin kullanımı bu çalışma kapsamında tercih edilmiştir.

¹²⁷ Fractional, "What is Fractional?", Medium, Erişim Tarihi: 25 Ağustos 2021. <https://medium.com/fractional-art/what-is-fractional-dd4f86e6458a>.

Bozukluk NFT'lerin oluşum mantığı ise, öncelikle NFT içeriğinin akıllı sözleşme içine kitlenmesi gerekmektedir. Bunun ardından, akıllı sözleşmeye kitlenen NFT içeriği için üretilecek toplam jeton sayısı belirlendikten sonra her bir jeton NFT içeriği olan bütünün parçaları halini almaktadır. Bunun ardından da her bir "Bozukluk" ayrı ayrı satım işlemine konu edilebilmektedir. Satımlardan diğer ortaklar etkilenmemekte ancak toplam fiyat artışından hisseleri oranında kazanç sağlamaları beklenmektedir. Bozukluk NFT'lerin bu yapısının, küçük yatırımcıyı koruyan ve paydaşları tasarrufla bulunmaya zorlamayan demokratik bir yapı getirdiği, tüm payların iktisabı ile adeta "Bütünleme" yapma olanağı tanıdığı hususları da ifade edilmektedir.¹²⁸

Aslında Bozukluk NFT'lerin, NFT'nin bölünmezlik ilkesini¹²⁹ geçerek, yeniden değiştirilebilir bir hale geldiğini ifade etmek de mümkündür. Bu noktada, RFT (refungible tokens) olarak da ifade edilecek bozukluk NFT'lerinin aslında ilk düşüncede NFT olmadığı da değerlendirilebilir.

NFT'lerin "Bozukluk" haline alabilmesi yani hisselerle ayrılması ile menkul kıymet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu bir kez daha önem kazanmaktadır. Çalışma özelinden hareketle, NFT sigortası açısından parça üzerinde teminat sağlanması imkanı daha büyük bir zorlukla karşılaşmaktadır. Kaldı ki, paydaşların tutum ve tasarrufları ile NFT içeriğinin bütününde sebep olabilecekleri özellikle yıkıcı etkiler açısından teminat sağlanamayacağı da düşünülebilir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi, Bozukluk NFT'lerin, yeniden değiştirilebilir jeton haline

¹²⁸ Cameron Robbins, "Fractionalized NFTs", Medium, Erişim Tarihi: 25 Ağustos 2021. <https://medium.com/the-zap-project/fractionalized-nfts-d3fa7458ae5>.

¹²⁹ Gwyneth Iredale, "The Difference Between Fungible And Non-Fungible Tokens", Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021. <https://101blockchains.com/fungible-vs-non-fungible-tokens/>

getirildiğinin kabulü halinde zaten NFT olmadığı için sigorta kapsamında incelenmesine de gerek kalmayacaktır.

XV. İÇ HUKUK İMKANLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ: ÖZEL RİSKLER YÖNETİM MERKEZİ

Yazının bu kısmında NFT konusunda mevcut düzenlemelerde dahi sigorta faaliyeti yürütebilecek otoritelerden bahsedilecektir. Öyle ki, her ne kadar siber sigortacılık faaliyetine veya NFT'lere yönelik bir kurum teşekkül etmemiş ise de işler bir hukuk sisteminde eldeki imkanların elverişli bir şekilde kullanılması önem arz eder. Bu şekildedir ki, oluşabilecek ihtilaflara karşı gecikmeksizin ve mağduriyetleri önler şekilde müdahale edilebilecektir.

Özel Riskler Yönetim Merkezi olarak isimlendirilen kurumun teşekkülü ile sigorta sektörüne yeni bir soluk getirilmesi amaçlanmıştır. Öyle ki, bu merkezin AR-GE merkezi olacağı ve sektörün ihtiyaçlarına çözüm üreteceği de ifade edilmiştir.¹³⁰

Öte yandan, Özel Riskler Yönetim Merkezi'nin teşkilatlanmasına ilişkin kanuni düzenlemesinde de bu amaçtan bahsedilmiştir. Nitekim, 7319 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile değişik 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 33/A maddesinin gerekçesinde "sigorta ve reasürans teminatı bulunamayan riskler ve özellik arz eden riskler için daha hızlı çözüm üretilebilmesi, ölçek ekonomisinden faydalanılmasının"¹³¹ amaçlandığı ifade edilmiştir.

¹³⁰ Selva Eren'in açıklamalarından alıntıl原因an Umut Deniz Elçi, "Özel Riskler Yönetim Merkezi sektörün ihtiyaçlarına çözüm üretecek", Sigortacı Gazetesi, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021. <https://sigortacigazetesi.com.tr/ozel-riskler-yonetim-merkezi-sektorun- ihtiyaclarina-cozum-uretecek/>.

¹³¹ TBMM, 262 sıra sayılı Plan ve Bütçe Komisyon Raporu, 8.

Bu noktada, NFT'ler bakımından halihazırda bir sigorta veya reasürans teminatına yönelik bir düzenleme olmadığı hususu da dikkate alınarak, varsayımsal olarak söylenebilir ki, özellikle kamu yararlarını ilgilendiren bir tehdidin ortaya çıkması ile Merkezin gerekli önlemleri re'sen alabilme imkânı oluşacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Buraya kadar yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, siber sigorta sektörü halen çok genç ve niş bir alan olarak taliplilerini ve girişimcilerini beklemektedir. Özellikle büyük piyasa aktörleri şimdiden bu alanda hizmet sunumuna başlamış vaziyettedir. Ancak kamu tarafında ise adeta bir sessizlik hakimdir. Blokzincirinin gelişimi ile kripto para ve dijital varlıkların yadsınamaz bir noktaya varması halinde, kamu tarafındaki bu isteksizliğin de yerini peşi sıra regülasyonlara bırakacağını öngörmek zor değildir. Bu çalışmada DİM olarak kullanılması da önerilen NFT'ler için de gerek Türkiye'de ve gerek dünyada henüz bir sigorta hizmeti sunulmamaktadır. Ancak önce davrananın kârlı çıktığı günümüz dünyasında ilgisiz kalınan bu alanda yapılacak çalışmalar, müteşebbislerine yüksek menfaatler sağlayabilecektir.

Bu aşamada, çalışma kapsamında değinilen hususlara dair maddeler halinde hazırlanmış öneriler ise şu şekildedir:

- Siber risklere ilişkin çerçevenin hazırlanması siber sigortanın gelişimini kolaylaştıracaktır. Bu sebeple, *bilgi güçtür* ilkesi çerçevesinde özellikle beyaz şapkalı hackerler gibi grupların da yardımıyla mümkün olduğunca bilinmeyen risk kalmaması sağlanmalıdır.

- Siber güvenliğe ilişkin standardizasyon işlemleri hızlandırılarak işletme güvenliğinin artırılması yoluna gidilmelidir. Özellikle, siber risklerin azımsanmayacak derecede bir kısmının personel hatalarından ve bilgisizliğinden kaynaklandığı düşünüldüğünde, personelin bilişim

okuryazarlığı ve siber farkındalığının artırılmasına yönelik çalışmalara ağırlık verilmesi gerekmektedir.

- Siber güvenliğin sağlanmasına yönelik işletmelerce takip edilecek temel usul ve esasların belirlenmesi gerekmektedir ki, bu husus kamu tarafına düşen bir sorumluluktur. Söz konusu usul ve esasların belirlenmesi ile birlikte, siber sigorta poliçelerinin belirliliği de artacaktır.

- Kamu tarafına düşen ikinci bir yük ise, siber sigortaya ilişkin yasal düzenlemelerin netleştirilmesi ve mümkünse yalnızca siber güvenlik uzmanlaşacak ve bu çalışmadaki öneride bahsedildiği üzere Siber Güvenlik Kurulu yerine Türkiye Ulusal Siber Güvenlik Ajansına benzer bir şekilde regülatif kuruluşun teşekkülünün sağlanmasıdır. Bu şekilde, siber sigorta sektörünün de tek elden veya en azından bu yapılamayacaksa da sigortalara ilişkin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile koordineli şekilde yönetimi sağlanabilecektir.

- Siber sigortanın vergilendirilmesine ilişkin teşviklerle sunulan poliçelere olan talebin artışı üzerine düşünmek hem siber sigorta hem de vergi branşı açısından birbirini besler şekilde etkisi olabileceği hususu üzerine düşünmekte fayda görülmektedir.

- Siber sigortanın zorunlu sigortalardan biri haline getirilmesine yönelik taleplerin değerlendirilerek bunun yalnızca KOBİ'ler açısından değil, avangart rolü görmeleri maksadıyla büyük şirketlerden başlanarak uygulamaya geçilmesi imkanının değerlendirilmesi gerekmektedir.

- NFT'ler açısından öncelikle, güncel ve küresel gelişmelerin de takibiyle birlikte menkul değer olarak bir anlam ifade edip etmediğinin kat'i suretle tespitin yapılması gerekmektedir. Şayet bir yatırım aracı olarak görülecek ise de bu yönelik önlemlerin gecikmeksizin alınmasında fayda vardır. Her ne kadar Merkez Bankasının kripto paraların finansal işlemlerde kullanılmasının yasaklanmasına dair yönetmeliği olsa da

küresel gelişmelerin kulak tıkanarak engellenemeyeceği hususu da değerlendirilmelidir.

- NFT'ler de dahil olmak üzere, kripto varlıkların taşınır eşya statüsünün mümkünatı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

- NFT'lerin statüsünün tanınması ile sigortaya ilişkin soru işaretlerinin giderilmesinin yanı sıra eğer menkul değer olarak atfı kabil olacak ise yatırımcısına getireceği değer vergilendirilmesi imkanı üzerinde düşünmek gerekecektir.

- Doğrudan yatırım aracı olmayan ve özellikle sanat eseri niteliğini taşıyan koleksiyon ürünleri açısından, NFT sigortasının siber sigorta kapsamında olup olmayacağı veya münhasıran teklif olarak sunulması halinde yine hangi şartlara tabi olacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazarlar etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The authors have not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The authors stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

Kıtap, Makale, Tez, Bildiri ve Raporlar

- Altuntaş, Eda, Emine Kara, Abdullah Buğra Soylu ve Erdem Kırkbeşoğlu, "Siber Sigortalar: Son Gelişmeler, Uygulamalar ve Sorunlar", Bankacılık ve Sigortacılık Araştırmaları Dergisi, no. 12, (Aralık 2018): 8-22.
- Bara, Daniel, Sanja Ćorić ve Goran Jurišić, "The role of the Cyber Insurance in managing and mitigating Cyber Security Risk (With special emphasis on the potential of Croatia and Serbia Cyber insurance market)", Međunarodna naučno-stručna konferencija IKT bezbednost (Uluslararası Bilimsel-Profesyonel BİT Güvenliği Konferansı), (Ocak 2015): 35-44.
- Blockchain Türkiye, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Blokzinciri Teknolojisi Raporu, Türkiye Bilişim Vakfı
- Bul, Aycan. "Sigorta Dağıtım Kanallarının Dijitalizasyonu", 15. Ulusal İşletmecilik Kongresi Bildirileri, (26-28 Mayıs 2016). Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021. https://www.researchgate.net/publication/313837149_SIGORTA_DAGITIM_KANALLARININ_DIJITALIZASYONU
- Cebeci, İpek. "Türkiye’de Siber Risk Sigortalarına İlişkin Bir Değerlendirme", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi 56, no. 1, (2021): 163-188.
- Çatuk, Cüneyt. "Siber Riskler Karşısında KOBİ’lerin Bilgi Güvenliği Farkındalıklarını Ölçen Bir Ölçek Geliştirme: Gaziantep Örnekleme", Yayımlanmamış doktora tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2018.
- Çotak, Alperen. "Sigortacılık Sektöründe Siber Güvenliği, Dünyada ve Türkiye’de Gelişmelerin İncelenmesi", Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı, 26 Ekim 2020 tarihi itibarıyla Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Emeklilik Şirketlerinin Ruhsat Sahibi Olduğu Branşları Gösterir Tablo, Erişim Tarihi: 24

- Ağustos 2021.
<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2020/10/Sigorta-ve-Reas%C3%BCrans-%C5%9Eirketleri-ile-Emeklilik-%C5%9Eirketlerinin-Ruhsat-Sahibi-Oldu%C4%9Fu-Bran%C5%9Flar%C4%B1-G%C3%B6sterir-Tablo-26.10.2020.xlsx>.
- Karayazgan, Ahmet. “Hukuki Yönüyle Siber Sigorta ve Sessiz Siber Teminatının Çalışma Esasları”, iç. Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında), İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Karayazgan, Ahmet. “Sigorta Sektöründe Siber Risk-Siber Sigorta”, iç. Hukuki Yönüyle Siber Riskin Sigorta ve Reasüransı (Makalelerim Işığında), İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Korkusuz, Ahmet. “Kurumlarda Siber Güvenlik ve Siber Riskler”, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020.
- Kubilay, Huriye ve Atakan Kubilay. “Sigortacılık Sektöründe Bilişim Teknolojilerinin Rolü”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, no.8, (2013): 1819-1856.
- Kule, Duygu. “Dijital Sigortacılıkta Hizmet Kalitesi”, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi, 2019.
- Marsh ve Birleşik Krallık Hükûmeti, UK Cyber Security The Role of Insurance in Managing and Mitigating the Risk.
- Marsh ve TÜSİAD, 2020 Türkiye Siber Risk Algı Araştırması.
- Marsh, Global Insurance Markets: Pricing Increases Moderate in Second Quarter, (Temmuz 2021).
- Milli Reasürans T.A.Ş. 2020 Faaliyet Raporu.
- OECD, Supporting An Effective Cyber Insurance Market, OECD Report for the G7 Presidency, (Mayıs 2017).

- Oxera, The value of cyber insurance to the UK economy: Prepared for the Association of British Insurers, (Kasım 2020).
- Ömürbek, Nuri ve Fatma Gül Altın. "Sigortacılık Sektöründe Bilgi Teknolojilerinin Uygulanmasına İlişkin Bir Araştırma", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 13, no. 3, (2008): 105-127.
- Özdemir, Gençler. "Kripto Paraların Eşya Niteliği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, no.1, (2021): 289-306.
- PWC, Insurance 2020 & beyond: Reaping the dividends of cyber resilience, (2015).
- Sezal, Levent. "Sigortacılık Sektöründe Karşılaşılan Riskler ve Etkin Risk Yönetimi", Sosyal Bilimler Dergisi, no.17, (Aralık 2018): 185-199.
- Sezal, Levent. "Türk Sigortacılık Sektöründe Mobil Teknoloji Uygulamaları", Sosyal Bilimler Dergisi, no.19, (Ocak 2018): 130-143.
- Şekeroğlu, Sinan ve Haşim Özüdoğru. "Dijital Dönemin Koruyucuları: Siber Risk Sigortaları", 4. International Research Congress on Social Sciences (11-13 September 2019): 55-64.
- TBMM, 262 sıra sayılı Plan ve Bütçe Komisyon Raporu
- Tunca, Sezai ve Bülent Sezen. "Sigorta İşlemlerinde Blokzincir (Blockchain) Teknolojisi Uygulamaları", Bankacılık ve Sigorta Araştırmaları Dergisi, no.14, (2020): 13-25.
- Türk Reasürans A.Ş. 2020 Faaliyet Raporu
- Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı (2020-2023)
- Verizon, 2021 Data Breach Investigations Report
- Yıldırım, İsmail ve Eyyüp Ensari Şahin. "Insurance Technologies (Insurtech): Blockchain and Its Possible Impact on Turkish Insurance Sector", Journal of International Management,

- Education and Economics Perspectives 6, no. 3, (2018): 13-22.
- Yurdakul, Müberra ve Nilüfer Dalkılıç. "Sigortacılık Sektöründe Dijital Çağ", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, no. 50, (Ekim 2016): 49-67.
- Zülfikar, Hamza. "Gündemi Meşgul Eden Sağlık Terimleri", Türk Dili, no. 821, (Mayıs 2020): 10-16.

İnternet Kaynakları

- Acer, Fatih. "Sigorta sektörü InsurTech ile gelişecek", Sigorta Medya, Erişim Tarihi: 31 Temmuz 2021. <https://www.sigortamedya.com.tr/fatih-acer-sigorta-sektoru-insurtech-ile-gelisecek/>
- Altuncu, Özgür. "Siber vatan savunması", Hürriyet, Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2021. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/siber-vatan-savunmasi-41716074>
- Arkan, Özgür. "NFT Sanat Eserleri ve Telif Hukuku", Fikri Mülkiyet, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://fikrimulkiyet.com/nft-sanat-eserleri-ve-telif-hukuku/>.
- Bambysheva, Nina. "BNP Paribas Subsidiary Helps Identify \$250 Million Leap In NFT Sales", Forbes, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.forbes.com/sites/ninabambysheva/2021/02/15/french-banking-giant-bnp-paribas-details-explosion-of-new-crypto-sector-with-250-million-sales-volume/?sh=5ad59216412f>.
- Barlas, Mahmut. "Türk Hukukunda Siber Sigorta", Fintechtime, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://fintechtime.com/tr/2020/09/turk-hukukunda-siber-sigorta/>.

- Conti Robyn ve John Schmidt. "What You Need To Know About Non-Fungible Tokens (NFTs)", Forbes, Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021. <https://www.forbes.com/advisor/investing/nft-non-fungible-token/>
- Çağlar, Deniz. "NFT Sanat Pazarı: Finansal bir balon mu?", Habertürk, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.haberturk.com/yazarlar/deniz-caglar/3057138-nft-sanat-pazari-finansal-bir-balon-mu>.
- Çağrı, Mehmet. "NFT nedir? Kripto sanat çağı mı başlıyor?", TRT Haber, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.trthaber.com/haber/kultur-sanat/nft-nedir-kripto-sanat-cagi-mi-basliyor-570069.html>.
- Çipil, Mahir. "'Blockchain' sigortacılığı nasıl etkileyecek?", Dünya, Erişim Tarihi: 31 Temmuz 2021. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/blockchain-sigortaciligi-nasil-etkileyecek/344612>.
- Dünya, "Siber sigorta pazarı 15 milyar dolara gidiyor", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.dunya.com/sektorler/sigortacilik/siber-sigorta-pazari-15-milyar-dolara-gidiyor-haberi-455727>.
- Elçi, Umut Deniz. "Özel Riskler Yönetim Merkezi sektörün ihtiyaçlarına çözüm üretecek", Sigortacı Gazetesi, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021. <https://sigortacigazetesi.com.tr/ozel-riskler-yonetim-merkezi-sektorun- ihtiyaclarina-cozum-uretecek/>.
- Fractional, "What is Fractional?", Medium, Erişim Tarihi: 25 Ağustos 2021. <https://medium.com/fractional-art/what-is-fractional-dd4f86e6458a>.
- General Liability Insurance, "Non-Fungible Tokens Insurance (NFTs)", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://generalliabilityinsure.com/non-fungible-tokens-insurance.html>.

- Habertürk, "Siber güvenlik sigortası KOBİ'ler için zorunlu olmalı", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.haberturk.com/siber-guvenlik-sigortasi-kobiler-icin-zorunlu-olmali-3023980-ekonomi>.
- Insured Finance, "Launching the First Insurance Vault for NFTs", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://insured.finance/launching-the-first-insurance-vault-for-nfts/>.
- Iredale, Gwyneth. "The Difference Between Fungible And Non-Fungible Tokens", Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021. <https://101blockchains.com/fungible-vs-non-fungible-tokens/>
- Moorcraft, Bethan. "How can we insure NFTs?", Insurance Business America, Erişim Tarihi: 29 Temmuz 2021. <https://www.insurancebusinessmag.com/us/news/breaking-news/how-can-we-insure-nfts-260576.aspx>.
- NTV, "Charlie bit my finger" rekor fiyata NFT olarak satıldı", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/charlie-bit-my-finger-rekor-fiyata-nft-olarak-satildi,fhLOTQ5oaUi0ovQXwpSxQw>.
- Öç, Efe. "NFT nedir: İnternette kolayca indirilebilen bir dijital eser, nasıl 70 milyon dolara alıcı buldu?", BBC, Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2021. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-56385962>.
- PR Newswire, "YAS Launches the World's First Microinsurance "NFTY" Covering NFT", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.prnewswire.com/news-releases/yas-launches-the-worlds-first-microinsurance-nfty-covering-nft-301269677.html>.
- Robbins, Cameron. "Fractionalized NFTs", Medium, Erişim Tarihi: 25 Ağustos 2021. <https://medium.com/the-zap-project/fractionalized-nfts-d3fa7458ae5>.

- Sarı, Dilek. "Ethereum'daki (ETH) NFT Odaklı Akıllı Sözleşmeler Rekor Kırdı", Coinkolik, Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2021. <https://www.coinkolik.com/ethereumdaki-eth-nft-odakli-akilli-sozlesmeler-rekor-kirdi/>.
- Sigorta Gündemi, "Siber risklere karşı Türkiye'nin ilk bireysel sigortası", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <http://www.sigortagundem.com/haber/siber-risklere-karsi-turkiyenin-ilk-bireysel-sigortasi/1262619#ixzz52TtNbm84>.
- Sözcü, "Siber sigorta pazarı 9.5 milyar dolara ulaşacak", Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.sozcu.com.tr/2021/sigorta/siber-sigorta-pazari-9-5-milyar-dolara-ulasacak-6221265/>.
- Utku, Okan. "Dijital Sigortacılık ve Güven", Sigortacı Gazetesi, Erişim Tarihi: 27 Mayıs 2021. <https://sigortacigazetesi.com.tr/dijital-sigortacilik-ve-guven/>.
- VHV Reasürans, Sanat Sigortaları, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021. <https://www.vhvre.com/tr-tr/sanatsigortalari>.
- Yeniova, Gözde. "Siber saldırılara karşı sigorta teminatı geldi", Ekonomist, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2021. <https://www.ekonomist.com.tr/teknoloji/siber-saldirilara-karsi-sigorta-teminati-geldi.html>.
- Zaslowsky, David. "NBA Top Shot Sued Based on the Allegation That the Sale of NFTs Violated US Securities Laws Because they Qualify as Securities", Lexology, Erişim Tarihi: 05 Ağustos 2021. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9617ec0c-4511-4223-9638-07c173438235>.

YENİLENEN WHATSAPP GİZLİLİK POLİTİKASI VE KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU İNCELEMESİ

Renewed Whatsapp Privacy Policy And Personal Data Protection Institution Review

Sümeyye ŞİMŞEK *

Öz

Bu çalışmada WhatsApp'ın yeni gizlilik politikası ve bu politikanın Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından incelenmesi ele alınmıştır. WhatsApp 4 Ocak 2021 tarihinde yeni gizlilik politikasını yayınlamıştır. Kullanıcıların bu politikaya onay vermesini istemiştir. Bu politikaya onay vermeyen kullanıcılar WhatsApp uygulamasını kullanamayacaktır. Politika içeriğinde kişisel verilerin Facebook şirketleri ve yurt dışındaki diğer şirketlerle paylaşılacağı belirtilmiştir. Kullanıcılar bu yeni gizlilik politikasına onay verdikleri zaman, yurt dışı ile paylaşım da onay vermiş olmaktadırlar. Kullanıcıların bu konuda seçme şansları bulunmamaktadır, bu yüzden kullanıcılar bu yeni politikaya büyük tepki göstermektedirler. WhatsApp politikası büyük tepkiye yol açtığı için Türkiye'de Rekabet Kurumu ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu, WhatsApp hakkında inceleme başlatmışlardır. Bu çalışmada sadece Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun yapacağı inceleme ele alınmıştır.

* Araştırma Görevlisi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sumeyyesimsek@mu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9528-1543.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.05.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.07.2021.

Atıf/Citation: Şimşek, Sümeyye. "Yenilenen Whatsapp Gizlilik Politikası ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu İncelemesi." *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 2 (2021): 494-548.

Çalışmada öncelikle temel kavramlardan bahsedilmiştir. Sonra WhatsApp'ın yenilenen gizlilik politikası ile ilgili işleyen süreç ve politika içeriği ele alınmıştır. Son bölümde ise Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun yapacağı incelemeden bahsedilmiş ve değerlendirmeler yapılmıştır. Kurum WhatsApp hakkında genel hükümler, açık rıza ve kişisel verilerin yurt dışına aktarılması konularında inceleme yapmaktadır.

Anahtar Kelimeler: WhatsApp, Gizlilik Politikası, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Genel İlkeler, Açık Rıza, Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

Abstract

In this study, new privacy policy of WhatsApp and review of this policy by the Personal Data Protection Institution are discussed. WhatsApp published new privacy policy on January 4th 2021. It asked users to approve this policy. Users who disapproved this policy won't be able to use WhatsApp app. In policy content it is stated that personal data will be shared with Facebook companies and other companies which located abroad. When users approve new privacy policy they also approve to be shared with abroad. Users have no alternative in this topic; therefore, users show great reaction to this new policy. Because WhatsApp policy causes a great reaction, Competition Institution and Personal Data Protection Institution launch an investigation about WhatsApp in Turkey. Solely the review to be made by Personal Data Protection Institution is discussed in this study.

In the study firstly, basic concepts are mentioned. Then, WhatsApp's renewed privacy policy process and policy content are discussed. In last part the review to be made by Personal Data Protection Institution is mentioned and evaluated. The Institution makes an examination on general provisions, explicit consent and transfer of personal data to abroad.

Keywords: WhatsApp, Privacy Policy, Personal Data Protection Institution, General Provisions, Explicit Consent, Transfer of Data to Abroad.

GİRİŞ

Günümüzde kullanımı oldukça yaygın olan anlık mesajlaşma uygulaması WhatsApp, dünyanın pek çok ülkesinde, yer ve zaman sınırı olmaksızın pek çok insanın aynı anda iletişim kurabilmesine olanak sağlamaktadır. Ücretsiz bir uygulama olan WhatsApp, kısa mesaja alternatif olması için geliştirilmiştir. 2014 yılında Facebook’a katılan WhatsApp, ondan ayrı bir uygulama olarak var olsa da kullanıcı bilgilerini Facebook ile paylaşmakta ve ondan da aynı şekilde bilgi toplamaktadır.

2021 yılı Ocak ayında WhatsApp gizlilik politikasını yenilemiş ve kullanıcılarının bu yeni politikaya 8 Şubat 2021 tarihine kadar onay vermelerini istemiştir. Kullanıcılar “Kabul et” seçeneğini tıklayarak bu politikanın içeriğine onay vermiş olacaktırlar. Yenilenen ilkelere onay vermeyenlerin ise hesabı silinecek ve uygulamayı kullanamayacaklardır.

WhatsApp’ın yenilenen bu politikasının içeriğinde, kullanıcı verilerinin Facebook şirketleriyle ve yurt dışında bulunan birtakım şirketlerle paylaşılacağına da yer verilmiştir. Bu yeni politikaya onay veren kullanıcılar, verilerinin bu şirketlere aktarımına da onay vermiş olmaktadır. Bu politika ile kullanıcılara, Facebook şirketlerine ve diğer şirketlere verilerinin aktarılmasını engelleme imkanı verilmemektedir. WhatsApp, bu konuda kullanıcılarına bir seçim hakkı sunmamaktadır.

Diğer ülkelerde ve Türkiye’de, WhatsApp’ın dayattığı bu politikaya kullanıcılar büyük tepki göstermişlerdir. Tepkiler devam ederken ülkemizde önce Rekabet Kurumu, ardından Kişisel Verileri Koruma Kurumu WhatsApp hakkında resen inceleme başlatmıştır.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu konu ile ilgili başlattığı incelemede, ihlalin söz konusu olabileceği birtakım konularda araştırmalar yapmaktadır. Kurum, WhatsApp'ın yenilenen politikasının 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” madde 4'te sayılan genel ilkelere aykırı olup olmadığı, hizmetin açık rıza şartına bağlanıp bağlanmadığı ve yurt dışına aktarımda aykırılıkların mevcut olup olmadığı konularında incelemelerde bulunmaktadır.

Tepkilerin giderek artması üzerine WhatsApp, gizlilik politikasına onay vermeleri için kullanıcılara verdiği süreyi 15 Mayıs 2021'e uzatmıştır. Onay vermek için son tarih olan 15 Mayıs yaklaşırken WhatsApp, 8 Mayıs 2021 tarihinde açıklama yapmış ve onay vermeyen kullanıcılarının hesaplarının silinmeyeceğini fakat uygulamanın işlevselliğinin azalacağını belirtmiştir. Bunun anlamı, politikaya rıza göstermeyenlerin bu uygulamadan eskisi kadar verim alamayacaklarıdır. Uygulama, onay verilmeden bu şekilde birkaç hafta daha kullanılabilir de işlevsellik giderek azalacak, en sonunda arama ve mesaj hizmetlerinden yararlanılamaz hale gelinecektir.

WhatsApp'ın, arama imkanı da olan bir mesajlaşma uygulaması olduğu düşünüldüğünde, arama ve mesaj hizmetinden yararlanamamak, uygulamayı neredeyse hiç kullanamamak manasına gelmektedir. Başka bir deyişle, onay vermeyen kullanıcılar, neredeyse bu uygulamayı kullanamaz hale gelecektir. Hem kullanıcıların hem de kurumların tepkileri sürerken WhatsApp sözcüsü, 30 Mayıs 2021 tarihinde bir açıklama yapmış ve yeni ilkeleri henüz onaylamayanlar için uygulamanın işlevselliğini sınırlama planlarının bulunmadığını¹ fakat WhatsApp iş uygulamasını kullanan kimselerle iletişim

¹ “Whatsapp'tan Yeni Gizlilik Sözleşmesi Açıklaması! Onaylamayanlara Ne Olacak?” CNN Türk.com (30.05.2021), erişim tarihi Mayıs 30, 2021, <https://www.cnntrk.com/dunya/whatsaptan-yeni-gizlilik-sozlesmesi-aciklamasi-onaylamayanlara-ne-olacak?page=1>

kurmak isteyenlere, gizlilik sözleşmesini hatırlatmaya devam edeceklerini belirtmiştir.² Bu halde karşımıza, bu açıklama öncesinde yeni ilkelere onay veren kullanıcılar ile açıklama sonrasında henüz onay vermemiş kullanıcılar şeklinde iki farklı duruma maruz kalan iki farklı kullanıcı çıkmış olmaktadır. Bu durum belirsizliğe yol açmaktadır. WhatsApp bu şekilde tutarsız açıklamaları ile kullanıcılarının güvenini sarsmaktadır. WhatsApp'ın yaptığı bu tutarsız açıklamalar hem bireysel hem de kurumsal endişelere sebep olmaktadır.

Çalışma kapsamında WhatsApp'ın oldukça tartışmalı olan bu yeni gizlilik politikası ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun WhatsApp hakkında başlattığı bu inceleme ele alınmıştır. Çalışmanın konusu oldukça günceldir ve halihazırda bu konu ile ilgili tartışmalar ve eleştiriler devam etmektedir. Öyle ki çalışma hazırlanırken konu ile ilgili birçok yeni gelişme yaşanmıştır. Çalışmanın hazırlandığı sırada WhatsApp gizlilik politikası ile ilgili bu yeni gelişmelerin ve açıklamaların da çalışmaya dahil edilmesine gayret edilmiştir.

Çalışmada, genelden özele gitmek amacıyla öncelikle temel kavramlar ele alınmış, ardından genel olarak WhatsApp uygulamasına değinilerek yeni politika ile ilgili işleyen süreç ve politika içeriğinden bahsedilmiştir. Son kısımda ise Kişisel

² "Whatsapp Geri Adım Attı: Sözleşmeyi Reddedenler Uygulamayı Kullanmaya Devam Edebilecek" WebTekno (30.05.2021), erişim tarihi Mayıs 30, 2021, <https://www.webtekno.com/whatsapp-sozlesme-reddedenler-uygulama-kullanmaya-devam-ede-bilecek-h110485.html>.

WhatsApp sözcüsü belirsiz ifadelerle yaptığı bu açıklamada kullanıcılara, WhatsApp iş uygulamasını kullananlarla iletişime geçmeye çalıştıkları zaman, onlara bu yeni gizlilik sözleşmesinin hatırlatılacağını söylemiştir. Bu ifadeden şu an için sözleşmenin, iş uygulamasını kullananlarla iletişime geçmek isteyenlerle sınırlandırıldığı anlaşılabile de ileride bunun tüm kullanıcılar için geçerli olup olmayacağı net değildir. Başka bir deyişle ilerleyen süreçte yine bütün kullanıcıların sözleşmeye onay vermeye zorlanıp zorlanmayacağı belirsizdir.

Verileri Koruma Kurumu'nun yapmakta olduğu incelemeden bahsedilerek değerlendirmelerde bulunulmuştur. Çalışmanın bu şekilde planlanmasındaki amaç, çalışmadan yararlanacak kişilerin, kavramları bilerek ilerlemesini sağlamaktır. Zira WhatsApp'ın kişisel verileri yurt dışındaki şirketlere aktardığından bahsedebilmek için öncelikle kişisel verinin ne olduğu, veri işleme ve işleme şartları ile neyin ifade edilmek istenildiğini bilmek gerekecektir.

Türkiye'de olduğu gibi diğer ülkelerde de WhatsApp'a karşı tepkiler olsa da çalışma kapsamında yalnızca lkemizdeki durum ele alınmıştır. Ülkemizde hem Rekabet Kurumu hem de Kişisel Verileri Koruma Kurumu bu konuda incelemeler yapmaktadır. Fakat çalışmada, bu kurumlardan sadece Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun incelemelerinden bahsedilmiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konu ile ilgili hükümler bulunsa da bu çalışmada konunun cezai boyutundan ziyade Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun yaptığı idari denetim incelenmiş, bu denetim kapsamında araştırılacak hususlar çerçevesinde konu ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde temel kavramlara ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na değinilmiştir. Bu amaçla ilk olarak kişisel veri kavramı açıklanmış, verinin işlenmesi ve veri işlenme şartlarından bahsedilmiştir. Çalışmada kişisel veri olarak ifade edilen, genel nitelikli kişisel veridir. Bundan ayrı olarak özel nitelikli kişisel veriler de bulunmaktadır ve onun işlenme şartları farklıdır. Ancak çalışmada konu dışına ıkılmamak için özel nitelikli kişisel veri ayrıyeten incelenmemiştir. Böyle yapılmasında Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun WhatsApp incelemesi özelinde genel nitelikli- özel nitelikli kişisel veri ayırımına gitmemesi etkili olmuştur.

WhatsApp'ın yeni politikası hakkında incelemeyi "Kişisel Verileri Koruma Kurumu" yapacağından, bu Kurum'un yapısından ve neye dayanarak inceleme yapacağından

bahsedilmiştir. Zira bu Kurum, bu konuda düzenleme ve denetleme yapma yetkisine sahip bir üst kuruldur.³

Çalışmanın ikinci bölümünde, oldukça tartışmalı olan WhatsApp yeni gizlilik politikası ele alınmıştır. Öncelikle WhatsApp uygulaması hakkında genel bilgiler verilmiş, sonrasında yeni politika ile ilgili işleyen süreçten bahsedilerek politika içeriği incelenmiştir. Çalışma hazırlanırken bir taraftan konu ile ilgili yeni gelişmeler yaşandığından, bu gelişmeler de işleyen süreç kısmına eklenmiştir.

Çalışmanın son kısmında ise Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun, WhatsApp'ın yeni gizlilik politikası ile ilgili başlattığı inceleme ele alınmıştır. Kurum, incelemeyi genel ilkeler bakımından, açık rıza bakımından ve yurt dışına veri aktarımı bakımından yapacağı için bu kısımda başlıklandırmalar bu şekilde yapılmıştır. Her bir başlık altında öncelikle genel olarak konu ele alınmış, daha sonra "inceleme ve değerlendirme" başlıkları altında o konuda Kurum'un yapacağı incelemeye değinilerek değerlendirmelerde bulunulmuştur. Kurum, henüz inceleme sonucunu açıklamadığı için bu kısımda, Kurum'un inceleme yaptığı konuyla bağlantılı olarak kendi değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

I. KİŞİSEL VERİ VE KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU

WhatsApp mesajlaşma uygulaması, gizlilik ilkelerini yeniledikten sonra bu ilkelere karşı ciddi tepkiler olmuştur. Bu tepkilere Kişisel Verileri Koruma Kurumu⁴ sessiz kalmamış ve WhatsApp hakkında resen inceleme başlatmıştır. Yenilenen

³ 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu" III sayılı Cetvel'de, "Kişisel Verileri Koruma Kurumu" düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında sayılmaktadır. RG. 24.12.2003, S 25326.

⁴ Çalışmada bundan sonra Kişisel Verileri Koruma Kurumu yerine Kurum ifadesi, Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun karar organı olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu yerine de Kurul ifadesi kullanılacaktır. Karışıklık olmaması için KVKK kısaltması kullanılmayacaktır.

ilkelere ve Kurum'un yaptığı incelemenin içeriğine geçmeden evvel birtakım temel kavramları bilmek, çalışmanın ilerleyen kısımlarının daha anlaşılır olmasını sağlayacaktır. Bu amaçla bu başlık altında kişisel veri kavramı, verilerin işlenmesi ve şartları ile incelemeyi yapacak kurum olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu'ndan bahsedilecektir.

A. Kişisel Veri Kavramı

Bu başlık altında kişisel veri kavramı açıklandıktan sonra genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi ve veri işleme şartlarından bahsedilecektir. Genel nitelikli kişisel verilerden ayrı olarak özel nitelikli kişisel veriler de bulunmaktadır ve bunların işleme şartları da farklılık göstermektedir.⁵ Ancak konunun kapsamının çok fazla genişlememesi ve konu dışına çıkmamak adına bu başlık altında yalnızca genel nitelikli kişisel verilerden bahsedilecektir. Nitekim Kurum da WhatsApp hakkında yapacağı incelemede genel olarak kişisel veri kavramını kullanmış, özel ya da genel şeklinde bir ayırım yapmamıştır.⁶

⁵ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşleme Şartları" başlıklı 6. maddesine göre kişilerin kökeni, ırkı, inancı, kılık kıyafeti, sağlığı ve cinsel hayatı, biyometrik verileri gibi verileri, özel nitelikli kişisel veridir. Özel nitelikli kişisel veriler, verisi işlenmek istenen kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Zira mezkur 6. maddenin 2. fıkrası, bu verilerin açık rıza olmadan işlenmesini açıkça yasaklamaktadır. 6. maddenin 3. fıkrasında, yalnızca kanunlarda öngörülen hallerde özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmadan işlenebileceği belirtilse de bunlardan, sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin açık rıza olmadan işlenebilmesi için farklı şartlar öngörülmüştür. Nitekim sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler ancak 3. fıkra da sayılan amaçlarla ve bu fıkra da sayılanlar tarafından, ilgili kişiden açık rıza alınmaksızın işlenebilir. RG. 07.04.2016, S. 29677.

⁶ Bkz. "WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu (12.01.2021)," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, erişim tarihi Nisan 01, 2021,

1. Tanımı

Kişisel veri mefhumunun hem ulusal hem de uluslararası kaynaklarda tanımı bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'nin 24 Ekim 1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Direktifi'nin Genel Hükümler başlıklı birinci bölümünün, tanımların yer aldığı ikinci kısmının a maddesinde kişisel veri, tanımlanmış ya da tanımlanabilir gerçek bir kişiye -ki bu kişi veri sahibidir- ilişkin herhangi bir bilgi manasına gelmektedir. Tanımlanabilir bir kişi ifadesi ile, özellikle bir kimlik numarasına yahut zihinsel, fiziksel, fizyolojik, kültürel, sosyal ve ekonomik kimliğine özgü bir ya da daha fazla faktöre atıfta bulunmak suretiyle doğrudan yahut dolaylı olarak tanımlanabilen kişi kast edilmektedir.⁷

Ülkemizde 95/46/EC sayılı Direktif mehz alınarak düzenlenen⁸ ve 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”nun⁹ (6698 sayılı Kanun) kişisel verinin tanımlandığı üçüncü maddesinin d fıkrasında “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilginin” kişisel veri olduğu belirtilmektedir. Kişinin ad ve soyadı, kimlik numarası, konum bilgileri ve ev adresi, e mail adresi, kişileri tanımlayabilecek doktor ya da hastane verileri kişisel veri

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6856/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU>.

⁷ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, EUR-Lex, erişim tarihi Nisan 01, 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>.

⁸ Faruk Bilir, “Kişisel Verilerin Korunması Kişinin Kendisinin Korunmasıdır” Röportör: Sezen Yüce, *TRT Akademi Dergisi* 06, no. 11 (2021): 174.

⁹ RG. 07.04.2016, S. 29677.

kapsamına girerken; anonim veriler kişisel veri oluşturmamaktadır.¹⁰

Bir araya getirildiğinde belirli bir kişinin kimliğinin belirlenmesine yol açabilecek çeşitli bilgi parçalarının da kişisel veri oluşturduğu ifade edilmektedir. Bir kişinin kimliğinin artık belirlenemeyeceği yahut kişinin artık tanımlanamayacağı şekilde anonim hale getirilen kişisel verilerin ise bu aşamadan itibaren kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak burada önemli olan husus, verilerin gerçek manada anonim hale getirilebilmesi için bu anonimleştirmenin geri alınamaz olması gerektiğidir.¹¹ Başka bir ifade ile, kişinin kimliği artık geri dönülemez şekilde belirlenemez olmalıdır. Eğer kişinin kimliği tekrardan belirlenebilir hale getiriliyorsa, o kişi artık tanımlanabiliyorsa bu halde ortada kişisel veri söz konusu olacaktır.

2. Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Veri İşleme Şartları

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı ile ifade edilmek istenen, 6698 sayılı Kanun'un tanımların yer aldığı ilgili 3. maddesinin e fıkrasında belirtildiği üzere, tamamen ya da kısmen otomatik olan yollarla veya herhangi bir veri kayıt sisteminin bir parçası

¹⁰ "What is Personal Data?" European Union, erişim tarihi Nisan 02, 2021, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en.

¹¹ "What is Personal Data?" Kişisel Verileri Koruma Kurumu, kişisel verilerin diğer verilerle eşleştirilse bile hiçbir şekilde kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek bir kişiyle ilişkilendirilemeyecek duruma getirilmesini, anonim hale getirme olarak ifade etmektedir. Bu anonim hale getirmenin geri döndürülemez olması gerektiğini yinelemektedir. "Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, erişim tarihi Nisan 02, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2038/Kisisel-Verilerin-Silinmesi,-Yok-Edilmesi-veya-Anonim-Hale-Getirilmesi#:~:text=Ki%20Fisel%20verilerin%20anonim%20hale%20getirilmesi,ger%C3%A7ek%20ki%C5%9Fiyle%20ili%C5%9Fkilendirilemeyecek%20hale%20getirilmesidir>.

olmak şartıyla otomatik olmayan yollarla, kişisel verilerin elde edilmesi, elde edilebilir bir hale getirilmesi, bunların kayıt altına alınması, depolanması ve saklanması, bunlarda değişiklik yapılması yahut yeniden düzenlenmesi, bunların açıklanması, aktarılması ve devralınması, tasnif edilmesi, kullanımının engellenmesi şeklinde veriler üzerinde yapılan her tür işlemidir. Görüldüğü üzere, verilerin aktarılması da bir veri işleme faaliyetidir.

Verilerin işlenmesi için öngörülen şart ve bunun istisnalarına 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında belirtildiği üzere kişinin açık rızası bulunmadıkça kişisel verisi işlenemeyecektir. Ancak ikinci fıkra, açık rıza bulunmasa dahi verilerin işlenmesinin mümkün olduğu haller sayılmıştır. Buna göre, ilgili kanunlarda açıkça öngörülüyorsa (f.2/a), fiili bir imkansızlık sebebiyle rızasını açıklayamayacak halde olan ya da "rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan" kimsenin kendisinin yahut başkasının hayatı ya da vücut bütünlüğünün korunması için verilerin işlenmesi zorunluysa (f.2/b), sözleşmenin kurulması ya da ifası ile doğrudan ilgili olmak şartıyla sözleşmenin taraflarının kişisel verilerinin işlenmesi lazımsa (f.2/c) kişinin açık rızası olmasa dahi verisi işlenebilir.

Kanun'un yine 5. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, veri sorumlusunun sahip olduğu hukuki yükümlüğünü yerine getirebilmesi için veriyi işlemesi gerekiyorsa (f.2/ç), kişinin kendisi tarafından verisi alenileştirilmişse (f.2/d), bir hakkın tesis edilmesi ya da hakkın kullanılması, korunması için veriyi işlemek gerekiyorsa (f.2/e), verisi işlenecek kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek şartıyla, veri sorumlusunun "meşru" menfaatleri için kişisel verinin işlenmesi zorunluysa (f.2/f) açık rıza bulunmadan da verilerin işlenebilmesine imkan verilmektedir.

5. maddenin bu 2. fıkrasında yer alan veri işleme şartlarından en az biri varsa Kişisel Verileri Koruma Kurulu, açık rızaya dayanılarak kişisel verilerin işlenemeyeceğini ifade

etmektedir. Buna göre örneğin, bir hakkın tesis edilmesi yahut kullanılması veya korunması için veriyi işlemek gerekiyorsa, açık rızaya dayanılmamalıdır. Zira Kurul bu halde yani veri işleme şartlarından biri mevcutken açık rızaya dayanılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak görmekte ve bunun aldatıcı olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca veri işleme şartından biri mevcutken açık rızaya dayanılmış, sonrasında ilgili kişi¹² açık rızayı geri almışsa ve veri sorumlusu gidip başka bir veri işleme sebebine dayanarak veri işleme faaliyetini sürdürmüşse, bu halde ortada hukuka ve dürüstlük kuralına aykırı bir durum söz konusu olacaktır.¹³

B. Kişisel Verileri Koruma Kurumu

Kişisel verilerin korunması için gereken tedbirlerin alınması amacıyla 6698 sayılı Kanun’la “Kişisel Verileri Koruma Kurumu” kurulmuştur.¹⁴ Ülkemizde bu Kurum, insan hakları koruma mekanizması olma özelliğine sahiptir.¹⁵ 6698 sayılı

¹² İlgili kişi, 6698 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, “kişisel verisi işlenen gerçek kişileri” ifade etmektedir.

¹³ Şehriban İpek Aşıkoğlu ve Fatih Burak Uzun, “Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri” içinde Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 956.

¹⁴ Esin Gürsel ve Fatih Düğmeci, “Yapısal Anlamda Türkiye Kişisel Verileri Koruma Kurumu’na İlişkin Bir Değerlendirme,” *R&S- Research Studies Anatolia Journal* 1, no. 2 (2018): 318.

¹⁵ Anayasamızın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesinde herkesin, kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunmasını talep etme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hakkın kapsamına nelerin dahil olduğu da yine aynı maddede yer almaktadır. Buna göre, kendisiyle alakalı kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve verilerin amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, bu hakkın kapsamına girmektedir. Ayrıca kişinin kendi verilerine erişme, onların düzeltilmesini talep etme yahut bu verilerin silinmesini istemesi de bu hakkın kapsamına dahildir. Yine aynı maddede kişisel verilerin sadece kanunda öngörülen hallerde ya

Kanun'un Kurum ile ilgili 19. maddesinin ilk fıkrasında Kurum'un kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu, ayrıca idari ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Kurum, düzenleyici ve denetleyici otoriteler arasında yer almaktadır. Bir başka ifade ile Kişisel Verileri Koruma Kurumu, üst kuruldur.¹⁶

Düzenleyici ve denetleyici kurum olması hasebiyle Kişisel Verileri Koruma Kurumu, görev alanına giren konularda düzenleme, denetim yapma ve yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Kurum, görev alanı içerisinde devlet adına düzenlemeler yapmakta ve kurallar koymaktadır. Koyduğu kurallara uyulması için gözetim ve denetim yapma, kurallara uymayanlara yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır.¹⁷

Kurum'un görevlerinin düzenlediği 20. maddede Kurum'un, görev alanına giren konularda araştırmalar, incelemeler ve değerlendirmeler yapacağı, önerilerde bulunacağı ifade edilmiştir. Kurum bunları kendisi yapabileceği gibi başkalarına da yaptırabilir. 20. maddenin c fıkrasında

da kişinin açık rızasının bulunmasıyla işlenebileceği belirtilmektedir. Sonuç olarak, kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır, Anayasal bir haktır. Bilir "Kişisel Verilerin Korunması," 174.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel verilerin işlenmesi ve muhafazasıyla ilgili uyuşmazlıkları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bir diğer ifade ile söz konusu uyuşmazlıkları, özel hayatın gizliliği kapsamına dahil etmektedir. Buna göre devletler, bu temel hakkı ihlal edecek herhangi bir tasarrufta bulunmaktan kaçınmalıdır. Bu hakkın korunması için devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Berna Akçalı Gür, "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 857.

¹⁶ Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkışı, gelişimi ve özellikleri ile ilgili bilgi için bkz. Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar," *Amme İdaresi Dergisi* 35, no. 2 (2002).

¹⁷ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 228 vd.

Kurum'un kişisel verilerle ilgili olarak uluslararası alandaki gelişmeleri izleyip değerlendirmeler yapacağından bahsedilmektedir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu ise Kurum'un karar organıdır.¹⁸

6698 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ilk fıkrasına göre Kurum'un karar organı olan Kurul, görev alanına giren konularda, şikayet üzerine yahut ihlal iddiasını öğrenmesi halinde resen inceleme yapmaktadır. Kurul, inceleme konusu ile ilgili bilgi ve belgeleri veri sorumlusundan isteyecektir. Veri sorumlusu devlet sırrı niteliğine sahip bilgi ve belgeler hariç olmak üzere, istenen bilgi ve belgeleri on beş gün içerisinde Kurul'a göndermek ve ayrıca, gerekli olduğu durumda Kurul'un yerinde inceleme yapmasına imkan sağlamak zorundadır (m.15/f.3). Şikayet halinde Kurul, talebi inceler ve ilgililere cevap verir. Şayet, şikayet üzerinden 60 gün süre geçmiş ve Kurul tarafından herhangi bir cevap verilmemişse talep reddedilmiş sayılır (m.15/f.4).

Herhangi bir ihlalin varlığı ve Kurul tarafından bu ihlalin tespit edilmesi halinde ne olacağı 6698 sayılı Kanun'un 15. maddesinde açıklanmıştır. Kurul, şikayet üzerine ya da resen inceleme yapması sonucunda bir ihlal tespit ederse, veri sorumlusu tarafından bu hukuka aykırılıkların giderilmesine karar verir ve bunu ilgililere tebliğ eder. Tebliğden itibaren bu kararın "gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde" yerine getirilmesi gerekmektedir (m.15/f.5). Eğer yapılan incelemede ihlalin yaygın olduğu anlaşılırsa bu hususta Kurul ilke kararı alır ve yayımlar. Kurul, ihtiyaç duyarsa ilke kararı almadan önce ilgili kurum ve kuruluşlardan görüş alabilir (m.15/f.6). Açıkça hukuka aykırılık olması ve telafisi güç ya da imkansız zararların doğması durumunda Kurul, veri işlenmesinin ya da verinin yurt dışına aktarımının durdurulmasına karar verebilir (m.15/f.7). Bu maddeye dayanarak Kurul, WhatsApp hakkında resen inceleme

¹⁸ Bilir "Kişisel Verilerin Korunması," 154.

başlatmıştır. Yine bu maddeye dayanarak bilgi ve belge talebinde bulunmuştur.

II. WHATSAPP'IN YENİLENEN GİZLİLİK POLİTİKASI

Bu başlık altında ilk olarak WhatsApp uygulamasından bahsedilecek, işleyen süreç ele alındıktan sonra WhatsApp'ın yenilenen politikasının içeriğine değinilecektir. Sonraki bölümde, Kurum'un WhatsApp hakkında başlattığı inceleme ele alınacağı için öncesinde bu başlık altında işleyen süreçten ve Kurum'un incelediği gizlilik politikasından bahsetmek gerekmektedir. Bu, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için elzemdir.

A. Genel Olarak WhatsApp Uygulaması

WhatsApp, mesaj gönderebilmenin yanı sıra görüntülü ve sesli aramalar da yapılabilen ücretsiz, multiplatform¹⁹ bir mesajlaşma uygulamasıdır.²⁰ WhatsApp ismi, "What is up?" yani Türkçe ifade ile "Ne haber? Naber?" gibi bir anlama gelen

¹⁹ Multiplatform mobil uygulama: "birden fazla mobil alt yapı platformunda çalışabilecek şekilde geliştirilen mobil uygulama türleridir. Bu uygulamalar hem İOS hem de Android gibi birden fazla işletim sistemiyle uyumlu şekilde çalışabilirler." "Cross-Platform (Multi Platform - Çift Platform) Mobil Uygulama Nedir? Cross - Platform Mobil Uygulama Ne İşe Yarar? Cross - Platform Mobil Uygulama Kullanım Alanları Nelerdir?" Kumsal Ajans, erişim tarihi Mayıs 20, 2021, <https://www.kumsalajans.com/blog/web-ve-mobil-yazilim/cross-platform-multi-platform-cift-platform-mobil-uygulama-nedir-cross-platform-mobil-uygulama-ne-ise-yarar-cross-platform-mobil-uygulama-kullanim-alanlari-nelerdir>

²⁰ Grace Eliza Goodwin, "What is WhatsApp? A Guide to Navigating the Free Internet-Based Communication Platform," INSIDER, erişim tarihi Mayıs 20, 2021, <https://www.businessinsider.com/what-is-whatsapp-guide>.

kalıptan türetilmiştir. Sonundaki “App” eki ise uygulama manasına gelen “application (app)” kelimesini ifade eder.²¹

WhatsApp 2014 yılında Facebook tarafından satın alınarak Facebook bünyesine dahil olmuştur. Ancak dünya çapında hızlı ve güvenilir olarak çalışan mesajlaşma hizmeti geliştirebilmek için hala Facebook’tan ayrı bir uygulama olarak varlığını sürdürdüğünü de ifade etmektedir.²²

Kısa mesaja yani SMS’e alternatif olarak geliştirilen WhatsApp ile kullanıcılar, zamana ve mekana bağlı olmaksızın birden fazla kullanıcı ile her an her saniye, ülke sınırlaması olmaksızın haberleşme sağlayabilmektedir.²³

B. İşleyen Süreç

2014 yılında Facebook tarafından satın alınan WhatsApp, 2016 yılında gizlilik politikasını yenilemiş ve Facebook ile daha fazla veri paylaşacağını açıklamıştır. Görüldüğü üzere WhatsApp zaten 2016 yılından beri Facebook ile veri paylaşımı yapmaktadır.²⁴ Fakat 2021 yılında yayınladığı ilkelerden farklı olarak 2016 yılındaki ilkelerde, hesap bilgilerinin Facebook ile paylaşılması hususunda kullanıcılara seçenek sunulmaktadır.

²¹ “WhatsApp Hakkında,” WhatsApp, erişim tarihi Mayıs 20, 2021, <https://www.whatsapp.com/about/>. Ayrıca bkz. Berat Duman, “WhatsApp Veri Paylaşım Politikasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (AB Hukuku İle Mukayeseli),” *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 546.

²² “WhatsApp Hakkında.”

²³ “WhatsApp Hakkında.”

²⁴ “WhatsApp’a Da Reklam Geliyor,” BBC News (25.08.2016), erişim tarihi Nisan 12, 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-37190266>. Ayrıca Bkz. Lily Hay Newman, “WhatsApp Has Shared Your Data With Facebook for Years, Actually,” *Wired*, erişim tarihi Nisan 12, 2021 <https://www.wired.com/story/whatsapp-facebook-data-share-notification/>.

2021 yılında getirilen bu yeni ilkelerde ise kullanıcıların bu hakkının yani bilgilerinin paylaşılmasını reddetme hakkının ellerinden alındığı görülmektedir.²⁵

Dünyanın birçok ülkesinde kullanılan anlık mesajlaşma uygulaması olan WhatsApp, 4 Ocak 2021’de yeni kullanım koşulları ile yeni gizlilik ilkesini yayınlamış, 8 Şubat 2021’e kadar kullanıcılarından yayınladığı bu metni onaylamalarını istemiştir. Aksi halde, metni onaylamayanlar uygulamayı kullanamayacaklardır. Ayrıca bu metinde kullanıcıların verilerinin Facebook şirketleriyle paylaşılabilceği de yer almaktadır.²⁶ Kullanıcılar bu duruma büyük tepki göstermiştir.

WhatsApp’ın politikalarına tepkiler devam ederken 11 Ocak 2021’de Rekabet Kurumu Facebook²⁷ ve WhatsApp hakkında resen soruşturma başlatmıştır. Rekabet Kurumu 21-02/25-M sayılı kararında, anılan uygulamaların soruşturma sonuçlanıp nihai karar alınıncaya kadar ciddi ve telafisi imkansız zararlar doğurma ihtimalini haiz olduğunu belirterek geçici tedbir alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu amaçla Facebook’un WhatsApp kullanıcılarının verilerinin başka hizmetler için kullanılmasına yönelik olarak getirdiği koşulları

²⁵ Ezgi Toprak, “WhatsApp’ın Değiştirdiği Gizlilik Sözleşmesi Hakkındaki İddialar,” Teyit, erişim tarihi Nisan 12, 2021, <https://teyit.org/analiz-whatsappin-degistirdigi-gizlilik-sozlesmesi-hakkinda-iddialar>.

²⁶ “Anlık Mesajlaşma Uygulamaları ve Dijital Güvenlik,” Fırtına Dergi, erişim tarihi Nisan 12, 2021, <https://www.firtinadergi.com/2021/01/anlik-mesajlasma-uygulamalari-ve-dijital-guvenlik/>.

²⁷ WhatsApp, Facebook şirketlerinin bir parçasıdır ve bu şirketler içerisinde bilgi paylaşımı yapmaktadır. “WhatsApp Gizlilik İlkesi,” WhatsApp, erişim tarihi Nisan 12, 2021, <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=tr>.

durdurması ve bunu kullanıcılara da bildirmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁸

WhatsApp uygulamasının bu politikasına Türkiye ile birlikte diğer ülkeler de tepki göstermiştir. Örneğin Rusya, vatandaşlarını uygulamaya karşı uyarmaktadır. Rus yetkililer gizlilik ilkesinin güncellenmesinden sonra güvenilirlikle ilgili bilinmezlikler sebebiyle resmi çalışanların işle ilgili hususlarda WhatsApp kullanmamaları gerektiğine dikkat çekmişlerdir.²⁹

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, WhatsApp'ın söz konusu güncellemeleri ile ilgili olarak 12 Ocak 2021 tarihinde bir kamuoyu duyurusu yayınlamıştır. Bu duyuruda Kurum, WhatsApp'ın uygulamayı kullanmak isteyenlerin kişisel verilerinin işlenmesine ve yurt dışındaki üçüncü kişilere aktarılmasına rıza verilmesini içerecek biçimde kullanım koşullarını güncellediğini, buna rıza vermeyenlerin uygulamayı kullanamayacağı gibi hesaplarının da silineceğine dair bilgilendirme yapıldığının tespit edildiğini belirtmiştir.³⁰

Kurum söz konusu kamuoyu duyurusunda, hangi verilerin hangi amaçla işleneceğinin WhatsApp'ın gizlilik politikasında belirtilse de işlenen bu verilerin WhatsApp tarafından yurt dışında yerleşik olan ve hizmet alıp verdiği Facebook şirketleri, tedarikçiler, hizmet sağlayıcılar gibi net olmayan taraflara araştırma yapmak, teknik destek sağlamak ve diğer hizmetleri sağlamak gibi belirsiz amaçlarla aktarılacağını ifade edildiğini tespit etmiştir. Yapılan ön değerlendirme sonucunda Kurul,

²⁸ Rekabet Kurumu, Karar No: 21-02/25-M, 11.01.2021 (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/rekabet-kurulu-facebook-ve-whatsapp-hakk-14728ae4f653eb11812700505694b4c6>).

²⁹ “Rusya’da Yetkililere WhatsApp Kullanmayın Tavsiyesi,” TRT Haber (11.01.2021), erişim tarihi Nisan 13, 2021, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/rusyada-yetkililere-whatsapp-kullanmayin-tavsiyesi-546172.html>.

³⁰ “WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu.”

WhatsApp hakkında 12 Ocak 2021 tarihinde 2021/28 sayılı Kararı ile resen inceleme başlatmıştır.³¹ İlerleyen süreçte Kurul, soruşturma kapsamında WhatsApp'tan bilgi ve belge talep etmiştir.³²

Tepkilerin artması üzerine WhatsApp 15 Ocak 2021 tarihinde az da olsa geri adım atarak gizlilik ve güvenlik ile ilgili “yanlış bilgilendirmelerin” bertaraf edilebilmesi adına daha fazla çalışılacağını duyurmuş ve düzenlemeyi 8 Şubat 2021'den 15 Mayıs 2021'e ertelemiştir.³³ Bir başka ifade ile kullanıcıların uygulamayı kullanabilmek için 8 Şubat'a kadar bu metni onaylamaları gerekirken WhatsApp bu süreyi uzatarak 15 Mayıs'a ertelemiştir. Ancak erteleme olması, bu düşüncesinden vazgeçtiği anlamına gelmemektedir.

WhatsApp bu ertelemenin ardından onay vermek için son tarih olan 15 Mayıs yaklaşırken 8 Mayıs 2021 tarihinde bir açıklama yapmıştır. Yaptığı bu açıklamada yenilenen şartlara rıza verilmemesi halinde hesapların askıya alınmayacağını ve silinmeyeceğini ancak ilerleyen süreçte yavaş yavaş işlevselliğinin azaltılacağını söylemiştir.³⁴

³¹ “WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu.”

³² “Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan WhatsApp'a Tebligat,” TRT Haber (30.01.2021), erişim tarihi Nisan 17, 2021, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/kisisel-verileri-koruma-kurulu-ndan-whatsapp-a-tebligat-552129.html>.

³³ “WhatsApp Geri Adım Attı,” TRT Haber (15.01.2021), erişim tarihi Nisan 17, 2021, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/whatsapp-geri-adim-atti-547696.html#:~:text=Pop%C3%BCler%20mesajla%C5%9Fma%20uygulama s%C4%B1%20Whatsapp%2C%20tart%C4%B1%C5%9Fmal%C4%B1,d%C3%BCzenlemeyi%2015%20May%C4%B1s'a%20erteledi.&text=Whatsapp%2C%20a%C3%A7%C4%B1klamas%C4%B1nda%2C%20kullan%C4%B1c%C4%B1lar%C4%B1n%2022payla%C5%9F%C4%B1lan%20konumlar%C4%B1n%C4%B1n%20g%C3%B6r%C3%BClmedi%C4%9Fini%22%20belirtti>.

³⁴ “WhatsApp'tan Açıklama: Hesaplar Askıya Alınmayacak Ama İşlevselliği Azalacak,” TRT Haber (08.05.2021), erişim tarihi Mayıs 8, 2021,

Tepkiler devam ederken WhatsApp, 30 Mayıs 2021 tarihinde yaptığı açıklamada bu kez de yeni politikaya henüz onay vermemiş olan kullanıcılar için uygulamanın işlevselliğini sınırlama planlarının bulunmadığını³⁵ ifade etmiştir. Fakat kullanıcılar, WhatsApp'ın iş uygulamasını kullananlarla iletişim kurmak istediklerinde gizlilik sözleşmesi onlara hatırlatılmaya devam edecektir.³⁶ Görüldüğü üzere WhatsApp tutarsız birçok açıklama yapmaktadır. Bu tutarsız açıklamalar kullanıcıların menfaatine aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. İlerleyen süreçte WhatsApp'ın yeni bir açıklama ile kullanıcıların karşısına yeni zorunluluklar çıkarıp çıkarmayacağı ise belirsizdir.

C. Politika İçeriği

Yenilenen hizmet koşullarında WhatsApp, bu koşulların kabul edilmesinin gerektiğini belirttikten sonra ilerleyen kısımlarda, değiştirilmiş koşulların kabul edilmemesi halinde hesabı silip hizmetlerin kullanılmasının durdurulması gerektiğine yer vermiştir.³⁷ Bu ifadelerden, kullanım koşullarını kabul etmeyenlerin uygulamayı kullanamayacakları anlaşılmaktadır. WhatsApp'ın yaptığı açıklamalarda, bu durumu yalanlayan bir ifadeye rastlanılmamıştır.

WhatsApp, gizlilik politikasında da ifade ettiği üzere kendisi tarafından sunulan hizmetlerde, yapılan işlemlerle ilgili bilgileri otomatik olarak toplamaktadır. Bu bilgiler, kullanıcıların işlemleriyle ilgili mesela hizmetleri kullanarak başkaları ile nasıl etkileşim kurulduğu (işletmelerle kurulan

<https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/whatsapp-tan-aciklama-hesaplar-askiya-alinmayacak-ama-islevselligi-azaltilacak-579299.html>.

³⁵ "Whatsapp'tan Yeni Gizlilik Sözleşmesi Açıklaması!"

³⁶ "Whatsapp Geri Adım Attı:"

³⁷ "WhatsApp Hizmet Koşulları," WhatsApp, erişim tarihi Nisan 23, 2021, <https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service?eea=0#terms-of-service-availability-and-termination-of-our-services>.

etkileşimler de buna dahil), işlemlerin sıklığı ve zamanı, süresi gibi bilgileri kapsamaktadır. Kullanıcıların profil fotoğrafı, durum bilgisi, uygulamayı en son ne zaman kullandığı; uygulamada yer alan grupların bilgisi, grup resmi gibi daha birçok bilgiyi WhatsApp toplamaktadır. Cihaz ve bağlantı bilgileri adı altında telefon numaraları, tarayıcı bilgileri, IP adresi, cihaz işlem bilgileri gibi bilgiler de toplanmaktadır.³⁸

Konum bilgilerini de toplayan WhatsApp, bunu yaparken kullanıcılardan izin almakta ve cihazdan alınan “hassas konum bilgilerini” bu izinle birlikte toplayıp kullanmaktadır. Fakat kullanıcılar konum paylaşımı ile ilgili uygulama özelliklerini kullanmasalar dahi WhatsApp, kullanıcıların genel konumunu tahmin edebilmek için onların telefon kodlarını ve IP adreslerini kullanmaktadır. Buradan anlaşıldığı üzere WhatsApp konum bilgilerini de otomatik olarak toplamış olmaktadır. Çerezleri de kullanan WhatsApp, kullanıcılarından daha birçok veri toplamaktadır.³⁹

WhatsApp’ın topladığı bilgileri toparlayacak olursak bunlar; durum bilgisi, hesap bilgileri, mesajlar, grup resmi ve bilgisi, bağlantılar, işlem ve ödeme verileri, kullanım ve kayıt bilgileri, cihaz ve bağlantı bilgileri, müşteri desteği ve diğer iletişimler, çerezler, konum bilgileridir.⁴⁰

WhatsApp kullanıcıları ile ilgili bilgileri başka yerlerden de toplamaktadır. Mesela kullanıcılar WhatsApp hizmetleri vasıtasıyla işletmelerle etkileşim kurduklarında işletme, kullanıcılarla olan etkileşimleri hakkında yasalar dahilinde

³⁸ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

³⁹ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

⁴⁰ Cesim Parlak, “WhatsApp’ın Kişisel Verileri Paylaşma Talebi Ne Anlama Geliyor? WhatsApp Bununla Ne Amaçlıyor?” Hukuki Haber (11.01.2021), erişim tarihi Nisan 23, 2021, <https://www.hukukihaber.net/whatsappin-kisisel-verileri-paylasma-talebi-ne-anlama-geliyor-whatsapp-bununla-ne-amacliyor-makale,8587.html>.

Whatsapp'a bilgi sağlayabilmektedir. Kullanıcılar bir işletme ile WhatsApp'ta mesajlaştığı vakit işletme, müşteriyle yaptığı iletişime Facebook dahil üçüncü taraf hizmet sağlayıcılarının erişmesine imkan verebilmektedir.⁴¹

Toplanan bilgilerin nasıl kullanılacağı ile ilgili olarak Politika içeriğinde bir bölüm yer almaktadır. Bu bölümde hizmetleri yürütmek, kullanıcılara hizmet sağlamak, iyileştirmek, özelleştirmek, anlamak, pazarlamak gibi genel ifadelerle yer verilmiş ve toplanan bilgilerin bunlar için kullanılacağı ifade edilmiştir. Bunu nasıl yaptığını ise aynı kısımda açıklamıştır.⁴²

WhatsApp, üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları ve Facebook şirketleri ile birlikte çalışmaktadır. Bunlar arasında bilgi paylaşımı olmaktadır. Başka bir ifade ile WhatsApp, Facebook şirketlerinden kullanıcılarla ilgili bilgileri topladığı gibi kendi kullanıcılarının bilgilerini de bu şirketler ile paylaşmaktadır.⁴³ WhatsApp bunu yaparken kullanıcılara herhangi bir seçenek sunmamaktadır. Yayınlamış olduğu yeni gizlilik politikasına rıza veren kullanıcılar, WhatsApp'ın diğerleriyle yaptığı bu bilgi paylaşımını otomatik olarak kabul etmiş olmaktadır.

Hizmetlerini yürütmek, sağlamak, iyileştirmek, anlamak, pazarlamak, araştırma yapmak, teknik altyapı, teslimat ile diğer sistemleri sağlamak gibi birtakım amaçlarına yardımcı olması için WhatsApp, Facebook şirketleri ve üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları ile çalıştığını söylemektedir. Buna göre, bunlarla bilgi paylaşımlarını da bu sebeple yapmaktadır. WhatsApp, bunlarla aralarındaki bilgi paylaşımını kolaylaştırmak için kendi hizmetlerini Facebook hizmetleri ve üçüncü taraf hizmetleri ile

⁴¹ "WhatsApp Gizlilik İlkesi."

⁴² "WhatsApp Gizlilik İlkesi." WhatsApp "profillemeye tespiti" yapmak için bu verileri toplamaktadır. Topladığı bu verilerle kullanıcıların tercihlerini profillemeye yapacak ve onlara daha kolay bir şekilde reklam yönlendirmesi yapacaktır. Parlak, "WhatsApp'ın Kişisel Verileri."

⁴³ "WhatsApp Gizlilik İlkesi."

bağlantılı kullanma olanağı getirmektedir. Kullanıcıların bu hizmetleri bir arada kullanmaları sayesinde de WhatsApp onların bilgilerini toplama fırsatını elde etmektedir. Örneğin kullanıcı, herhangi bir haber makalesinin üzerindeki “WhatsApp paylaş” butonunu kullanarak makaleyi WhatsApp üzerinden kişileriyle paylaşmışsa, bu halde de WhatsApp kullanıcıları hakkında bilgi toplayabilmektedir.⁴⁴

Gizlilik ilkesine göre, kullanıcılar WhatsApp hizmetleri ile entegre olan Facebook şirketleri ürünlerini yahut üçüncü taraf hizmetlerini kullandığı vakit, bu üçüncü taraf hizmetleri, kullanıcıların onlarla paylaştıkları hakkında bilgi toplayabilmektedir. Mesela kullanıcının, bir veri yedekleme hizmeti olan Google Drive hizmetini kullandığı durumda bu ve bunun gibi hizmetler, WhatsApp mesajları gibi kendileri ile paylaşılan bilgilere sahip olurlar. Kullanıcılar, WhatsApp hizmeti aracılığıyla bir Facebook şirketi ürünü yahut bir üçüncü taraf hizmeti ile etkileşimde bulunduğunda IP adresi ve diğer kullanıcı bilgileri bu üçüncü taraflara ve Facebook’a sunulabilecektir.⁴⁵

WhatsApp, topladığı bilgilerin hem kendi içlerinde Facebook şirketleri ile hem de dışarıda iş ortaklarıyla, dünya genelinde iletişim kurulan kişi ve kuruluşlar ile, hizmet sağlayıcılarıyla gizlilik ilkesi çerçevesinde paylaşılacağını belirtmektedir. Kullanıcı bilgilerinin Amerika Birleşik Devletleri’ne (ABD) ve ayrıca Facebook şirketlerinin iştiraklerinin, iş ortaklarının ya da hizmet sağlayıcılarının olduğu ülkelere, bölgelere; kullanıcıların yaşadıkları yerin dışında hizmetlerin sağlandığı yerlere, dünya üzerinde başka herhangi bir yere, ülkeye, bölgeye vs. aktarılabilceği, iletilebileceği, bu bilgilerin işlenebileceği ve saklanabileceği

⁴⁴ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

⁴⁵ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

gizlilik ilkelerinin “Küresel Faaliyetlerimiz” başlıklı ilgili kısmında açıkça söylenmektedir. Başka bir ifade ile, gizlilik politikasına rıza verilmesi ile birlikte kullanıcı bilgileri, veriler ABD dahil dünyanın pek çok yerine aktarılabilir. ⁴⁶

Herhangi bir devir, şirket birleşimi yahut yeni bir şirket alımı gibi hallerde de kullanıcı bilgilerinin halef kuruluşlar ile ya da yeni şirket sahipleri ile paylaşılacağı WhatsApp gizlilik ilkelerinde belirtilen bir diğer husustur. ⁴⁷ Bu ihtimalde Facebook şirketlerine bir yenisi eklendiğinde doğrudan kullanıcı bilgileri ona da aktarılacaktır. Üstelik WhatsApp bu konuda tekrardan rıza alacağı ile ilgili herhangi bir ifadeye de yer vermemiştir. Buradan, ilk başta aldığı rızaya dayanarak istediği gibi yeni eklenen şirketlere de verileri aktaracağı anlaşılmaktadır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki 2016 yılında gizlilik ilkesinde ilk kez değişikliğe gidildiğinde WhatsApp, kullanıcılarına seçme şansı tanımaktaydı. WhatsApp kullanıcı şartlarını kabul etmeden evvel bu şartların en sonundaki “Daha Fazla Oku” seçeneğinden “WhatsApp Hesap Bilgilerimi Facebook’la Paylaş” sekmesindeki işaret kaldırıldığında paylaşımın önüne geçilebiliyordu. Şayet işaret kaldırılmadan şartlar kabul edilirse de otuz gün içerisinde hesap ayarlarından “Hesap Bilgilerimi Paylaş” seçeneği kaldırılabilirdi. ⁴⁸

Facebook’la bu tür bilgi paylaşımlarını 2016 yılından bu yana sürdüren WhatsApp, yenilenen bu gizlilik politikasında 2016 yılından farklı olarak, bilgi paylaşımlarının engellenmesine yönelik herhangi bir seçenek sunmamıştır. Gizlilik politikası içeriğinde bilgi paylaşımının önüne geçilebilecek herhangi bir sekmeye rastlanmamaktadır. Yukarıda zikredilen bilgilerin hepsi ve çalışma kapsamında ifade etmediğimiz ama gizlilik politikasında yer alan diğer bilgiler, gizlilik ilkelerine rıza

⁴⁶ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

⁴⁷ “WhatsApp Gizlilik İlkesi.”

⁴⁸ “WhatsApp’a Da Reklam Geliyor.”

verildiği takdirde, kullanıcılara seçme şansı verilmeksizin bahsedilen şirketlerle paylaşılacaktır.

III. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU İNCELEMESİ

Kurum'un karar organı olan Kurul'un kendi görev alanına giren konular hakkında şikayet üzerine yahut ihlal iddiasını öğrenmesi halinde kendiliğinden inceleme yapma yetkisinin bulunduğu daha önce ifade edilmişti. Bu yetki çerçevesinde Kurul, 6698 sayılı Kanun'daki temel ilkeler ve veri işleme şartları, açık rızanın unsurları ile yurt dışına veri aktarımı bakımından WhatsApp hakkında resen inceleme başlatmıştır.⁴⁹

Bu bölümde, Kurul'un resen inceleme yaparken göz önünde bulunduracağı hususlar dikkate alınarak başlıklandırma yapılmıştır. Her başlık altında öncelikle genel olarak konu ele alınmış, inceleme ve değerlendirme başlığı altında ise Kurul'un incelediği hususlara yer verilerek değerlendirmelerde bulunulmuştur. Kurum henüz inceleme sonucunu açıklamamıştır. Bu sebeple inceleme kısmında sadece Kurul'un neyi incelediği belirtilmiş, ardından kendi değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

A. Genel İlkeler Bakımından

Kişisel verilerin işlenmesinde birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelere hem 6698 sayılı Kanun'un "Genel İlkeler" başlıklı 4. maddesinin 2. fıkrasında hem de 2008 yılında yürürlüğe giren 5809 sayılı "Elektronik Haberleşme Kanunu"nun⁵⁰ "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması" başlıklı 51. maddesinin ilk fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre kişisel veri açık, belirli ve meşru amaçlar için işlenmelidir ve bu amaçlar ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalıdır. Kişisel veriler, işlendikleri amaç için gereken süre

⁴⁹ Bilir "Kişisel Verilerin Korunması," 179.

⁵⁰ RG. 10.11.2008, S. 27050 (Mükerrer).

kadar muhafaza edilmelidir. Ayrıca kişisel veri işlenirken hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun davranılmalıdır. Verilerin doğru bir şekilde işlenmesi ve gerektiğinde güncel olması lazımdır.

Çalışma kapsamında “hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi” “kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesi ilkesi” ile “kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması” ilkelerine değinmek gerekmektedir. Zira Kurul’un yapacağı incelemede bu ilkelere dikkat çekilmiştir.

1. Genel İlkeler

Genel ilkelerden en kapsamlı olanı hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma ilkesidir ki bu ilke, diğer genel ilkeleri de kapsayıcı niteliktedir. Burada hukuka uygun olma ile ifade edilmek istenen şey, kişisel veriler işlenirken kanunlar ve diğer hukuki düzenlemeler ile getirilen ilkelere aykırı olmama, bunlara uygun hareket etme zorunluluğudur. Dürüstlük kuralı ise, kişisel verisi işlenmek istenen kişi aydınlatılmadan, bilgilendirilmeden hiçbir surette verilerinin toplanamaması ve bunların işlenememesi; bu kişiye karşı haksızlığa yol açacak biçimde verilerinin kullanılmaması ve ayrıca, kişisel verilerin toplanma amacının dışına çıkılmamasını ifade eder.⁵¹

Dürüstlük kuralında amaca uygun hareket etme ve aldatılmama şeklinde iki önemli unsur karşımıza çıkmaktadır.⁵² Haklı bir sebep yokken kişilerin özel hayatının gizliliğini, onurunu vs. ihlal edecek biçimde verileri işlenirse bu ilkeye

⁵¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, (Ankara: KVKK Yayınları, 2018), 35.

⁵² Hayrunnisa Özdemir, “Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması,” Ankara Üniversitesi SBE, (2009): 167.

aykırılık söz konusu olacaktır. Bu sebeple veri işleyenler, veri işleme esnasında ilgili kişilerin çıkarlarını ve bunların makul beklentilerini dürüstlük ilkesi gereğince göz önünde bulundurmalıdırlar.⁵³

Veri işleyenlerin, veri işleme konusunda kanunlarca kendilerine verilen izin veya emir gereğince veriyi işlerken, bu kanunlarda belirtilen amaca göre işlenebilecek asgari miktarda veriyi işlemeleri ve veriyi işlerken veri sahibi kişilerin öngöremeyeceği bir şekilde hareket etmemeleri, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir.⁵⁴ Hatta kanunda verinin işlenmesine müsaade edildiği halde veri işleyen, veriyi işlemeye ihtiyaç duymuyorsa, dürüstlük kuralı gereği veri işlemeden kaçınmalıdır.⁵⁵ Dürüstlük kuralı ile ilgili olarak bahsedilen bu hususlara riayet edilmediği takdirde hukuka uygun veri işleme ilkesine de aykırılık söz konusu olacaktır.⁵⁶

Çalışma kapsamında önemli olan diğer genel hüküm, verilerin belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesi ilkesidir. Veriler hukuka ve dürüstlük kuralına aykırı olmayacak bir şekilde toplanırken, bunların hukuka aykırı olarak kullanılması düşünülemez. Bu bakımdan, kişisel verilerin işlenme amacı, şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve net olmalıdır.⁵⁷ Veri işleme faaliyeti, kişisel verisi işlenmek istenen ilgili kişi için açık ve net bir biçimde anlaşılır olmalıdır. Bu veri işleme faaliyetinin veri işleme şartlarından hangisine dayanarak yapıldığı tespit edilebilmelidir. İşlenen veriler yapılan iş ya da sunulan hizmetle

⁵³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda, 35.

⁵⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda, 35.

⁵⁵ Sefer Oğuz, "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri," *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* 13, no. 2 (2018): 132.

⁵⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda, 35.

⁵⁷ Habip Oğuz, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları Ve Ülkemizdeki Durum," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 0, no. 3 (2013): 23.

bağlantılı ve gerekli olmalıdır ki bu, meşru amaçlarla işleme anlamına gelmektedir.⁵⁸ Bu noktada, sunulan hizmetle alakası olmayan ya da işlenmesine gerek olmayan bir veri işlendiğinde, meşru olmayan bir amaçla işlenmiş olacaktır.

Belirli olan amacın dışına çıkılarak veri işlemek ya da rızanın alındığı amaçtan farklı bir amaçla kişisel veriyi işlemek hukuka aykırı olacaktır. İlk başta güdülen amaçtan farklı, yeni bir amaç güdülerek kişisel veri işlenmek isteniyorsa bu halde mutlaka yeni bir rıza alınmalıdır.⁵⁹

Kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesi ilkesi bilhassa açık rızanın alınmak istenildiği durumlarda ve aydınlatma metinleri hazırlanırken önem kazanmaktadır. Bu metinler hazırlanırken anlaşılmayan, karmaşık bir terminoloji kullanılmamalıdır.⁶⁰ Aksi halde bu ilkeye aykırılık söz konusu olacaktır.

Çalışma kapsamında son olarak değinilmesi gereken genel ilke “kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması” ilkesidir. Oğuz, bu ilkenin “verilerin asgarileştirilmesi”, “veri ekonomisi” ve “minimizasyon” olarak da bilindiğini ifade etmektedir. Burada amaç, en az miktarda veri ile işlem yapmaktır. Amaç hasıl olacak kadar veri işlenmesi gerekir.⁶¹ Fazlaya kaçılmamalıdır. Bir başka ifade ile veri işleme faaliyetinin yapılması için gerekli olmayan ölçüde, yani gereğinden fazla kişisel veri toplanmamalı ve işlenmemelidir. Ayrıca, henüz mevcut olmayan ya da gerçekleşmesi muhtemel olan birtakım amaçlarla kişisel veri toplanmamalıdır.⁶² Yalnızca halihazırda mevcut olan amaçlar için kişisel veriler toplanabilir ve işlenebilir.

⁵⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *100 Soruda*, 37.

⁵⁹ Sefer Oğuz, “Kişisel Verilerin,” 134.

⁶⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *100 Soruda*, 37.

⁶¹ Sefer Oğuz, “Kişisel Verilerin,” 134.

⁶² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *100 Soruda*, 39.

İlkede söz edilen ölçülü olma ifadesiyle ise, kişisel verilerin işlenmesi ile gerçekleştirilmesi arzulanan amaç arasında “makul bir dengenin” kurulması kast edilmektedir. Amacı gerçekleştirecek ölçüde veri işlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir kredi kartı başvurusunda, başvuruyu yapan kişiden sosyal hayatına dair birtakım bilgileri de vermesini istemek, ölçülülük ilkesi bakımından aykırılık oluşturabilecektir.⁶³

2. İnceleme ve Değerlendirme

Kurum tarafından yapılacak incelemede, yurt dışındaki diğer şirketlere aktarım yapılmak kaydıyla hizmetten yararlanılmasına izin verilmesinin 6698 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yani genel hükümler kısmında yer alan ilkelere “hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma” (m.4/f. 2-a), “belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme” (m.4/ f. 2-c) ve “işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma” (m.4/ f. 2-ç) ilkeleri bakımından bir ihlale neden olup olmadığı hususları incelenecektir.⁶⁴

Kişisel veriler, 6698 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılan ilkelere uygun olarak işlenmelidir. İlgili kişinin hangi kişisel verisinin işleneceği, kişisel verilerin hangi amaçlarla kimlere aktarılacağı konusunda ilgili kişiler açıkça bilgilendirilmelidir. Her bir işleme faaliyetine ya da her bir aktarma faaliyetine yönelik olarak seçenek sunulmalı ve bunlar için ayrı ayrı açık rıza alınmalıdır.⁶⁵

⁶³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, (Ankara: KVKK Yayınları, 2019), 68-69.

⁶⁴ “WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu.”

⁶⁵ “WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu.” WhatsApp’ın yeni ilkeleri, genel işlem koşulları altında değerlendirildiğinde WhatsApp, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) ilgili 21. maddesi gereğince kullanıcıların menfaatine aykırı genel işlem şartları hakkında kullanıcılarını açıkça bilgilendirmeli,

WhatsApp kullanıcılarının verilerini üçüncü taraf hizmet sağlayıcılarıyla, Facebook şirketleriyle, iş ortaklarıyla, iştirakleriyle ve daha birçok yerle paylaşacağını, onlara aktarım yapacağını söylemekte fakat bunun için kullanıcılarına herhangi bir seçenek sunmamaktadır. Gizlilik ilkesine rıza veren kişi paylaşımına da otomatik olarak rıza vermiş olmaktadır. Bunlar için ayrıyeten rıza almamaktadır. Görüldüğü üzere WhatsApp, diğer şirketlere ve yerlere aktarım yapılmak kaydıyla kullanıcılarının hizmetten yararlanmalarına izin vermektedir.

WhatsApp bu yeni gizlilik politikasından önce verileri sadece saklayabiliyor ve sadece kullanıcılar yurt dışına aktarıma onay verdiğinde aktarım yapabiliyorken yeni politikasına yurt dışına aktarım şartını koyarak, veri aktarım yetkisine herhangi bir seçenek sunmaksızın kendiliğinden sahip olmak istemektedir. WhatsApp, seçenek sunmadan, doğrudan aldığı bu onay ile artık verileri saklamakla yetinmeyecek ve kullanıcı verilerini kendi şirketleri ve diğer yerlerle paylaşıp verileri analiz ederek bundan birtakım sonuçlar çıkaracaktır. Kullanıcıların kişisel verilerini kullanarak onların kişisel

kullanıcıların bu şartların içeriğini öğrenmelerine imkan tanımalı ve onların rızasını almalıdır. Aksi halde, menfaate aykırı bu genel işlem şartları yazılmamış sayılacaktır. WhatsApp'ın, verileri yurt dışına aktaracağına dair genel işlem şartı belirsizdir. Kullanıcılara, onların menfaatine aykırı bu genel işlem şartının içeriğini öğrenme imkanı tanınmamıştır. Dolayısıyla, kullanıcılar bu şarta onay vermiş olsalar dahi bu şartın yazılmamış sayılması söz konusu olacaktır. Ancak TBK madde 22 gereğince, yurt dışına aktarımla ilgili koşul dışındaki diğer koşullar geçerliliğini koruyacak ve kullanıcıların bunlara verdiği rıza geçerli olacaktır.

tercihlerini ve günlük rutinlerini tespit edecek biçimde profillemeye⁶⁶ yapma fırsatını elde edecektir.⁶⁷

Daha önce de ifade edildiği üzere kişisel verilerin işleme amacının şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık ve net olması gerekmektedir. Bu durum, kişisel verilerin “belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesi” ilkesinin bir gereğidir. Veri aktarma da bir veri işleme faaliyeti olduğuna göre bunun da amacının açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir. WhatsApp’ın ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda ise verilerin aktarılma amacı noktasında belirsizlikler olduğu görülür. Nitekim Kurum da buna dikkat çekmiş ve WhatsApp’ın yenilenen ilkelerinde, işlenen kişisel verilerin Facebook şirketleri, diğer şirketler, tedarikçiler gibi net bir şekilde belli olmayan taraflara anket, pazarlama, araştırma yapmak, teslimat, teknik altyapı ve diğer sistemleri sağlamak, özelleştirmek gibi net olarak belirli olmayan amaçlarla aktarılacağını belirtmiştir.⁶⁸

WhatsApp, kişisel verileri pazarlama amacıyla Facebook şirketleri ya da iş ortaklarıyla paylaştığını belirtmektedir. Ancak Facebook’un kendisine aktarılan bu kişisel verileri, pazarlama amacıyla başka şirketlere satıp satamayacağı noktasında bir belirsizlik söz konusudur. Benzer şekilde WhatsApp’ın, iş ortaklarıyla, tedarikçilerle ya da diğerleriyle paylaştığı verilerin,

⁶⁶ GDPR 1. Bölüm, tanımların yer aldığı “Definitions” başlıklı 4. kısmın 4. fıkrasında “profiling” yani profillemeye, “kişisel verilerin gerçek bir kişiyle ilgili belirli kişisel yönleri değerlendirmek, özellikle de gerçek kişinin işi, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, çıkarlar, güvenilirlik, davranış, konumu veya hareketleri ile ilgili yönleri analiz etmek veya tahmin etmek için kullanılmasından oluşan her türlü otomatik kişisel veri işleme manasına gelir.” “General Data Protection Regulation GDPR” Intersoft Consulting, erişim tarihi Mayıs 21, 2021, <https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>.

⁶⁷ Duman, “WhatsApp Veri Paylaşım,” 546.

⁶⁸ “WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu.” Bu ifadelerin açık olmadığı, WhatsApp’ın amaç bakımından belirsiz bir şekilde verileri aktaracağı ile ilgili görüş için bkz. Duman, “WhatsApp Veri Paylaşım,” 547.

bunlar üzerinden başka yerlere aktarılıp aktarılamayacağı da belirsizdir. Bu gibi durumlar, verilerin işlenme, aktarma amaçlarında belirsizliğe sebep olmaktadır. Belirsizliklerin giderilebilmesi için verilerin, paylaşılan yerler tarafından satılamayacağına ya da verilerin onlar üzerinden başka yerlere aktarılamayacağına dair WhatsApp gizlilik ilkesinde belirleme yapılması yerinde olacaktır.

Aktarım yapılabilecek yerler sadece Facebook şirketleri, iştirakler ve tedarikçiler de değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere WhatsApp, bilgilerin örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) aktarılabileceğini, iletilebileceğini ve buralarda saklanıp işlenebileceğini belirtmektedir. Burada da bir belirsizlik söz konusudur. Zira ABD ile anlaşılması gereken devlet olarak gizli örgüt, emniyet, istihbarat mı, yoksa sivil toplum kurumları mı yahut başka bir olgu mudur, bu nokta açık ve net değildir.⁶⁹

Kişisel verilerin bu kadar çeşitli ve belirsiz birçok yere aktarılması, ilgili kişinin çıkarlarına ve makul beklentilerine ters düşmektedir. Bu durum dürüstlük ilkesine aykırıdır. Zira veri işleyenler dürüstlük ilkesi gereği ilgilinin çıkarlarını ve makul beklentilerini göz ardı etmemelidir. Verilerin bu kadar çok yerle paylaşılması halinde veri sahibi, kişisel verilerin nerelerde ve nasıl işlendiğini öngöremeyecektir. Oysa dürüstlük ilkesi

⁶⁹ ABD'de "Vatanseverlik Kanunu" olarak ifade edilen "Patriot Act" in varlığı gözden kaçırılmamalıdır. Zira Patriot Act'ta yer alan "Geliştirilmiş Gözetim Yetkisi (Enhanced Surveillance Procedures)" şeklindeki Başlık II ve içerdiği 25 bölüm, ABD Hükümeti'ne elektronik posta, bilgisayar ya da telefon yoluyla haberleşme dahil akla gelebilecek bütün haberleşme faaliyetlerini izlemek için geniş ve çok önemli yetkiler vermektedir. İletişimin denetlenmesi yetkisi bu Kanun ile genişletilmektedir. Bkz. USA PATRIOT ACT, (H.R. 3162), OCT. 26, 2001, Congress.gov, erişim tarihi Mayıs 21, 2021, <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>. Bkz. Roger Dean Golden, "Güvenliğin Maliyeti Nedir? ABD Vatanseverlik Kanunu ve Amerika'nın Özgürlük ve Güvenlik Arasındaki Dengesi," çev. Muharrem Aksu, *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 120.

gereğince veri işleyen, verileri işlerken ilgili kişinin öngöremeyeceği şekilde hareket etmekten kaçınmalıdır.

WhatsApp'ın belirsiz birçok amaçla kullanıcı verilerini işlediği görülmektedir. Oysa "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesi gereğince en az miktarda veriyi toplayıp makul amaçları için kullanması gerekmektedir. Bir mesajlaşma uygulamasının işlemesi gerçekten zorunlu veri ne ise onun üzerine çıkmamalı, gereksiz bir şekilde veri işlememeli ve dolayısıyla aktarmamalıdır. Yurt dışında bulunan diğer şirketlere veri aktarımı yapmak için gereğinden fazla veri işlememelidir. Aksi halde "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" genel ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır.

B. Açık Rıza Bakımından

1. Açık Rıza

Açık rıza, 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin a fıkrasında belirttiğine göre, belirli bir konuya ilişkin olan ve bilgilendirilmeye dayanan, ilgili kişinin özgür iradesi ile açıklanan rızadır. 6698 sayılı Kanun'un gerekçesinde rızası istenen kişinin, kendisi ile ilgili veri işlenmesine, özgür iradesiyle ve konu hakkında yeterli bilgisi olarak, tereddüte mahal vermeyecek açıklıkta ve yalnızca o işlemle sınırlı olmak üzere verdiği onay beyanının açık rıza olduğu ifade edilmiştir.⁷⁰

Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinin 3.fıkrasında da belirtildiği üzere yalnızca kanunda öngörülen hallerde ya da açık rızanın bulunması durumunda kişisel veriler işlenebilecektir. Açık rızanın bulunması 6698 sayılı Kanun'da temel hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.⁷¹

⁷⁰ Bkz. 6698 sayılı Kanun Gerekçe, TBMM, erişim tarihi Mayıs 03, 2021, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>

⁷¹ "Açık Rıza," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, erişim tarihi Mayıs 03, 2021, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>.

Açık rıza veren kişi, kendi isteğiyle veya karşıdan gelen bir istek üzerine kendi verisinin işlenmesine onay vermektedir. Bu anlamda bakıldığı zaman açık rızada kişi, olumlu yönde bir irade beyanında bulunmaktadır. Aksi halde yani bu yönde bir irade beyanının mevcut olmadığı durumda açık rızadan da söz edilemeyecektir. Açık rıza ile veri sahibi, işlenmesine müsaade ettiği verinin kapsamını, bunun sınırlarını, süresini ve gerçekleştirilme şeklini belirleyebilecektir. Ayrıca bu rıza, veri işleyene de gerçekleştireceği fiille ilgili yol gösterecektir.⁷²

Kişisel bir verinin işlenmesi için verilen açık rıza, geri alınabilir. Bir kere rıza vermekle geri dönülemez bir yola girilmiş olmaz. Zira açık rıza vermek, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde kişinin kendi verisinin geleceğini belirleme hakkı, yine kendisine aittir. Dilerse, verdiği açık rızayı geri alabilir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu geri alma işlemi geleceğe yönelik sonuç doğurur. Açık rızayı verenin bu rızayı geri aldığına yönelik beyanı veri sorumlusuna ulaştığı an hüküm doğurur ve veri sorumlusu, veri işlemeyi ve bu rızaya dayalı olarak gerçekleştirdiği diğer faaliyetleri bu andan itibaren durdurur.⁷³ Diğer bir deyişle veri sorumlusu, kendisine açık rızayı geri almaya yönelik bir beyan ulaşıncaya kadar açık rızaya dayalı olarak verileri işleyebilecektir.

2. Açık Rızanın Üç Unsuru

Açık rızanın tanımında da görüldüğü üzere açık rızanın üç unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rızanın belirli bir konuya ilişkin olmasıdır. Bunun anlamı, konunun çerçevesinin çizilmiş olması ve soyut bir şekilde kalmamasıdır.⁷⁴ Bu, veri işleyenlerin

⁷² "Açık Rıza."

⁷³ "Açık Rıza."

⁷⁴ Yıldırım Keser, "Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1191.

ve veri sorumlularının ilgili kişinin açık rızasını hangi konuya ilişkin olarak istediklerini açıkça ortaya koymalarını ifade etmektedir. “Kişisel verilerimin işlenmesini kabul ediyorum” türünden belirsiz ve çok genel bir irade açıklaması, 6698 sayılı Kanun kapsamında tek başına açık rıza olarak kabul görmeyecektir.⁷⁵ Buradan da anlaşıldığı üzere, açık rıza beyanında bulunması gereken, genel bir kapsamdan ziyade belirli bir duruma özgülenmedir.⁷⁶

Rızanın belirli bir konuya ilişkin olması ile ilgili olarak ifade edilmesi gereken bir husus da veri sorumlusunun yapacağı birtakım ikincil işlemler için, örneğin, yurt dışına veri aktarımı işlemi için ayrıca rıza alması gerekliliğidir. Benzer şekilde, verilerin işleme amaçlarında bir değişiklik olursa o halde de ayrıca rıza alınması gerekir.⁷⁷ Buradan da anlaşılabileceği üzere veri sorumlusu, ilgili kişiden bir kez rıza aldığı anda, bu rıza devamlı surette geçerli olmamaktadır. Birtakım değişiklikler olduğunda yahut ikincil nitelikli işlemler yapılmak istenildiğinde ilk rızadan ayrı olarak rıza almak gerekmektedir.

Açık rızanın ikinci unsuru, rızanın bilgilendirilmeye dayanmasıdır. Bununla ifade edilmek istenen şey, önceden belirlenmiş veri işleme amaçları ile ilgili olarak, rızası istenen kişinin bilgilendirilmesidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu bilgilendirmenin rıza alınmadan önce yapılması gerekliliğidir. İlgili kişi rıza vermeden önce bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirilme sayesinde rızası istenen kişi, veri işleme amacını ve veriyi işleyen kişiyi öğrenebilecektir.⁷⁸

⁷⁵ “Açık Rıza.”

⁷⁶ Merih Taşkaya/ Ömür Talay, “Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Araçları: ‘Çerezler’ ve Çerez Kullanımında Açık Rıza,” *Akdeniz İletişim Dergisi*, no. 31 (2019): 370.

⁷⁷ “Açık Rıza.”

⁷⁸ Sevgi Türkmen, “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller,” *İstanbul Üniversitesi SBE*, (2019): 110.

Bilgilendirmenin açık ve anlaşılır ifadelerle yapılması gerekir. Bu noktada veri sorumlusu, ilgili kişiye, veri işlemenin amaçları ve işlenen verinin niteliği hakkında; veri aktarımı yapılacaksa bunun alıcıları hakkında tam bir bilgi vermelidir. Ayrıca ilgili kişinin sahip olduğu haklar ile rıza vermemesinin doğuracağı sonuçlar hakkında da veri sorumlusu, rızası istenen kişiyi net bir şekilde bilgilendirmelidir. Kısaca, veri işlemeyle ilgili bütün hususlara ilişkin ilgili kişiye doğru, net, açık ve anlaşılır, tam bilgi verilmelidir.⁷⁹

Bilgilendirilme ile ilgili değinilmesi gereken bir husus da kişisel verilerin üçüncü taraflarla paylaşılması için alınan rızadır. Şayet rızası alınmak istenen kişiye, verilerinin paylaşılacağı üçüncü kişinin kim olduğu açıklanmazsa, bu konuda ilgili kişi bilgilendirilmezse ve bu bildirim yapılmadan rızası alırsa, alınan bu rıza geçersizdir. Diğer bir deyişle ilgili kişi, verilerinin kimlere, hangi amaçla aktarılacağını bilmeden rıza verirse, bu rıza geçersizdir. Zira bu halde, ortada bilgilendirilmeye dayanan bir rıza bulunmamaktadır. Üçüncü kişilerle paylaşım yapılabilmesi için rızanın alındığı esnada ilgili kişiye, üçüncü kişinin kim olduğu bildirilmelidir. “Size özel fırsatları iletebilmemiz amacıyla abonelik, yer ve hat bilgilerinizi X,Y,Z ve grup şirketleri arasında paylaşarak kullanmamız için EVET yazıp XXX’e gönderin, 1 GB cepten internet kazanın” şeklindeki ifade ile alınan rıza geçerli değildir. Zira grup şirketlerinin kim olduğu belirsizdir. Burada ayrıca, hangi kişisel verilerin paylaşılacak istendiği de belirsizdir.⁸⁰

Kullanıcının önüne konulan ve onaylaması istenen metin fazla uzun olmamalı, metinde yer alan ifadeler ise açık olmalıdır. Şayet metindeki bilgilere ulaşmak, site içerisinde

⁷⁹ Türkmen, “Özel Nitelikli,” 111. Taşkaya/Talay, “Dijital Gözetimin,” 370.

⁸⁰ Cihan Avcı Braun, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza,” YÜHFD XV, no. 1 (2018): 25-26.

yönlendirmeler yapmak suretiyle zorlaştırılmışsa veya metindeki bilgiler ortalama bir insanın kolayca anlayamayacağı türden teknik ve karmaşık bir dille yazılmışsa, kişinin verdiği rıza geçersiz olacaktır.⁸¹ Başka bir deyişle bilgilendirme, düz bir metinle, karmaşık ifadeler, jargon vs. kullanmadan, ortalama insanların anlayabileceği yalınlıkta yapılmalıdır. Daha da önemlisi bilgilendirme, erişilebilir ve görünür olmalı ve direkt ilgili kişiye yapılmalıdır.⁸²

Açık rızanın unsurlarından sonuncusu ve belki de en önemlisi, özgür irade ile rızanın açıklanması gerekliliğidir. Bir kimsenin kişisel verilerinin işlenebilmesi için verilecek rızanın, ilgili kişinin özgür iradesi ile açıklanması gerekmektedir. Bu rızanın geçerli bir rıza olabilmesi için ilgili kişinin gerçek manada bir seçim hakkının söz konusu olması gerekir. Baskı ve korkutmayla ya da hile gibi durumlarla ilgili kişinin iradesini sakatlayacak bir durum mevcut olmamalıdır. Daha da önemlisi, ilgili kişinin rıza vermemesi onun aleyhine ciddi anlamda sonuçlar doğuracak bir risk oluşturmamalıdır. Başka bir ifade ile, rıza vermemesi halinde aleyhine birtakım sonuçlar doğacaksa, yani rıza vermemesinin meydana getireceği birtakım sonuçlar sebebiyle ilgili kişinin seçim hakkı kısıtlanıyorsa, bu halde ortada özgür irade ile verilmiş rıza söz konusu olmayacaktır.⁸³

Kurum, ilgili kişinin özgür iradesiyle açık rızayı vermesi gerektiğini vurguladıktan sonra hizmetin, açık rıza şartına bağlanamayacağını ifade etmektedir. Buna göre açık rızanın alınması, ürün ya da hizmetin sunulması yahut bunlardan

⁸¹ Elif Küzeci, "Kişisel Verilerin Korunması" Ankara Üniversitesi SBE, (2010): 243.

⁸² Türkmen, "Özel Nitelikli," 111.

⁸³ Braun, "Kişisel Verilerin," 21.

yararlandırılması için bir ön şart olarak dayatılmamalıdır.⁸⁴ Aksi halde yani hizmetin sunulması ya da bundan yararlanılması açık rızaya bağlandığında bu durum, açık rızayı sakatlayacaktır. Ayrıca 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinde bulunan genel ilkelerden "hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma" (m. 4/f. 2-a) ve "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" (m. 4/f. 2-ç) ilkelerine aykırılık söz konusu olabilecektir.⁸⁵ Bu durum, özgür iradeyle açık rıza verilmesi ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.⁸⁶

3. İnceleme ve Değerlendirme

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, hizmetin açık rızaya bağlanmasının yani açık rıza vermek şartıyla hizmetten yararlanabilecek olmanın, açık rızayı sakatlayabileceğini ifade ettikten sonra bunun, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi neticesini doğurabileceğini belirtmiştir. Kurum tarafından başlatılan incelemede, WhatsApp'ın yaptığı güncellemede hizmetin rıza şartına bağlanması halinin ortaya çıkıp çıkmadığı da araştırılacaktır.

Daha evvel de ifade edildiği gibi hizmet, açık rıza şartına bağlanamaz. Kullanıcılara hizmet sunulması ve onların bu hizmetten yararlanabilmeleri için açık rıza vermelerinin şart koşulması, kişilerin kendi verilerinin işlenmesine özgürce, özgür iradeleri ile rıza vermesi yönündeki ilkeye aykırılık teşkil edecektir.

WhatsApp, gizlilik politikasında yaptığı güncelleme ile rıza vermeyen kullanıcıların bu uygulamayı kullanmasını

⁸⁴ "Hizmetin Açık Rıza Şartına Bağlanması," Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Karar No: 2018/19, 16.02.2018, (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanın-Hizmet-Sartina-Baglanmasi>)

⁸⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *Uygulama Rehberi*, 50.

⁸⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, *100 Soruda*, 27.

engellemek istemektedir.⁸⁷ Gizlilik ilkelerinde, yeni koşulların kabul edilmemesi halinde kullanıcı hesabının silinmesi gerektiğini söyleyerek hizmetin sunulmasını ve hizmetten yararlanılmasını açık rıza şartına bağlamış olmaktadır. Dolayısıyla burada açık rızanın üç unsurundan biri olan özgür irade ile rızanın açıklanması söz konusu değildir. Uygulamayı kullanmak isteyen kişiler, mecburen WhatsApp'ın öne sürdüğü koşullara rıza vermek durumunda kalmaktadır. Aksi halde onay vermeyen kişiler, uygulamayı kullanamayacaklardır. Burada hizmet, açık rıza şartına bağlandığı için bu durum, kullanıcının verdiği açık rızayı da sakatlayacaktır.

WhatsApp, Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun incelemeleri devam ederken, 8 Mayıs 2021 tarihinde yaptığı açıklamada yenilenen şartlara rıza verilmemesi halinde hesapların askıya alınmayacağını ve silinmeyeceğini fakat ilerleyen süreçte yavaş yavaş işlevselliğinin azaltılacağını söylemiştir. Bu azaltmaların sonunda ise mesaj ve aramaların iletilmeyeceğini belirtmiştir. Kullanıcılar bu ilkelere rıza gösterinceye kadar WhatsApp gizlilik sözleşmesini hatırlatacak ve ilerleyen süreçte bu hatırlatma kalıcı hale gelecektir. Başka bir deyişle kullanıcı onay verene kadar devamlı surette bu hatırlatmaya maruz kalacak, bu da uygulamanın kullanımını sınırlandıracaktır. Bu sınırlı kullanım birkaç hafta sürdükten sonra uygulama neredeyse tamamen kullanılamaz hale gelecektir.⁸⁸

Arama yapma imkanı da bulunan bir mesajlaşma uygulaması olan WhatsApp'ta mesaj iletilmemesi ve arama yapılamaması zaten, hizmetin kullanılamaması anlamına gelmektedir. Rıza vermeyenlerin şimdi değilse bile ileride uygulamayı kullanamayacak olması, hatta o zamana kadar uygulamanın eski işlevselliğini giderek yitirecek olması yine

⁸⁷ Bilir "Kişisel Verilerin Korunması," 179.

⁸⁸ "WhatsApp'tan Açıklama."

hizmetin açık rıza şartına bağlanmasına denk gelmektedir. WhatsApp bu durumu erteleyerek geri adım atmış olmamaktadır.

Tepkiler üzerine WhatsApp tarafından 30 Mayıs 2021 tarihinde yapılan, politikaya henüz onay vermeyenler için sınırlamanın uygulanmayacağına dair açıklama,⁸⁹ bir tür geri adım olarak nitelendirilebilse de açıklamanın yapıldığı bu tarihe kadar politikaya zaten onay vermiş olanların, verdikleri rızanın geçerliliği hakkında tartışmalı durum halen devam etmektedir. Zira bu açıklama yapıncaya kadar politikaya çoktan onay vermiş olan kullanıcılar, baskı altındayken, iradeleri etkilenerek bu onayı vermişlerdir. Ayrıca söz konusu halde, iki ayrı durum ortaya çıkmaktadır. Bir yanda bu açıklamadan önce, politikaya baskı altında onay veren kullanıcılar varken diğer yanda, açıklama sonrasında halen onay vermemiş kullanıcılar vardır. İki farklı kullanıcı iki farklı uygulamaya maruz kalmaktadır.

30 Mayıs tarihli açıklama öncesinde tüm kullanıcılara yapıldığı gibi, açıklama sonrası WhatsApp iş uygulamasını kullananlarla iletişim kurmak isteyen kullanıcılara da sözleşmeye onay verinceye kadar devamlı olarak gizlilik sözleşmesinin hatırlatılacak olması, adeta bir yıldırma politikasıdır. Burada baskı ile kullanıcıların iradesi etkilenmekte ve serbest bir şekilde, özgürce seçim yapmaları engellenmektedir. Bu yönüyle, kullanıcılara gerçek bir seçim hakkı tanınmamaktadır.

C. Yurt Dışına Veri Aktarımı Bakımından

1. Yurt Dışına Aktarım

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, bir veri işleme faaliyetidir. Nitekim 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilgili e fıkrasında, kişisel verilerin aktarılmasının da veri işlenmesi

⁸⁹ "Whatsapp'tan Yeni Gizlilik Sözleşmesi Açıklaması!"

tanımı içerisinde yer aldığı görülmektedir. Bir başka deyişle, tıpkı kişisel verilerin kaydedilmesi, muhafaza edilmesi, açıklanması ve yeniden düzenlenmesi gibi yurt dışına aktarılması da bir veri işleme faaliyetidir.⁹⁰

Yurt dışına veri aktarımı 6698 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Yurt dışına veri aktarılmasının mezkur 3. maddeden ayrı olarak 9. maddede düzenlenmesinin ve veri aktarımında ek olarak bazı veri işleme şartlarının da aranmasının nedeni, verisinin aktarılması söz konusu olan kişinin, verilerinin aktarıldığı ülkelerde de etkin bir şekilde korunmasını sağlamaktır. Bahsi geçen bu düzenleme ile yurt dışına aktarılmış olan kişisel verilerle ilgili olarak hedeflenen şey, ilgili kişinin haklarını etkin olarak kullanabilmesini sağlamak ve kişisel veri aktarımının yapılacağı tarafın, ilk başta veri güvenliğini sağlamak olmak üzere, kişisel verisi aktarılan kişiyi korumaya yönelik güvencelerin sağlanması için yükümlü kılınmasıdır.⁹¹

Mezkur 9. maddenin ilk fıkrasında, açık rıza olmadan kişisel verilerin yurt dışına aktarılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak veri işleme şartları başlığı altında da değinildiği üzere, açık rıza alınmadan verilerin işlenebileceği birtakım durumlar bulunmaktadır. Bunlar, 6698 sayılı Kanun'un verilerin işleme şartlarının düzenlendiği 5. maddesinin 2. fıkrası⁹² ile "özel

⁹⁰ "Yurt Dışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu (26.10.2020)," Kişisel Verileri Koruma Kurumu, erişim tarihi Mayıs 08, 2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>.

⁹¹ "Yurt Dışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu."

⁹² "2-a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç)

nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarının” hüküm altına alındığı 6. maddesinin 3. fıkrasında⁹³ düzenlenmiştir. Bu fıkralarda yer alan şartlardan biri varsa ve ilgili kişinin verilerinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli koruma da varsa, bu şartla açık rıza alınmadan da verilerin yurt dışına aktarılabilceğı 9. maddenin 2. fıkrasının a bendinde düzenlenmiştir.

Yeterli korumanın olmaması halinde açık rıza aranmadan verilerin yurt dışına aktarılabilmesi durumu ise mezkur 9. maddenin 2. fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir. Bu halde yurt dışına aktarım yapılabilmesi için öngörülen şartlardan biri, ülkemizde ve yabancı ülkede bulunan veri sorumlularının yeterli korumayı yazılı bir şekilde taahhüt etmeleridir. İkinci şart ise Kurul’un bu konuda izninin bulunmasıdır. Bir diğer ifade ile yeterli korumanın olmadığı ülkelere açık rıza almaksızın veri aktarılmak isteniyorsa bu iki şart bir arada bulunmalıdır. Hem yazılı taahhüt verilmeli hem de Kurul, bu aktarıma izin vermelidir.

Yeterli korumanın olduğu ülkeleri Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun belirleyeceğı ve ilan edeceğıne 9. maddenin 3. fıkrasında yer verilmiş olsa da Kurul, henüz bu konuda bir

Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

⁹³ “(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”

belirleme yapmamıştır. Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler henüz bilinmediğinden, açık rıza alınmaksızın verilerin aktarılabilceği hallerden ilki devre dışı kalmaktadır. Yeterli korumanın olmadığı ülkelerle paylaşabilmek için öngörülen, taahhütname verilmesi ve Kurul'un izni şartlarının ise henüz işlerliğinin bulunmadığı,⁹⁴ zira yapılan başvurulardan sonuç alınıp alınmadığının net olarak bilinmediği ifade edilmektedir.⁹⁵ Sonuç olarak, mevcut durumda yurt dışına veri aktarımı konusunda işler olan tek yöntem, ilgili kişinin açık rızasının alınmasıdır.⁹⁶

2. İnceleme ve Değerlendirme

a. 6698 Sayılı Kanun Madde 9 Bakımından

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, WhatsApp hakkında yapacağı incelemede önceki başlıklarda belirtilenlere ek olarak, verilerin yurt dışına aktarımında 6698 sayılı Kanun'un ilgili 9. maddesinde yer alan hükümlere aykırı bir durumun olup olmadığını da araştıracaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere yurt dışına veri aktarımı için işler olan tek yöntem olarak açık rıza alınması kalmıştır. WhatsApp, kullanıcılarının verilerini yurt dışına aktarmak istiyorsa onların açık rızasını almalıdır. Ancak burada şartlarına uygun olarak verilen bir açık rızadan söz etmek mümkün değildir. Zira açık rızadan söz edebilmek için açık rızanın unsurlarının mevcut olması gerekmektedir.

Açık rızanın unsurlarından biri olan "rızanın belirli bir konuya ilişkin olması" bahsinde de belirtildiği üzere veri sorumlusunun, yurt dışına veri aktarımı gibi ikincil nitelikli

⁹⁴ Aşıkoğlu ve Uzun, "Kişisel Verilerin," 960.

⁹⁵ Murat Volkan Dülger, "Yurt Dışına Veri Aktarımında Milyonluk Ceza: Kişisel Verileri Koruma Kurulunun Amazon Kararı," erişim tarihi Mayıs 10, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792388.

⁹⁶ Aşıkoğlu ve Uzun, "Kişisel Verilerin," 960.

işlemler için ayrıca rıza alması gerekmektedir. WhatsApp'ın yenilenen politikasında ise böyle bir durum söz konusu değildir. Yenilenen gizlilik ilkesine onay verildiğinde, yurt dışına paylaşıma da onay verilmiş olmaktadır. Yurt dışına aktarım için ayrıca rıza alınmadığı gibi kullanıcıların bu aktarımı reddetme seçeneği de bulunmamaktadır.

Açık rızanın unsurları açıklanırken de değinildiği üzere ilgili kişiye, verilerin aktarılacağı üçüncü kişinin kim olduğu açıklanmalıdır. Aksi halde rıza geçersiz olacaktır. WhatsApp'ın verileri aktaracağını söylediği üçüncü kişiler noktasında belirsizlik vardır. Başka bir deyişle, bu yeni gizlilik ilkelerinde verinin alıcıları hakkında bilgilendirme açık, anlaşılır ve net bir şekilde yapılmamıştır. Bu durum açık rızayı, bilgilendirilme unsuru bakımından sakatlamaktadır. Örneğin, yeni bir şirket eklenmesi veya şirket birleşimi halinde verilerin bu şirketlere de aktarılacağını söylemektedir. Fakat bu şirketler belirsizdir. Benzer şekilde, verileri ABD'ye aktaracağını söylemektedir ama ABD'de kimlere aktaracağını söylememektedir. Bu noktada, kullanıcılardan aldığı rıza geçerli olmamaktadır.

İfade edilmesi gereken önemli bir husus da WhatsApp'ın, onaylamaları için kullanıcıların önüne koyduğu bu metnin açık olmaması ve metindeki bilgilere ulaşmanın zorlaştırılmasıdır. Zira metinde bazı kavramlar tam açıklanmamış, link eklemek suretiyle kullanıcılar farklı metinlere yönlendirilmiştir. Kullanıcı bu linke tıkladığında karşısına bambaşka bir metin çıkmakta, o metnin içinde de başka linklerle karşılaşmaktadır. Dolayısıyla kullanıcı bir bilgiye ulaşabilmek için birkaç linke tıklayıp, o linklerin içindeki uzun metinlerden de aradığını bulmaya çalışmaktadır. Ayrıca metindeki ifadelerin de net olmayışı, ortalama bir insanın metni anlamasını zorlaştırmaktadır. Bu yönüyle verilen rızanın, geçerli bir rıza olduğu söylenemeyecektir.

WhatsApp gizlilik politikasında hangi verilerin ne amaçla işleneceğine değinilmiştir fakat, işlenen bu verilerin Facebook

şirketleri, iş ortakları, tedarikçiler, diğer üçüncü taraf veri sorumluları gibi tam ve net bir şekilde belirli olmayan taraflara aktarılacağı görülmektedir. Üstelik olası bir devir halinde ya da yeni bir şirket alımı, şirket birleşimi gibi hallerde veri aktarımı, bu şirketlere de yapılacaktır. Bu halde, aktarım yapılacak taraflar iyice belirsiz hale gelmektedir. Söz konusu durum, açık rızayı bilgilendirilme unsuru açısından sakatladığı gibi 6698 sayılı Kanun'un ilgili 11. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

İlgili kişinin haklarının düzenlendiği bu 11. madde gereğince ilgili kişiler verilerinin aktarılacağı üçüncü kişilerin kim olduğunu bilme hakkına sahiptir. Bu durum, kişisel verilerin hem yurt içine aktarım hem de yurt dışına aktarımda geçerlidir. İlgili kişiler verilerinin yurt dışında kimlere aktarılacağını bilmelidir. Ancak WhatsApp uygulamasında verinin aktarılacağı üçüncü kişileri bilebilmek yukarıda ifade edildiği üzere nerdeyse imkansızdır. Çünkü her an şirkete bir yenisi eklenebilir ve kullanıcı verileri, kullanıcıların bilmediği bu üçüncü kişiye aktarılabilir.

b. Özgür İrade Bakımından

Verilerin işlenmesine ve yurt dışına aktarılmasına yönelik rıza alınmasının ayrıştırılmadığı, fakat kullanıcıların verilerinin işlenmesine açık rıza verirken yurt dışına aktarılmasına rıza vermeyebileceği göz önüne alındığında (WhatsApp'ın kullanım yaygınlığı da dikkate alınarak) söz konusu durumun açık rızanın üç unsurundan biri olan özgür irade ile rızanın açıklanması gerekliliği bakımından ihlal teşkil edip etmediği hususu da başlatılan bu incelemede araştırılacaktır.

Verilerin yurt dışına aktarımında da açık rızadan söz edilebilmesi için verisi aktarılmak istenen kişinin gerçekten bir seçim hakkının olması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi rıza vermemesinin meydana getirebileceği bazı sonuçlar sebebiyle seçim hakkı kısıtlanıyorsa bu halde, özgür

irade ile açık rıza verilmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

WhatsApp uygulaması geniş bir çevre tarafından kullanılmakta ve insanlar bu uygulamada gruplar oluşturarak⁹⁷ toplu bir şekilde gruptaki insanlarla iletişim kurabilmektedir. Yeni ilkelere rıza verilmediği halde ilerleyen süreçte bu gruplara da erişim sağlanamayacağı için kullanıcılar, gruplarındaki kişilerle farklı yollardan iletişim kurmaya çalışacaklardır. Bu durumda herkesin orta noktada buluşacağı bir uygulama bulmak gerekecektir. Grup kurarak iletişim sağlamaya imkan veren WhatsApp benzeri başka uygulamalar olsa da WhatsApp'taki grubun başka uygulamada tekrar oluşabilmesi için gruptaki herkesin aynı uygulamayı kullanması gerekecektir.

Herkesin aynı uygulamayı indirip kullanması tek bir grup için kolay görünebilir. Nitekim tek bir grubun varlığı halinde gruptaki üyeler, kararlaştırılan diğer uygulamayı indirecek ve grup, o uygulamaya bir bütün halinde taşınacaktır. Böylece gruptaki herkes aynı platformda yeniden buluşmuş olacaklardır. Ancak grupların birden fazla olduğu düşünüldüğünde,⁹⁸ bu durum çok da kolay olmayacaktır.

⁹⁷ WhatsApp uygulamasında bulunan grup kurma özelliği ile kullanıcılar, ortak noktası olan bazı kişilerle, oluşturdukları grup üzerinden sohbet etmektedir. Örneğin; aynı işyerinde çalışanların oluşturduğu WhatsApp grubu sayesinde işle ilgili bir mesele hakkında çalışanlara tek tek mesaj göndermek yerine, grup üzerinden tek bir mesaj ile tüm çalışanlara aynı anda ulaşılabilir. Aynı anda bütün çalışanlar grup üzerinden sohbet edebilir. Bu gruplarda çok fazla sayıda kişi, aynı anda sohbet edebilir. Üstelik sadece bir işyerinde çalışan insanlar değil, ortak bir noktada buluşup sohbet etmek isteyen herkes bu grupları oluşturabilir. Bir sınıfın öğrencileri ya da bir bütün olarak okul grubu, çalışma arkadaşlarının kendi aralarında oluşturduğu grup, aynı apartmanda oturanların grubu, bir seminer için oluşturulan grup gibi pek çok durumda kullanıcılar, grup oluşturabilir. Bir kullanıcı birden fazla farklı gruba üye olabilir.

⁹⁸ Farz edelim ki bir kullanıcının WhatsApp'ta 20 adet grubu var. Her bir grupta da 60 kişi olsun. Bu kullanıcı, WhatsApp grupları sayesinde 1200

WhatsApp'ın 30 Mayıs 2021 tarihindeki açıklamasından önce uygulamaya onay veren kullanıcılar, WhatsApp grupları ile olan iletişimleri sürdürmek istediklerinden, uygulamayı kullanabilmek için mecburen yeni gizlilik ilkelerine rıza vermek durumunda kalmışlardır. Rıza vermemenin meydana getireceği bu sonuçlar nedeniyle kullanıcıların seçim hakkı kısıtlanmıştır. Zira kullanıcı, rıza vermediği durumda gruplarıyla iletişim sağlayamayacaktır. Bu gerekçeyle verdiği rıza, özgür irade ile verilmiş bir rıza olmamaktadır. Burada açık rıza, özgür irade unsuru yönünden sakatlanmaktadır.

SONUÇ

WhatsApp anlık mesajlaşma uygulamasının, kullanıcılarının önüne getirdiği yeni gizlilik politikası, kullanıcılara yönelik olarak birtakım zorlamalar içermektedir. Mezkur politikaya onay/rıza vermeyenlerin, uygulamadan eskisi gibi verim alamayacak olması ve neredeyse uygulamayı kullanamayacak hale gelmesi, başlı başına bir zorlamadır.

Çalışmada ifade edildiği gibi yeni politikada, verisinin yurt dışına aktarılmasını istemeyen kullanıcılara, bunu reddetme hakkı tanınmamaktadır. Bunun hukuken birtakım sonuçları olmaktadır. Örneğin söz konusu halde hizmet, açık rıza şartına bağlanmış olmakta ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun ifadesi ile bu durum, kullanıcı tarafından verilen açık rızanın

kişi ile sohbet edebilmektedir. WhatsApp'ı kullanamaması durumunda, bu gruplarla iletişim kuramayacaktır. Sadece, gruptaki tüm üyelerin anlaşip ortak başka bir mesajlaşma uygulaması kullanmaya karar vermesi halinde WhatsApp grubu, o uygulamaya taşınacak ve grup üyeleriyle iletişime o uygulama üzerinden devam edilebilecektir. Ancak birbirinden çok farklı amaçlarla ve farklı üyelerle kurulmuş 20 adet grubun hepsini ortak bir mesajlaşma uygulamasında bir araya getirmek çok da kolay olmayacaktır. WhatsApp haricinde tek bir mesajlaşma uygulaması olsaydı ve gruplar doğrudan oraya taşınabilseydi o halde kolay olabilirdi. Ancak WhatsApp haricinde birçok mesajlaşma uygulaması bulunmaktadır.

sakatlanmasına sebep olmaktadır. Bu halde, özgür irade ile verilen bir rızadan bahsetmek mümkün olmamaktadır. Oysa rızanın özgür irade ile verilmesi, açık rızadan bahsedilebilmesi için son derece önemlidir.

Kişisel verilerin, 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan genel ilkelere uygun olarak işlenmesi gerekirken, WhatsApp'ın yeni politikasında bu ilkelere aykırı birtakım hususların olduğu görülmektedir. Örneğin, kullanıcı verilerinin belirsiz birçok yere aktarılması, dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil ederken; belirsiz amaçlarla kullanıcı verilerinin işlenmesi de "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesine aykırı olmaktadır. Benzer şekilde, veri işleme faaliyeti olması hasebiyle veri aktarma amacının açıkça ifade edilmesi gerekirken bu konuda bir belirsizliğin söz konusu olması, verilerin "belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenmesi" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Çalışmada yer verildiği üzere WhatsApp, kullanıcılarının kişisel verilerini yurt dışına aktarmak istiyorsa onlardan ayrıca rıza almalıdır. Yenilenen gizlilik politikasına rıza verenlerin otomatik olarak verilerin yurt dışına aktarımına da rıza veriyor olmaları, doğru değildir. Yeni gizlilik politikasında yurt dışına aktarım için ayrıca alınmış bir açık rıza bulunmamaktadır. İlâveten, açık rızanın söz konusu olabilmesi için ilgili kişinin, verilerinin aktarılacağı kişiler hakkında tam olarak bilgilendirilmesi gerekir. WhatsApp, ilgili kişileri verinin alıcıları hakkında net olarak bilgilendirmemektedir. Bu halde de açık rıza sakatlanmaktadır.

Bireylerin tepki olarak WhatsApp'tan farklı birtakım uygulamaları tercih etmeye başlamasıyla ve ilgili kurumların da WhatsApp hakkında incelemeler başlatmasıyla WhatsApp, geri adım atmaya zorlansa da yaptığı tutarsız açıklamalar güven vermemektedir. WhatsApp, son yaptığı açıklamada, yeni ilkelere henüz onay vermeyenler için uygulamanın işlevselliğinin sınırlanmayacağını belirterek kullanıcılar

arasında farklı durumların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Zira bazı kullanıcılar sınırlamaya maruz kalacaklarını ya da uygulamayı kullanamayacaklarını düşünerek, iradeleri bu şekilde etkilenererek yeni politikaya onay vermişken, henüz onay vermemiş olan diğer kullanıcılar, sınırlamaya maruz kalmayacaklardır. Bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılan WhatsApp'ın ilkelerindeki hukuka aykırılıklara benzer durumlar, ileride farklı uygulamalarda da ortaya çıkabilir. Bu nedenle kullanıcılar, uygulamaların önlerine sunduğu politikalar karşısında dikkatli olmalı ve bu politikalara verdikleri onayın/rızanın sonuçlarının neler olabileceğinin farkında olmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazarlar etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The authors have not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The authors stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Aşıkoğlu, Şehriban İpek ve Fatih Burak Uzun, “Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri” içinde Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- BBC News (25.08.2016). “WhatsApp’a Da Reklam Geliyor.” Erişim tarihi Nisan 12, 2021. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-37190266>.
- Bilir, Faruk. “Kişisel Verilerin Korunması Kişinin Kendisinin Korunmasıdır.” Röportör: Sezen Yüce, *TRT Akademi Dergisi* 06, no. 11 (2021): 172-181.
- Braun, Cihan Avcı. “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza.” *YÜHFD* XV, no. 1 (2018): 13-33.
- CNN Türk.com (30.05.2021). “Whatsapp’tan Yeni Gizlilik Sözleşmesi Açıklaması! Onaylamayanlara Ne Olacak?” Erişim tarihi Mayıs 30, 2021. <https://www.cnnturk.com/dunya/whatsaptan-yeni-gizlilik-sozlesmesi-aciklamasi-onaylamayanlara-ne-olacak?page=1>
- Congress.gov. USA PATRIOT ACT, (H.R. 3162), OCT. 26, 2001, Erişim tarihi Mayıs 21, 2021. <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Duman, Berat. “WhatsApp Veri Paylaşım Politikasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (AB Hukuku İle Mukayeseli).” *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 543-567.
- Dülger, Murat Volkan. “Yurt Dışına Veri Aktarımında Milyonluk Ceza: Kişisel Verileri Koruma Kurulunun Amazon Kararı.” Erişim tarihi Mayıs 10, 2021.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792388

- EUR-Lex. "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals With Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data." Erişim tarihi Nisan 01, 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>.
- European Union. "What is Personal Data?" Erişim tarihi Nisan 02, 2021. https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en.
- Fırtına Dergi. "Anlık Mesajlaşma Uygulamaları ve Dijital Güvenlik." Erişim tarihi Nisan 12, 2021. <https://www.firtinadergi.com/2021/01/anlik-mesajlasma-uygulamalari-ve-dijital-guvenlik/>.
- Golden, Roger Dean. "Güvenliğin Maliyeti Nedir? ABD Vatandaşlık Kanunu ve Amerika'nın Özgürlük ve Güvenlik Arasındaki Dengesi." çev. Muharrem Aksu, *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 109-134.
- Goodwin, Grace Eliza. "What is WhatsApp? A Guide to Navigating the Free İnternet-Based Communication Platform." INSIDER. Erişim tarihi Mayıs 20, 2021. <https://www.businessinsider.com/what-is-whatsapp-guide>.
- Gür, Berna Akçalı "Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 850-872.
- Gürsel, Esin ve Fatih Düğmeci "Yapısal Anlamda Türkiye Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na İlişkin Bir Değerlendirme", *R&S - Research Studies Anatolia Journal* 1, no. 2 (2018): 318-329.
- Intersoft Consulting. "General Data Protection Regulation GDPR." Erişim tarihi Mayıs 21, 2021. <https://gdpr-info.eu/art-4-gdpr/>.

Keser, Yıldırım. "Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, no. 3 (2020): 1181-1215.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Açık Rıza." Erişim tarihi Mayıs 03, 2021, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*. Ankara: KVKK Yayınları, 2019.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi." Erişim tarihi Nisan 02, 2021. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2038/Kisisel-Verilerin-Silinmesi,-Yok-Edilmesi-veya-Anonim-Hale-Getirilmesi#:~:text=Ki%C5%9Fisel%20verilerin%20anonim%20hale%20getirilmesi,ger%C3%A7ek%20ki%C5%9Fiyle%20il%C5%9Fkilendirilemeyecek%20hale%20getirilmesidir>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "WhatsApp Hakkında Kamuoyu Duyurusu (12.01.2021)." Erişim tarihi Nisan 01, 2021. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6856/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Yurt Dışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu (26.10.2020)." Erişim tarihi Mayıs 08, 2021. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. *100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*. Ankara: KVKK Yayınları, 2018.

Kumsal Ajans. "Cross-Platform (Multi Platform - Çift Platform) Mobil Uygulama Nedir? Cross - Platform Mobil Uygulama Ne İşe Yarar? Cross - Platform Mobil Uygulama Kullanım Alanları Nelerdir?" Erişim tarihi Mayıs 20, 2021. <https://www.kumsalajans.com/blog/web-ve-mobil-yazilim/cross-platform-multi-platform-cift-platform-mobil-uygulama-nedir-cross-platform-mobil-uygulama-ne-ise->

yarar-cross-platform-mobil-uygulama-kullanım-alanları-nelerdir.

Küzeci, Elif. "Kişisel Verilerin Korunması." Ankara Üniversitesi SBE (Doktora Tezi), 2010.

Newman, Lily Hay. "WhatsApp Has Shared Your Data With Facebook for Years, Actually." Erişim tarihi Nisan 12, 2021. <https://www.wired.com/story/whatsapp-facebook-data-share-notification/>.

Oğuz, Habip. "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları Ve Ülkemizdeki Durum." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 0, no. 3 (2013): 1-38.

Oğuz, Sefer. "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri." *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* 13, no. 2 (2018): 121-138.

Özdemir, Hayrunnisa. "Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması." Ankara Üniversitesi SBE (Doktora Tezi), 2009.

Parlak, Cesim. "WhatsApp'ın Kişisel Verileri Paylaşma Talebi Ne Anlama Geliyor? WhatsApp Bununla Ne Amaçlıyor?" Hukuki Haber (11.01.2021). Erişim tarihi Nisan 23, 2021. <https://www.hukukihaber.net/whatsappin-kisisel-verileri-paylasma-talebi-ne-anlama-geliyor-whatsapp-bununla-ne-amacliyor-makale,8587.html>.

Tan, Turgut. "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar." *Amme İdaresi Dergisi* 35, no: 2 (2002): 11-37.

Taşkaya, Merih ve Ömür Talay. "Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Araçları: "Çerezler" ve Çerez Kullanımında Açık Rıza", *Akdeniz İletişim Dergisi*, no. 31 (2019): 356-376.

TRT Haber (11.01.2021). "Rusya'da Yetkililere WhatsApp Kullanmayın Tavsiyesi." Erişim tarihi Nisan 13, 2021. <https://www.trthaber.com/haber/dunya/rusyada-yetkililere-whatsapp-kullanmayin-tavsiyesi-546172.html>.

- TRT Haber (15.01.2021). "WhatsApp Geri Adım Attı." Erişim tarihi Nisan 17, 2021. <https://www.trthaber.com/haber/dunya/whatsapp-geri-adim-atti-547696.html#:~:text=Pop%C3%BCler%20mesajla%C5%9Fma%20uygulamas%C4%B1%20Whatsapp%2C%20tart%C4%B1%C5%9Fmal%C4%B1,d%C3%BCzenlemeyi%2015%20May%C4%B1s'a%20erteledi.&text=Whatsapp%2C%20a%C3%A7%C4%B1klamas%C4%B1nda%2C%20kullan%C4%B1c%C4%B1lar%C4%B1n%2022payla%C5%9F%C4%B1lan%20konumlar%C4%B1n%C4%B1n%20g%C3%B6r%C3%BClmedi%C4%9Fini%22%20belirtti>.
- TRT Haber (30.01.2021). "Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan WhatsApp'a Tebligat." Erişim tarihi Nisan 17, 2021. <https://www.trthaber.com/haber/gundem/kisisel-verileri-koruma-kurulu-ndan-whatsapp-a-tebligat-552129.html>.
- TRT Haber (08.05.2021). "WhatsApp'tan Açıklama: Hesaplar Askıya Alınmayacak Ama İşlevselliği Azalacak." Erişim tarihi Mayıs 8, 2021. <https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/whatsaptan-aciklama-hesaplar-askiya-alinmayacak-ama-islevselligi-azaltilacak-579299.html>.
- Toprak, Ezgi. "WhatsApp'ın Değiştirdiği Gizlilik Sözleşmesi Hakkındaki İddialar." Erişim tarihi Nisan 12, 2021. <https://teyit.org/analiz-whatsappin-degistirdigi-gizlilik-sozlesmesi-hakkinda-iddialar>.
- Türkmen, Sevgi. "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller." İstanbul Üniversitesi SBE (Yüksek Lisans Tezi) (2019).
- WebTekno (30.05.2021). "Whatsapp Geri Adım Attı: Sözleşmeyi Reddedenler Uygulamayı Kullanmaya Devam Edebilecek." Erişim tarihi Mayıs 30, 2021. <https://www.webtekno.com/whatsapp-sozlesme-reddedenler-uygulama-kullanmaya-devam-edebilecek-h110485.html>.

- WhatsApp. “WhatsApp Gizlilik İlkesi.” Erişim tarihi Nisan 12, 2021. <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=tr>.
- WhatsApp. “WhatsApp Hakkında.” Erişim tarihi Mayıs 20, 2021. <https://www.whatsapp.com/about/>.
- WhatsApp. “WhatsApp Hizmet Koşulları.” Erişim tarihi Nisan 23, 2021. <https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service?eea=0#terms-of-service-availability-and-termination-of-our-services>.